

DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS
NA RELAÇÃO DESPORTIVA *

José de Melo Alexandrino

Introdução

Apesar das óbvias dificuldades, uma sessão subordinada ao tema “direitos, liberdades e garantias na relação desportiva” tem diversas vantagens logo à partida: por um lado, a vantagem de nos remeter para o plano da norma constitucional – afastando quer o da norma de direito internacional, quer o da norma de direito da União Europeia, quer o da norma de direito civil, quer o da própria norma transnacional¹; por outro, a vantagem de, mesmo no plano constitucional, nos desviar da sede em que entre nós é habitualmente considerado o direito ao desporto (ou seja, a dos direitos económicos, sociais e culturais e das tarefas do Estado)², para se dirigir para um outro e mais

¹

* Versão ampliada da lição proferida em 26 de Maio de 2008, no âmbito do *Curso sobre Direito do Desporto*, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa (entre 26 e 30 de Maio de 2008), sob a coordenação do Prof. Doutor Fausto de Quadros.

Sobre a caracterização do qual, por último, Frank Latty, *La lex sportiva – Recherche sur le droit transnacional*, Leiden, 2007, p. 5 ss., 12 ss.; relevando a transnacionalidade do fenómeno, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra, 2007, p. 936.

² Sem resultados relevantes, José Manuel Meirim, «Desporto e Constituição» (1994), in id., *Temas de Direito do Desporto*, Coimbra, 2006, p. 20 ss. [13-57]; id., *A federação desportiva como sujeito público do sistema desportivo*, Coimbra, 2002, p. 135 ss.; com outro alcance juscientífico, Peter Häberle, «„Sport“ als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen», in Bernd Becker / *et al.* (org.), *Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag*, Köln, 1993, p. 30 [25-53]; Alexandra Pessanha, *As Federações Desportivas – Contributo para o estudo do ordenamento jurídico desportivo*, Coimbra, 2001, p. 64 ss., 70 ss.; Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, 2005, p. 849 s.; Jorge Miranda, «Artigo 79.^o», in Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I – *Introdução Geral, Preâmbulo*, Coimbra, 2005, p. 748 ss.; Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 934 ss.; José Carlos Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», in Ricardo Costa / Nuno Barbosa (coord.), *II Congresso de Direito do Desporto – Memórias*, Coimbra, 2007, p. 24 ss., 26 ss. [23-41].

*importante*³ grupo de direitos da pessoa⁴ – e mesmo para o princípio do Estado de Direito⁵; por fim, do ponto de vista da defesa das cores nacionais, sendo a expressão “direitos, liberdades e garantias” uma criação portuguesa⁶ (uma expressão próxima, mas para uma realidade distinta, que inclui os direitos sociais, é a de “direitos, liberdades e princípios”, presente no preâmbulo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)⁷, a mera alusão a direitos, liberdades e garantias tem a virtualidade de nos remeter para uma estrutura constitucional que é simultaneamente portuguesa e universal.

Dada a especificidade do tema e não precisando de proceder a ulteriores delimitações (justamente em homenagem a distinções necessárias a estabelecer entre os direitos, liberdades e garantias e outras situações jurídicas⁸, como os direitos da personalidade, os direitos do homem ou os direitos legais, regulamentares ou contratuais), importa dizer apenas como o iremos tratar.

Antes de mais, e porque o direito do desporto, pela sua particular feição transversal, agradece toda a consolidação dogmática que lhe possa ser dada, a nossa análise será estritamente técnico-jurídica, centrando-nos nas especificidades que os direitos, liberdades e garantias apresentam na *relação desportiva* (entendida esta em sentido amplo, de molde a envolver não apenas a relação do atleta com o seu clube,

³ Basta tomar como critério a dimensão de *peso* dos direitos [cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (1977/1978), Cambridge Massachusetts, 18.ª reimp., 2001, p. 26 s.; José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, p. 410 ss.].

⁴ Para uma síntese da distinção entre esses dois grupos de direitos, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução geral*, Estoril, 2007, p. 41 ss.

⁵ Dirk Monheim, *Sportlerrechte und Sportgerichte im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auf dem Weg zu einem Bundessportgericht*, München, 2006, dissertação acessível em <http://www.utzverlag.de/buecher/40654db1.pdf> (16.04.2008).

⁶ Nascida em meados do século XX (cfr. M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 37).

⁷ Carta proclamada em Estrasburgo, a 12 de Dezembro de 2007, tendo o respectivo texto sido adaptado para entrar em vigor com o Tratado de Lisboa.

No sistema da Carta, a expressão “direitos, liberdades e princípios” não tem nenhum alcance jurídico, a não ser servir de fórmula designativa para efeitos de poder identificar todas as normas de protecção aí previstas; no entanto, a expressão (e figura) equivalente aos nossos “direitos, liberdades e garantias” tanto é “direitos e liberdades” (artigos 52.º, n.º 1) como apenas “direitos” (artigos 51.º, n.º 1, e 52.º, n.ºs 2, 3 e 4) e também “direitos ou liberdades” (artigo 54.º).

Por seu lado, os “direitos económicos, sociais e culturais” da Constituição portuguesa têm na Carta a designação geral de “princípios” (artigo 51.º, n.º 1, e 52.º, n.º 5).

⁸ Sobre o conceito, ainda que com formulações variáveis, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. III – *Relações e situações jurídicas*, Coimbra, 2002, p. 11 ss., 56 ss.; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 303 ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 7.ª ed., Coimbra, 2005, p. 68 ss.

associação ou federação, dentro ou fora da competição desportiva, mas também as relações entre todos os demais actores⁹ que possam actuar no palco do *desporto*, devidamente entendido como conceito relativo e plural¹⁰).

Dividirei a análise em três partes: começaremos por esboçar uma *caracterização do direito desportivo* (atentas as dimensões interna, internacional e transnacional)¹¹, bem como dos *direitos, liberdades e garantias*, individualizando, nessa medida, as realidades materiais (bens e interesses) e jurídicas (normas e direitos) mais salientes no âmbito da relação desportiva (n.ºs 1 e 2); num segundo momento, procuraremos identificar o *estatuto diferenciado dos principais titulares e dos principais destinatários* dos direitos, liberdades e garantias (n.ºs 3 e 4); a terceira parte será dirigida ao reconhecimento e à análise das *especificidades do estatuto jusfundamental* dos dois

⁹ Quanto à identificação destes, entre outros, Maria Raquel Rei, «Contrato de transferência internacional de jogadores profissionais de futebol», in Maria Raquel Rei / Fernando Xarepe Silveiro / Susana Castela Graça, *Estudos de Direito Desportivo*, Coimbra, 2002, p. 11 ss.; Mario Sanino, *Diritto Sportivo*, Padova, 2002, p. 45 ss.; Lina Musimarra, «I soggetti dell'ordinamento sportivo», in Chiara Alvisi (org.), *Il diritto sportivo nel contesto nazionale ed europeo*, Milano, 2006, p. 61 ss. [61-75].

Quanto à respectiva identificação legal, vejam-se, em especial, os sujeitos identificados nos artigos 7.º, 12.º, 13.º, 14.º, 22.º, 26.º, 27.º, 28.º, 33.º, 34.º, 35.º, 36.º, 37.º e 43.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro (*Lei de bases da actividade física e do desporto*).

¹⁰ Sobre o conceito jurídico de desporto, Gerd Ketteler, «Sport als Rechtsbegriff», in *Zeitschrift für Sport und Recht*, 3 (1997), p. 73-77; Frank Holzke, *Der Begriff Sport im deutschen und im europäischen Recht*, Köln, 2001, *maxime* p. 91 ss., 132 ss., com amplas indicações – dissertação acessível a partir de <http://deposit.d-nb.de/cgi-bin/dokserv?idn=96229988x> (15.05.2008), autor que conclui por um conceito dual de desporto (*ibidem*, p. 247), nos termos do qual o desporto ou é desporto de competição (*Wettkampfsport*) ou físico (*Körpersport*); sobre a rebeldia, relatividade e abertura do conceito de “desporto”, entre nós, respectivamente, João Leal Amado, *Vinculação versus Liberdade – O processo de constituição e extinção de relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra, 2002, p. 17 ss.; Nuno Barbosa, «O novo Conselho Superior do Desporto: aplausos ou assobios?», in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, 2 (2004), p. 336, nota 36 [323-336]; Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 933.

Uma definição integrada de desporto – como a de Manuel Sérgio (para o qual o desporto se definiria como uma *actividade cultural simultaneamente lúdico-agonística*) – só com muitas cautelas poderia ser adequada no plano do Direito (cfr. F. Holzke, *Der Begriff Sport...*, p. 63 ss.), uma vez que este se refere a dados reais multiformes, ainda que por vezes se possa ocupar de dimensões específicas ou parcelares desse fenómeno social (como o desporto profissional, o desporto de alta competição, o desporto escolar, etc.); seja como for, uma pluralidade de regimes jurídicos pressupõe normalmente o uso de uma pluralidade de conceitos de referência, a que o intérprete não pode deixar de atender.

Uma vez que nem sempre o desenvolvimento da actividade física pressupõe a organização ou o agonismo, julgamos essencialmente correcta a formulação de um “conceito em alternativa” (que constitui uma forma de conceito plural), como o que está patente no artigo 2.º, n.º 1, alínea *a*), da Carta Europeia do Desporto (adoptada no âmbito do Conselho da Europa, em 24 de Setembro de 1992), nos termos da qual se entende por “desporto” *todas as formas de actividades físicas que, através de uma participação organizada ou não, têm por objectivo a expressão ou o melhoramento da condição física e psíquica, o desenvolvimento das relações sociais ou a obtenção de resultados na competição a todos os níveis*.

¹¹ Respectivamente: (1) direito interno (estadual e não-estadual); (2) direito internacional público e direito da União Europeia; e (3) direito das organizações desportivas transnacionais.

principais actores do fenómeno desportivo em sentido estrito (desporto de competição): o atleta e a federação desportiva (n.ºs 5 e 6).

1. Contextualização jurídica do problema

Não podendo fugir à complexidade e transversalidade do direito do desporto, mas também para evitar escusadas zonas de dúvida e sobretudo para permitir uma contextualização mínima das questões, começamos por enunciar os traços marcantes do direito desportivo, como ele hoje se nos oferece, bem como os caracteres básicos dos direitos, liberdades e garantias.

1.1 No plano do direito desportivo

O direito do desporto – e, dentro dele, em especial, o ordenamento desportivo – é uma realidade perspectivada de formas muito diferentes consoante a história, a cultura política e as estruturas jurídicas dominantes numa determinada sociedade.

Ainda que prescindindo de uma visão dos contrastes detectáveis no confronto com as ordens jurídicas da família jurídica anglo-saxónica, mesmo no seio da família jurídica romano-germânica, as diferenças são assinaláveis: (i) na Itália, por exemplo, por ser comum desde Santi Romano¹² o apelo à doutrina da pluralidade de ordenamentos jurídicos¹³, o ordenamento desportivo é em regra apresentado como um ordenamento autónomo, originário e exclusivo, ocupando por isso um espaço jurídico próprio (o que, no entanto, não obstou à publicização e à intervenção do Estado, muito devido à natureza do C.O.N.I., uma estrutura moldada pelo fascismo)¹⁴; (ii) na Alemanha, prevalece uma concepção essencialmente liberal do ordenamento desportivo (próxima

¹² Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2.ª ed., Firenze, 1945.

¹³ Por último, afirmando a presença dessa doutrina no artigo 1.º da lei italiana 280/2003, de 17 de Outubro, Daniela Memmo, «Il rapporto tra ordinamento sportivo e ordinamento nazionale», in Chiara Alvisi, *Il diritto sportivo...*, p. 3 ss. [3-12]; para uma declarada assunção da doutrina, entre nós, A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 126 ss., 164 ss.; M. Raquel Rei, «Contrato de transferência...», p. 52; sem esse compromisso, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 704, 839 ss.

¹⁴ Sobre a feição presente deste organismo público, depois da reforma de 1999, M. Sanino, *Diritto Sportivo*, p. 81 ss.

por isso da tradição anglo-saxónica), cuja matriz reside no direito fundamental de associação, consagrado no artigo 9.º da *Grundgesetz* (residindo a explicação, a nosso ver, na reacção às lições do nacional-socialismo)¹⁵; (iii) em Portugal (como de resto na França, na Espanha ou no Brasil), é predominante a concepção que olha para o ordenamento desportivo como um espaço *delegado pelo Estado*¹⁶, chegando o desporto a ser concebido como tarefa pública¹⁷ e mesmo como serviço público¹⁸ (residindo neste caso a explicação no peso da dominante estadualista).

a) No entanto, essas diferentes concepções não impediram os profundos desenvolvimentos registados, no último meio século, quer no plano das realidades objecto de regulação (que se transformaram em fenómenos não apenas lúdicos, mas sobretudo em fenómenos de grande relevo económico¹⁹, político²⁰ e, por fim, cultural²¹ e simbólico²²), quer no plano das normas e instituições. Isso é particularmente claro ao nível da organização internacional do desporto²³, de que constitui momento marcante a criação em 1983, no âmbito do Comité Olímpico Internacional, do Tribunal Arbitral do Desporto (TAS)²⁴, com sede em Lausanne (um evidente paralelo do Tribunal Internacional de Justiça, onde aliás recrutou o seu primeiro presidente)²⁵. Mas também no plano interno²⁶ esses desenvolvimentos são visíveis: quer na constitucionalização do desporto, quer na avalanche legislativa, quer na diversidade das estruturas e mecanismos institucionais.

¹⁵ Para a identificação de casos paralelos, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 307, 509.

¹⁶ Neste sentido, por todos, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 857 ss.

¹⁷ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 849, 852, 857.

¹⁸ Assim se exprime o Programa de Governo do XVII Governo Constitucional.

¹⁹ Sobre a mercantilização do desporto, com amplas indicações, Henk Erik Meier, «Kommerzialisierung und Marktkonstitution. Zur politischen Konstruktion des Sportsmarktes», in *Medien & Kommunikationswissenschaft*, 52 (2004), p. 583-612.

²⁰ A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 18 ss.

²¹ Sobre o desporto como espectáculo, M. Sanino, *Diritto Sportivo*, p. 339 ss.

²² Jean Gatsi, *Le droit du sport*, Paris, 2000, p. 3 s.

²³ Por todos, F. Latty, *La lex sportiva...*, *per totum*.

²⁴ Para uma primeira ideia, M. Sanino, *Diritto Sportivo*, p. 478 ss.; para um desenvolvimento, F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 253 ss., 260 ss., 285 ss., 303 ss., 547 ss.

²⁵ O Tribunal foi objecto de uma importante reforma em 1994, que reforçou significativamente as garantias de independência (para outras informações, www.fas-cas.org).

²⁶ O mesmo se diga do plano do direito da União Europeia, com a “europeização” do desporto nos artigos 6.º e 165.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (após o Tratado de Lisboa).

b) Se considerarmos especialmente os elementos estruturantes presentes no direito português (seja ele o direito produzido pelo Estado, o direito produzido pelas estruturas desportivas privadas ou o direito reconhecido ou recebido quer por um quer pelas outras)²⁷, atentas ainda aquelas diversas dimensões do fenómeno, podemos identificar um conjunto de traços relevantes de partida, no que respeita ao *direito desportivo*.

- (i) Em *termos históricos*, depois da indiferença de séculos, preservada durante todo o Estado liberal, a instrumentalização do desporto experimentada pelos regimes totalitários²⁸ veio a ser determinante para o acolhimento da intervenção estadual no domínio do desporto pelo Estado social; na verdade, o fenómeno despontou em regimes autoritários (em 1940, na França, sob o governo de Vichy, em 1941 na Espanha franquista, em 1942 na Itália fascista e, em 1942/43, em Portugal) – sendo que nem a posterior reconversão democrática desses sistemas políticos afectou a recepção do intervencionismo estatal²⁹, nem a posterior erosão do Estado social levou a uma diminuição da intensidade da relação;
- (ii) Em termos *político-constitucionais*, a constitucionalização do desporto (ocorrida, à excepção dos países socialistas de Leste, apenas em países saídos de ditaduras tardias, como na Grécia, em Portugal, na Espanha e no

²⁷ Daqui se retira, naturalmente, que não se confunde o conceito de ordenamento desportivo com o conceito de direito desportivo: este compreende *todas as normas* (conceitos, procedimentos e instituições), internas ou internacionais, públicas ou privadas, de origem estadual ou infra-estadual, *que tenham por objecto o desporto como realidade social*; o ordenamento desportivo, diversamente, é a parte do direito do desporto constituída pelas normas produzidas pelos próprios sujeitos do fenómeno desportivo, como expressão do seu poder normativo próprio.

Por sua vez, a parte correspondente ao ordenamento desportivo (seja ele apenas interno ou o transnacional) é hoje frequentemente designada por certos sectores da doutrina como “lex sportiva” (por último, F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 12 ss., 31 ss.; Alain Pellet, «Avant-propos», in F. Latty, *La lex sportiva...*, p. ix-xii; entre nós, M. Raquel Rei, «Contrato de transferência...», p. 53, nota 130; discutindo o valor hierárquico dessas normas, Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2004, p. 604 s.).

²⁸ P. Otero, *Legalidade e Administração...*, p. 776.

²⁹ Segundo Pedro Gonçalves (cfr. *Entidades Privadas...*, p. 846-852), a regulação do desporto em Portugal conheceu até hoje quatro fases: a *primeira*, até 1942 (de domínio da autonomia privada); a *segunda*, de 1942 a 1976 (de ingerência estadual, com apropriação político-administrativa do desporto); a *terceira* de 1976 até 1990 (de assunção do desporto como responsabilidade do Estado, segundo o modelo francês); e a *quarta* fase, de 1990 em diante (onde se torna evidente a opção pela *jus-publicização* da regulação do desporto).

Alexandra Pessanha nota o carácter marcante, na rotura com a “velha ordem desportiva”, do regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 164/85, de 15 de Maio (cfr. *As Federações Desportivas...*, p. 72 ss., 74) – diploma que, bem vistas as coisas, não teve a continuidade que merecia.

Brasil) corresponde por isso mesmo a um evidente traço de continuidade com as estruturas políticas e sociais precedentes³⁰, na medida em que, além de legitimar a acção do Estado³¹, parece inclusivamente impor-lhe a definição de uma política³² neste domínio³³;

- (iii) Confortado pelas imposições recebidas da norma constitucional, o *legislador* tem intervindo de forma repetida, intensiva e extensiva³⁴, assim se tendo sucedido três leis de bases, dezenas e dezenas de outros actos legislativos e uma variedade de formas institucionais (de que, nesta fase, são paradigmas o Instituto do Desporto de Portugal, I.P.³⁵ e o Conselho Nacional do Desporto³⁶);
- (iv) Deste modo, o principal actor do sistema desportivo (as *federações desportivas*)³⁷ encontra-se submetido a um apertado regime publicístico, que na realidade é quase o oposto do regime a que a natureza da figura deveria

³⁰ Não se estranha que o projecto ao qual o artigo 79.º da Constituição de 1976 se mostra mais devedor seja o do MDP/CDE (cfr. J. Meirim, «Desporto e Constituição», p. 31; A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 63, nota 146), justamente o partido que na Assembleia Constituinte se revelou mais autoritário-radical (concluindo neste sentido, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, 2006, p. 621).

³¹ A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 64.

³² Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 25. Veja-se o capítulo II (artigos 6.º e seguintes) da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

³³ Entre nós, este aspecto ainda não mereceu a suficiente atenção por parte da doutrina (definindo no entanto uma certa linha de resistência, A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 126 ss., 164 ss.), apesar das reservas há muito expressas a essa margem de intervenção do Estado, por exemplo, pelo Comité Olímpico de Portugal [assim, por exemplo, os pareceres n.ºs 16/2006 e 4/2007; com outros contributos, Jorge Olímpio Bento / José Manuel Constantino (coord.), *Em Defesa do Desporto – Mutações e Valores em Conflito*, Coimbra, 2007].

³⁴ Para um problema homólogo no plano da lei constitucional, entre nós, Jorge Miranda, «Acabar com o Frenesim Constitucional», in AAVV, *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução constitucional e perspectivas futuras*, Lisboa, 2001, p. 653-662; para uma recente revisitação do problema, José de Melo Alexandrino, *Reforma Constitucional – Lições do constitucionalismo português*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra [no prelo], acessível em <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AlexandrinoJosedeMelo2.pdf> (20.12.2008); para um paralelo no plano da lei ordinária, José de Melo Alexandrino, *A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros* (2008), acessível em <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AlexandrinoJosedeMelo3.pdf> (20.12.2008).

³⁵ Decreto-Lei n.º 169/2007, de 3 de Maio.

³⁶ Decreto-Lei n.º 315/2007, de 18 de Setembro.

³⁷ A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 96.

estar sujeita: o regime definido no Código Civil para as associações de direito privado;

- (v) Ainda assim, apesar do regime (que é um regime *misto*³⁸, de direito público e de direito privado, fortemente publicizado) e do exercício de determinadas funções públicas, as federações desportivas *não se enquadram na estrutura da Administração Pública*³⁹, porque permanecem pessoas colectivas privadas⁴⁰ – todavia, à escala da *lex sportiva* (sobretudo no quadro das relações entre a norma interna e a norma do ordenamento desportivo transnacional)⁴¹, e não já da ordem jurídica portuguesa⁴², as federações são estruturas associativas agregadas a estruturas associativas mais amplas⁴³, por sua vez vinculadas ao Comité Olímpico Internacional⁴⁴;
- (vi) Nesta medida, quanto ao *exercício de poderes regulamentares*⁴⁵, as normas das associações e federações (nacionais e internacionais) presumem-se emitidas no âmbito da autonomia privada⁴⁶;
- (vii) Ainda que a reserva de jurisdição prevista no artigo 202.º da Constituição diga unicamente respeito às relações entre os vários poderes do Estado

³⁸ Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, p. 547 ss.

³⁹ Contra, Paulo Otero, *Direito Administrativo – Relatório*, 2.ª ed., Lisboa, 2001, p. 254; id., *Legalidade e Administração...*, p. 781.

⁴⁰ Trata-se de um ponto assente na jurisprudência, ordinária e constitucional (e, salvo a posição, já longínqua, expressa pelo Professor Jorge Miranda, de que se estaria em presença de associações públicas), sem hesitações na doutrina (entre muitos, V. Moreira, *Administração Autónoma...*, p. 304, 551 ss.; A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 142; J. Meirim, *As Federações...*, p. 334 ss., 690; M. Raquel Rei, «Contrato de transferência...», p. 53; P. Otero, *Legalidade e Administração...*, p. 780; P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 855 ss.; Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, 3.ª ed., vol. I, Coimbra, 2006, p. 445).

⁴¹ Maria Raquel Rei chama, com pertinência, a atenção para o facto de apenas se poder determinar a natureza jurídica de uma realidade perante um ordenamento jurídico concreto (cfr. «Contrato de transferência...», p. 51, nota 125).

⁴² Trata-se de dois “mundos” distintos (cfr. P. Otero, *Legalidade e Administração...*, p. 605).

⁴³ Segundo Maria Raquel Rei, uma federação constitui *uma das pontas de uma grande sociedade mundial* (cfr. «Contrato de transferência...», p. 51), não recusando a sugestão feita em 1963 por Cesarini Sforza, que qualificara as federações desportivas como verdadeiras instituições (*ibidem*, p. 54, nota 131).

Sobre os fundamentos, bem como sobre as características estruturais e materiais das ordens jurídicas das federações internacionais, F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 52 ss., 122 ss., 145 ss.; para um apontamento, entre nós, Fernando Xarepe Silveiro, «O “empréstimo” internacional de futebolistas profissionais», in M. Raquel Rei / *et al.*, *Estudos de Direito Desportivo*, p. 104 ss., 115 ss.

⁴⁴ Sobre a ordem jurídica do C.I.O., F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 159 ss., 187 ss. (em especial sobre a primazia e a autonomia da *lex olimpica*, *ibidem* p. 215 ss., 224 ss.).

⁴⁵ Sobre o fundamento deste poder, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 708 ss.

⁴⁶ Sobre a *necessidade* destas regras no plano internacional, Massimo Severo Giannini, «Ancora sugli ordinamenti giuridici sportivi», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3 (1996), p. 675 s. [671-677].

- (significando que, enquanto função do Estado, a mesma está exclusivamente confiada aos tribunais do Estado)⁴⁷, quanto ao *exercício de poderes jurisdicionais*, por serem entidades privadas, nem os órgãos jurisdicionais das federações são tribunais⁴⁸ (mas tão-só instâncias de jurisdição privada)⁴⁹, nem os correspondentes acórdãos são sentenças (mas tão-somente decisões definitivas tomadas pela instância competente no âmbito dessa entidade);
- (viii) Sem prejuízo da presença de fenómenos de autolimitação (do Estado, mas também por parte da União Europeia)⁵⁰, deve admitir-se a *regra geral* segundo a qual todas as decisões das instâncias desportivas que afectem direitos e interesses legalmente protegidos são passíveis de impugnação junto dos tribunais do Estado⁵¹;
- (ix) Todavia, ainda neste plano, devem entre nós considerar-se integradas no *âmbito de protecção da liberdade de associação* no plano desportivo (1) a reserva de existência de questões estritamente desportivas⁵², bem como (2) uma presunção favorável à salvaguarda dos efeitos desportivos objecto de caso decidido na instância desportiva⁵³.

1.2. No plano do direito constitucional

1.2

⁴⁷ Delimitando neste sentido a reserva da função jurisdicional, por todos, com indicações, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 862 ss.; em sentido mais restritivo, dominante entre os publicistas portugueses, Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 36 ss.; em sentido ampliativo, José Joaquim Almeida Lopes, «Litígio desportivo e recurso aos tribunais», in Ricardo Costa / N. Barbosa, *II Congresso do Desporto...*, p. 107 ss. [45-120].

⁴⁸ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 863.

⁴⁹ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 563 ss. (entendendo “jurisdição” como macro-conceito ou *Oberbegriff*).

⁵⁰ P. Otero, *Legalidade e Administração...*, p. 605.

⁵¹ A regra, que conhece desvios e limitações (neste sentido, J. Almeida Lopes, «Litígio desportivo...», p. 112), não pode deixar de ser reconhecida no plano constitucional (artigo 20.º, n.º 1, da Constituição).

⁵² Ainda sobre o assunto, D. Monheim, *Sportlerrechte und Sportgerichte...*, p. 121 ss.

⁵³ Artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

É significativamente mais fácil caracterizar os direitos, liberdades e garantias, e diferenciá-los depois de um conjunto de realidades próximas com as quais podem ser confundidos⁵⁴, do que caracterizar o direito do desporto.

a) Três notas bastam para situar juridicamente os direitos, liberdades e garantias: (1.^a) antes de mais, os direitos, liberdades e garantias são *direitos fundamentais* (ou seja, constituem situações jurídicas das pessoas perante os poderes públicos consagradas na Constituição)⁵⁵, apresentando por isso as características básicas da universalidade, da permanência, da individualidade, da não-patrimonialidade e da indisponibilidade⁵⁶; (2.^a) mais precisamente, os direitos, liberdades e garantias são *os direitos fundamentais previstos nos artigos 24.º a 57.º da Constituição de 1976* (aos quais se devem associar os “direitos fundamentais de natureza análoga”, ou seja, os direitos fundamentais que, não estando previstos nos artigos 24.º a 57.º, por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objecto e mereçam um tratamento análogo aos dos direitos, liberdades e garantias)⁵⁷; (3.^a) de estrutura predominantemente negativa, os direitos, liberdades e garantias denotam uma articulação privilegiada com os princípios da liberdade e do Estado de Direito, correspondendo à ideia de direitos fundamentais *fortes* (que tendem à máxima efectividade)⁵⁸.

⁵⁴ Como é o caso do *direito à imagem* (que será analisado neste Curso, nas suas vestes de direito da personalidade, apesar da protecção da imagem também estar prevista no artigo 26.º da Constituição), como é o caso do *direito à prática do desporto* (previsto na Carta Olímpica), que nem é direito fundamental, nem direito de personalidade, mas sim um “direito olímpico do homem” (diversamente, qualificando-o como direito do homem, Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 25; sobre o assunto, F. Latty, *La lex sportiva...*), p. 678 ss.) ou como é o caso da *liberdade de circulação dos desportistas* (cuja regulação pertence primariamente ao domínio das relações de trabalho e das liberdades económicas, nomeadamente europeias).

⁵⁵ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 22.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 30 s.

⁵⁸ M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 44 ss., 241 ss.; id., *Direitos Fundamentais...*, p. 41 ss.

b) Em termos muito gerais, um direito pode ser descrito (como se ilustra na figura 1) como uma relação triádica (*eine dreistellige Relation*)⁵⁹, que envolve um titular (ou beneficiário), um destinatário (ou obrigado) e um objecto (ou conteúdo do direito).

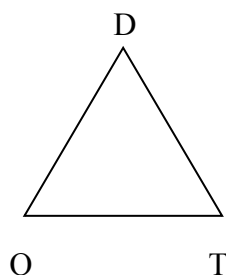


Figura 1

À luz desta representação (considerando especialmente quem ocupa a posição de destinatário), os direitos, liberdades e garantias distinguem-se facilmente (i) dos direitos de personalidade, (ii) dos direitos do homem, (iii) dos direitos patrimoniais (públicos ou privados) e, naturalmente também, (iv) dos direitos reconhecidos apenas pelo ordenamento desportivo, na medida em que: nos *direitos de personalidade*, o destinatário-regra são os privados; nos *direitos do homem*⁶⁰, o destinatário é a Comunidade Internacional⁶¹; nos *direitos patrimoniais*, o destinatário é o devedor; nos *direitos* previstos na *lex sportiva*, os destinatários são antes de mais os associados das federações nacionais e internacionais⁶².

Mais uma vez, e este aspecto é duplamente decisivo, os direitos, liberdades e garantias, como direitos fundamentais que são, vinculam *antes de mais* o Estado e as entidades públicas, dizendo-se justamente nessa medida que são *trunfos* contra o Estado⁶³.

⁵⁹ Robert Alexy, «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», in *Der Staat*, 29 (1990), 1, p. 53 [49-68]; id., *Theorie der Grundrechte*, 2.^a ed., Frankfurt am Main, 1994, p. 196 ss.; id., «La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», in *Derechos y Libertades*, 8 (2000), p. 22 [21-41]; M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 75, nota 302.

⁶⁰ Sobre a matéria, com amplas indicações, F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 662 s.

⁶¹ Tal como nos “direitos fundamentais do homem” previstos na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, os destinatários são os órgãos e instituições da União Europeia ou os Estados membros, quando apliquem o direito da União.

⁶² Sobre o impacto do direito internacional do desporto na conformação destes direitos pela *lex sportiva*, F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 663 ss.

⁶³ Por todos, entre nós, num sentido a que demos franca adesão, Jorge Reis Novais, «Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares», in id., *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, p. 69-116.

2. Bens e direitos de liberdade *mais sensíveis* no âmbito da relação desportiva

Nem sempre os juristas têm presente a distinção, que me parece da máxima acuidade, entre *os bens e interesses* protegidos por uma norma e *os direitos* que dão corpo à protecção jurídica desses bens e interesses⁶⁴.

Vejamus a relevância dessa distinção no âmbito desportivo, elencando primeiramente um conjunto de bens e interesses e, num segundo momento, um conjunto de direitos, liberdades e garantias (ou apenas de normas) que protegem esses bens.

2.1 Elenco dos bens e interesses mais susceptíveis de lesão

a) Entre os bens mais evidentes, pela susceptibilidade de lesão na esfera desportiva⁶⁵, contam-se, a nosso ver (indicando apenas bens inequivocamente protegidos por normas constitucionais e seguindo a sistemática do próprio texto constitucional):

- A *dignidade da pessoa humana*⁶⁶: a jurisprudência francesa considerou afectado esse bem no célebre caso do lançamento de anões; e é afectado mesmo quando, na linguagem corrente, se utilizam expressões como compra e venda de jogadores⁶⁷;
- A *vida*: é a protecção desse bem que está na base na proibição do “streetracing” ou de certas proibições em matéria de *doping*, etc.;

⁶⁴ Por todos, Markus Winkler, *Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen. Zur Dogmatik der „verfassungsimmanenten“ Grundrechtsschranken*, Berlin, 2000.

⁶⁵ Sobre o perigo no desporto, Bruno Bertini, *La responsabilità sportiva*, Milano, 2002, p. 28 ss.

⁶⁶ Seja ela entendida como valor, como atribuição ou como reconhecimento (sobre a nossa visão do problema, José de Melo Alexandrino, «Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções», in AAVV, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, 2008, p. 467-497 [no prelo]).

A Carta Olímpica de 2007 (no seu 2.º princípio fundamental) enuncia como objectivo o favorecimento de “uma sociedade pacífica e comprometida com a preservação da dignidade humana” (versão inglesa acessível em http://www.comiteolimpicoportugal.pt/attach_files/content_file_275.pdf).

⁶⁷ Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 33.

- A *integridade física*: trata-se de um bem particularmente vulnerável na actividade desportiva e que pode ser objecto de todo o tipo de lesões (voluntárias e involuntárias, expressamente consentidas e implicitamente consentidas⁶⁸, lícitas e ilícitas⁶⁹, etc.); basta pensar na sujeição a análises clínicas e colheitas de vestígios, na realização de exames ou nas sistemáticas intervenções cirúrgicas sofridas pelos desportistas⁷⁰, etc.⁷¹.
- A *integridade moral*⁷²: este bem, particularmente sensível no caso das crianças e dos jovens (como refere o Tratado de Lisboa)⁷³ é lesado, por exemplo, pelo excesso de pressão psicológica, pela aplicação e duração dos castigos⁷⁴ ou pela utilização de formas humilhantes de relacionamento entre sujeitos participantes na relação desportiva;
- Os tradicionais bens da personalidade (a *privacidade*, a *imagem*, a *honra*, etc.): basta lembrar, por exemplo, o fenómeno das ofensas de carácter racista ou xenófobo, nos estádios e fora dos estádios;
- A *liberdade física*: no primeiro caso, e provavelmente dos únicos, apreciado pela Comissão europeia dos direitos do homem, no início dos anos oitenta (caso

⁶⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁹ Veja-se o caso decidido em 23 de Abril de 2008 pelo Supremo Tribunal da Holanda, que confirmou a pena (suspensa) de seis meses de prisão ao futebolista Rachid Bouaouzan, por este ter partido uma perna a um adversário, num jogo da Liga holandesa disputado em 2004, tendo o tribunal considerado que o jogador, além de violar flagrantemente as regras do futebol, provocou um “dano físico sério” no seu adversário [notícia acessível em <http://www.iht.com/articles/ap/2008/04/23/sports/EU-SPT-SOC-Wigan-Bouaouzan-Sentenced.php#> (23.05.2008)].

Sobre o dano sério, na jurisprudência italiana, após a sentença do Tribunal da Cassação penal n.º 1591/2000, B. Bertini, *La responsabilità sportiva*, p. 28 ss.; ainda sobre a responsabilidade objectiva na manutenção da ordem pública nos recintos desportivos, *ibidem*, p. 223 ss.

⁷⁰ Sobre a responsabilidade dos médicos desportivos, B. Bertini, *La responsabilità sportiva*, p. 179 ss.

⁷¹ Na jurisprudência constitucional portuguesa merecem leitura os acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007, sobre a matéria (acessíveis em www.tribunalconstitucional.pt).

⁷² Para o direito da União Europeia – e julgamos que essa identificação é essencialmente correcta (dado ser nessa zona que se concentram as mais relevantes *situações de perigo*) –, a integridade moral (e física) dos desportistas jovens constitui o principal bem no domínio do desporto (cfr. artigo 149.º, n.º 2, do Tratado de Lisboa – artigo 165.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, depois de renumerado pelo Tratado de Lisboa).

⁷³ É aqui fundamental a articulação com a majestática figura do “desenvolvimento da personalidade” (sobre a respectiva configuração no ordenamento constitucional português, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 495 ss.; sobre a dimensão estruturante que a mesma ocupa na protecção da criança, José de Melo Alexandrino, «Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária», in *Revista da Ordem dos Advogados* (2008) [no prelo]; sobre os danos causados a menores no âmbito desportivo, B. Bertini, *La responsabilità sportiva*, p. 189 ss.).

⁷⁴ Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 33.

- Arnauld Mühren c. Pays-Bas*), um jogador de futebol alegou a violação do artigo 4.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (relativo à proibição da escravatura e do trabalho forçado), em virtude da justiça holandesa ter rejeitado a sua pretensão de poder celebrar um novo contrato de trabalho, em face do montante proibitivo reclamado para a transferência⁷⁵; um estágio mais ou menos prolongado contém suficientes elementos de privação da liberdade (podendo naturalmente existir muitos outros tipos de condicionamentos e restrições à liberdade física)⁷⁶;
- A *expressão do pensamento*⁷⁷: são entre nós conhecidos os *black-out* impostos por períodos mais ou menos longos a toda a estrutura de um clube; por outro lado, lembre-se a denúncia feita pela “Human Rights Watch” das restrições que a China pretendia impor à utilização de blogues nos Jogos Olímpicos (tendo aí o C.O.I. tido uma palavra decisiva ao admitir esse direito aos atletas estrangeiros); lembre-se ainda a proibição de certos tipos de festejos dos golos;
 - A *informação*: como notou Francisco Lucas Pires, há vinte anos, olhando para a tragédia de Chernobyl, sobretudo numa sociedade complexa, a informação constitui um dos mais importantes bens da pessoa⁷⁸; e são múltiplas as possibilidades de lesão desse bem na esfera do desporto, tanto no acesso à informação como na prestação da informação.

⁷⁵ F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 662 (com as indicações pertinentes).

⁷⁶ Sobre o treino intensivo de jovens ginastas, e em geral dos jovens, F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 663.

⁷⁷ Registe-se que o único caso apreciado até 2007 pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Maio de 2002 (caso *McVicar c. Royaume-Uni*), teve a ver com a liberdade de expressão (cfr. F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 662 s.).

⁷⁸ Por último, veja-se a Mensagem do Papa Bento XVI, «Os meios de comunicação social: na encruzilhada entre protagonismo e serviço. Buscar a verdade para partilhá-la», Roma, 4 de Maio de 2008, acessível a partir de http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/index_po.htm (12.05.2008).

b) Por seu lado, ainda que essa fronteira não seja totalmente evidente⁷⁹, entre os interesses jusfundamentais mais relevantes (na sua maioria protegidos por princípios objectivos ou por normas de direitos, económicos, sociais e culturais)⁸⁰, destacamos:

- A *protecção contra discriminações injustas*⁸¹: trata-se de um dos interesses mais salientes no plano da “lex sportiva”, cuja protecção transitou para o direito internacional⁸², para o direito da União Europeia⁸³ e para o direito interno⁸⁴;
- A *protecção jurídica*: eis um dos domínios mais sensíveis na esfera desportiva, tendo já nós concluído que não pode ser negado à pessoa vítima de uma ofensa à sua esfera jurídica a possibilidade de fazer valer as suas pretensões perante um tribunal;
- A *participação*: a defesa das possibilidades de participação dos atletas na vida associativa das Federações constituiu, por exemplo, uma das preocupações do legislador italiano na reforma de 1999;
- O *trabalho e a formação*: no mundo do desporto, a possibilidade de trabalhar ou de treinar constituem interesses básicos (como sabe todo o atleta que passa meses sem jogar ou o técnico que passa meses sem treinar);
- A *saúde*: apesar de muitas vezes vir associada à vida e à integridade física, a saúde não é minimamente comparável nem à dignidade, nem à vida, nem à integridade física – a sua *importância* é muito menor, ao contrário do que pretexta uma sociedade paternalista e autoritária⁸⁵; no entanto, a saúde é um

⁷⁹ Alguns deles são identificados pelo Professor Vieira de Andrade como “bens jurídicos” (cfr. Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 25); em nosso entender, nem o desenvolvimento integral, nem a protecção da saúde, nem a educação física e psíquica (?) constituem bens de primeira importância, no âmbito das dimensões de existência, autonomia e poder que devem estar tuteladas nas normas de direitos fundamentais de uma sociedade aberta – além disso, do ponto de vista filosófico, sempre teria de ser equacionado o problema de saber a quem deve caber primariamente a decisão de realizar esses fins.

⁸⁰ E não por normas de direitos, liberdades e garantias, com excepção da *protecção jurídica*, cujo interesse surge enunciado em norma de direito fundamental de natureza análoga.

⁸¹ Sobre a validade do correspondente princípio constitucional, na área desportiva, designadamente no que se refere às categorias suspeitas referidas no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 33; já anteriormente, do mesmo autor, «[Nota ao] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2003», in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, ano I, n.º 3 (2004), p. 479-490.

⁸² F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 652 ss.

⁸³ Veja-se, por exemplo, a Directiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho.

⁸⁴ Entre nós, vejam-se, por exemplo, as Lei n.ºs 18/2004, de 11 de Maio, e 46/2006, de 28 de Agosto.

⁸⁵ Aproxima-se aí da filosofia originária do Estado Novo (1932).

interesse particularmente sensível nesta esfera⁸⁶, uma vez que uma parte da actividade desportiva (a que a lei chama actividade física)⁸⁷ parece ter como objectivo a saúde e o bem-estar (artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro);

- *A segurança social*: sobretudo em actividades de desgaste rápido e intenso, a segurança social revela-se um mecanismo particularmente necessário.

c) Embora isso possa parecer descabido, convém dizer que há muitos outros bens e interesses relevantes, mas sem dignidade jusfundamental, como é o caso do desporto⁸⁸, em si mesmo considerado, da verdade desportiva (o que se poderia dizer da verdade, em si mesma)⁸⁹, da ética desportiva ou da própria concorrência entre as empresas.

2.2 Elenco de direitos, liberdades e garantias mais susceptíveis de afectação

É agora mais fácil ainda a enumeração da série de direitos, liberdades e garantias (sendo que daqueles bens apenas a dignidade da pessoa humana não tem uma concretização específica num direito, liberdade e garantia, estando, ao invés, concretizada na generalidade das normas de direitos fundamentais da Constituição)⁹⁰ mais susceptíveis de sofrerem afectações⁹¹:

- Direito de *acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva* (artigos 20.º, n.ºs 1 e 4, e 268.º, n.ºs 4 e 5, da Constituição);
- Direito à *vida* (artigo 24.º, n.º 1);

⁸⁶ Carta Olímpica de 2007 (capítulo 1, ponto 2. 9).

⁸⁷ Criticamente, entre outros, Jorge Olímpio Bento, «A propósito da Lei da “actividade física”», in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, 2 (2004), p. 167-183.

⁸⁸ A nosso ver em equívoco, ao identificar o desporto como o bem protegido na incriminação da corrupção, J. Amado, *Vinculação versus Liberdade...*, p. 73 s., quando o bem jurídico aí em presença é talvez um agregado de valores atinentes à igualdade, confiança e segurança (de algum modo nesse sentido, *ibidem*, p. 244).

⁸⁹ M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 90, 162, nota 687.

⁹⁰ Neste sentido, por último, Josef Isensee, «Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten», in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 131 (2006), 2, p. 209 ss. [173-218]; M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 315, 321; id., *Direitos Fundamentais...*, p. 61; id., «Perfil constitucional...», *loc. cit.*; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição federal de 1988*, 5.ª ed., Porto Alegre, 2007, p. 71, 72, 105.

⁹¹ Sobre o conceito de afectação, M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 105 ss.

- Direito à *integridade moral e física* (artigo 25.º, n.º 1);
- Direitos à *identidade pessoal*, ao *desenvolvimento da personalidade*, ao *bom nome e reputação*, à *imagem*, à *palavra*, à *reserva da vida privada* e à *protecção legal contra quaisquer formas de discriminação* (artigo 26.º, n.º 1);
- Garantias legais *contra a experimentação científica* (artigo 26.º, n.º 3);
- Direito à *liberdade e à segurança* (artigo 27.º, n.º 1);
- Direitos de *audiência e defesa* nos processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10);
- Liberdade de *expressão do pensamento* (artigo 37.º, n.º 1);
- Liberdade de *informação* (artigo 37.º, n.º 1);
- Liberdade de *imprensa e meios de comunicação social* (artigo 38.º);
- Liberdade de *consciência, de religião e de culto* (artigo 41.º)⁹²;
- Liberdade de *associação* (artigo 46.º, n.º 1);
- Liberdade de *escolha de profissão* (artigo 47.º);
- Direito à *greve* (artigo 57.º, n.º 1);
- Liberdade de *iniciativa económica* (artigo 61.º, n.º 1).

2.3 Os casos mais salientes

Deste conjunto de direitos, os casos mais salientes no âmbito desportivo parecem-nos ser a garantia do *acesso ao direito*⁹³, o direito à *integridade física e moral* (sobretudo nos tocante aos desportistas profissionais), o direito ao *desenvolvimento da personalidade* (quando respeitante sobretudo às crianças e aos jovens), a *liberdade de expressão* (trata-se aqui de situações que atingem múltiplos actores) e a *liberdade de associação* (neste caso, os principais interessados são as associações e federações, mas também os atletas, na medida em que devem necessariamente ter uma palavra a dizer na vida dessas estruturas).

3. Os distintos *titulares* de direitos, liberdades e garantias

⁹² F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 663.

⁹³ Por último, Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 36 ss.

Perante a diversidade de titulares (havendo aí pessoas singulares e colectivas, pessoas colectivas totalmente privadas e pessoas colectivas com poderes públicos, pessoas nacionais e estrangeiras), impõe-se distinguir a correspondente titularidade de direitos, liberdades e garantias, partindo do nível mais amplo e mais intenso, para o menos amplo e intenso.

3.1 Os atletas e os demais intervenientes (individuais)

Os meros praticantes, os atletas, os treinadores, os árbitros, mas também os médicos, os dirigentes, os empresários desportivos, os espectadores, etc., enquanto pessoas, gozam da generalidade dos direitos fundamentais. E todos eles, sem excepção, gozam de todos os direitos, liberdades e garantias acima enumerados (v. *supra*, n.º 2.2).

Ao dizermos *sem excepção*, estamos a pensar nos cidadãos estrangeiros, o que suscita duas breves notas e uma observação complementar: (i) hoje em dia, como é sabido, um cidadão de um Estado membro da União Europeia já não pode ser considerado um estrangeiro (seja para efeitos do direito interno, seja do direito europeu)⁹⁴, nem um imigrante, usufruindo por isso de um estatuto muito próximo do aplicável ao cidadão português⁹⁵; (ii) quanto aos cidadãos não-comunitários que se encontrem ou residam legalmente em Portugal, vale a presunção⁹⁶ (*princípio da equiparação*) de que gozam dos mesmos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos portugueses (artigo 15.º, n.º 1, da Constituição)⁹⁷.

O estatuto do cidadão estrangeiro releva não só na matéria da contratação de jogadores ou técnicos, mas, mais ainda, no contexto da organização por um Estado de

⁹⁴ M. Alexandrino, *A nova lei de entrada...*, p. 1, 4 s.

⁹⁵ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 68.

⁹⁶ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 67, 68.

⁹⁷ Sobre a matéria, Mário Torres, «O estatuto constitucional dos estrangeiros», in *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto (2001), p. 15 ss. [7-27]; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra, 2004, p. 135 s.; Jorge Pereira da Silva, *Direitos de cidadania e direito à cidadania: princípio da equiparação, novas cidadanias e direito à cidadania portuguesa como instrumento de uma comunidade constitucional inclusiva*, Lisboa, 2004, p. 25 ss., acessível em <http://www.oi.acime.gov.pt/docs/pdf/estudo%20OI%20Cidadania.pdf> (23.03.2008); Jorge Miranda, «Artigo 15.º», in J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição...*, I, p. 132 ss.; Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 356 ss.; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 65 ss.; id., *A nova lei de entrada...*, p. 24 ss.

provas internacionais, como Campeonatos do Mundo ou Jogos Olímpicos – colocam-se, aí, na relação entre os estrangeiros e o Estado organizador, todos os grandes problemas de direitos fundamentais.

Uma referência à parte merecem as crianças e os jovens, na medida em que sobre o Estado e sobre a sociedade recaem deveres especiais de protecção (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), merecendo particular atenção a protecção da integridade física e moral, da liberdade física, do desenvolvimento da personalidade, da formação e da saúde⁹⁸; além disso, como veremos, a criança ou o jovem desportista (de alto rendimento ou já vinculado a um clube) encontra-se afinal sujeito a um duplo *estatuto especial*: o que decorre do facto de ser menor e o que decorre da respectiva inserção (que tem de ser voluntária⁹⁹) numa organização de estatuto especial¹⁰⁰; além disso, um dos mais delicados problemas que coloca o estatuto da criança prende-se com a possibilidade de distinção entre titularidade e exercício de direitos fundamentais¹⁰¹.

3.2 Os clubes, as associações desportivas e as sociedades anónimas desportivas

Os clubes (associações desportivas *de primeiro grau*)¹⁰², as associações desportivas¹⁰³ e as sociedades anónimas desportivas são pessoas colectivas e, como tal, podem ser titulares – em geral, talvez seja preferível dizer que podem ser beneficiários dos *efeitos de protecção* assegurados pelas normas¹⁰⁴ – de certos direitos, liberdades e garantias.

⁹⁸ Para uma visão ampla do problema, M. Alexandrino, «Os Direitos das Crianças...», cit.

⁹⁹ Sobre essas classificações, José de Melo Alexandrino, «A greve dos juizes – segundo a Constituição e a dogmática constitucional», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento*, vol. I, Coimbra, 2006, p. 774, com amplas indicações [747-788].

¹⁰⁰ Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 31.

¹⁰¹ Em sentido favorável à distinção, Jorge Reis Novais, «Renúncia a direitos fundamentais» (1996), in id., *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, p. 227 ss. [211-282]; Marcelo Rebelo de Sousa / José de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa – Comentada*, Lisboa, 2000, p. 87 s.; Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, 2002, p. 395; M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 436 s., nota 1840; id., «Os Direitos das Crianças...», *loc. cit.*

¹⁰² José Bermejo Vera, «Administración e deporte», in id. (coord.), *Derecho Administrativo – Parte Especial*, 6.ª ed., Madrid, 2005, p. 239.

¹⁰³ Incluímos naturalmente aqui também as “associações promotoras do desporto” (previstas no artigo 33.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro).

¹⁰⁴ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 69.

De que direitos?

Se tivermos em conta o quadro de direitos, liberdades e garantias dado anteriormente (v. *supra*, 2.2), são titulares apenas dos seguintes: do direito de *acesso ao direito*, das garantias de *audiência e defesa*, de certas dimensões¹⁰⁵ da liberdade de *informação* e da liberdade de *imprensa e meios de comunicação social* e, por fim, da liberdade de *associação* e da liberdade de *iniciativa económica*¹⁰⁶.

Porque razão só estes direitos?

Porque são esses os únicos “compatíveis com a sua natureza” (artigo 12.º, n.º 2, da Constituição), devendo a ideia ser ainda entendida em termos particularmente adaptados¹⁰⁷. Como recentemente escrevemos, «[e]m regra, os direitos fundamentais não constituem respostas a problemas permanentes ou a necessidades das pessoas colectivas que contendam com as esferas básicas da existência (que, pela natureza das coisas, só releva para as pessoas singulares), da autonomia e do poder, pelo que só de forma residual e analógica a fundamentalidade pode estar associada a necessidades desses entes puramente jurídicos»¹⁰⁸.

No entanto – porque, como diz o artigo 2.º da Constituição italiana de 1947, são protegidos como invioláveis também os direitos da pessoa *no seio das formações sociais onde esta desenvolve a sua personalidade*¹⁰⁹ –, a liberdade de associação constitui o mais importante direito, liberdade e garantia dos clubes e das associações desportivas.

3.3 As federações e as ligas

¹⁰⁵ Sobre a estrutura, normalmente complexa, dos direitos fundamentais (de que a liberdade de imprensa constitui exemplo maior), entre muitos, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 172 ss.; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 24 ss.

¹⁰⁶ Quanto a esta, Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 30.

¹⁰⁷ Sobre o assunto, por último, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 124 s.; Jorge Miranda, «Artigo 12.º», in J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição...*, I, p. 113 s.; Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 329 ss.; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 68 s.

¹⁰⁸ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 68.

¹⁰⁹ D. Memmo, «Il rapporto tra ordinamento...», p. 4 ss.

Dado que as federações e as ligas também são associações¹¹⁰ (associações desportivas *de segundo grau*)¹¹¹, ainda que sejam em grande medida “associações de configuração legal”¹¹², aplica-se-lhes inteiramente o que acabámos de dizer.

Onde é que reside então a especificidade do seu estatuto como titular de direitos, liberdades e garantias? Reside na *duplicidade* da sua posição¹¹³: por um lado, como entidades privadas, são *titulares* de direitos fundamentais; por outro, como detentoras de poderes públicos, são *destinatárias* directas dos direitos fundamentais (em termos próximos dos do Estado, como veremos de seguida).

4. Os distintos *destinatários* dos direitos, liberdades e garantias

É chegado então o momento de examinar o lado dos destinatários, ou seja, o lado daqueles que estão *obrigados a satisfazer toda a série de obrigações impostas pela norma* de direito, liberdade e garantia – sabendo à partida que há quem jogue nos dois lados (as federações e as ligas profissionais).

4.1 *O Estado e as demais entidades públicas*

¹¹⁰ Segundo o artigo 14.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro, as federações desportivas são pessoas colectivas constituídas sob a forma de associação sem fins lucrativos; por seu lado, segundo o artigo 22.º, n.º 1, as federações desportivas em que se disputem competições de natureza profissional «[i]ntegram uma liga profissional, sob a forma de associação sem fins lucrativos, com personalidade jurídica e autonomia administrativa, técnica e financeira».

Sobre a autonomia das ligas relativamente às federações a que pertencem (numa espécie de administração indirecta da federação), P. Gonçalves, *Entidades Públicas...*, p. 865 ss.

¹¹¹ J. Bermejo Vera, «Administración e deporte», p. 239; P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 866.

¹¹² A ideia é particularmente visível em Espanha, dado que a constituição destas entidades está sujeita a autorização prévia do Conselho Superior dos Desportos, que também aprova os estatutos (cfr. Bermejo Vera, «Administración e deporte», p. 241).

¹¹³ Entre nós, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 27, 1040 (com indicações); Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 30.

Como decorrência lógica do conceito, os direitos fundamentais (de que os direitos, liberdades e garantias constituem por assim dizer a I Liga)¹¹⁴ não só pressupõem o Estado, sem o qual não poderiam ter surgido nem se poderiam conservar¹¹⁵, não só nasceram como esferas de autonomia contra o Estado (delimitando âmbitos de acção e poderes livres de ingerências do Estado)¹¹⁶, como têm no Estado o seu principal destinatário¹¹⁷.

Essa vinculação estende-se a todas as funções do Estado (desde a função de revisão constitucional e as funções legislativa e política, às funções jurisdicional, administrativa e técnica); estende-se, em segundo lugar, a todas as estruturas públicas (sejam elas dependentes do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais ou de outras pessoas colectivas públicas)¹¹⁸; estende-se ainda a todas as dimensões relevantes dos direitos fundamentais (subjectiva e objectiva, negativa e positiva, de protecção e de promoção).

4.2 As federações desportivas

Como há pouco referimos, ainda que de génese e de natureza privadas¹¹⁹, as federações desportivas exercem poderes públicos, pelo menos em três âmbitos: no regulamentar, no disciplinar¹²⁰ e no da organização do desporto (por exemplo, em matéria de inscrição ou recusa de inscrição de praticantes desportivos)¹²¹; são entre nós investidas nesses poderes¹²² pela concessão do “estatuto de utilidade pública

¹¹⁴ Sobre o primado dos direitos, liberdades e garantias, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 417 ss.

¹¹⁵ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 12.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 13 ss., 21, 25.

¹¹⁷ Já assim, M. Rebelo de Sousa / M. Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa...*, p. 83; de forma algo afastada do que entendemos ser a lição do autor, Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 28 ss.; em termos a que damos total adesão, R. Novais, «Os direitos fundamentais...», p. 69 ss.

¹¹⁸ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 88 ss.

¹¹⁹ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 856 ss.

¹²⁰ Artigo 19.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

¹²¹ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 861.

¹²² Sobre as exigências de reserva de lei nesta habilitação, V. Moreira, *Administração Autónoma...*, p. 546.

desportiva”¹²³ (o qual pressupõe ainda a prévia titularidade do estatuto de “mera utilidade pública”)¹²⁴.

Diferente é todavia o caso das federações desportivas ditas internacionais ou do Comité Olímpico Internacional que, embora com o tempo se tenham formalizado¹²⁵, possuem autonomia, decerto condicionada¹²⁶, mas não estão atidos a actos similares ao nosso estatuto de utilidade pública.

a) Começando precisamente por estas estruturas transnacionais, as mesmas só na relação com uma ordem jurídica estadual concreta podem ser concebidas como destinatárias de direitos fundamentais, tudo dependendo da configuração concreta do caso e do grau de autonomia do direito constitucional interno.

Talvez por isso seja mais interessante apelar relativamente a elas à vinculação não aos direitos fundamentais, mas sim aos direitos do homem e sobretudo ao *standard* mínimo de protecção desses direitos (*Menschenrechtlicher Mindeststandard*), o qual não pode deixar de integrar a própria série de princípios gerais do direito desportivo transnacional (os *principia generales sportiva*)¹²⁷. É justamente nesse plano que interpretamos a decisão do C.O.I. de autorização, e da correspondente exigência perante o Estado organizador, de utilização de blogues pessoais pelos atletas olímpicos em Pequim.

b) Quanto às federações nacionais, ainda que a nosso ver não se afigure correcto dizer que prosseguem atribuições do Estado¹²⁸, exercendo apenas poderes públicos por

¹²³ Artigos 19.º a 21.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

¹²⁴ Artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

¹²⁵ Sobre a importância do direito suíço, F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 69 ss., 564 ss.; entre nós, F. Xarepe Silveiro, «O “empréstimo” internacional...», p. 126 ss.

¹²⁶ F. Latty, *La lex sportiva...*, p. 440 ss.

¹²⁷ A. Pellet, «Avant-propos», p. x.

Sobre a equivalente relevância interna constitucional desse *standard* mínimo, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 360 s. (com amplas indicações); num plano jus-político-filosófico mais alargado, Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 488.

¹²⁸ Diversamente, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 858 – em todo o caso, é neste sentido que aponta o disposto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 144/93, de 26 de Abril.

São, a nosso ver, descabidos certos pretensos direitos concedidos ou reconhecidos pelo Estado (não no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 144/93, de 26 de Abril, mas) no projecto apresentado pelo Governo em 17 de Dezembro de 2007, em especial no artigo 12.º, n.º 1, alíneas e) e g), dado tratar-se de realidades que não estão, nem nunca estiveram, na disponibilidade do Estado (neste sentido, M. Raquel Rei, «Contrato de transferência...», p. 51 ss.).

delegação do Estado¹²⁹ num quadro jurídico que lhes foi autoritariamente imposto, poderá talvez ser tomada como linha de orientação a regra definida no artigo 35.º, n.º 2, da Constituição suíça de 1999, segundo a qual *quem desenvolve uma tarefa pública deve respeitar os direitos fundamentais e contribuir para a respectiva realização*¹³⁰.

Dito isto, podemos dizer, com uma relativa aproximação a Pedro Gonçalves, que as entidades privadas, na medida em que desenvolvam uma *acção pública*, encontram-se vinculadas pelos direitos fundamentais em termos *idênticos* aos das entidades públicas¹³¹; todavia, «[e]sta regra de equiparação só se aplica, naturalmente, na exacta medida em que as entidades particulares actuam no cumprimento de missões públicas; trata-se, portanto, de uma equiparação funcional. Em tudo o que não se relacione com o desempenho de funções públicas, elas comportam-se como titulares de direitos fundamentais, passando a estar vinculadas pelos direitos fundamentais nos termos gerais das entidades privadas»¹³².

4.3 As demais entidades privadas

Quanto às demais entidades privadas, chegamos a conclusões muito diferentes das que defende o autor agora citado¹³³, que, salvo o muito respeito, incorre nessa parte numa leitura *des-integrada* do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição¹³⁴ (segundo o qual os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias *são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*).

Num pano de fundo de *intensidade variável* dos fenómenos, tanto a história como a estrutura da Constituição de 1976, como esta hoje se nos apresenta¹³⁵, apontam no sentido de que a vinculação das entidades privadas *nem é directa, nem é imediata*: não o

¹²⁹ Quanto à categorização dos poderes públicos, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 590 ss.

¹³⁰ Numa tradução que temos por menos fiel ao texto constitucional, e com uma ênfase vincúlística que o mesmo não encerra, P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 1038.

¹³¹ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 1040; também, V. Moreira, *Administração Autónoma...*, p. 548; em termos próximos, Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, p. 231; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 89.

¹³² P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 1040 s. (itálico original).

¹³³ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 1038 s.

¹³⁴ Sobre este tipo de falácia na interpretação constitucional, Laurence Tribe / Michael C. Dorf, *On Reading the Constitution*, Cambridge Mass. / London, 1991, p. 20 ss., 31, 33; para uma superação desse erro, M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 93 ss.

¹³⁵ Sobre esse tormentoso processo de transformação, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, I, p. 637-844.

é, em poucas palavras, porque na série de valores, bens e interesses constitucionais, a liberdade negativa e as exigências da sociedade aberta gozam de primazia sobre outras referências constitucionais¹³⁶.

Por regra, as entidades privadas estão vinculadas aos direitos, liberdades e garantias através da lei: vejam-se as disposições do Código Civil ou do Código de Trabalho em matéria de protecção dos bens da personalidade; vejam-se as disposições do Código Penal em matéria da protecção dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física, intimidade, personalidade, autodeterminação sexual, etc.); vejam-se as imposições legais em matéria de garantias do procedimento disciplinar no âmbito das federações desportivas¹³⁷ ou de segurança desportiva no âmbito do desporto em geral¹³⁸; na ausência da lei, estão vinculadas pelos princípios gerais do direito (civil) comum¹³⁹.

Porém, perante «poderes sociais» e *relações de poder* de carácter privado sobre pessoas (presumindo-se como tais os que se manifestem por exemplo na possibilidade de exercício de poderes sancionatórios de exclusão)¹⁴⁰, e ainda que em função das circunstâncias e das concretas situações de perigo, deve admitir-se a regra segundo a qual, *à medida em que cresce o poder de uma entidade privada, em idêntica medida crescerá a intensidade da respectiva vinculação* pelos direitos, liberdades e garantias, podendo chegar a uma vinculação similar à dos poderes públicos¹⁴¹.

No final, na base do modelo doutrinário da eficácia indirecta (Vieira de Andrade) e da doutrina dos deveres de protecção (Jorge Reis Novais), concluímos como começámos: «[n]um ordenamento de Estado constitucional, *os direitos fundamentais constituem garantias jurídicas dirigidas contra o Estado ou principalmente contra o Estado*»¹⁴².

5. Especificidades do estatuto jufundamental do desportista

¹³⁶ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 96.

¹³⁷ Artigo 2.º da Lei n.º 112/99, de 3 de Agosto (regime disciplinar das federações desportivas), ou o artigo 53.º do projecto de 17 de Dezembro de 2007 (regime jurídico das federações desportivas).

¹³⁸ Artigos 40.º e seguintes da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

¹³⁹ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 96.

¹⁴⁰ Assim, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 263 ss.; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, 2.ª ed., Coimbra, 2006, p. 424.

¹⁴¹ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 265 s.

¹⁴² M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 96, com indicações (itálicos originais).

Há dois quadros doutrinários capazes de auxiliar na compreensão do estatuto jusfundamental do desportista profissional¹⁴³: a *renúncia a direitos fundamentais* e os *estatutos especiais*.

5.1 A renúncia a direitos fundamentais

Depois de se ter de algum modo generalizado, pelo menos em Portugal, a ideia segundo a qual os direitos fundamentais seriam insusceptíveis de renúncia, em virtude da característica da indisponibilidade, começou a dar-se entre nós, sobretudo na última década, uma mudança de rumo na doutrina¹⁴⁴.

Como escreve o Professor Vieira de Andrade, «[n]o âmbito da actividade desportiva, estabelecem-se limitações aos direitos e liberdades dos praticantes, desde logo na medida do necessário para assegurar a eficácia da organização das competições e das regras do jogo – basta lembrar, por exemplo, a presunção legal do consentimento ou acordo quanto às ofensas à integridade física que derivem das competições que implicam contacto físico; ou o direito à livre circulação dos futebolistas, enquanto trabalhadores, justificando-se a instauração de certas medidas (fixação de uma duração mínima e máxima dos contratos e a criação de um sistema de compensação das sanções)¹⁴⁵».

De que condições e requisitos depende nesses casos a *limitação* dos direitos, liberdades e garantias?

Trazendo para aqui o que escrevemos a respeito da renúncia a (posições de) direitos, liberdades e garantias¹⁴⁶, possibilidade que considerámos fundamentada no *princípio da liberdade* e no pressuposto filosófico da *não-compossibilidade* de realização simultânea de todos os bens e interesses da liberdade¹⁴⁷, podemos identificar as seguintes linhas de apoio:

¹⁴³ Em geral, D. Monheim, *Sportlerrechte und Sportgerichte...*, p. 50 ss.

¹⁴⁴ Deve-se, a nosso ver, a Jorge Reis Novais o principal impulso nesse domínio (a partir do estudo de 1996, «Renúncia a direitos fundamentais»).

¹⁴⁵ Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 32.

¹⁴⁶ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 136-141 (com amplas indicações).

¹⁴⁷ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 139, 140.

- (i) Em primeiro lugar, deve considerar-se em princípio inadmissível a renúncia à *titularidade* de um direito fundamental, pelo que a renúncia apenas pode incidir no plano das posições concretas ou dos efeitos de protecção de uma norma de direito fundamental¹⁴⁸;
- (ii) Em segundo lugar, a admissibilidade da renúncia terá de ser avaliada (1) em função do direito fundamental em concreto, (2) em função das circunstâncias particulares do caso, (3) em função da condição do respectivo titular e (4) em função do fim da renúncia¹⁴⁹;
- (iii) «[C]omo *critério último*, valerá sempre aí a norma da dignidade da pessoa humana, funcionando como regra»¹⁵⁰;
- (iv) Quanto a outros requisitos da renúncia, retivemos ainda os seguintes: 1) terá de existir uma *margem de decisão* (disponibilidade) *sobre certos efeitos de protecção* de uma posição de direito fundamental por parte do seu titular; 2) terão em princípio de ser respeitadas as exigências da proibição do arbítrio e da proporcionalidade, na sua tripla dimensão, de *idoneidade, indispensabilidade e equilíbrio* (constituindo este a medida mínima)¹⁵¹.

Em todo o caso, ainda aí, lembrámos que se o titular for um menor, o consentimento que possa ser prestado pelos pais não pode ser considerado renúncia, pois, num cenário como esse, a afectação do direito provém não do próprio mas de um terceiro, podendo traduzir-se numa *violação* do direito ou numa *intervenção restritiva*¹⁵².

Quanto ao titular, são ainda condições necessárias (1) que a declaração de vontade tenha sido *livre e esclarecida*¹⁵³ (designadamente quanto às consequências da decisão) e (2) que não tenham sido afectadas de forma grave *as condições futuras de conformação*

¹⁴⁸ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 137, 138.

¹⁴⁹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003, p. 465; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 138.

¹⁵⁰ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 138.

¹⁵¹ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 140 s.

¹⁵² Sobre estes conceitos, M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 106 ss.

¹⁵³ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 464; Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 331 ss.; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 139.

da própria vida¹⁵⁴, o que pressupõe a possibilidade de revogação da declaração de renúncia e a não definitividade desta (*reserva de revogação a todo o tempo*)¹⁵⁵.

5.2 Os estatutos especiais

Uma outra construção doutrinária que parece adequada ao tratamento de alguns dos problemas de direitos, liberdades e garantias do desportista é a dos *estatutos especiais* (depois de abandonada a doutrina primitiva, de cariz autoritário, das *relações especiais de poder*)¹⁵⁶.

Também aqui, na base de uma síntese recente, poderemos partir da seguinte ideia: os direitos fundamentais «[n]ão foram concebidos a pensar em toda a variedade e multiplicidade de relações que podem existir entre o Estado e as pessoas. Não foram, por exemplo, especificamente definidos para todas as diversas situações em que se podem encontrar as crianças, as pessoas a viver em regime de internato, os titulares de órgãos de soberania, etc. Eles foram, regra geral, desenhados na Constituição a pensar na situação geral ou mais ou menos típica em que qualquer pessoa ou cidadão se pode encontrar em relação fundamental com o Estado»¹⁵⁷.

Daí que se admita a possibilidade de distinguir entre o *estatuto geral* das pessoas e o estatuto de *determinados círculos de pessoas*, como as pessoas que, por força da natureza das coisas, se encontram *sujeitas* (como as crianças) ou *inseridas* (como os militares ou, nosso caso, os desportistas¹⁵⁸) em relações regidas por um estatuto jurídico especial, designando-se estes *estados* ou *situações* por “relações de estatuto especial” ou “estatutos especiais”.

Ora, nem a integração de alguém numa relação desse tipo afecta a titularidade de direitos fundamentais, nem essas relações podem deixar de considerar-se permeáveis à validade dos direitos fundamentais¹⁵⁹; pelo contrário: «[s]ão essas situações que, para serem concebidas como relações de estatuto especial, carecem de uma base

¹⁵⁴ R. Novais, «Renúncia a direitos fundamentais», p. 277.

¹⁵⁵ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 465.

¹⁵⁶ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 141 s.; id., «A greve dos juízes...», p. 771 ss., com amplas indicações.

¹⁵⁷ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 141.

¹⁵⁸ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 263 ss.; id., «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 31 s.; P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 836.

¹⁵⁹ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 142.

constitucional, do mesmo passo que, para poderem conduzir a restrições de direitos, devem ter como referência instituições cujos fins e especificidades constituam, eles mesmos, bens ou interesses constitucionais atendíveis, não estando excluído que essas relações também possam conduzir a um reforço da protecção dispensada às pessoas que nelas estão inseridas»¹⁶⁰.

6. Especificidades do estatuto jusfundamental das federações desportivas

6.1 Matriz do estatuto jusfundamental – a liberdade de associação

É quase escusado dizer que a liberdade de associação, consagrada no artigo 46.º da Constituição, é a base fundamental do estatuto de todas as associações e, necessariamente também, das federações desportivas¹⁶¹.

Pretendo aqui chamar a atenção apenas para um aspecto.

Segundo o n.º 2 do artigo 46.º da Constituição, as *associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial* – em suma: liberdade de prossecução dos fins, não interferência do Estado, reserva de lei e reserva de decisão judicial na dissolução e suspensão.

Ao ler este preceito e ao confrontá-lo com o regime legal das federações desportivas, duas perguntas nos assaltam: as federações desportivas portuguesas serão mesmo associações privadas? Em caso de resposta afirmativa, beneficiam ainda das garantias enunciadas no n.º 2 do artigo 46.º da Constituição?

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 143.

¹⁶¹ Entre outros, V. Moreira, *Administração Autónoma...*, p. 377 ss., 427 ss., 510 ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, p. 476 ss.; A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 57 ss.; M. Sanino, *Diritto Sportivo*, p. 67 ss.; Paolo Caretti, *Diritti fondamentali – Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, p. 350 ss.; J. Bermejo Vera, «Administración e deporte», p. 229 ss.; Hans D. Jarass / Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, 7.ª ed., München, 2004, p. 304 ss.; P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 708 ss., 855 ss.; Jorge Miranda, «Artigo 46.º», in J. Miranda / R. Medeiros, *Constituição...*, I, p. 468 ss.; D. Monheim, *Sportlerrechte und Sportgerichte...*, p. 6 ss.; Gomes Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 643 ss.

Não tenho dúvidas de que um jurista alemão responderia negativamente logo à primeira pergunta. Mas a resposta tem de ser procurada entre nós.

O Comité Olímpico de Portugal, no seu parecer n.º 4/2007, de 22 de Março¹⁶², deu, a meu ver, a resposta correcta: «[o] instituto da UPD constitui na sua génese uma clara intromissão do poder político na esfera do associativismo desportivo, atribuindo natureza pública a poderes meramente regulamentares até aí exercidos directamente pelas federações, sem qualquer tutela do Estado»¹⁶³.

Ora, se as razões que justificam a solução legal forem as que também indica o Comité Olímpico, não resta dúvida de que estaremos perante um retrocesso regulativo (embora ele já venha de trás), mas sobretudo perante uma *restrição injustificada e excessiva a um dos mais elementares* direitos, liberdades e garantias e, pode até dizer-se, perante uma afectação do conteúdo essencial do correspondente preceito constitucional.

É matéria que deve ser levada à justiça constitucional, desde logo a partir dos tribunais ordinários.

Uma outra questão se deve também colocar: em que medida pode uma associação de natureza privada consentir na perda do núcleo essencial de prerrogativas inerentes ao âmbito de protecção da liberdade de associação? Eis uma interrogação que nos remete novamente para a dogmática da renúncia a direitos fundamentais (v. *supra*, n.º 5.1).

6.2 *Quadro das restrições especiais ao estatuto jusfundamental das federações desportivas*

De tudo o que tivemos oportunidade de dizer, as federações desportivas conhecem três fontes de restrições especiais ao seu estatuto jusfundamental: (a) as que derivam do facto de se tratar de pessoas colectivas; (b) as que resultam de se tratar de um verdadeiro «poder social» (susceptível de impor a outras pessoas situações de estatuto especial); e (c) as que resultam do exercício de poderes públicos.

6.3 *Outras vinculações*

¹⁶² Acessível em http://www.comiteolimpicoportugal.pt/attach_files/content_file_235.pdf (24.05.2008).

¹⁶³ Parecer n.º 4/2007, ponto 5.

Mas, além dessas três fontes, há ainda outras vinculações, de que referimos apenas duas: (i) a observação do direito do desporto, sobretudo no plano do direito estrangeiro e do direito transnacional, permite constatar que, pouco a pouco, os *princípios do Estado constitucional* vão permeando as estruturas desportivas; (ii) por outro lado, a delegação de prerrogativas públicas às federações desportivas vem necessariamente acompanhada dos correlativos poderes de controlo (*fiscalização administrativa*)¹⁶⁴.

Quanto ao primeiro aspecto, o exemplo mais edificante vem aliás do Tribunal Arbitral do Desporto, que foi obrigado a proceder a uma profunda reforma em 1994, na sequência das críticas que lhe eram em geral movidas pela opinião pública, depois confirmadas na sentença do Tribunal federal suíço de 13 de Março de 1993¹⁶⁵. O TAS teve por conseguinte de cortar a excessiva dependência que o ligava ao Comité Olímpico Internacional, de modo a satisfazer as injunções de Estado de Direito no exercício de poderes materialmente jurisdicionais, quanto à sua própria estruturação, ao seu funcionamento e até ao seu financiamento¹⁶⁶.

Considerações finais

Ao passo que o *Estado liberal* manteve uma atitude de *indiferença* relativamente à regulação da realidade social do desporto, o *Estado social* (seja nas vestes autoritárias

¹⁶⁴ Artigo 267.º, n.º 6, da Constituição; artigo 21.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro; artigos 14.º e 21.º e seguintes do projecto de regime das federações desportivas (de 17 de Dezembro de 2007).

Sobre o problema, na doutrina, V. Moreira, *Administração Autónoma...*, p. 395, 544 ss.; A. Pessanha, *As Federações Desportivas...*, p. 126 ss., 138; P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 1016 ss.; Luís Fábria / Joana Colaço, «Artigo 267.º», in Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra, 2007, p. 591 s.

¹⁶⁵ M. Sanino, *Diritto Sportivo*, p. 480.

¹⁶⁶ Ofendem por isso as garantias de independência preceitos como os do artigo 39.º, n.º 2, alínea g), do projecto do regime das federações desportivas (que permite ao presidente da federação participar, quando o entenda conveniente, nas reuniões do conselho jurisdicional e do conselho disciplinar), ou mesmo a alínea i) do mesmo preceito (que permite ao presidente a livre substituição do conselho disciplinar), pois tanto a independência como a inamovibilidade constituem as pedras de toque e garantias básicas do poder de julgar.

Além disso, não nos parece que o Estado tenha legitimidade para decretar toda a estrutura orgânica das federações (artigo 32.º do projecto, de 17 de Dezembro de 2007), quando por exemplo em Espanha, onde a publicização é extrema, a lei impõe apenas dois órgãos; nem que tenha legitimidade para definir – salvo residualmente – o estatuto dos titulares dos órgãos federativos (artigo 47.º do projecto).

ou nas vestes democráticas) enveredou por uma postura de *forte intervenção* nessa esfera da realidade; por sua vez, o *Estado pós-social* (pelo menos na Europa latina) ainda não fez tenção de abdicar da margem de ingerência praticada ao longo de 70 anos.

Eis uma conclusão geral, a anteceder um conjunto de notas finais.

1. Independentemente de considerarmos preferível um maior afastamento do Estado relativamente à organização e desenvolvimento do desporto, com a correspondente *autolimitação* do direito interno¹⁶⁷, admitimos a presença de uma reserva indeclinável da ordem jurídica estadual: a dos *princípios fundamentais do Estado de direito democrático*¹⁶⁸ (onde cabe de pleno o núcleo do sistema de direitos, liberdades e garantias).

2. Ora, como escreve o Professor Vieira de Andrade, «[n]os países em que haja uma maior publicização da actividade desportiva, designadamente do desporto profissional (como acontece justamente em Portugal, em França e na Espanha, ao contrário da Alemanha e da Inglaterra), há-de ser mais exigente a garantia do respeito pelos direitos, liberdades e garantias das pessoas envolvidas»¹⁶⁹.

3. Ainda que os direitos, liberdades e garantias constituam uma referência ou ideia ordenadora para toda a sociedade, isso não significa que eles vinculem directamente ou nos mesmos termos as entidades públicas e as entidades privadas: sob pena de uma inversão totalmente disfuncional e destruidora, os direitos fundamentais não são *trunfos* contra a sociedade, mas sim *contra o Estado* – e é este que, na medida do necessário, deve defender as pessoas contra ameaças provindas de outras pessoas (“deveres de protecção estadual”).

4. Porém, quando ou na medida em que uma federação desportiva (renunciando com isso a importantes dimensões da sua liberdade e autonomia) aceita participar no

¹⁶⁷ Atitude, nesse caso, paralela ao *auto-apagamento* do direito comunitário (cfr. F. Latty, *La lex sportiva...*», p. 740) e às *relações serenas* que têm existido entre o direito internacional e o ordenamento desportivo transnacional (cfr. A. Pellet, «Avant-propos», p. xi).

¹⁶⁸ Artigos 7.º, n.º 6, e 8.º, n.º 4, da Constituição.

¹⁶⁹ Vieira de Andrade, «Os direitos fundamentais e o Direito do Desporto», p. 29.

E, na sua dimensão de tarefa do Estado, é o desporto amador que merece maior apoio (cfr. J. Miranda, «Artigo 79.º », p. 749).

exercício do poder público, nessa exacta medida, os direitos, liberdades e garantias vinculam-na directamente.

5. Por seu lado, nenhuma federação ou associação desportiva deve poder considerar-se autorizada a proibir, ou a condicionar de forma substancial (através de regulamento, contrato ou acto individual), a liberdade de expressão¹⁷⁰ das pessoas que se lhe achem vinculadas, valendo nesse contexto um controlo particularmente exigente (*strict scrutiny*) da proporcionalidade das eventuais afectações¹⁷¹.

6. Em especial, nenhum clube ou sociedade anónima desportiva poderá dispor (menos ainda no caso das crianças ou dos jovens) em nenhuma medida da dignidade, da vida, da integridade física ou da intimidade de qualquer dos seus atletas ou colaboradores, devendo as eventuais afectações desses bens, quando previsíveis e toleráveis, serem objecto de um *inequívoco e autodeterminado consentimento do visado*, em termos que não dispensam o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

7. Tal como fez a Comunidade Europeia (quando entendeu que o ordenamento desportivo transnacional afectava uma das estruturas básicas do edifício comunitário), compete ao Estado, no âmbito do seu território, assegurar que na esfera desportiva não fiquem sem *adequada tutela jurídica* os bens e interesses básicos da pessoa, nem sejam ignorados os princípios, valores e instrumentos essenciais do Estado de Direito¹⁷².

8. Nessa medida¹⁷³: (1.º) em caso de ofensa ou lesão relevante a direitos, liberdades e garantias pelas entidades privadas (despidas de poderes públicos), a tutela dos correspondentes bens e interesses jusfundamentais compete aos tribunais judiciais¹⁷⁴; (2.º) relativamente às normas emitidas ao abrigo de poderes públicos (como os regulamentos disciplinares das federações desportivas), não pode ser afastada a

¹⁷⁰ Sobre a centralidade absoluta, em Estado constitucional, deste princípio, José Alberto de Melo Alexandrino, *Estatuto constitucional da actividade de televisão*, Coimbra, 1998, p. 82 ss.; Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão...*, p. 79 ss., 122 ss., 237 ss., 370 ss., 416 ss.

¹⁷¹ Sobre o assunto, por todos, Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 908 ss., 929 ss., 942 ss.

¹⁷² D. Monheim, *Sportlerrechte und Sportgerichte...*, p. 134 ss., 226 ss., 269 ss.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 370 ss.

¹⁷⁴ Blanco de Morais, *Justiça Constitucional*, I, p. 423 ss.

respectiva sindicabilidade pela justiça constitucional¹⁷⁵; (3.º) por fim, relativamente aos actos praticados no exercício de poderes públicos que contendam com direitos, liberdades e garantias, estão os mesmos necessariamente sujeitos ao contencioso administrativo¹⁷⁶.

¹⁷⁵ V. Moreira, *Administração Autónoma...*, p. 555 ss.; Blanco de Morais, *Justiça Constitucional*, I, p. 426 ss.

¹⁷⁶ P. Gonçalves, *Entidades Privadas...*, p. 1070 ss.