

# Hermenêutica do Desporto Constitucionalizado

**Álvaro Melo Filho**

*Advogado. Professor Emérito da UFC, com Livre-Docência em Direito Desportivo. Membro da FIFA, da International Sport Law Association, da Comissão de Estudos Jurídicos Esportivos do Ministério de Esporte e do IBDD. Autor de 56 livros jurídicos, sendo 28 na área do Direito Desportivo. Destaque como advogado na área de Sport Law no Global Guide de 2013 e 2014 do Chambers & Partners (London).*

**“O mundo do Direito (*Desportivo*) tem suas fronteiras demarcadas pela Constituição e seus caminhos determinados pelas leis.”**

**Min. Luís Roberto Barroso**

É de se registrar que o art. 217 de Lex Magna de 1988 constitucionalizou o desporto. Isso atestava ser um *direito descartável*, tanto que, há 25 anos, permanece hígido e dotado de profundidade e amplitude institucional, servindo de balizamento ou pedra angular da pirâmide jus-desportiva brasileira com suas complexidades, variações e especificidades.

De há muito, o desporto tornou-se um traço marcante e cada vez mais indissociável e indissociado da vida contemporânea, como se extrai da manifestação de Cagical de que, embora não se viva numa sociedade desportiva, pode afirmar-se que há hoje uma *sociedade desportivizada*. O art. 217 da Lei Básica é reconhecido como a mais avançada norma constitucional mundial sobre desporto, seara cada vez mais penetrada por imperativos jurídicos, pois, parafraseando Rui Barbosa, fora do Direito o desporto não tem salvação, ou, no dizer de J. P. Karquillo, “o desporto sem regulação jurídica não será mais desporto”.

## DO RESGATE HISTÓRICO DO ART. 217 DA CARTA CONSTITUCIONAL

Antes de 1988, o então Texto Maior, em matéria de desporto, reservava, no seu art. 8º, apenas quatro resumidas, lacônicas e secas palavras, quando atribuía à União competência para legislar sobre “normas gerais sobre desporto”.

Como membro do Conselho Nacional de Desportos, Presidente da Confederação Brasileira de Futebol de Salão e assessor jurídico da Federação Internacional de Futebol de Salão fomos o artífice e responsável por elaborar e encaminhar à

Assembléia Nacional Constituinte as convergentes e quase idênticas propostas das três entidades de direção desportiva, para inserção do desporto na Lei Ápice, em gestação. Partindo da constatação de que o desporto fora marginalizado e omitido, ao longo do tempo, em todas as anteriores constituições, demonstramos aos constituintes que o desporto como expressão da alma nacional e fator de prestígio real e de afirmação da nação brasileira perante o mundo, merecia, como mereceu, um lugar destacado na emergente Constituição Federal, acolhendo *in totum* nossa proposição de texto para o art. 217.

Ao longo dos trabalhos de elaboração da então novel Carta Maior, sempre tivemos a plena consciência de que não existem paradigmas definidores de que matérias deveriam ou poderiam ser incluídas, ou não, no Texto Constitucional, a par de convicções de que constitucional é tudo que está na Constituição. De outra parte, ao formatar no art. 217 a proposta de constitucionalização do desporto, já vislumbrava traços de sua progressiva profissionalização e mercantilização como características significativas resultantes, sobretudo, do consumo, da globalização e da relevância social, o que efetivamente tornou-se realidade real.

Outrossim, ao lutar pela constitucionalização das linhas-mestras do desporto, sempre objetivamos com os princípios-constitucionais erigidos fazê-los, a um só tempo, direito positivo auto-aplicável e guias seguros das atividades interpretativas e judicial. E mais, sempre entendemos que o desporto é, de um lado, direito de cada um, e, de outro, dever do Estado, por configurar-se como importante meio de formação do homem, de liberdade e de democratização. Aliás, esta dimensão democrática do desporto é enfatizada por Lyra Filho, quando averba que “o desporto deve elevar-se à condição de imperativo social, como instrumento de recuperação, de desenvolvimento e de disciplina. O desporto é uma escola de nivelamento permanente e de valorização tanto maior quanto mais cultivado o teor de sua própria expressão democrática.” (Introdução ao Direito Desportiva, Irmãos Pongetti, Rio, pag. 57).

Sendo imprevisíveis nos trabalhos constituintes, se a novel Lei das Leis adotaria uma tipologia enxuta, sintética ou concisa, ou, se utilizaria o molde analítico, detalhista ou prolixo, estabelecemos, como pressuposto, que não se deveria postular a inserção de vários dispositivos desdobrados ou enfeixados num capítulo. Nesse diapasão, condensamos e centramos a proposição à Assembléia Nacional Constituinte em um único ditame, vale dizer, a um só dispositivo ou artigo, com feição nitidamente principiológica *en animus* de que o desporto, constitucionalmente, ficasse, como efetivamente ficou, na dicção do art. 217, com seus quatro incisos e três parágrafos, projetando luzes na escuridão desportivo-constitucional em que vivíamos. E, nesse contexto, com a constitucionalização do desporto, o papel do Estado deixa de ser apenas normatizador e fiscalizador, para se transformar em importante fomentador, na medida em que o desporto passa a ser categorizado como direito do cidadão, dever do Estado e responsabilidade social de todos.

## DAS TENTATIVAS DE ALTERAÇÃO DO ART. 217

Nestes 25 anos de vigência da Lex Magna de 1988 tivemos, no total, 80 alterações da Constituição Federal, sendo seis (6) ementas fruto da Revisão Constitucional de 1993, e mais, setenta e quatro (74) emendas constitucionais. Porém, nenhuma delas alterou o art. 217. Mas não faltaram Propostas de Emenda Constitucional - PEC, algumas já arquivadas, outras em tramitação, ora para acrescentar parágrafos ao art. 217, ora para desconstruí-los, desfigurá-los ou mutilá-los, no todo ou em parte, não raro fazendo uso de sectarismos e malícias.

Foram oito (8) as PECs apresentadas nestes cinco lustros de vigência da Constituição Federal propondo alterações no seu art. 217, algumas delas já arquivadas, outras ainda em tramitação. Eis, em ordem cronológica, as PECs incidentes sobre o art. 217, com suas ementas:

### Câmara Federal:

**PEC 175/2007** - *Acrescenta parágrafos ao art. 217 da Constituição Federal para destinação de recursos ao esporte;*

**PEC 191/2007** - *Acrescenta o art. 217-A à Constituição Federal para assegurar recursos mínimos de 1% (um por cento) anualmente, na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios para promoção do desporto;*

**PEC 417/2009** - *Altera os arts. 34, 35, 167 e acrescenta o § 4º ao art. 217 da Constituição Federal, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos do desporto.*

### Senado Federal:

**PEC 42/2000** - *Dá nova redação ao art. 217 da Constituição Federal, para vedar a recondução dos dirigentes de entidades de administração do desporto por mais de um período consecutivo.*

**PEC 08/2005** - *Dá nova redação ao art. 217 da Constituição Federal, para vedar a recondução dos dirigentes de entidades de administração do desporto por mais de um período consecutivo;*

**PEC 10/2007** - *Acresce parágrafo ao art. 217 definindo a destinação e a redistribuição dos recursos financeiros de origem pública que são administrados por entidade de prática desportiva, incluindo os repassados à CBF;*

**PEC 12/2012** - *Dá nova redação ao inciso I do art. 217 da Constituição Federal, para limitar a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações de acordo com os interesses da sociedade;*

**PEC 202/2012** - *Acrescenta o § 4º ao art. 217 da Constituição Federal, para determinar a organização da administração desportiva no país, na forma da lei, segundo os princípios da democracia, da participação da sociedade, da transparência, da moralidade, do humanismo, da justiça e da popularização desportiva.*

Extraí-se desse repasse histórico de PECs surgidas nestes 25 anos, em derredor do art. 217, que, de algum modo expresso ou implícito, albergam proposições defórmulas aventureiras que, ou caem nas paixões e interesses que distorcem, ou entram na correnteza das ilusões e ambições efêmeras. Encarta-se aqui a profética advertência de Aníbal Pellon, em acórdão lavrado no Tribunal de Justiça da então Federação Carioca de Futebol, quando averbou: *O que está vigorando entre nós, como se vê, apesar de todas as franquias democráticas, alçadas a mandamentos constitucionais, é a estatização do desporto, só admissível nos países totalitários. É uma estatização velada, sub-reptícia, de certo modo imperceptível, mas tremendamente atuante, que age como um polvo, a estender os tentáculos restritivos da liberdade de associação, pois interfere até na economia doméstica das associações menores, tirando-lhes autonomia.*

Em outras palavras, muitas destas PECs elencadas congregam em face do desporto, ora pretensões econômicas, ora conveniências políticas. E, em todas estas hipóteses, imerecem obter a constitucionalização, até porque não conseguem dissimular a velada tentativa de fazer ressurgir a ação tuteladora do Estado em matéria de desporto, o que, na prática, importa em ensaio engendrado para revogar a **carta de alforria desportiva, as garantias e/ou especificidades** insculpidas no art. 217.

DO CAPUT DO ART. 217

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

O *caput* deste ditame constitucional tem como propósito maior transfundir o desporto num direito de todos e de cada um, ao substituir a elitização pela universalização das práticas desportivas formais e informais, independentemente de ser da tipologia competitiva, educativa ou participativa, procurando reduzir ao máximo o número de marginalizados e excluídos da *praxis* desportiva, com supedâneo em princípios, estratégias e ações convergentes em prol do sistema desportivo nacional que não seja mais real que a própria realidade. Por sinal, enquanto para alguns autores este direito ao desporto integra o conjunto de direitos de terceira geração, na ótica de Paulo Bonavides, secundado por A. Gutiérrez y M. Bermejo, o direito ao desporto quadra-se como protótipo dos direitos de quarta geração.

Saliente-se que o “*direito de cada um*” insculpido no *caput* do art. 217 da Lex Magna harmoniza-se e integra-se com o “*dever do Estado*” a quem caba assegurar e propiciar o direito de acesso e de permanência no processo desportivo nacional. E o dever do Estado é reforçado pelo vocábulo “fomentar”, palavra que é verdadeira

chave-de-abóbada do ditame aqui analisado, que foi extraído e “clonado” da Constituição Espanhola vigente (art. 43, § 3º), tendo o significado de estimular, promover ou proteger atividade, *in casu*, desportiva. A esse respeito averba Camps Povil que *“todas las facetas del deporte deben ser igualmente fomentadas por los poderes públicos, porque solo a partir de una política equilibrada de vertebración de todas ellas se conseguirá la plena realización del derecho al deporte (...)”*

Igualmente importante para percepção da dimensão jus-desportiva deste *caput* é a expressão *“práticas formais e não formais”*, na medida em que derrui e sepulta a visão reducionista, míope e desfocada de que o desporto é adstrito ao desporto competição, especificamente ao futebol e à participação de seleções brasileiras em eventos mundiais, quando não se pode deixar *a latere* da vertente competitiva, o desporto educacional e participativo que não tem ambição de *placard*, não pretende quebra de *records* e nem se nutre com a volúpia do *score*, como são exemplos o desporto-pedagógico da criança que propicia formação, o desporto-terapêutico da terceira idade e do portador de deficiência, ou ainda, o desporto-recreação descompromissado de resultados. Em suma, o *caput* do art. 217 foi edificado dentro do propósito asseverado por Lyra Filho de que *“é dever do Brasil animar a difusão do desporto, com o fim de interessar às suas práticas o maior número dos brasileiros.”*

#### DA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DESPORTIVA

##### **Art. 217 - .....**

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

A legislação desportiva é, indubitavelmente, uma regulação em eterna reforma ou em permanente *devenir* que não pode nem deve fazer *tabula rasa* da autonomia desportiva insculpida no art. 217, I, da Lex Magna. Por isso mesmo, a autonomia desportiva foi elevada ao patamar constitucional visando a propiciar às entidades desportivas dirigentes e associações uma plástica organização e um flexível mecanismo funcional que permitam o eficiente alcance de seus objetivos, a exigir *“unas disposiciones lo suficientemente flexibles para acoger fecundamente los factores de unidad y diversidad”*. Em outras palavras, com a autonomia os entes desportivos estão aptos a buscar fórmulas capazes de resolver seus problemas, enriquecendo a convivência e acrescentando aos entes desportivos idéias criativas e soluções inovativas mais adequadas às suas peculiaridades da sua conformação (organização) e de sua atuação (funcionamento), desde que respeitados os limites da legislação desportiva nacional e resguardados os parâmetros fixados pelas entidades desportivas dirigentes internacionais.

Arremate-se que a autonomia desportiva (garantia constitucional dos entes desportivos quanto a sua organização e funcionamento) não tem o mesmo sentido e alcance da independência (atribuída aos poderes do Estado), e também não se confunde com a soberania (imaneente à Nação e aplicável tão apenas nas relações entre Nações, sendo incogitável quando se trata de entes privados de diferentes

países). Sinal-se, ainda, que os limites constitucionais impostos ao protagonismo do Estado no setor desportivo, em suma, a autonomia desportiva (art. 217, I, CF), constitui-se num princípio elevado ao plano do ordenamento jurídico constitucional, portanto, dotado do maior grau de positividade jurídica possível que a ele se atribuiu, não sendo supressível ou infirmável por mera ação legislativa ordinária ou da administração pública, vale dizer, sua supremacia impõe-se à observância necessária e cogente por qualquer dos integrantes dos poderes públicos. Não é impertinente fixar-se aqui que o princípio não se confunde com a regra, nada obstante ambos sejam considerados normas. De fato, no magistério de Ávila, "regras são normas imediatamente descritivas que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada", enquanto os "princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos." E, há de repontar-se que as regras são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios por ponderação.

A autonomia desportiva, em sua concepção jurídica, como princípio ou "postulado inderogable y vinculante" reconhecido e incorporado ao Texto Constitucional, decorre da "relação necessária entre autonomia e a criação de regras próprias" na construção de um ordenamento desportivo típico ou "d'un espace juridique sportif original" (Auneau). Aliás, na mesma linha, Ernesto Russo assinala que "l'ordinamento sportivo può definirsi come un ordinamento di settore, originario, il quale anche se non è dotato di sovranità, è caratterizzato da un'ampia sfera di autonomia: tale autonomia si articola essenzialmente sul piano dell'organizzazione e della normazione interna". Vale dizer, não é de hoje que se reconhece a "aplicazione del principio de autonomia dell'ordinamento sportivo da quello statale", ou, da sacrossanta eficácia da autonomia do movimento associativo desportivo e conseqüente impossibilidade de ingerência ou de intrusão dos poderes dos Estados nesta vasta "reserva natural" do desporto ou na "esfera mínima de autodeterminação de cada um" que acabam contaminando a pureza dos preceitos puramente desportivos. A propósito, cabe referir que Ortega y Gasset tem um artigo intitulado "El origen deportivo del Estado", e não, origem estatal do desporto, o que importa dizer que o desporto pertence à sociedade, despido de qualquer gênese estatal. A propósito, J.M. Meirim reforça que, "na sua essência, o desporto nasce e desenvolve-se com base num forte espírito de iniciativa privada que se concretiza num ideal associativo". Aduza-se, nesta esteira, com Leal Amado que, no plano nacional, "as federações desportivas constituem uma expressão do livre associativismo, tendo nascido à margem dos poderes públicos", enquanto as federações internacionais são dotadas de um "considerável poder supranacional", vale dizer, que exercitam poderes privados de regulação autônomos que tornam o "ordenamento desportivo tendencialmente desligado do ordenamento jurídico estatal". Seguindo esta diretriz averba Canotilho que "o reconhecimento da *autonomia* baseia-se na produção e desenvolvimento de norma própria, mesmo quando esta norma tem efeitos interferentes com os ordenamentos gerais, em virtude de posições cada vez mais plurais do *homo sportivus*."

A autonomia desportiva é, portanto, ínsita ao próprio desporto e cada entidade associativa tem, dentro de certos limites de competência, plenos poderes de auto-regulação e auto-normatização, resguardadas tão apenas as clássicas áreas de responsabilidade estatal, ordem pública e segurança pública. E não poderia ser de outra forma. Com efeito, é plena a possibilidade de convivência entre a autonomia desportiva e os poderes de ordenação e de controle do Estado. Não se negam, não se repelem e nem constituem “deux choses qui hurlent de se trouver ensemble”, sendo apenas aparente o antagonismo, na medida em que se complementam em harmoniosa interação e inarredável integração, sem transformar o desporto em “assunto de Estado”. E tudo isso decorre da sensibilidade do constituinte que, ao invés de erigir a autonomia desportiva como um mero desiderato principiológico, outorgou-lhe a cogência desejável. E o fez em sintonia com a mais moderna doutrina desportiva mundial, ao reconhecer que só as próprias entidades associativas de cada modalidade desportiva possuem a experiência e o conhecimento necessários para a melhor solução de seus próprios problemas. Caso não fosse respeitada essa autonomia, seria admitir como possível ao legislador de cada país mudar as próprias regras da respectiva modalidade desportiva, um disparate tão absurdo que acarretaria a perda de identidade do desporto, sua descaracterização e o prejuízo irreparável aos praticantes, aos adeptos e a toda a sociedade. Em suma, a autonomia desportiva é um postulado ou “pedra de toque” que tem lastro na Constituição Federal, delegando poderes às entidades desportivas, não podendo ser violentado ou infirmado por norma de hierarquia infraconstitucional, até porque, o art. 217, I, propiciou a liberalização do desporto para enfrentar os desafios da globalização e do século XXI.

Note-se, para elidir derraçagens e incompreensões, que a autonomia desportiva pode ser comparada ao poder discricionário onde há uma margem de liberdade de ação sem malferir a juridicidade, afastada qualquer semelhança ou paralelismo com o poder arbitrário que desborda e transgride os limites legais. Vê-se, então, que a autonomia desportiva não intenta nem pretende fazer do desporto uma seara apartada do Direito, ao revés, constitui-se em fonte de fundamentação e oxigenação de todo o sistema jus-desportivo, para que este se mantenha atento à realidade. Refere-se, assim, a certo poder de autonormação e de autogoverno que existe, sem intervenção externa ou estatal, o que se reconhece e resguarda, constitucionalmente, dentro dos contornos traçados pela Carta Magna, que não delega ao legislador, administrador ou julgador competência para conceder direitos ou limitá-los, pois, só a própria Constituição pode fazê-lo. Recorde-se, por relevante, da advertência de Pontes de Miranda para quem não há “nada mais perigoso do que fazer-se Constituição, sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa ou se entende devam ser cumpridos - o que é pior.” Em outras palavras, mitigar os efeitos ou a força que se irradia do postulado da autonomia desportiva (art. 217, I) é fulminar e subverter a hierarquia entra a Lei Maior e a ordem jurídica em geral, “como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou administrador pudesse livremente dispor a respeito de seu conteúdo”, vulnerando o Texto Constitucional e contrariando seu sentido lógico e teleológico. Vê-se, então, que os limites e vinculações da lex sportiva, devem ser procurados na Constituição e só dela podem

ser extraídos, sob pena de ensejar intromissões que, regra geral, são tendentes a castrar a autonomia desportiva. À evidência, não há na Lei das Leis outorga de delegação do legislador superior para que o legislador ordinário ou inferior regule o princípio constitucional da autonomia desportiva que, sequer, se faz acompanhar da expressão “nos termos da lei”, ou equivalente. Gize-se que os limites da legislação infraconstitucional em matéria de desporto estão expressos na lição de Pinto Ferreira: “A autonomia está configurada no art. 217, com a observância de diferentes incisos que a limitam e a orientam. Ela deve ser controle e de parametricidade, ou, a aferição dos parâmetros de inconstitucionalidade que se verifica diretamente perante o texto constitucional ou da legislação que reflita o espírito ou a letra da Constituição, e não da lei que contrarie o princípio constitucional da autonomia”. (in “Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, v. 7, p. 181). Seguindo a mesma linha é intransponível o fundamento do jurista Ives Gandra Martins no sentido de que “cabe ao legislador ordinário explicitar pensamento do constituinte e jamais alterá-lo, transformando-se em constituinte delegado, por uma auto-assunção de poder”.

Repare-se que os “arquitetos” dos dispositivos juridicamente defeituosos olvidaram o magistério de Konrad Hesse para quem “todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda”). Adite-se, por oportuno, a lição proferida de Karl Larenz: “Quando un ordenamiento jurídico, como ocurre con el nuestro, ha elevado determinados principios al rango constitucional, hasta que se comprende que una norma es inconciliable con tales principios para que haya de rechazar su validez”. E, como observa Gustavo Zagrebelsky, “se o direito atual é composto de regras e princípios, há de notar-se que as normas legais são prevalentemente regras, enquanto as normas constitucionais são prevalentemente princípios..... Distinguir os princípios das regras significa então, em grandes linhas, distinguir a Constituição da lei”.

Enfatize-se, ainda, que o legislador nunca deve esquecer que, ao tomar posse no Congresso Nacional, jurou, formal e publicamente, respeitar e cumprir a Carta Maior, daí a vedação ética e jurídica de “legislar sem limites, pondo abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais”, como bem anota meu eminente Prof. Paulo Bonavides, ao verberar contra a intromissão estatal, por qualquer dos seus Poderes ou órgãos, lição esta que se ajusta como uma luva ao postulado constitucional da autonomia desportiva. De mais a mais, é cediço que o legislador infra-constitucional não tem o poder jurídico de restringir a autonomia desportiva a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial, sob pena de esvaziar-se, desnaturar-se ou suprimir-se o seu conteúdo. Em suma, a autonomia desportiva é princípio constitucional explícito que fixa o norte basilar de todo o ordenamento jus-desportivo, delimita seus conteúdos normativos, propicia a filtragem da validade dos dispositivos infraconstitucionais do desporto, em face da Lei Maior, concretizando, na tensão dialética entre liberdade e autoridade na esfera jus-desportiva, a lição canotilhiana de que “a liberdade é a regra e a restrição é exceção”, até porque o desporto não pertence os governos, mas

aos cidadãos e às organizações desportivas. Não é despiciendo lembrar, nesse passo, que em face do princípio constitucional da autonomia desportiva (art. 217, I), é incogitável que o Conselho Nacional de Esporte, por exemplo, ente atrelado ao Ministério do Esporte, adote qualquer atuação polícial, disciplinadora, cartorial, tutelar ou paternalista. E se isso ocorresse estaria exumando-se e revigorando-se o poderoso CND que, em 1990, enfeixava funções legislativas, executivas e judiciais na seara desportiva, atuando como “braço de ferro” do Poder Público no desporto, para usar a expressão de Eduardo Viana. Como Vice-Presidente do CND, coube-nos a missão de propor a revogação, de uma só vez, todo o “entulho autoritário” de 400 deliberações e resoluções, do total de 431 então vigorantes, exatamente porque afrontavam e malferiam tanto a autonomia das entidades dirigentes e associações desportivas, quanto à sua organização e funcionamento garantidas no art. 217, I, da Lex Magna. E o fizemos aferrados à concepção de que as leis, os decretos e as resoluções escravizam, e, só a Constituição liberta.

Em síntese, da consagração constitucional da autonomia desportiva decorre a preservação do postulado em detrimento das Leis que tentam desvirtuá-lo, porquanto:

- a) o art. 217, I, assecuratório da autonomia e auto-governo desportivo não comete a matéria à delimitação da *lex ordinária*, e, este silêncio é eloquente;
- b) a norma do art. 217, I, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, embora aceite regulamentação de caráter instrumental visando à sua maior funcionalidade, expressa em normas gerais sobre desporto, desde que não importe em restringir, reduzir, diminuir ou afetar, ainda que de modo indireto, a autonomia desportiva;
- b) os limites impostos à autonomia das entidades desportivas provêm diretamente da Constituição e só dela podem ser extraídos, sendo limites genéricos aqueles que decorrem dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, dos direitos e garantias individuais e dos princípios expressos no art. 217 da Lex Magna.

Nesse passo, cabe realçar, o desporto não comporta um único legislador público-estatal, cabendo repelir-se a vocação histórica de uma legislação desportiva de cunho intervencionista, conquanto o desporto não se quadra como de “interesse público”, embora desperte um amplo interesse do público. Insta, pois, abrir-se cada vez mais espaço para a pluralidade normativa privada com lastro no postulado da autonomia desportiva gerando, nos âmbitos territorial, nacional e internacional, estatutos, regulamentos de copas e campeonatos, normas sobre publicidade e patrocínios em uniformes de competição, leis de transferência de jogadores, disciplinamento de agentes de jogadores, regulamentação de doping, normatização de licenciamento de clubes, etc. Ou, como sintetiza Lyra Filho “opera-se a regulamentação do desporto pelo desporto”, resultado de uma auto-regulamentação impermeável ao próprio Estado e que abastece de “direito vivo” as realidades jus-desportivas. E o faz, adite-se, com abrangência e flexibilidade necessárias para assegurar a autonomia desportiva e respeitar as especificidades do desporto, vale dizer, criando um ambiente legal que reconheça e proteja a autonomia e a especificidade do desporto, sem se deixar iludir com “um mundo encantado que não existe senão na desvairada imaginação dos sonhadores”.

Registre-se, outrossim, que a operacionalidade dos entes diretivos desportivos transnacionais, mercê de sua lógica própria e da necessidade de autonomia, auto-organização e auto-manutenção do sistema desportivo transcende à esfera da normatização específica de cada Estado, ou seja, impondo-se à produção jurídico-desportiva desbordar das dimensões geográficas de cada País e ultrapassar suas fronteiras territoriais. Veja-se, a propósito, este trecho decisório do TAS (2005/A/9830&984) quando assinala que “el deporte es por naturaleza un fenómeno que trasciende las fronteras. Resulta no sólo una aspiración sino también algo indispensable que las normas que rijan el deporte a nivel internacional tengan un carácter uniforme y ampliamente coherente en el mundo entero. Para garantizar en ello un respeto a nivel mundial, tal reglamentación no deberá ser aplicada en forma diferente de un país a otro, especialmente en razón de las interferencias entre Derecho estático y reglamentación deportiva. El principio de la aplicación universal de las reglas de FIFA – o de toda otra federación internacional – responde a exigencias de racionalidad – de seguridad y de previsibilidad jurídica. Todos los miembros de la familia mundial del fútbol quedan así sometidos a las mismas reglas que son públicas. La uniformidad que resulte de ello tiende a garantizar la igualdad de tratamiento entre todos los destinatarios de esas normas, sea cual sea el país donde se encuentren.”

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de referir ao art. 217, I, na **ADI 2.937**, em voto do Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 23-2-2012, Plenário, *DJE* de 29-5-2012, que assim argumenta: “Penso se deva conceber o esporte como direito individual, não se me afigurando viável interpretar o *caput* do art. 217 – que consagra o direito de cada um ao esporte – à margem e com abstração do inciso I, onde consta a autonomia das entidades desportivas. Ora, na medida em que se define e compreende como objeto de direito do cidadão, o esporte emerge aí, com nitidez, na condição de bem jurídico tutelado pelo ordenamento, em relação ao qual a autonomia das entidades é mero instrumento de concretização, que, como tal, se assujeita àquele primado normativo. A previsão do direito ao esporte é preceito fundador, em vista de cuja realização histórica se justifica a autonomia das entidades dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento. Logo, é imprescindível ter-se em conta, na análise das cláusulas impugnadas, a legitimidade da imposição de limitações a essa autonomia desportiva, não, como sustenta o requerente, em razão de submissão dela à ‘legislação infraconstitucional’ (...), mas como exigência do prestígio e da garantia do direito ao desporto, constitucionalmente reconhecido (art. 217, *caput*).

Advirta-se, de outra parte, que a *lex sportiva* só converterá os sonhos em realidade se tivermos a consciência da transcendência e singularidade do desporto, a exigir uma visão globalizadora e desterritorializada dos sistemas jus-desportivos (nacional e internacional). Ademais, o texto legal jus-desportivo deverá contemplar a autonomia (*con sus propios principios e instituciones autónomas*), além de ser garantia constitucional dos entes desportivos no Brasil) e a especificidade (*rules of sporting interest only*) resultante da natureza peculiar do desporto e da função social e pedagógica inerentes ao desporto). Ou seja, - autonomia e especificidade - funcionam como alicerces e verdadeiras “cláusulas de pedra” do Direito Desportivo sendo derogatórias e exorbitantes do direito comum. Urge, portanto, filtrar os

dispositivos infraconstitucionais de modo a conciliar as exigências do desporto em si com o postulado da autonomia desportiva (art. 217, I, CF), por ser esta norma constitucional a medula espinal e ossatura central do ordenamento jus-desportivo.

Diante de tudo isso, é importante que cada entidade desportiva exercite e torne concreta sua constitucional autonomia (art. 217, I) diminuindo sua dependência vertical ao Poder Público e aumentando sua vinculação horizontal à sociedade, com vistas a construir seu próprio caminho com liberdade e a exercer sua capacidade adaptativa a mudanças contínuas e inesperadas tão próprias do contexto desportivo.

## DOS RECURSOS PÚBLICOS PARA O DESPORTO

### **Art. 217 - .....**

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

O contributo, o encorajamento e o repasse de recursos financeiros estatais, prioritariamente para o desporto educacional, é critério que se explica por ter esta tipologia de manifestação desportiva papel importante no processo educativo, ao favorecer a formação e promoção do homem, implantando hábitos saudáveis, estimulando as tendências de liderança, fortalecendo o aprendizado de regras de convivência e solidificando o sentimento de coesão comunitária e de identificação social. Ou seja, os valores veiculados pelo desporto contribuem para desenvolver os conhecimentos, a motivação, as competências e a disponibilidade para fazer esforços pessoais, pois, o tempo consagrado às atividades desportivas na escola e na universidade tem reais efeitos benéficos para a educação, sem esquecer que, não raro, o desporto, na sua função social, serve como meio para tornar as escolas mais atrativas e melhorar a taxa de frequência escolar. Adite-se que o uso pedagógico do desporto, que envolve oposição e competição, tanto pode convergir à aceitação da sociedade competitiva como pode problematizar as relações sociais. Entre as linhas dos campos, das quadras e das pistas podemos ver o outro como inimigo a ser destruído, como também um oponente que reencontraremos ao final da partida como parceiro.

A par disso, este ditame constitucional assegura o financiamento ou suporte financeiro público indispensável com vistas a performance condigna e, se possível, exitosa, de representações nacionais (seleções brasileiras) participantes de disputas de nível olímpico, mundial ou continental das várias modalidades desportivas, pois, à evidência, há o efeito-imitação que sempre o sucesso é alcançado pelo desporto de alto rendimento, além de repercutir na popularidade e na motivação para ampliar o número de participantes de práticas desportivas. Isso implica em pavimentar o caminho e dar recursos financeiros para programas e experiências de caráter educativo, seja possibilitando a iniciação e a formação desportiva em escolas e universidades, seja viabilizando as atividades desportivas formais e não-formais com finalidade pedagógica.

Observe-se que o apoio ou aporte de tais recursos públicos para o desporto educacional, consorciado com o suporte financeiro às seleções brasileiras partícipes de competições internacionais, afigura-se, sobretudo, como investimento, e não, como custo do Estado, na medida em que irá favorecer a construção de novas mentalidades em que *“a positividade do lúdico solidário prevaleça sobre o agonístico exacerbado”*, abrindo novas perspectivas para a *“desportivização”* da sociedade brasileira, ou seja, para a multiplicação e diversificação das ações desportivas em todo o País.

## DO TRATAMENTO DIFERENCIADO NO DESPORTO

### **Art. 217 - .....**

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

O inciso III do art. 217 busca concretizar, na esfera desportiva, a vetusta e sempre atual lição aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam, e, por isso mesmo, impõe a necessidade de o legislador dar um tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 havia um decreto federal, já revogado, que definia como profissionais as seguintes modalidades: futebol, motociclismo, golfe, automobilismo e tênis. E foi na esteira desta categorização legal que o constituinte vedou, por via transversa, uma legislação uniforme e padronizada para profissionais e não profissionais, porquanto, identidades distintas expressam-se, agregam-se e organizam-se diferentemente, além de dotadas de estruturas totalmente diversas. Ressalte-se a verificação de inconveniências de um modelo legal uniforme era destacada por Lyra Filho ao sinalar que *“o maior número de contradições presentes no direito desportivo decorre, exatamente, da falta de precisa distinção entre o regime do amadorismo (não-profissional) e o regime do profissionalismo, no desporto, que um e outro devem sujeitar-se a princípios e meios próprios, já que próprios e distintos, além de colidentes, às vezes, são seus fins.”* (Introdução ao Direito Desportiva, I. Pongetti, Rio, pag. 278). Por isso mesmo, não havia porque dar ao desporto profissional e ao não profissional proteção idêntica, nem dispensar-lhes igual tratamento, posto que o profissional pratica desporto para ganhar dinheiro, enquanto o não profissional, muitas vezes, gasta dinheiro para praticar o desporto.

Urge, contudo, atualizar o sentido e alcance deste ditame, pois, na realidade, não mais existe desporto profissional e desporto não profissional. Ou seja, profissional ou não profissional não é o desporto, mas o atleta. Repita-se, por relevante, que a condição - profissional ou não profissional - é do atleta e não da modalidade desportiva. E, tanto é verdade que no futebol, por exemplo, há competições disputadas por profissionais, como há campeonatos que congregam apenas atletas não profissionais, antes nominados de *“amadores”*. De fato, as inúmeras modalidades desportivas podem ser praticadas, de forma profissional ou não

profissionalmente, e, é nessa perspectiva que o legislador constituinte buscou evitar um modelo legal estandarizado e único para albergar a plural forma de prática desportiva pelos atletas profissionais (detentores de contrato de trabalho profissional desportiva) e não profissionais (aqueles que não têm contrato de trabalho desportivo com seus clubes ou entes de prática desportiva). Um exemplo bem atual é recolhido do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD) que contempla este tratamento diferenciado ao incluir a condição de atleta não profissional como atenuante na dosimetria das sanções desportivas.

Aduza-se, por oportuno que o próprio STF já teve oportunidade de manifestar-se sobre a temática, consoante se vê da passagem abaixo:

“É a própria CR, no entanto, que impõe essa distinção, ao exigir, no art. 217, III, ‘o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional’. O discrimen na regulação, portanto, é mais que legítimo, já que encontra amparo no texto mesmo da CR, sem que as normas voltadas ao só campo profissional deixem de estar, nesse âmbito de incidência, revestidas de generalidade. (ADI 2.937, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-2-2012, Plenário, DJE de 29-5-2012.)

#### DA PROTEÇÃO DOS DESPORTOS DE CRIAÇÃO NACIONAL

##### **Art. 217 - .....**

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

Este inciso IV do art. 217 condensa dois aspectos essenciais que por muitos exegetas tem passado despercebidos:

- a) **“Proteção às manifestações desportivas de criação nacional”**, ou seja, àquelas geradas e nascidas no Brasil, detentoras de enormes valências e significados não só desportivos, mas também de cunho educacional, cultural e social, como a peteca, a capoeira e, a maior delas, o Futebol de Salão, atualmente nominado de FUTSAL, exemplos relevantes de modalidades desportivas com inquestionável identidade cultural brasileira e que integram a realidade desportiva nacional e têm no seu DNA *“um traço particular da vida e do caráter nacional”*;
  
- b) **“Incentivo às manifestações desportivas de criação nacional”**, semente jurídica que plantamos e que fez florescer a legislação incentivadora fiscal do desporto (Leis ns. 11.438/06 e 11.472/07), com o intuito de criar mecanismos realistas e pragmáticos para superar as restrições e dificuldades de caráter financeiro que tolham e tolhem do desenvolvimento do desporto de criação nacional, nada obstante a *lex* desportiva esteja a beneficiar, indistintamente, a todas as modalidades praticadas no País. Acresça-se que os incentivos fiscais para o desporto comportam-se como autêntico *investimento social* porquanto contribui, significativamente, para reduzir a necessidade do número de leitos

nos hospitais e de cárceres nos presídios, tendo efeitos palpáveis na prevenção de atitudes anti-sociais, além de propiciar inclusão e inserção sociais, evidenciando-se, assim, como “*a mais econômica forma de medicina social*”. Aliás, de uma perspectiva econômica, os incentivos fiscais para o desporto configuram-se também como investimento, não só gerando emprego para o expressivo contingente de profissionais envolvidos e vinculados à indústria do desporto (bens e serviços), mas igualmente aumentando as exportações do setor desportivo.

Este inciso IV do art. 217 não olvidou que havia e há manifestações desportivas genuinamente brasileiras que sofrem ameaças de usurpação por entidades desportivas internacionais, autênticas “multinacionais desportivas” que utilizam o seu poder econômico e político para apropriar-se de desportos tipicamente brasileiros e, regra geral, débeis à falta de incentivo e proteção do poder público.

Assim, por força deste princípio desportivo-constitucional, o Estado tem “*o dever protetivo da originalidade desportiva brasileira*”, incentivando-a para torná-la mais difundida e sedimentada no espaço desportivo internacional.

#### DA JUSTIÇA DESPORTIVA NA LEX MAGNA -

##### **Art. 217 - .....**

**§ 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.**

Impende por em destaque, desde logo, que os parágrafos 1º e 2º do art. 217 da Lei Maior corporificam dois princípios: o § 1º condensa o **princípio do exaurimento da Justiça Desportiva**, a partir da vedação e acesso ao Poder Judiciário antes de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva, enquanto o vigorante § 2º alberga o **princípio da jurisdicionalidade temporária da Justiça Desportiva** pelo prazo de sessenta dias (60) dias.

Com efeito, em face da grandeza e importância que a relações desportivas assumiram na sociedade, o desporto foi, constitucionalmente, contemplado nos parágrafos 1º e 2º do art. 217 com um “*domaine réservé*”, ou seja, com um microsistema judicante: a Justiça Desportiva. Tenha-se presente, nesse passo, que a própria categorização do desporto como ordem jurídica específica decorre de duas condições substanciais: de um lado, da prerrogativa de criar suas próprias regras e, de outro, do exercício do poder de sanção, avultando aqui a função da Justiça

Desportiva de ajudar a moldar formas legítimas e a incutir valores educacionais e significados mais humanos às práticas do desporto.

A elaboração desses parágrafos exsurgiu da expressiva colocação de João Lyra Filho de que “não será possível definir direito e aplicar justiça, em função de matéria desportiva, fora do mundo do desporto, sem o espírito da verdade desportiva, sem o sentimento da razão desportiva.” (*in* Introdução ao Direito Desportivo, Irmãos Pongetti, Rio, p. 97)

Realce-se que a Justiça Desportiva brasileira é a única no mundo a ter lugar reservado na Lei Maior de um país, tanto que, na Suíça, sede dos principais entes diretivos do desporto mundial, na ausência de um dispositivo legal específico, a instauração de vias de direito internas e de órgãos “judiciaries” nas federações desportivas lastreia-se no princípio da autonomia em que se funda o direito de associação. De todo modo, trata-se de um sistema de “justice ferméé” ou de justiça “doméstica” cuja atuação resulta, no dizer de G. Simon, do “prolongement du contrat d’adhésion qui unit le member de la communauté sportive aux statuts et règlements”. E, sempre com o animus de evitar o recurso à jurisdição ordinária, entrega os litígios desportivos a um “tribunal spécialisé à l’intérieur de la famille sportive”.

É inarredável enfrentar-se, por relevante, o candente tema da natureza jurídica da Justiça Desportiva, pondo-se a latere as dissensões doutrinárias em seu derredor. Veja-se, nesse passo, a recente posição consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (MS 25.938/DF), em votação unânime e indiscrepante. Nessa assentada o Min. Carlos Ayres de Britto assinalou: “É certo que a Justiça Desportiva recebeu da Constituição tratamento para além do conferido ao processo simplesmente administrativo. Há um contencioso na Justiça Desportiva, prevista na Constituição, temperado por ela mesma Constituição, na medida em que só permite o acesso às vias jurisdicionais com o exaurimento das instâncias desse outro.” Seguindo a mesma linha de raciocínio a Ministra Carmen Lúcia, relatora do processo, assinala com todas as letras que “norma constitucional põe, impõe e dispõe sobre a sua atuação, a qual vincula órgãos e entes estatais, incluindo o próprio Judiciário, que somente pode conhecer das matérias controvertidas submetidas à sua apreciação em condição de subsidiariedade.” E arremata, na conclusão de seu voto vencedor, que “a Justiça Desportiva desempenha função **quase-estatal**, ou, no jargão mais contemporâneo, público não estatal, distinguindo-se ela da perfeita natureza de atividade privada, mas também não se confundindo com atuação estatal”.

Impende destacar, por relevante, que em muitos modelos jus-desportivos europeus (Espanha, Portugal, Itália, França, por exemplo) a Justiça Desportiva exercita um poder disciplinar que pode ser “calificado como una función pública de carácter administrativo delegada ex lege en las Federaciones Deportivas”. É oportuno conceituar este poder disciplinar desportivo que, para Carretero Lestón, “corresponde a los órganos específicos de la estructura del deporte para sancionar las infracciones (acciones u omisiones) de las reglas de juego, reglas de las competiciones y principios de conducta deportiva, establecidas por disposiciones

reglamentarias estatales o federativas”. Frise-se, ainda, que a própria estrutura monopolista dos entes diretivos desportivos permite que atuem como “délégataires de la puissance publique” de direito em alguns países, e, de fato em outros, nada obstante muitos insurjam-se e verberem contra “la utilidad y la eficacia de la publicación de la justicia deportiva”. E nesse modelo público, a Justiça Desportiva exerce um poder sancionador próprio dos poderes públicos, mas que se encontra delegado às federações desportivas que são titulares de prerrogativas de autoridade pública, em face da “valência pública” das atividades desportivas. Contudo, ao lado desse modelo público, igualmente convive um modelo privado. É o que ocorre na Alemanha, Reino Unido e Estados Unidos onde o poder público tem uma intervenção mínima sobre o desporto, a partir da concepção de que o desporto emerge espontaneamente da sociedade civil, por sua livre iniciativa, e, nesse contexto, a Justiça Desportiva quadra-se como matéria jurídica de “índole estritamente privada”, tipificada pelo abstencionismo estatal e plena liberdade de atuação dos entes desportivos que ostentam o poder disciplinar para apenar atletas e equipes, exigindo-se notificação para defesa e direito a eventual recurso.

Ao cotejar estes dois modelos de justiça desportiva - público e privado - adverte Rafael Martinez que “la diversidad de modelos no afecta a los principios y garantías de los procedimientos disciplinarios deportivos, existiendo unos derechos mínimos del interesado que se respetarían en todo procedimiento disciplinario, ya sea éste tramitando en un país de modelo publico o privado, lo que conduce al autor a esbozar la existencia de “una especie de ius commune en materia de disciplina deportiva”.

De todo modo, qualquer que seja o modelo, é percuciente a observação de Rodolfo de Camargo Mancuso, in Revista de Processo nº 31, pág. 54: “Não é difícil perceber que as reiteradas intervenções jurisdicionais nas controvérsias desportivas, mormente no âmbito do futebol, parece que mais acirram os ânimos, do que os aplacam. Ademais, indispõe entre si ambas as instituições, contribuindo, ainda, para o desprestígio da Justiça Desportiva perante os clubes, atletas, entidades e associações, emprestando uma caráter de “transitoriedade” às decisões desportivas. Por fim, esta interação enseja que juízes togados vejam-se envolvidos em certos episódios tumultuosos e popularescos, nem sempre compatíveis com a respeitabilidade da toga”.

Sublinhe-se, nesse passo, a visível diferença de tratamento entre os litígios desportivos (envolvendo disciplina ou competição) em relação a outras espécies de litígios mesmo albergando direitos consagrados na Lei Maior. Assim é que, na esfera tributária, onde existem casos de grande relevância econômica ou social, em que a legislação prevê a possibilidade de julgamento por instância administrativa, inexistente restrição a que o cidadão socorra-se diretamente do Poder Judiciário, sem necessidade de transitar pelo caminho administrativo, evidenciando o tratamento único e especial outorgado às referidas tipologias de demandas desportivas.

De outra feita, é de sabença geral que as ações relativas à disciplina e às competições desportivas somente poderão ser submetidas à apreciação do Poder

Judiciário após o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva, a quem foi concedido um prazo máximo de sessenta (60) dias, na dicção dos parágrafos 1º e 2º do art. 217 da Mater Legis. Exsurge destes parágrafos uma dúvida persistente que assalta os operadores da Justiça Desportiva quanto ao acesso ao Poder Judiciário: se há clareza quanto ao momento da apreciação judicial, a Constituição Federal nada diz quanto ao seu alcance. Ou seja, a norma constitucional fixa restrição temporal ao reexame judicial que exige prévia exaustão das instâncias da Justiça Desportiva, mas silencia quanto ao conteúdo do reexame judicial. Em resumo, indaga-se: estará o juiz ordinário, de algum modo, vinculado à decisão final proferida na Justiça Desportiva, ou, terá o recurso da parte prejudicada pleno efeito devolutivo, cabendo à Justiça ordinária reexaminar o mérito da causa desportiva? Alguns autores defendem que a Justiça Desportiva atua como um filtro de acesso ao Judiciário e que o controle jurisdicional em matéria de competições e disciplina não lhe permite adentrar no mérito das demandas desportivas oriunda da Justiça Desportiva, daí porque, em regra, a atuação dos órgãos judicantes ordinários deve delimitar-se a apreciar se foram observados, ou não, os princípios embaixadores da Justiça Desportiva e o postulado do devido processo legal. Frise-se que, para esta corrente, as decisões da Justiça Desportiva qualificam-se como atos administrativos, ficando a atribuição do Judiciário adstrita a aferição da legalidade/legitimidade do ato, daí porque, analisar o mérito administrativo refoge à sua competência. E, em seu prol, trazem o ensinamento de Hely Lopes Meireles para quem “a competência do Judiciário para a revisão dos atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade, entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os de interesse público [...]” (in *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.689).

Em outra perspectiva, afigura-se-nos mais consentâneo com a letra e o espírito do Texto Constitucional, o entendimento de Canotilho e Vital Moreira que retrata nossa intenção ao redigir referidos parágrafos do art. 217, pois, de rigor, corresponde à “proibição de os desportistas recorrerem aos órgãos jurisdicionais do Estado antes de os órgãos da justiça desportiva se terem pronunciado. No entanto, a admissibilidade do vínculo de justiça desportiva não pode significar uma completa preclusão da competência dos órgãos jurisdicionais do Estado, designadamente quando estão em causa direitos fundamentais do cidadão, cuja lesão é constitucionalmente garantida através do recurso aos tribunais”. Em julgamento no pleno do STF (RE/RG nº 568.657-4/MS), enfatizou o Min. Marco Aurélio que “a relevância da matéria decorre do fato de haver o envolvimento de princípio constitucional da maior envergadura – o do acesso ao Judiciário. A Carta da República, de início, restringe as situações em que necessário acionar-se antes a esfera administrativa – a negociação para o ajuizamento do dissídio coletivo e o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva quando se tratar de disciplina e competição desportivas.” Em outro julgamento, na mesma toada, assinala o STF: “O próprio legislador constituinte de 1988 limitou a condição de ter-se o esgotamento da fase administrativa, para chegar-se à formalização de pleito no Judiciário. Fê-lo no tocante ao desporto, (...) no § 1º do art.217 (...). Vale dizer que, sob o ângulo

constitucional, o livre acesso ao Judiciário sofre uma mitigação e, aí, consubstanciando o preceito respectivo exceção, cabe tão só o empréstimo de interpretação estrita. Destarte, a necessidade de esgotamento da fase administrativa está jungida ao desporto e, mesmo assim, tratando-se de controvérsia a envolver disciplina e competições, sendo que a chamada justiça desportiva há de atuar dentro do prazo máximo de sessenta dias, contados da formalização do processo, proferindo, então, decisão final (§ 2º do art. 217 da CF)." (ADI 2.139-MC e ADI 2.160-MC, voto do Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 13-5-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009.)E não é diversa nem discrepante a posição do Ministro Gilmar Mendes, ao acentuar, em trabalho doutrinário sobre Justiça Comum x Justiça Desportiva, que o art. 217, § 1º não exclui a apreciação do Poder Judiciário, mas somente sinaliza, como condição de admissibilidade da intervenção do Judiciário, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva, desde que isso ocorra dentro de um prazo razoável de 60 dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão (art. 217, § 2º)...."(in Curso de Direito Desportivo. S. Paulo: Ed. Ícone, 2003, p. 128 e segs.). Interessante destacar que o mesmo Ministro Gilmar Mendes, ao tratar de desarrazoadas decisões da justiça desportiva e do possível recurso à via judiciária comum, noticia:

"A ordem jurídica francesa optou, inicialmente, nos anos 70, por esse modelo de delegação para entidades desportivas e, depois, começou a impugnar, discutindo se essa cláusula de reenvio seria correta, ou não. A própria ordem jurídica inglesa, às vezes, pondera que os rigores da FIFA são inaceitáveis.

.....

Na Alemanha, reconheceu-se a validade da decisão tomada, exceto quando se concluiu pela desproporcionalidade, como por exemplo, quando a pena aplicada era a de eliminação. Isso importava na restrição da liberdade do exercício profissional do atleta, mas invocou-se que haveria também a violação de um princípio de ordem pública." (opus. cit. p. 129-130)

Insta lembrar que a contraposição entre, de um lado, as vias internas de recursos adstritos aos órgãos judicantes desportivos, e, de outro, o acesso à via judiciária comum, mereceu ponderada manifestação do Conselho Consultivo da Federação Portuguesa de Futebol:

"[...] compreende-se que os desportistas e os dirigentes associativos se sintam preocupados com a preservação do mundo do desporto relativamente à multiplicação dos litígios vindos do exterior (ou para lá remetidos). Aceita-se, por outro lado, sem dificuldades que certos conflitos puramente desportivos (mormente resultantes da aplicação e da interpretação das chamadas leis do jogo) não têm, por certo, vocação para encontrar uma solução judicial".

De todo modo, a Ministra Carmen Lúcia, no já aludido processo julgado pelo STF (MS 25.983/DF), espanca dúvidas ao realçar em seu acórdão que "nos termos do art. 217, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, o Poder Judiciário poderá conhecer, ainda que subsidiária e sucessivamente ao exercício das funções da Justiça Desportiva, de controvérsias postas à decisão desta."

Impende sinalar, nesse passo, que os parágrafos 1º e 2º do art. 217 da Lei Maior não tem o condão de excluir ou interditar o conhecimento de matéria desportiva pela via jurisdicional, o que seria manifestamente inconstitucional, até porque a imposição de uma sanção derivada da infração de uma regra do jogo pode resultar numa lesão econômica ou moral para um atleta, dirigente ou entidade desportiva. E exatamente pela possibilidade de afetar direitos e interesses que transcendem a esfera da Justiça Desportiva, torna-se imperioso propiciar o ingresso de tais questões no âmbito do Poder Judiciário, desde que exauridas as instâncias próprias do ordenamento jurídico-desportivo que terão prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo desportivo, para proferir decisão final, o que, sem dúvida, implicará mais celeridade, menos custo e efetividade das decisões nos feitos de competência da Justiça Desportiva, única habilitada a conjumar a solução das lides desportivas com a dinâmica do desporto, pois, as postulações jus-desportivas demandam soluções rápidas e ajustadas à velocidade exigida no *mundus* desportivo. Os citados parágrafos do art. 217, evidentemente, não acabam, mas limitam e restringem a interferência do Poder Judiciário nos desportos, mas sem aniquilar a garantia constitucional que assegura os acessos das pessoas físicas e jurídicas à Justiça comum para defesa dos seus direitos. Com esse entendimento, permite-se uma convivência harmoniosa entre o art. 5º, XXXV e 217, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, onde a regra geral é a do esgotamento da instância desportiva, porém com possibilidade de apreciação do assunto pelas vias ordinárias, caso tenha havido vício capaz de produzir lesão ou configurar ameaça de lesão que podem decorrer, por exemplo: da inobservância dos prazos constitucionais, da supressão de instância desportiva, da composição de órgão judicante desportivo em dissintonia com a legislação desportiva.

De toda sorte, este recurso ao Poder Judiciário não pode, na concepção de muitos autores, viabilizar uma (re) discussão do conteúdo ou do mérito desportivo envolvendo os campos da disciplina e competição desportivas, após decisão da Justiça Desportiva, cujos membros estão melhor preparados para conhecer e apreciar as demandas desportivas sujeitas a normas tão distintas e peculiares. Traz-se à colação nesse passo o magistério do Prof. Noberto Outelero, lastreado em Rivera, para quem “como principio rector debe entenderse que en las asociaciones el poder disciplinario atañe a la existencia misma de la Institución y es vital para la vida del grupo y se haya presente, aún de manera implícita espontanea, aún en ausencia de previsión estatutaria. Por ello, las impugnaciones que se formulen por via con motivo de sanciones disciplinarias impostas por estas instituciones resultan como reglas improcedentes y solo deben admitirse quando aquellas signifiquen el desconocimiento evidente de garantías constitucionales invocadas.” Nessa linha, Luís Geraldo Lanfredi, magistrado da Justiça Comum e que já integrou, com destaque, o STJD da CBF, averba que “seria, em verdade, um contra-senso contemplar um contencioso único e tão especial e não lhe outorgar qualquer deferência para impor suas decisões, ou seja, alguma eficácia, desde que respeitados tenham sido os trâmites, princípios e prazos previstos no ordenamento jurídico para obtenção de uma decisão justa e equilibrada. Portanto, o recurso ao Poder Judiciário há de ser chancelado, sim, mas à custa de vícios ou descumprimento de formalidades extrínsecas, que a Justiça Desportiva deveria respeitar e não o fez. E

apenas neste caso, desconstituída, porque imprestável e contagiada por tais falhas de procedimento, a decisão desportiva cede espaço para uma “outra” decisão”. Arremate-se, nessa toada, a colocação do Min. Gilmar Mendes (ADI 2.937) de que “consideramos um jogo não muito *fair*o recurso à Justiça para estas questões de anulação das punições dos tribunais desportivos”.

Cabe registrar ainda que, na Itália, o “vincolo de giustizia sportiva” refere à exigência de resolver os litígios desportivos (matérias disciplinares e técnico-desportivas que estejam na seara dos direitos disponíveis) nas esferas internas das Federações, com exclusão da apreciação pela jurisdição estatal. Ou seja, “il vincolo di giustizia non abbia un carattere assoluto, ma la sua validità dovrà essere limitata alle questioni rilevanti unicamente all’interno dell’ordinamento sportivo e che qui esauriscono i propri effetti escludendo ogni rilievo per l’ordinamento statale.” Em outras palavras, este vínculo que pretende dar uma certa “impermeabilidade a la justicia deportiva”, consiste em inserir nos estatutos e regulamentos das entidades desportivas diretas cláusulas que imponham aos clubes e aos partícipes das competições interpor demandas somente perante órgãos da justiça interna, em caso de controvérsias vinculadas às atividades desportivas de caráter técnico ou disciplinar. Vale dizer, este “vínculo de justiça” constitui-se numa verdadeira barreira entre os ordenamentos desportivo e estatal, de modo a evitar uma “frequente intromissione dello Stato nelle controversie di natura sportiva”. Por isso, comprometem-se a submeter-se às decisões da justiça desportiva e, somente em situações excepcionais, é que podem recorrer à justiça estatal. Assinalam, contudo, os juristas italianos que à luz da legalidade formal, este “vínculo de justiça” nunca teve uma dimensão absoluta, posto que, é “espressamente limitato alle controversie di carattere tecnico e disciplinare”, e, não raro, “la certezza del diritto viene sacrificata in nome della rapidità e dell’efficacia della giustizia sportiva”, daí porque, algumas controvérsias decididas pela Justiça Desportiva podem ter relevância para ulterior apreciação pela Justiça Comum. E essa possibilidade exsurta na medida em que entrem em jogo situações jurídicas subjetivas que possam importar em lesão de interesses não só desportivos, mas também jurídicos ou econômicos de seus destinatários, a par da exigível obediência ao direito de tutela jurisdicional e ao princípio da impugnabilidade dos atos, sejam estatais, quase-estatais ou privados, desde que hajam esgotado as diferentes instâncias da Justiça Desportiva.

Na Espanha o regime disciplinar desportivo não se esgota no âmbito interno das federações, nem se justifica unicamente em garantir a ordem estatutária de tais entes desportivos, transcendendo a este âmbito quando afetar o interesse público ou a ordem jurídica geral, enquanto que, na França, a maioria dos autores assinala os litígios derivados do exercício do poder disciplinar desportivo estão submetidos, como acentua Simon, a “la aplicación del régimen administrativo del deporte no sólo a las decisiones individuales, sino más ampliamente, a las actividades deportivas”.

Já a Lex portuguesa (Lei n. 5/2007) delimitou o “monopólio” da Justiça Desportiva às chamadas “questões estritamente desportivas”, ou, no linguajar dos franceses “litiges proprement sportifs”, construindo um “núcleo de questões inapeláveis

judicialmente” ou “célula irredutível do jogo” onde a reserva absoluta da jurisdição desportiva deflui do art. 18, ns. 2 a 4:

“2- Não são susceptíveis de recurso fora das instâncias competentes na ordem desportiva as decisões sobre questões estritamente desportivas.

3- São questões estritamente desportivas as que tenham por fundamento normas de natureza técnica ou de caráter disciplinar, enquanto questões emergentes da aplicação das leis do jogo, dos regulamentos e das regras de organização das respectivas competições.

4- Para os efeitos do disposto no número anterior, as decisões e deliberações disciplinares relativas a infracções à ética desportiva, no âmbito da violência, da dopagem, da corrupção, do racismo e da xenofobia não são matérias estritamente desportivas.”

Aduza-se que tais “questões estritamente desportivas” têm lastro em duas ordens de razões: por um lado, a especificidade das regras técnicas do jogo e a possível impreparação ou insensibilidade dos tribunais para a sua adequada compreensão; por outro, as exigências de celeridade decisória no âmbito das competições desportivas e o receio de falta de capacidade de resposta a estas exigências por parte do Poder Judiciário português. Nada obstante, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 18.04.91, já reconheceu que “certos conflitos puramente desportivos não têm, por certo, vocação para encontrar uma solução judicial. No entanto, há que ter presente a necessidade de assegurar aos agentes desportivos aquele mínimo de proteção a que qualquer cidadão tem direito” de impugnar na jurisdição ordinária. E, na mesma decisão, reconhece que há ocorrências de caráter desportivo que, pela sua própria natureza, escapam à tutela da ordem jurídica, como que se desenvolvendo à margem do direito. Realça, ainda, que aqui se incluem as “questões desportivas” que se levantam em certas faixas de comportamentos e situações que se mantêm alheias de toda intervenção estatal (por exemplo, “leis de jogo”, regulamentos e organizações de provas).

Procurando balizar e delimitar os nominados campos de intervenção da “justiça pública” e da “justiça privada” no desporto, noticia J. Manuel Meirim que “em França, por exemplo, se impõe uma fase prévia de conciliação obrigatória; é ainda neste sentido que se orienta a solução espanhola, recolhendo um órgão superior de disciplina desportiva, o qual funciona como uma última instância de recurso em questões disciplinares, num momento prévio ao recurso aos tribunais administrativos”. É curioso, ainda, observar que, na Alemanha, assim como no Brasil, cujos sistemas jus-desportivos estão atrelados ao modelo privado, “uno de los fundamentos del control judicial de las sanciones deportivas es precisamente el carácter monopolístico de las federaciones deportivas, que determina la exigencia de las garantías que el Derecho alemán impone a los titulares de monopolios en el desempeño de su actividad”, consoante averba Summerer.

Extrai-se dos reportados aspectos sobre atuação e alcance da Justiça Desportiva que os preceitos insculpidos na ordem jus-desportiva brasileira hão de estar, cogentemente, harmonizados com o Texto Supremo, a par de evitar trazer soluções

desportivas imponderadas e sem razoabilidade jurídica que podem resultar em revogações fáticas e implosões judiciais.

## DAS CONCLUSÕES

O desporto, por representar uma das projeções dos direitos inalienáveis e sagrados dos cidadãos, não poderia ser esquecido e omitido pela Carta Cidadã de 1988. E, tanto pelo seu vigor social, quanto pelo seu poder de sensibilização popular, tornou-se cogente e inafastável sua presença na Lex Magna. Nesse contexto, o art. 217 que assegurou o *status* constitucional ao desporto constitui o núcleo duro e essencial, em sede de matéria jus-desportiva, até porque não contempla reserva de restrição legislativa e quadra-se como postulado do “limite dos limites” da *lex sportiva*.

Dizia João Lyra Filho que *“o Direito Desportivo desqualifica-se com a perda de sua autonomia quando urdido por um Estado. Sua existência é compreensível como emanção do próprio desporto. O Direito Desportivo, tal como o Direito Canônico, perderia seu caráter ecumênico se participasse do elenco jurídico de cada Estado. A intervenção estatal na construção do direito desportivo só se explica para regular as relações entre as atividades públicas e as do desporto, jamais para desfigurá-lo em proveito de qualquer filosofia avessa aos seus objetivos sociais”*, tornando-se o Estado portador do “demônio das inovações perniciosas”. Adite-se que tais “inovações perniciosas”, regra geral, resultam de “surtos” episódicos e “ondas” conjunturais, daí a relevância da proteção do art. 217 do Texto Supremo contra investidas legislativas afoitas, agressões, “invasões” e “assaltos” passionais sempre ancorados em algum tipo de clamor midiático, com propósitos ora inconfessáveis, ora inconfessados. Nesse diapasão, impõe-se blindar o art. 217 da lógica predatória e dos discursos oportunistas e de ocasião que sustentam algumas propostas que vão esboroar, senão “estuprar”, juridicamente, postulados edificados no art. 217 da CF de 1988 e que implicarão em exumar e revitalizar parte do arcabouço jus-desportivo gerado pelo Estado autoritário. Oportuno aqui, trazer-se à colação a advertência de Stockton de que *“Constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi”*.

Note-se que, no desporto, desde o advento do art. 217 da Carta Constitucional, abriram-se novos horizontes, motivaram-se projetos, propiciaram-se avanços palpáveis, fomentaram-se investimentos, enfim, deu-se concretude na seara desportiva a muitos *“desejos de utopia”* para usar a expressão de Peter Habermas, que se harmoniza com a consciência que embutimos no art. 217 de que no desporto, como na vida, não se vive de sonhos, mas também não podemos viver sem eles.

Ressalte-se, outrossim, que não são raros os dispositivos jus-desportivos de qualquer hierarquia jurídica despidos da mais mínima constitucionalidade, ou seja, tismados pelo vício da inconstitucionalidade que invadem, a cada dia, de modo velado e sub-reptício, os campos da *lex sportiva*, recheando-a de ditames resultantes de vontades pessoais, conveniências ou oportunismos, onde os preceitos se confundem com preconceitos, carentes de idoneidade jus-constitucional. Aliás, o

menoscabo a qualquer dos princípios constitucionais-desportivos importa em quebra de todo o sistema jurídico-desportivo.

De mais a mais, revelam-se juridicamente desvaliosas as regras da *lex* desportiva ordinária que transgridam ou violem, de forma direta, transversa ou “inteligente”, os ditames constitucionais insculpidos no art. 217 da Lei Básica, e também, a prevalência de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais jungidas a valores pessoais e a ideologia dos intérpretes, e ainda, as decisões guiadas pelas paixões desportivas passageiras da mídia, de dirigentes e de torcedores, tornando o modelo jus-desportivo brasileiro menos republicano e mais monárquico.

Reponte-se, por derradeiro, ser de extrema relevância a interpretação atualizada cada um dos incisos e parágrafos do art. 217 da CF, sem dilatar ou restringir seu campo de incidência, numa exegese que, sem falsa modéstia, pode ser categorizada como autenticamente *legislatoris*. E mais, como cláusula pétrea do desporto nacional, o ditame da Lei Maior não pode ser distorcido ou infirmado, dado que limita e condiciona a elaboração, interpretação e aplicação das normas jus-desportivas infraconstitucionais, a par de impor deveres do Estado na esfera desportiva. Outrossim, condensa marcos indispensáveis para todos aqueles que, no dizer de Canotilho, “pretendam “jogar” seriamente o “jogo” do direito desportivo”. Alfim, impende a todos os atores desportivos, públicos ou privados, assegurar vigência e eficácia ao art. 217 do Estatuto Supremo de modo a fazê-lo, de fato e de direito, pilar essencial e bússola inarredável do arcabouço jusdesportivo brasileiro.

#### DAS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMEJO VERA, José, "Constitución y Deporte", Ed. Tecnos, Madri, 1998.

CARRETERO LESTÓN, J. L. (coord.): “La Constitución y el deporte - X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo”, Unisport, Málaga, 1993.

GIUMMARRA, Sandrine “Les Droits Fondamentaux & Le Sport – Contribution à l’étude de la constitutionnalisation du droit du sport”, PUAM, Marseille, 2012.

MELO FILHO, Álvaro, “O Desporto na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira”, S. Paulo, Malheiros Ed., 1995.

MELO FILHO, Álvaro, “Nova Lei Pelé – avanços e impactos”, Maquinária Editora, Rio de Janeiro, 2011.

MESTRE, Alexandre, “O Desporto na Constituição Européia”, Almedina, Coimbra, 2004.

PARENTE FILHO, Marcos, Melo Filho, Álvaro et Gomes Tubino, Manoel, “Esporte, Educação Física e Constituição”. Ibrasa, S. Paulo, 1989.

TUBINO, Manoel Gomes, “500 Anos de Legislação Esportiva Brasileira”, Ed. Shape, Rio de Janeiro, 2002.

VIANA, Eduardo Augusto, “O Poder, a Sociedade e o Estado – O Poder no Desporto”, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.