



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A TRANSFERÊNCIA LEGAL DE ACTIVIDADE PÚBLICA PARA AS FEDERAÇÕES DESPORTIVAS

O Direito Disciplinar Desportivo enquanto
manifestação do exercício de poderes públicos

“THE LEGAL TRANSFER OF PUBLIC ACTIVITY FOR SPORTS
FEDERATIONS – The Disciplinary Sports Law as manifestation of the
exercise of public powers”

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências Jurídico - Forenses

João Nuno Leão Gordilho Hipólito Correia
Orientador: Fernando Licínio Lopes

Coimbra, 2018

Agradecimentos

Começando pelo pedido de desculpas da praxe por não conseguir enunciar todas as pessoas que de alguma maneira contribuíram para que eu chegasse a esta fase da minha vida académica e pessoal, tão satisfeito e completo, urge, sem sombra de dúvidas, nomear alguns dos que maior influência tiveram.

À minha Mãe, sem quem as minhas tristezas teriam parecido obstáculos intransponíveis e as alegrias não teriam sido autênticos momentos de êxtase, o *obrigado* da eterna criança que está sempre debaixo da tua asa e que contigo aprendeu o que é a bondade, a ternura e o altruísmo sem medida.

Ao meu Pai, por nunca deixar de me fazer uma pessoa mais culta, mais integra, mais argumentativa, resumindo, uma pessoa mais capaz, o obrigado do primogénito que está cada vez mais perto de te deixar em sossego, mas que te leva como modelo do Homem reto e respeitador.

Aos meus Avós, que com uma dedicação incomparável mostram mesmo que são “pais duas vezes”, fazendo tudo ao seu alcance por me proporcionar todas as hipóteses que existam para que eu possa ter sucesso.

Aos meus Tios, que não estando tantas vezes como eu gostaria, ou como eles gostariam, nunca deixaram de, sempre que possível, dar mais uma força para que eu consiga os meus objectivos.

Aos meus Irmãos, que mesmo que nem sempre pareça são os que mais procuro influenciar bem e a quem quero dar o exemplo, que constituem uma motivação forte para lutar pelo que quero e para ser todos os dias uma pessoa melhor e que nas querelas do dia-a-dia acabam por me confortar e impulsionar a seguir o caminho.

Ao Ruben, aos Brunos, ao Gonçalo e ao Vicente, que independentemente do que aconteça passam horas de presença obrigatória na vida deste estudante, que sem amigos assim, poderia não aguentar a carga de trabalho e emoções que esta chegada à meta comporta.

À **Mariana**, que desde há alguns anos para cá faz parte da minha vida e que, com todos os obstáculos que possam aparecer ou críticas que haja a fazer, faz pequenos feitos como este, parecerem o acontecimento de uma vida.

Ao António, pelo trabalho com ele, pelas discussões, pelo conhecimento, pela amizade, tudo plasmado neste trabalho, que sem o contributo dele não teria o mesmo nível.

Ao Ricardo, pela aposta e motivação que fez em mim, com quem aumentei o gosto no Direito e com quem os muitos momentos passados criaram em mim o bicho do associativismo e do Desporto, que culminou nesta dissertação.

Ao Dr. António, por me ter aceite como seu humilde estagiário, contribuindo assim para a formação de um jovem jurista que aspira a capacidade e reconhecimento, pelo menos similar, à do seu “patrono”.

Ao Doutor Artur, por me colocar no caminho certo, quando eu não encontrava que domínio estudar e prosseguir, foi quem me chamou a estudar uma matéria desafiante, sem nunca deixar de se importar com os progressos que conseguia.

Ao Doutor Licínio, por ser meu orientador e mentor, dando luz nalgumas alturas menos iluminadas do trabalho.

E por fim, mas não menos importante, à **Academia**, por me ter proporcionado os melhores anos de uma vida que ainda agora começou, amigos, conhecimentos e experiências, que certamente ficaram comigo pelo resto dos meus dias.

“We are social creatures to the inmost centre of our being. The notion that one can begin anything at all from scratch, free from the past, or unindebted to others, could not conceivably be more wrong.”

Karl R. Popper

Resumo

A ideia por trás desta dissertação é aprofundar os conhecimentos jurídicos do fenómeno desportivo, especialmente, quanto ao direito disciplinar e o seu funcionamento no seio das federações desportivas.

Isto é conseguido a partir de uma viagem pelas entidades privadas que exercem poderes públicos no geral e os contactos do direito disciplinar privado e da justiça administrativa, com foco na doutrina e na jurisprudência sobre o mundo desportivo, que se concretiza num instituto algo novo do ponto de vista da génese dos poderes públicos das federações desportivas e um olhar crítico em relação à instituição do TAD como comprovação da tese defendida.

Permite retirar algumas conclusões quanto às ligações do direito privado e administrativo, enquanto simultaneamente demonstra as diferenças cabais que podem existir no decorrer das várias actividades e exercícios de uma federação.

Desde da definição do direito disciplinar desportivo como uma manifestação de poderes públicos das federações desportivas, até à caracterização das relações entre o direito sancionatório privado e administrativo na disciplina desportiva, dando ênfase à transferência legal de actividade pública e ao TAD como pleno aplicador do direito desportivo cria-se uma imagem minuciosa e fidedigna da justiça desportiva e representa uma linha de pensamento que pode vir a dar o mote para que tenhamos, em Portugal, uma dimensão autónoma do Direito quando se falar de Desporto, com as federações no núcleo dessa actividade jurídica.

Palavras-chave

Direito privado, Direito administrativo, Direito sancionatório, Direito disciplinar, Direito desportivo, Federações desportivas, Arbitragem, Poderes públicos, Poder regulamentar, Poder disciplinar, Delegação, Transferência legal, Órgãos federativos, Tribunal Arbitral do Desporto, Disciplina, Funções públicas, Administração, Associações, Justiça administrativa, Justiça desportiva, Agentes desportivos, Questões estritamente desportivas.

Abstract

The idea behind this dissertation is to deepen the legal knowledge about the sports phenomenon, specially, about the disciplinary law and the way it works within sports federations.

This is accomplished from a trip through the private entities that exercising public powers in general and the points of contact between disciplinary sports law and the administrative justice, with emphasis in the doctrine and jurisprudence about the sports world, that takes shape in a somehow new institute from the genesis of the public powers of the sports federations point of view and a critical view about the institution of the TAD as proof of the defended thesis.

It allows to make some conclusions about the connections between private and public law, while demonstrating the channel differences that may exist in the course of various activities and exercises of a federation.

From the definition of the disciplinary sports law as a manifestation of public powers of the sports federations, until the characterization of the relations between the private and administrative sanctioning law in the sports discipline, emphasizing the legal transfer of public activity and the TAD as full applicator of the sports law a thorough and reliable image of sports justice is created and represents a line of thought that can give the motto so that we have, in Portugal, an autonomous dimension of Law when talking about Sport, with the federations at the core of this legal activity .

Keywords

Arbitration, Public powers, Regulatory power, Disciplinary power, Delegation, Legal transfer, Federative organs, Court of Arbitration for Sport, Discipline, Public functions, Administration, Associations, Private law, Administrative law, Sanitary law, Disciplinary law, Sports law, Sports federations, Arbitration, Administrative justice, Justice sports, Sports agents, Sports strictly.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

CRP – Constituição da República Portuguesa

FPF – Federação Portuguesa de Futebol

I.P.D.J. – Instituto Português do Desporto e Juventude

LBAFD – Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto

LTAD – Lei do Tribunal Arbitral do Desporto

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TAD – Tribunal Arbitral do Desporto

TC – Tribunal Constitucional

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

RDFD – Regime Disciplinar das Federações Desportivas

RJFD – Regime Jurídico das Federações Desportivas

Índice

<i>AGRADECIMENTOS</i>	2
<i>RESUMO</i>	4
<i>PALAVRAS-CHAVE</i>	4
<i>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</i>	6
ÍNDICE	7
I – INTRODUÇÃO	9
1.1 Da definição e delimitação do tema.....	9
1.2 Da problematização do tema.....	10
1.3 Da fundamentação e objectivos	11
1.4 Do método.....	13
II – O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS POR ENTIDADES PRIVADAS	14
2.1 Dos poderes.....	14
2.2 Das formas de manifestação	16
2.3 Das entidades privadas com poderes públicos.....	18
2.4 Da expansão de valores do direito administrativo para o direito privado	19
III – A ACTIVIDADE SANCIONATÓRIA DAS ENTIDADES PRIVADAS VS A ACTIVIDADE SANCIONATÓRIA ADMINISTRATIVA	21
3.1 Do direito disciplinar no direito privado.....	22
3.2 Da justiça administrativa	23
3.3 Dos elementos em comum.....	24
3.3.1 Do âmbito da actividade sancionatória	25
3.3.2 Das garantias	25
IV – A NATUREZA JURÍDICA DOS PODERES DAS FEDERAÇÕES DESPORTIVAS	27
4.1 Da análise jurisprudencial.....	28
4.2 Das hipóteses de delegação, devolução ou representação	36
4.3 Das consequências da concessão do estatuto de utilidade pública desportiva	39

4.3.1 Da organização interna.....	39
4.3.2 Da sujeição à jurisdição administrativa.....	39
4.3.3 Da sujeição a fiscalização administrativa	40
4.4 Da suspensão e revogação do estatuto de utilidade pública desportiva (âmbito dos poderes vs controlo do Estado).....	41
4.5 Do poder regulamentar (actos administrativos ou privados).....	43
4.6 Do poder disciplinar (função jurisdicional).....	45
4.7 Da transferência legal de actividade pública	46
V – O DIREITO DISCIPLINAR FEDERATIVO	49
5.1 Da configuração do direito disciplinar federativo	50
5.1.1 Dos órgãos com competência disciplinar.....	50
5.1.2 Dos meios de reacção no seio da federação	51
5.1.3 Da distinção entre órgãos de resolução de conflitos desportivos e os tribunais	52
5.1.4 Do procedimento e responsabilidade dos titulares.....	52
VI – O TAD COMO PLENO APLICADOR DO DIREITO DESPORTIVO.....	55
6.1 Da tutela jurisdicional efectiva	55
6.2 Das dificuldades da arbitragem necessária (conformidade com o texto da CRP).....	57
6.3 Dos limites de cognição de litígios pelo TAD	59
6.4 As questões estritamente desportivas	60
VII – CONCLUSÕES.....	62
§ O direito disciplinar desportivo como manifestação do exercício de poderes públicos...62	
§ As relações entre o direito sancionatório privado e o administrativo na disciplina desportiva.....	62
§ A transferência legal de actividade pública para as federações desportivas.....	63
§ O TAD como pleno aplicador do direito desportivo	64
BIBLIOGRAFIA	66

I – Introdução

1.1 Da definição e delimitação do tema

Serve a presente dissertação para definir e explicitar a origem e legitimidade dos poderes, regulamentar, disciplinar e outros, de origem pública que as federações portuguesas exercem sobre os agentes desportivos que delas fazem parte. Explorar-se-á a questão dos fundamentos dos poderes públicos exercidos por entidades privadas – como, na doutrina, se assumem as federações desportivas¹ - às especificidades históricas e sociais que transformam as federações no “braço direito” do Estado na prossecução de um dos seus fins, que agora assume uma relevância social tão grande, o desporto, a actividade física e o bem-estar da população.

Concorda a comunidade académica jurídica e até não jurídica, em consonância entre a prática e a teórica, que o Direito Desportivo² é um ramo em expansão e com cada vez mais importância na sociedade dos dias de hoje.

Como seria de esperar, este ramo toca vários outros, melhor consolidados no nosso ordenamento, como o Direito Laboral, o Direito Comercial, entre outros. Um destes é o Direito Administrativo, que versa, nomeadamente, sobre a tutela jurisdicional de que a regulamentação e o poder sancionatório gozam, tanto na sua aplicação por parte da federação como depois ao nível dos tribunais e da protecção que gozam os agentes afectos a tais poderes.³

É neste âmbito que se desenvolve a discussão teórica sobre a forma como a ordem jurídica portuguesa encara as federações desportivas, de que direitos elas gozam, a que deveres respondem e de que maneira o Estado controla a sua actividade. Para prosseguir a

¹ Desde logo perceber que existe uma diferença significativa entre o que é a génese da pessoa colectiva federação desportiva, que está sujeita à associação livre de particulares e depois o acto de concessão do estatuto de utilidade pública, como bem releva Gonçalves, Pedro in *“Entidades Privadas com Poderes Públicos”*, Coimbra, 2005, Edições Almedina, SA.

² Acerca deste assunto, refere o autor, Flaminio da Silva, Artur in *“A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal”*, Lisboa, 2017, Edições Almedina, SA, pág. 44, faz uma reflexão interessante sobre o próprio conceito de Desporto que pode ser utilizado num contexto jurídico e o que dessa própria definição pode resultar para a compreensão da abordagem de temas como este.

³ O autor Flaminio da Silva, Artur (Ob. Cit.) concretiza exactamente que os agentes desportivos, com um foco central no praticante/atleta, são a razão pela qual a normatividade que aqui se pretende explorar existe e é para eles que é direccionada. Importa, de facto lembrar que *“aqueles representam «o sujeito central» da normatividade desportiva, uma vez que esta existe, desde logo, para permitir uma comparação unitária de resultados competitivos entre os atletas de uma determinada modalidade.”*

discussão é preciso compreender o conceito de Direito Disciplinar, delinear a sua aplicação no Direito Privado e explicar as diferenças deste em relação ao Direito Público.

Por outro lado, a questão da autonomia do Direito Disciplinar Administrativo em relação ao Direito Penal, impera em relação a outras, mostrando desde logo uma maior preocupação com a problemática do Direito Disciplinar que as federações exercem – talvez pela maior relevância prática – inclinando-se a doutrina menos para a discussão que envolve o exercício do poder regulamentar.

Deve-se procurar entender os avanços legais, partindo da influência histórica que releva para o início de uma regulação estatal da actividade física inserida numa competição⁴, para passar a analisar cuidadosamente os mais recentes desenvolvimentos, uma vez que a doutrina em que se baseia este trabalho apoia-se em análises jurisprudenciais que inclusivamente traçam melhorias e dificuldades no RJFD e na LTAD.

Só desta maneira se pode desenhar uma configuração fidedigna do Direito Disciplinar Desportivo, a par com alguns estudos de caso de Federações de maior destaque no enquadramento português, na busca da “fonte” do poder da Federação no quadro da actividade que regula e sanciona.

1.2 Da problematização do tema

Conturbada que se mostra a discussão sobre o Direito Disciplinar (não querendo deixar de lado ou negligenciar o Direito Regulamentar), afigura-se importante passar por várias fases, durante as quais se deve responder a diferentes perguntas para que se possam tirar conclusões fundadas quanto a este tema.

Desde logo, deixando claro que é na vertente administrativista do Direito Sancionatório Desportivo que este trabalho versa, procura-se perceber o que distingue o Direito Sancionatório Administrativo dos restantes.⁵ Tomando isto como ponto de partida para delimitar os princípios que balizam o exercício de poderes públicos pelas federações

⁴ Acerca disto, Flaminio da Silva, Artur in “*Desporto e ditadura em Portugal: uma perspectiva jurídico-histórica sobre as questões do profissionalismo*”, RDD nº 15, 2013, Out/Nov.

⁵ Acerca disto Lopes Martins, Licínio in “*A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo*” in Amado Gomes, Carla; Neves, Ana Fernanda; Serrão, Tiago, “*Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*”, Lisboa, 2016, AAFDL, págs. 601 a 632

desportivas, as garantias implícitas no Direito Administrativo Desportivo e as características específicas que lhe dão autonomia relativamente a outros ramos do Direito.

Obviamente, o caminho que se trilha neste trabalho terá que alcançar uma concretização, indo de encontro a que controlo jurisdicional têm as sanções disciplinares desta índole e se a existência do TAD e da sua arbitragem necessária, pura e simples, pode fundamentar intrinsecamente o exercício de poderes públicos, ou se, por outro lado, se deve basear a nossa visão numa mera delegação de poderes do Estado.

1.3 Da fundamentação e objectivos

Com tudo isto, pretende-se que se perceba desde início que as federações desportivas são verdadeiras entidades reguladoras do Desporto e procuram assegurar competições disciplinadas e organizadas bem como uma representação nacional a nível internacional, sendo a sua acção acompanhada por valores éticos e morais de transparência e verdade desportiva, valores esses que são *inclusive* assegurados por um constante controlo estatal.

O florescer do Desporto como uma atribuição do Estado, na sua acepção de bem-estar da sociedade e direito a actividade física, tem vindo a fazer com que “*a conformação legislativa começa a sobrepor-se à regulação legislativa pré-existente*”⁶, o que provoca conflitos quando se trata de saber que poderes a federação tem e de onde os mesmos resultam; *in fine* qual a natureza das federações. Ainda que seja pacífico pensar que uma entidade privada detenha poderes públicos, a maneira como as federações desportivas assumiram o seu papel regulador e sancionador coloca questões quanto à tutela jurisdicional que tais decisões e atos devem ter, tanto na sua formação como quanto às suas consequências.⁷

A existência de um Tribunal Arbitral do Desporto, o primeiro do mundo criado por Lei de um órgão deliberativo estatal, legitima a convicção de que estes são poderes que podem ser exercidos com uma convicção forte de aplicabilidade e autoridade, mas também fica claro que ficam dependentes de poderes fiscalizadores atribuídos à Administração Pública, sendo esta levada a cabo pelo I.P.D.J., questão que terá que ser trazida à colação durante este trabalho. Sendo certo que é unânime na jurisprudência nacional que estes

⁶ Barbosa, Benjamin in “*Federações desportivas: natureza jurídica e estatuto de utilidade pública desportiva*” in Meirim, José Manuel, “*O Desporto que os Tribunais praticam*”, Coimbra, 2014, Coimbra Editora, pág. 427

⁷ Um curto mas pertinente raciocínio que desagua nas questões sobre a arbitragem pode ser encontrado em “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*” de Gonçalves, Pedro, págs. 560 a 563.

poderes chegam às federações por via da atribuição do estatuto de utilidade pública, mas que parece insuficiente para definir a natureza jurídica de tais poderes, ou não seria preciso haver outras bases legais que o reforçassem, como sejam os arts. 10º e ss. do RJFD ou o art. 19º da LBAFD. Mostra-se fundamental entender – a par com tais considerações – a natureza dos próprios actos que a federação pratica no exercício da sua actividade, sejam eles regulamentos ou deliberações pontuais, que podem ser entendidos como públicos, ou privados com interesse público, interpretando-se de acordo com os próprios estatutos e pelas regras dos arts. 157º e ss. do Código Civil, distinção que também se tratará.⁸

Tudo culmina na verdadeira – salvo melhor entendimento – definição de justiça federativa, de que tutela goza essa justiça e de como podem os tribunais continuar a exercer a sua função jurisdicional que lhes é exclusivamente atribuída pela Constituição da República Portuguesa, questão já controvertida no Supremo Tribunal Administrativo. É natural que se veja importância em trabalhos como este quando se pensa na defesa dos direitos dos agentes desportivos, como sejam as garantias processuais e que poderiam ficar aquém do que lhes é garantido pela CRP num processo que corra num tribunal “normal”, ainda que sejam os vários lavros jurisprudenciais que continuam a afirmar que no direito contraordenacional não goza o arguido das mesmas garantias do processo penal. Ora, espera-se demonstrar que no Direito Administrativo Desportivo assim não é, e quando acontece, se devem propor alterações.⁹

Ficará o mais claro possível qual a envolvência que a federação tem na vida de todos os agentes que dela fazem parte, densificando o conceito de poder público, no Desporto, sejam eles regulamentares, disciplinares ou outros e dar ao ordenamento português mais ferramentas que defendam a posição das federações como verdadeiros reguladores e decisores das questões desportivas no âmbito das modalidades que representam.

Numa nota pessoal, como membro de uma federação, há soluções para questões que vão aparecendo no âmbito da actividade que ainda parecem obscuras e que penso que este trabalho poderá iluminar, nomeadamente quanto à natureza jurídica dos poderes detidos pela federação.

⁸ A propósito de tal distinção *v.d.* Gonçalves, Pedro in “*Entidades privadas com poderes públicos*” (*Cit. Ibidem*)

⁹ Esta é uma questão que profissionalmente se pode enfrentar e que não cabe na temática do trabalho, pelo menos como ponto de partida, mas que se considera um cunho pessoal pertinente.

1.4 Do método

Já se denotou a abrangência, aparentemente infindável, de questões e caminhos que se podem seguir a partir da problemática vertente, no entanto, não cabe neste trabalho dissertar na linha privada ou civilística do Desporto, ou mesmo na comercial ou laboral. A ideia é prosseguir dentro da baliza da delimitação já feita, com o intuito de encontrar resposta às questões já formuladas, utilizando a jurisprudência do Tribunal Constitucional, dos tribunais judiciais, administrativos bem como do Tribunal Arbitral do Desporto para trazer ao de cima como é que o nosso ordenamento jurídico “assume” este tema. Este entendimento está presente na jurisprudência, na análise doutrinal que os autores mais reconhecidos no ramo fazem, tanto do envolvimento quotidiano que o Direito Desportivo tem, como o entendimento judicial que lhe vai sendo dado e por isso sedimentado, sendo necessário entender que *“no final do Séc. XX e no início do Séc. XXI, o Direito Administrativo sofreu profundas mutações que não o limitam à dependência da esfera do Direito Constitucional”*¹⁰, e que daí resultou uma alteração profunda de como todo o Direito Administrativo é entendido, não só no mundo desportivo, onde se demonstrará ter forte aplicabilidade, mas como no mais cabal exemplo da relação entre o Estado e os seus cidadãos.

Assim, urge pôr frente a frente decisões do Tribunal Arbitral do Desporto com lavros do Tribunal Central Administrativo e encontrar a distinção, por exemplo, do que é uma questão meramente desportiva ou que envolve mais do que isso.

Em suma, fazer uma viagem desde do que é um contexto histórico da intervenção estatal ou privada na normatividade desportiva, até ao que é hoje a verdadeira tutela jurisdicional dos regulamentos e decisões tomadas pelas federações desportivas, com paragem obrigatória em pontos como a natureza dos poderes das federações e qual a sua importância no ordenamento jurídico desportivo como um todo.

¹⁰ Flamínio da Silva, Artur, *“A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal”*, Lisboa, 2017, Edições Almedina, SA., pág. 34

II – O exercício de poderes públicos por entidades privadas

2.1 Dos poderes

Cumpra neste trabalho fazer uma reflexão, ainda que breve, sobre o exercício de poderes públicos por entidades privadas no geral, para mais facilmente compreender como se inserem as federações desportivas neste contexto.

É reconhecido que o direito privado tem / detém a capacidade de realizar poderes de autoridade, num espectro de unilateralidade potestativa, como sejam actos individuais e concretos ou actos normativos¹¹ que naturalmente influenciam os sujeitos a quem a relação jurídica originária aproveita, concretizando, os associados de uma associação estão limitados pelos actos que dela – entenda-se pelos órgãos deliberativos ou executivos – são emanados. Compreende-se desde logo, que os indivíduos livremente se associam com o intuito de prosseguir um qualquer objectivo, mas que automaticamente admitem que a par com essa associação virão regras que permitam uma prossecução igualitária e organizada daqueles.¹² Ora, deste modo, verifica-se que nada impede que as pessoas de direito privado exerçam poderes que nenhuma distinção encontram dos poderes públicos que a Administração Pública detém nas relações de *ius imperium* para com os seus cidadãos. Mas que poderes são esses? Saltam à vista, desde logo, os poderes regulamentares, ou normativos, que encontram referências na jurisprudência portuguesa.

O Tribunal Constitucional discute activamente a sua competência para julgar inconstitucionais normas emanadas pelas federações desportivas, primeiro entendendo que são actos normativos emitidos na esfera privada¹³ para depois vir a entender que um regulamento era proveniente de um “poder normativo público” entendendo como cabal a *“existência de um acto de poder público a operar directa e iniludivelmente uma devolução de competência normativa pública àquela entidade privada”*¹⁴ relativamente ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 730/95. É um exemplo prático e de grande interesse para este trabalho de como se pode entender de diferentes maneiras a maneira como o poder normativo

¹¹ Neste sentido, *v.d.* Gonçalves, Pedro (Ob. Cit.), pág. 612

¹² Tópico melhor desenvolvido *infra* quanto à normatividade desportiva vigente, nomeadamente quanto a uma legalidade encarada pelos agentes que revêm nas federações o seu regulador. Cfr. Capítulo IV

¹³ Ac. TC nº 472/89 relatado por Martins da Fonseca, 22 de Setembro de 1989, Proc. Nº 178/86 e disponível na íntegra em <http://www.dgsi.pt>

¹⁴ Descrição feita por Gonçalves, Pedro in “*Entidades privadas com poderes públicos*” (Cit. *Ibidem*), pág. 127

de um ente privado pode ser entendido. Se pensarmos na origem de tais poderes como fruto de uma auto-regulação semelhante a uma auto-regulação profissional, devemos ter em conta que o fundamento para tal é um interesse forte em garantir o interesse público por trás da realização de uma dada actividade regulando os interesses privados de todos os seus agentes¹⁵, mas perante o entendimento do TC parece redutor considerar que os lavros regulamentares, no caso das federações desportivas, que estão mais direccionados para a regulação de uma actividade sem interesse económico – pelo menos *à priori*, já que a actividade física só fica sujeita ao lucro com a profissionalização de certas áreas do Desporto¹⁶ - possam depender, simplesmente, dos interesses difusos dos vários agentes desportivos e serão antes um caminho que o Estado encontrou para garantir a prossecução de uma das suas atribuições que é a actividade física e o bem-estar dos cidadãos.

Não cumprindo nesta fase do trabalho desenvolver a questão concreta quanto ao Desporto, o importante é entender que há de facto poderes públicos que são exercidos por entidades privadas, tanto pessoas singulares como colectivas, como sejam gestores de serviços públicos, entidades certificadoras ou reguladoras, confederações empresariais, entidades inspectoras, sobretudo, entidades de verificação e fiscalização.

Numa análise pouco pormenorizada dos poderes que estão de facto na posse destas entidades¹⁷, é desde logo fundamental perceber que estamos perante uma definição de poder – *potestá* – como uma premissa autoritária, que depende do reconhecimento que o sujeito activo de tal poder tem perante os sujeitos passivos, ou seja, quem recebe as ordens reconhece em quem as dá a capacidade e autoridade para as emanar. Definia desta forma MIELE, como “uma força activa conferida pela ordem jurídica a um sujeito”¹⁸, que parece ser um óptimo ponto de partida. No entanto não podemos confundir os poderes públicos com os poderes privados, ainda que ambos sejam de autoridade, melhor dizendo, ainda que se

¹⁵ Quanto a isto escreve Moreira, Vital em “*Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*”, Coimbra, 1997, Livraria Almedina - Coimbra

¹⁶ A globalização dos ativos em torno do Desporto, como o estrelato de jogadores que provoca o desenvolvimento de contratos milionários, o *cashflow* gigantesco em volta de publicidade e direitos televisivos, etc.

¹⁷ O autor Gonçalves, Pedro (Ob. Cit.), págs. 590 e ss, descreve com exactidão as diferentes acepções da palavra “poder”, desconstruindo inclusive a construção “poder público”, para que se perceba, com rigor, qual o sentido de que aqui falamos, para mais à frente fazer uma explicação de como esta palavra se aplica às entidades privadas e à forma do seu exercício por elas - aqui apenas se faz uma referência à primeira parte para, de maneira modesta, se explicitar como este entendimento afecta o presente trabalho.

¹⁸ Miele, G. “*Potere, diritto soggettivo e interesse*” in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, I, 1994, pág. 123 e ss, *apud* Gonçalves, Pedro (Cit. *Ibidem*), págs. 590 e ss.

reconheça na esfera privada o exercício de poderes autoritários, com efeitos na esfera jurídica de quem a eles se sujeita, tanto porque os poderes privados são limitados, por não se reconhecer na esfera privada um interesse protegido *a priori*, exigindo o reconhecimento tanto do interesse como dos efeitos consagrados por ele e pelas normas que o defendam como por haver uma exigência de consensualidade na criação desses mesmo efeitos¹⁹.

Assim, poderemos isolar, sufragando em absoluto, a tese de Pedro Gonçalves, já citado ao longo deste trabalho, as seguintes manifestações de poder público no que toca às entidades privadas:

- O poder normativo;
- O poder de “configuração” e de “determinação da produção” de efeitos jurídicos inovadores;
- O poder de emissão de declarações que produzem efeito de certeza pública ou que estão dotadas de uma força probatória especial;
- O poder de criação de títulos executivos;
- O poder de execução coerciva e de coacção directa.

Fica perceptível, pela leitura destes “títulos” e pela *infra* explicação da sua manifestação, o que diz MEIRIM quando se refere à “*possibilidade de produzir, sem intervenção de outro poder, efeitos jurídicos, definindo-os e impondo-os, se for caso disso, aos particulares*”²⁰ deixando desde já a ligação que esta problemática terá com os objectivos a que este trabalho se propõe atingir.

2.2 Das formas de manifestação

Como já ficou clarificado, é pacífica a possibilidade e capacidade dos entes privados disporem não só de poderes normativos privados, mas também de poderes normativos públicos, ainda que ao mesmo tempo. Inclusive, doutrina existe que defende que a força normativa privada depende sempre de uma delegação de poderes por parte do Estado, afastando-se daqueles que defendem o monopólio público do poder normativo, mas não configurando a hipótese de que os privados “legislem” por si só. Há um facto que parece fundamental evidenciar: o Estado cada vez mais se vê impossibilitado de chegar a todo o

¹⁹ Gonçalves, Pedro “*Entidades privadas com poderes públicos*” (Cit. *Ibidem*), págs. 615 a 618

²⁰ Meirim, José Manuel in “*A Federação Desportiva como sujeito público do sistema desportivo*”, Coimbra, 2002, Coimbra Editora, pág. 533

lado, ficando atribuições dele nas mãos dos privados por um afastamento da regulação pública, assumindo a Administração um papel de dupla regulação²¹, que consiste num primeiro controlo de poderes a delegar e a conformação legal da transferência e mais tarde, na fiscalização da actividade da entidade receptora desses mesmos poderes.

Ora, não querendo entrar por caminhos que não importam a esta dissertação, podemos aflorar o problema da manifestação de poderes públicos, em primeira linha no global, seja no âmbito público ou privado²² e depois fazer uma transposição para a concreta manifestação deles no foro das entidades privadas que exercem poderes públicos.

Assim, falamos das mais típicas formas de manifestação como sendo o *contrato administrativo*, o *regulamento administrativo* e o *acto administrativo*. Não cabendo aqui fazer ulteriores considerações ou definições do que cada um deles representa, é prudente reflectir, de forma genérica, sobre de que maneira estes institutos se aplicam no direito privado, nomeadamente quando é que os entes privados lançam mão deles para realizar as finalidades de âmbito público que detêm. Fazendo desde já a ponte entre esta temática e o que se analisará *infra* especificamente quanto às federações desportivas²³, entendemos que as entidades privadas só mobilizam, ou melhor, só faz sentido mobilizar, por exemplo, a figura de um regulamento administrativo, quando a dita entidade emane um regulamento que vá ao encontro de um poder delegado pela Administração²⁴, numa operação de descentralização ou privatização das atribuições do Estado, e não quando esteja a regulamentar aspectos da vida privada, como seja, um regulamento eleitoral de uma associação de direito privado. Além do mais, é necessário demonstrar que existe uma dupla exigência de conformação legal²⁵, tanto quanto à matéria como à forma dos actos emanados pelas entidades privados no exercício destes poderes, já que o acto pelo qual eles são entregues à “gestão” privada, delimita abstractamente os poderes públicos inerentes, mas deixa aberta a forma concreta como eles podem ser exercidos, motivando um raciocínio casuístico na altura de descortinar o regime aplicável.

²¹ Cfr. Moreira, Vital in “*Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*” (Ob. Cit.) pág. 38

²² Para uma compreensão mais pormenorizada, cfr. Gonçalves, Pedro in “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*” (Ob. Cit) pág. 642

²³ Cfr. Capítulo IV, Secção 4.1, 4.5 e 4.6

²⁴ Fala-se de delegação como uma possibilidade, uma vez que, como se verá mais à frente (cfr. Capítulo IV, Secção 4.2) existem outras hipóteses de os poderes públicos chegarem ao foro privado.

²⁵ Cfr. Gonçalves, Pedro in “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*” (Ob. Cit) pág. 645

Neste sentido, lembre-se, como lembra VIEIRA DE ANDRADE que “há lugar à utilização, a título principal, do Direito Administrativo, na veste de direito público, sem prejuízo da sujeição, nas restantes tarefas administrativas, ao uso do direito privado e do direito administrativo, tendo em conta sobretudo a qualidade privada do agente”²⁶

2.3 Das entidades privadas com poderes públicos

Querendo fazer uma contribuição meramente informativa neste tópico, cumpre, não analisar individualmente cada categoria de entidade privada, mas utilizando o mesmo conceito amplo de GONÇALVES, não ligando ao “*substrato da entidade privada*”.²⁷

O que importa é categorizar as entidades e neste ponto a doutrina é mais ou menos unânime ao falar de *administrações indirectas privadas*, que são figuras de criação privada²⁸, de contornos administrativos, mas que não fazem parte da Administração Pública como organização em sentido estrito²⁹, sendo que o presente trabalho é direccionado para esta categoria: as que, pelo uso de poderes de autoridade (conferidos de uma ou outra maneira), desenvolvem actividades de interesse público como sejam as sociedades concessionárias, pessoas colectivas de utilidade pública, federações desportivas de utilidade pública desportiva. Acrescenta VIEIRA DE ANDRADE acerca da subordinação ao direito administrativo³⁰ que “[p]ara além dessa subordinação geral, no entanto, estas entidades, sobretudo as entidades privadas de criação privada, só estão sujeitas ao regime de direito público no âmbito do exercício de prerrogativas de poder público” alongando-se quanto à sujeição a fiscalização do Tribunal de Contas apenas quanto ao uso de dinheiros públicos e aos regimes especificamente administrativos de responsabilidade civil extracontratual do Estado e de deveres de informação administrativa, quanto a acções ou omissões neste âmbito³¹, peça importante no *puzzle* da natureza jurídica dos poderes públicos das federações desportivas.

²⁶ Vieira de Andrade, José Carlos in “*Lições de Direito Administrativo*”, 2012, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2ª Edição, pág. 72.

²⁷ Sobre as categorias de entidades privadas v.d. Gonçalves, Pedro in “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*” (Ob. Cit) págs. 423 e ss.

²⁸ Mesmo quando falamos do sector empresarial do Estado (cfr. Freitas do Amaral, Diogo in “*Curso de Direito Administrativo*”, Vol. I, Coimbra, 2001, Almedina).

²⁹ Cfr. Vieira de Andrade, José Carlos in “*Lições de Direito Administrativo*” (Cit. *Ibidem*) pág. 98.

³⁰ Mais detalhadamente tratado *infra* no Capítulo IV, secção 4.3.

³¹ Vieira de Andrade, José Carlos in “*Lições de Direito Administrativo*” (Cit. *Ibidem*) pág. 99.

2.4 Da expansão de valores do direito administrativo para o direito privado

Uma vez que não se afigura correcto achar que o direito administrativo se possa imiscuir *per si* no foro dos interesses privados, sem que para isso se encontra um fundamento de ordem legal ou até constitucional, no contexto do exercício de poderes públicos pode mobilizar-se uma figura que actua *ipso iure*, ou seja, não se trata de uma prerrogativa legal a motivar a aplicação do direito administrativo, mas antes, como diz GONÇALVES um processo de “*irradiação para a esfera do direito privado de uma ética e de um espírito tradicionalmente associados às regras do direito administrativo: regulamentação e condicionamento do exercício da autoridade. Consideração da multipolaridade relacional, garantia da objectividade na tomada de decisões, fundamentação, publicidade e transparência de processos decisórios constituem, porventura, alguns dos sinais mais nítidos desse espírito da regulação do direito administrativo*”³²

Ainda que quanto, tanto à sujeição do direito administrativo e à fiscalização administrativa do exercício de poderes públicos pelas federações desportivas, haja um maior desenvolvimento *infra*³³ parece pertinente numa fase de contextualização do tema fixar já algumas balizas da actuação administrativística no foro privado, até porque dúvidas não restam quanto ao papel regulador do Estado, num carácter garante da realização do interesse público³⁴, abordagem que toca na perfeição as temáticas deste trabalho.

De maneira conclusiva, relembre-se que, sem sombra de dúvidas que a relação entre direito privado e público no contexto dos poderes públicos implica o controlo jurisdicional dos actos praticados no exercício desses poderes e complementando o já recorrido ao longo deste capítulo é fundamental compreender que estamos no domínio, muitas vezes, das liberdades administrativas, sujeitas a controlo judicial, em que os princípios gerais do direito desempenham um papel importante no que toca às garantias dos administrados “*sendo indispensável para a maleabilidade de que o aplicador do direito necessita para introduzir elementos de valia axiológica na decisão final de aplicação da lei (...)*”³⁵ o que demonstra

³² Gonçalves, Pedro in “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*” (Ob. Cit) págs. 316.

³³ Cfr. Capítulo IV, secção 4.3.

³⁴ Gonçalves, Pedro, neste sentido, in “*Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*”, 2013, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 13, quando refere que a extensão da tarefa pública só pode acarretar uma “*função de direcção, condução ou pilotagem*”.

³⁵ Cfr. Cabral de Moncada, Luiz S. in “*Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo*”, 2014, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 659

mais ainda esta importância da expansão de valores administrativos para o âmbito dos privados.

De qualquer forma, é unânime que seja qual for a forma como se opere esta expansão³⁶ e a limitação dessa ingerência, o que importa resguardar é o *conteúdo* da limitação da autonomia privada que forçosamente acontece no processo, para que tudo possa estar de acordo com juízos jurídico-constitucionais.

³⁶ v.d. Gonçalves, Pedro in *Entidades Privadas com Poderes Públicos*” (Ob. Cit) págs. 319

III – A actividade sancionatória das entidades privadas vs a actividade sancionatória administrativa

A melhor maneira de introduzir o presente capítulo é pelas palavras de QUINTELA DE BRITO:

“O problema da determinação das responsabilidades individuais no âmbito das organizações complexas remete-nos para a teoria das organizações e também para a temática da concertação de agentes”³⁷

O que se quer demonstrar é que apesar da complexidade da questão, o que se pretende neste capítulo não é enveredar pelos *caminhos pantanosos*³⁸ da teoria das organizações, mas antes uma demonstração breve do funcionamento do direito sancionatório no meio privado e administrativo de forma a criar pontes que ajudem a percorrer o caminho a que este trabalho se propõe quanto ao direito disciplinar desportivo.

Antes de mais, é importante ressaltar que a forma de apuramento dos factos é transversal nos processos disciplinares. MARCELLO CAETANO descrevia três fases fundamentais desse procedimento, passando da instrução até à apreciação e resolução, sem obviamente esquecer a defesa do arguido, quando caracteriza o processo disciplinar dos funcionários da Administração. Sumaria as características do processo como sendo: *“a) ser de investigação sumária; b) não estar rigidamente regulado, podendo o instrutor preterir formalidades dispensáveis e escolher livremente os meios que considere mais adequados ao descobrimento da verdade; c) a única formalidade essencial é a audiência do arguido em termos de lhe assegurar ampla defesa com instrução contraditória; d) a forma dos actos será a mais ajustada aos fins a atingir; no julgamento prevalece o sistema da livre apreciação ou da convicção (...)”³⁹* dando, já ao seu tempo, uma configuração exacta do processo disciplinar a partir do qual podemos avançar para outro tipo de considerações.

³⁷ Quintela de Brito, Teresa in *“A determinação das responsabilidades individuais no quadro das organizações complexas”* in Palma, Maria Fernanda; Silva Dias, Augusto e de Sousa Mendes, Paulo, *“Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras”*, 2009, Coimbra, Coimbra Editora, págs. 75 a 103, pág. 76

³⁸ Com o devido respeito, mas deixando claro que está longe de ser objecto deste trabalho tão douto assunto.

³⁹ Caetano, Marcello in *“Manual de Direito Administrativo”*, 1965, Lisboa, Coimbra Editora Lda., pág 535

3.1 Do direito disciplinar no direito privado

É fácil encontrar exemplos do direito sancionatório exercido pelos privados, numa lógica de expressão do poder de direcção de um superior hierárquico quanto a um seu subordinado, ou numa perspectiva de disciplina dos membros de uma ordem laboral⁴⁰, mas marcado sempre por uma ideia de direcção, ou seja, o poder disciplinar e o exercício desse poder tem sempre como objectivo o cumprimento ou a reafirmação das normas regulamentares de uma determinada área. Cumpre, basicamente, os mesmos objectivos *sociais* do direito penal perante a sociedade e também por isso, está estruturado de forma a que os visados por processos disciplinares tenham as mesmas garantias (ou similares) de um processo penal. Em suma, é no poder disciplinar que as organizações veem armas que lhes permitem reforçar a confiança nas normas que emanaram, para regular determinada actividade, seja ela profissional, laboral ou associativa.

Mais à frente, far-se-á uma configuração do direito disciplinar desportivo⁴¹, que é ligeiramente mais complexo, sobretudo por causa da existência do Tribunal Arbitral do Desporto, mas quanto aos procedimentos internos, o processo disciplinar é todo ele semelhante, ainda que se considere que o corolário do direito disciplinar se encontra nas disposições do Código do Trabalho. O que importa é perceber em que medida o direito disciplinar no âmbito privado pode coexistir com o direito administrativo, dito de outra forma, como é que o poder disciplinar privado se aplica de igual forma quando se considera um poder público. Atente-se que o que está aqui em causa não é propriamente a actividade sancionatória, como por exemplo encontramos nas autoridades reguladoras⁴², numa ideia de “policiamento” e investigação das actividades, mas antes de tutela do processo disciplinar, mediante infracções que constituam ilícitos disciplinares, de acordo com a regulamentação imposta pelo ente privado. Melhor dizendo, o típico processo disciplinar necessário ao despedimento por justa causa de um trabalhador quando ele agrida um colega durante a prestação do seu trabalho.

⁴⁰ Sobre este tópico cfr. Moreira, Vital in “*Auto-regulação profissional e administração pública*”, 1997, Coimbra, Livraria Almedina, pág. 269

⁴¹ Cfr. Capítulo V

⁴² Sobre estas questões v.d. Teixeira, Carlos Adérito in “*Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação*” in “*Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*” (Ob Cit.) págs. 107 a 137

As balizas a definir são duas: (i) a alçada do poder disciplinar no direito privado é circunscrita aos indivíduos que fazem parte da entidade em causa, sejam trabalhadores, membros, agentes, dirigentes, etc. e (ii) as garantias dos visados, não podendo obviamente ser tão vinculadas como no processo penal, devem fazer referência aos princípios constitucionais de forma a assegurar que não haja processos que atropelam os direitos fundamentais dos indivíduos.

3.2 Da justiça administrativa

Na justiça administrativa já estamos a falar de outro meio sancionatório, precisamente num procedimento desde o auto de notícia até à fixação de uma contra-ordenação, por exemplo. Desde logo, a delimitação tem contornos completamente diferentes como se pode verificar ao ler as palavras de VIEIRA DE ANDRADE: “*A consideração da dimensão substancial revela-se na medida em que a justiça administrativa tem, por determinação constitucional, uma matéria própria: integra os processos «que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes de relações jurídicas administrativas»*”⁴³, de onde salta logo à vista a referência à Constituição da República Portuguesa, corolário do direito garantístico dos processos sancionatórios. Mas enquanto o procedimento disciplinar aplica as garantias penais por força dos regulamentos disciplinares das diferentes entidades, a justiça administrativa encontra especificamente na CRP os seus pressupostos (*e.g.* art. 268º, nº 4⁴⁴).

Ora, a partir daqui faz sentido olhar para as *posições jurídicas substanciais*⁴⁵ de forma a perceber que as relações entre Administração e administrados é de vantagem e desvantagem, numa perspectiva óbvia (ainda que muitas vezes não prática não pareça) de protecção de bens jurídicos, sejam eles individuais ou de grau primacial, ou seja, de interesse social, relevante no âmbito de atribuições estatais. Onde se quer chegar é ao objecto das relações administrativas, completamente alheio ao comparativo do foro privado, mas que procura aplicar as mesmas garantias processuais e constitucionais na aplicação de sanções.

⁴³ Vieira de Andrade, José Carlos in “*A Justiça Administrativa (Lições)*”, 2012, Coimbra, Edições Almedina S.A., pág. 47

⁴⁴ A questão da tutela jurisdicional efectiva é mais detalhadamente tratada *infra* (cfr. Capítulo VI, secção 6.1) mas cabe neste capítulo na medida em que faz parte das garantias dos administrados que se pretendem sublinhar nesta contextualização.

⁴⁵ Designação de VIEIRA DE ANDRADE que releva no intuito de entender a relação de todos os sujeitos intervenientes nos processos da justiça administrativa in Vieira de Andrade, José Carlos in “*A Justiça Administrativa (Lições)*”, (Ob. Cit.), pág. 61

E quando olhamos para os princípios do processo administrativo⁴⁶, construções que se podem retirar da legislação, sobretudo das disposições do CPA, vemos precisamente que a preocupação é a de o juiz moderar o litígio que emergiu de uma relação desigual, por norma, sobressaindo princípios como o da *necessidade do pedido* ou da *resolução global da situação litigiosa*. Ainda quanto aos princípios e falando de semelhanças patentes, destacam-se os princípios de índole formal, como a fundamentação da decisão que se equipara ao contencioso disciplinar privado, precipitando de uma conformação legal ou regulamentar dos ilícitos e consequentes sanções.

Em suma, na procedimento sancionatório administrativo “*vale a ideia de que o processo serve fundamentalmente os interesses das partes litigantes, de modo que às entidades públicas e, especificamente, ao juiz, cabe primordialmente uma função de árbitro, que só actua mediante pedido e se limita a verificar o cumprimento das regras do jogo*”⁴⁷ para assegurar um processo justo”. Havendo diferenças de enquadramento tanto a nível do objecto como dos meios processuais, deparamo-nos mais uma vez com uma relação por norma de vantagem de um elemento sobre o outro e as consequentes prescrições garantísticas com maior ou menor assento legal, abrindo portas a uma conjugação destes formatos processuais.

3.3 Dos elementos em comum

É desta forma que podemos concluir esta parte mais introdutória do trabalho: destacar as semelhanças dos processos sancionatórios público e privado para que se compreenda mais à frente a relação estabelecida entre esses dois fenómenos⁴⁸ quando falamos especificamente de federações desportivas.

Os elementos que devemos pôr em evidência nesta fase são: (i) o do âmbito da actividade sancionatória e (ii) o das garantias. Não se afigura necessária uma exposição extensa quanto a esta problemática, pelo que apenas se procura relevar estes pontos de contacto que permitem introduzir a continuação da dissertação.

⁴⁶ Uma enunciação e explicação completa destes princípios pode ser encontrada em Vieira de Andrade, José Carlos in “*A Justiça Administrativa (Lições)*”, (Ob. Cit.), págs. 419 e ss.

⁴⁷ Não se confundam as *regras do jogo* neste contexto com o sentido utilizado no resto da presente dissertação.

⁴⁸ Cfr. Capítulo II, secção 2.4

3.3.1 Do âmbito da actividade sancionatória

A actividade sancionatória dos dois *ambientes* estudados, ainda que em moldes e com objectos diferentes, é mormente visto como uma forma de disciplinar a regulação previamente emitida das actividades desenvolvidas, numa relação de superioridade de um sujeito em relação ao outro, num intuito protector dos interesses inerentes a essa relação. Portanto, ainda que a natureza do processo disciplinar privado tenha a sua génese na relação de hierarquia ou de *membership*, ao contrário da actividade sancionatória administrativa que é subjacente às relações entre a Administração (em todas as suas formas e vertentes) e os administrados, a colocação de um dos sujeitos intervenientes numa posição de desigualdade é nítida e só pode ser colmatada pelas garantias asseguradas pela Lei.

3.3.2 Das garantias

A título de exemplo neste tópico, mobilizem-se os princípios *relativos à prova*, que são os mesmos, tanto no processo disciplinar privado como nos procedimentos de justiça administrativa. Certamente, o intuito de ambas as actividades sancionatórias é a descoberta da verdade material, que só pode ser encontrada se houver direito ao inquisitório e se não se descurar a livre apreciação da prova⁴⁹, *quod demonstrandu* que se quer assegurar o processo equitativo apesar da relação originária não o ser.

Das garantias mais importantes que importa frisar nesta dissertação é a tutela jurisdicional efectiva, numa actividade jurisdicional *arbitral*⁵⁰ que procura dirimir litígios que podem nascer do exercício de poderes públicos das federações desportivas, que são, na sua origem, entidades privadas.

De facto, tanto por força da Constituição da República Portuguesa e do Código do Procedimento Administrativo⁵¹, como por força das mais variadas disposições legais que regulam os processos disciplinares, nas mais dispersas áreas associativas e laborais⁵², todas são passíveis de sofrerem o controlo dos tribunais e é precisamente esse controlo que vai dar aso a discussões quando falarmos especificamente das federações desportivas, que emergem

⁴⁹ Uma densificação destes princípios é feita em Vieira de Andrade, José Carlos in “*A Justiça Administrativa (Lições)*”, (Ob. Cit.), págs. 443 e ss.

⁵⁰ Referência ao papel dos juízes na resolução destes litígios em vez da assunção normal de tribunais arbitrais.

⁵¹ No caso da Justiça Administrativa.

⁵² Como sejam as disposições quanto ao processo disciplinar no trabalho ou regulamentos disciplinares de associações privadas.

de um núcleo duro privado com fortes laivos administrativos, forçando a análise destes dois *modelos* num funcionamento em uníssono.

IV – A natureza jurídica dos poderes das federações desportivas

O que importa a esta dissertação é perceber como é que os poderes, enquadrados por toda a matéria explanada *supra*, “chegam às mãos” dos entes privados e perceber, desde logo, quais são os poderes de natureza pública que as federações, *in casu*, detêm.

Não fazendo parte deste trabalho tecer aprofundadamente considerações relativamente às distinções, já fortemente debatidas, entre o que se considera a desestadualização da prossecução dos interesses públicos, da privatização das responsabilidades públicas ou a auto-regulação privada publicamente regulada⁵³, é fundamental concluir por qual destes fenómenos as federações desportivas são verdadeiros aplicadores de poderes públicos. Reforça-se desde logo a ideia de que a federação desportiva é de facto um ente privado e que historicamente existe por uma tendência de auto-regulação privada da actividade desportiva, mesmo considerando que em alturas de poder político ditatorial essa autonomia era mais limitada, “*havia uma convivência de mútuo respeito de autonomias normativas entre as federações desportivas e o Estado*”⁵⁴, o que nos permite concluir que o fenómeno de regulação privada do Desporto é mais forte do que uma mera atribuição, pelo Estado, de poderes regulamentares e disciplinares.

Contrasta com este entendimento a conjugação dos arts. 19º da LBAFD (Lei 5/2007 de 16 de Janeiro) e 10º e 11º do RJFD (Decreto-Lei 93/2014 de 23 de Junho) que faz depender o exercício de todos estes poderes, única e simplesmente, da concessão do estatuto de utilidade pública desportiva a uma federação, o que levanta desde logo duas questões: O que é a federação antes dessa concessão? Esgota-se nesta concessão o poder regulamentar e disciplinar da federação?

⁵³ A este propósito, o autor Gonçalves, Pedro faz uma extensa e douta explicação das diferenças e concretiza o porque e o como do interesse prático e teórico da questão, na sua tese de doutoramento “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*”

⁵⁴ Flaminio, Artur in “*A justiça desportiva em Portugal durante o estado novo e o pluralismo jurídico: uma análise do procedimento disciplinar de Eurico Rocha Surgey*”, Revista Jurídica – CCJ, v. 18, nº 36, pág. 162, maio/ago. 2014

4.1 Da análise jurisprudencial

É nesta fase que urge analisar a jurisprudência administrativa sobre esta questão e esgrimir argumentos que sustentem o que vem sendo dito quanto às “armas e escudos” das federações.

Começando desde logo por reforçar uma premissa desta dissertação citando um lavro jurisprudencial do TCAS que diz o seguinte:

“1 - As federações desportivas, apesar da sua natureza privada, estão investidas de poderes de autoridade no cumprimento da missão de serviço público de organização e gestão do desporto federado, praticando actos administrativos em matérias que se conexas directamente com aquele serviço.

2 - No que concerne ao contencioso eleitoral, o ETAF aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19/02, estabeleceu no art. 4.º, n.º 1, al. m), que compete aos tribunais de jurisdição administrativa a apreciação de litígios que tenham por objecto o "contencioso eleitoral relativo a órgãos de pessoas colectivas de direito público para que não seja competente outro Tribunal", ficando excluídas as eleições no seio de quaisquer pessoas colectivas privadas, sejam de interesse público ou de utilidade pública administrativa, mesmo que exerçam funções públicas.”⁵⁵

Daqui resulta desde logo a posição sufragada quanto à natureza jurídica das federações desportivas, mas também uma nova ideia, de que apenas determinados actos estão sujeitos ao escrutínio administrativo – precisamente aqueles que são emanados na ideia de prossecução pública, deixando de fora os que aí não se subsumirem. FLAMÍNIO DA SILVA ressalva precisamente e inabalavelmente que não é possível “em todo o caso, ser possível sustentar que todo o poder regulamentar e disciplinar das federações desportivas seja público. Com efeito, a delimitação (tendencial) entre a publicização e a privatização, quer da regulamentação, quer da disciplina, assenta no seguinte critério: no domínio das regras organizatórias e das respectivas deliberações de associados (e, portanto, no âmbito da relação entre associados e associação) não existirá nenhuma publicização da actividade da federação desportiva, mas, pelo contrário, já se verificará, em regra, uma publicização nos

⁵⁵ Ac. TCAS de 6 de Outubro de 2005, processo nº 01039/05, Contencioso Administrativo, 2º Juízo, relatado por *Fonseca da Paz* e disponível na íntegra em <http://www.dgsi.pt/jtca>.

restantes casos em que estiver em causa as regras desportivas em sentido amplo.”⁵⁶ sendo que o critério mencionado pelo autor parece ser o que é seguido pela jurisprudência, mas nem sempre da melhor maneira.

É de facto o interesse público que subjaz a um determinado exercício que faz dele um acto de dignidade pública e portanto sujeito a critérios administrativistas, pelo que fica claro que os actos ligados directamente à prática desportiva ficam no âmbito das relações privadas entre a federação e os seus membros. Ou não será assim? É ou não verdade que a regulação desportiva, já *a posteriori* da regulamentação, essa sim, sem qualquer dúvida, do âmbito público, se insere na realização de uma atribuição do Estado? Parece que ainda que assim se possa entender, deve-se manter alguma da actividade da federação no âmbito privado, mas não circunscrevê-lo ao poder regulamentar e disciplinar. É esta a posição tomada pelo Supremo Tribunal Administrativo⁵⁷, quando considera a inscrição de um jogador na Federação Portuguesa de Futebol um acto administrativo e, salvo melhor entendimento, de maneira correcta. Afinal, se se baseia a *publicização* dos actos na prossecução de um interesse público e se a regulação, não só da prática desportiva, mas o acesso à mesma é uma demonstração desse interesse, só pode ser essa a visão.

Por outro lado, relembra-se o célebre Acórdão do Tribunal Constitucional⁵⁸ que se declarou incompetente para conhecer da conformidade constitucional de determinadas normas do Estatuto da Federação Portuguesa de Futebol e do seu Regulamento Disciplinar. O texto, é, aos dias de hoje, e com o devido respeito, uma visão arcaica da prática desportiva e da organização do desporto na sociedade do séc. XXI. Leia-se, por exemplo:

“II - As associações públicas são pessoas colectivas públicas em cuja caracterização os autores fazem intervir vários critérios; características decisivas serão, porém, separadamente ou em conjunto, a intervenção do Estado na constituição do ente e no seu reconhecimento como pessoa jurídica ou na definição do respectivo estatuto, a impossibilidade de dissolução, a unicidade e obrigatoriedade de inscrição.”

⁵⁶ Flamínio da Silva, Artur in “*A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*), pág. 250, onde ele próprio faz referência ao contencioso eleitoral das federações desportivas, enquadrando-se perfeitamente a análise.

⁵⁷ Ac. STA de 03 de Julho de 2003, processo nº 03B1442

⁵⁸ Ac. TC nº 472/89 relatado por Martins da Fonseca, 22 de Setembro de 1989, Proc. Nº 178/86 e disponível na íntegra em <http://www.dgsi.pt>

III - As federações desportivas, e a Federação Portuguesa de Futebol em particular, não são associações públicas; mesmo no quadro legislativo anterior ao Decreto-Lei n. 164/85, de 15 de Maio, nada obrigava a concluir pela sua publicização.

IV - Com efeito, quanto a sua constituição e funcionamento, existiam exigências legais também aplicáveis a pessoas colectivas inquestionavelmente privadas e, desde logo, aos clubes desportivos, também existem pessoas privadas que prosseguem fins gerais (pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública) e é conhecido o fenómeno de, a esses entes, serem atribuídos poderes "públicos".

V - Hoje, tal como o demonstram os Estatutos da Federação Portuguesa de Futebol, não há intervenção da Administração na constituição e nos estatutos das federações desportivas e o legislador refere apenas, nesta matéria, pessoas colectivas de direito privado.

VI - Não sendo a Federação Portuguesa de Futebol uma associação pública, nem os preceitos dos seus estatutos nem os dos seus regulamentos serão susceptíveis de apreciação pelo Tribunal Constitucional."

Como já tem vindo a ser descrito, não há razões para acreditar que a missão das federações desportivas é, nos dias de hoje, meramente privada, tão pouco que a sua actividade de regulamentação da actividade desportiva, esteja fora do âmbito público. É sim real, que no âmbito da actividade disciplinar existem temas que são do mundo privado, como sejam as questões relativas às "regras do jogo" mas há também aquelas que dizem respeito ao direito público, que já em '89 se admitiam:

"X - Casos há (violência nos recintos desportivos, "dopping") em que o Estado comete as Federações poderes disciplinares em vista de fins de segurança ou saúde pública, para cujo exercício as Federações devem ou podem servir-se dos seus próprios regulamentos de disciplina; nestes específicas e limitados domínios, e só neles, se poderá falar de uma "devolução de poderes públicos", mas só no caso de o poder disciplinar das Federações, globalmente considerado, passar a ter a sua origem num poder "público" mudaria a natureza dos mesmos regulamentos."

Nobre, mas pobre, é como se pode chamar esta análise.

Felizmente, o Tribunal Constitucional acompanhou os desenvolvimentos legais do mundo desportivo e em 1995 produz um Acórdão⁵⁹ que vai muito mais de encontro ao que temos hoje como realidade:

“I – O Tribunal Constitucional é competente para proceder ao controlo da constitucionalidade de normas provindas de um poder normativo público - mas não de normas de natureza privada -, devendo considerar-se como revestindo tal qualidade as disposições que, no âmbito da atribuição de poderes, com certos fins de interesse público, a entidades privadas pelo Estado, representem o exercício desse poder público devolvido ou delegado.

II - Independentemente de saber se o Decreto-Lei n. 339/80, de 30 de Agosto (alterado pela Lei n. 16/81, de 31 de Julho) e o Decreto-Lei n. 61/85, de 12 de Março (que os revogou) podiam servir de suporte para atribuição a Federação Portuguesa de Futebol (F.P.F.) de poderes dessa natureza, designadamente, que fundamentassem o exercício da sua actividade disciplinar, certo é, que o artigo 106 do Regulamento Disciplinar da federação, apos a publicação do Decreto-Lei 270/89, de 18 de Agosto (que revogou o Decreto-Lei n. 61/85), da Lei n. 1/90, de 13 de Janeiro (Lei de Bases do Sistema Desportivo), do Decreto-Lei n. 144/93, de 26 de Abril (que estabelece o regime jurídico das federações desportivas e as condições de atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva) e do Despacho n 5/95, da Presidência do Conselho de Ministros, de 14 de Setembro (que outorga o estatuto de utilidade pública desportiva à Federação), se pode considerar como traduzindo o exercício de um poder público devolvido, tivesse ou não essa origem face a legislação anterior.

III - À luz desta última legislação, a F.P.F., ainda que deva considerar-se associação de direito privado sem fins lucrativos, passou a reger-se pelo regime jurídico das federações desportivas, com o reconhecimento como "pública" da sua actividade e, só subsidiariamente, pelo regime jurídico daquele tipo de associação.

IV - Decorrente desta legislação, operou-se como que uma novação do título habilitante da norma do artigo 106 do Regulamento Disciplinar da Federação,

⁵⁹ Ac. TC 730/95 de 14 de Dezembro de 1995 relatado por Guilherme da Fonseca, Proc. Nº 91-0328, disponível na integra em <http://www.dgsi.pt>

através dos seus estatutos, que, fundamentando-se nessa legislação, nele se projectam.”

Apesar de considerarmos que a figura da *devolução* não chega para justificar a publicização da federação⁶⁰ neste Acórdão o Tribunal Constitucional aproxima-se muito mais do que é a realidade actual, explicitando aquilo que se vem defendendo: não pode haver uma distância tão grande, nem das federações do poder público, nem, internamente, entre as partes públicas e privadas que fazem o todo do poder federativo.

Deste ponto, só se poderia evoluir e o Tribunal Central Administrativo Sul acompanhou a evolução, se não, leia-se:

“I - As Federações com estatuto de utilidade pública desportiva, além de actuarem na esfera do direito privado, actuam no âmbito do direito público e no âmbito desportivo.

II - São apenas as decisões federativas que correspondem à actuação no âmbito desportivo ou seja, as decisões sobre questões desportivas relativas às “leis do jogo”, incluindo a punição das infracções ao que nestas se estabelece que são inimpugnáveis, dado que, em rigor, elas não aplicam regras jurídicas mas regras técnicas.

III - Estando em causa uma sanção disciplinar que puniu um comportamento ofensivo do recorrente na delegação Norte da FPAK não se está perante uma infracção às “leis do jogo” nem, conseqüentemente, perante uma questão estritamente desportiva.”⁶¹

Este Acórdão tem presentes três aspectos que merecem alguma dedicação. O primeiro tem uma importância não só jurídica e organizativa, como pessoal⁶², que é tratar de uma questão desportiva fora do mundo do futebol, que é importante porque como se deve entender, ainda que o Desporto deva ser entendido como um todo e as questões jurisprudenciais não devam ser pensadas em função de nenhuma modalidade, sobretudo a

⁶⁰ Problemática melhor escrutinada neste capítulo *infra* (Cfr. Secção 4.2)

⁶¹ Ac. TCAS de 22 de Janeiro de 2009 relatado por Fonseca da Paz, Proc. Nº 04036/08, disponível na íntegra em <http://www.dgsi.pt>

⁶² O autor, como membro de uma federação de pequenas dimensões, fica sentido, quando os únicos aspectos desportivos tratados são sobre o futebol.

dicotomia *profissional/amador* é muito deixada de lado e o que acaba por existir é um conjunto de injustiças cabais que deveriam ser analisadas para um melhor envolvimento jurídico no Desporto.

Em segundo lugar, este Acórdão separa o âmbito privado, do âmbito público – como aliás é óbvio que se faça - e ressalva o âmbito desportivo, que pode tocar ambos os anteriores. Esta é uma posição não só prudente, como acertada e que permite o raciocínio seguinte, digno do mais alto relevo.

Por fim, classificam os juízes do Tribunal Central Administrativo Sul, um comportamento ofensivo, não como uma infracção às “leis do jogo” e por isso retiram a questão do “estritamente desportivo”, à *contrário*, inserindo a punição de tal conduta no âmbito do exercício de poderes públicos das federações. É, para além de brilhante, exactamente o que se tem vindo a explicar: Não pode haver ilícito disciplinar, sem a tipificação dos factos, sem a descrição das sanções e das suas molduras, bem como os critérios atenuantes e agravantes, mesmo que se admita alguma maleabilidade. Ora, já todos ouvimos estes requisitos – exactamente no direito penal, o corolário do direito público – portanto não faria sentido pensar de outra maneira. Ainda no mesmo Acórdão pode ler-se precisamente o fundamento disto:

“Como escreve Pedro Gonçalves (in “A soberania limitada das federações desportivas”, C.J.A, n° 59, pag. 56), no âmbito do direito público integram-se poderes de regulamentação e poderes de disciplina, pertencendo ao 1º. grupo “os poderes de edição e de implementação das normas de organização e de gestão das competições desportivas oficiais; neste contexto, a referência genérica aos poderes de regulamentação tem o alcance de abranger, em regra, toda a intervenção federativa no processo de relacionamento jurídico com os regulados; o segundo grupo, ainda no âmbito do relacionamento jurídico entre federações e regulados, compreende a edição de normas disciplinares (tipificação de infracções) e a aplicação de sanções disciplinares que punam o desrespeito de normas de organização, de gestão e de disciplina das competições desportivas (com excepção das sanções que punem as infracções às “leis do jogo”). O direito aplicável à actuação federativa no domínio da regulação pública (o mesmo é dizer, do “exercício de poderes públicos”) é, naturalmente, o direito público administrativo.”

Quanto à actuação no âmbito desportivo, o citado autor define-a da seguinte forma:

“Como se sabe, cada modalidade desportiva tem as suas próprias regras (as chamadas “leis do jogo”); são, aliás, tais regras que permitem distinguir, entre si, as várias modalidades. Prevê-se nelas, por exemplo, que “as equipas jogam com cinco jogadores”, que “a vitória vale três pontos”, que “a bola é redonda” ou que o jogador “não pode entrar de carrinho”. As “leis do jogo”, visando identificar e regulamentar a prática do jogo e desconhecendo qualquer eficácia no ordenamento jurídico, não incorporam regras jurídicas, mas regras técnicas. A situação não se apresenta diferente no caso das regras (disciplinares) que sancionam o desrespeito das “leis do jogo”, resultante da prática de infracções (faltas) no “decurso do jogo”: também aqui está envolvida a apreciação de factos ou condutas segundo critérios técnicos e não jurídicos. Num sentido rigoroso, a regulação do jogo não é de direito público, nem de direito privado, posto que não se trata de uma regulação jurídica”.

São apenas as decisões federativas que correspondem à actuação no âmbito desportivo ou seja, as decisões sobre questões desportivas relativas às “leis do jogo”, incluindo a punição das infracções ao que nelas se estabelece que são inimpugnáveis, pois “seria inconsequente pedir a um Tribunal do Estado tribunal administrativo ou outro, que decide questões de direito e procede à aplicação de normas jurídicas, uma pronúncia sobre os termos de aplicação de normas técnicas ou sobre se um certo jogador cometeu, no decurso do jogo, a falta x ou y ou nenhuma das duas. Há, nesta matéria, um imperativo natural de contenção da ingerência da justiça estadual” (Pedro Gonçalves, ob. cit., pág. 59).

Nestes termos, a excepção à regra do direito de acesso aos tribunais só tem aplicação quando esta regra não pode funcionar, por estarem em causa questões estritamente desportivas, isto é questões que não são jurídicas mas técnicas.

Ora, no caso em apreço, as deliberações impugnadas não correspondem a uma actuação no âmbito desportivo, tal como esta ficou definida. Efectivamente, a sanção disciplinar em causa não puniu uma infracção às “leis do jogo”, mas um comportamento do recorrente que nada teve a ver com a aplicação dessas leis. Por isso, as deliberações impugnadas são actos jurídicos, que aplicam normas jurídicas, e não normas técnicas desportivas.”

Na última frase, está tudo explicado: os actos jurídicos que não forem de aplicação estrita das regras de cada modalidade, só podem ser garantidos e impugnados à luz do direito público, porque se configuram como normas jurídicas. Esta é a assunção clara de que o poder normativo e o poder disciplinar estão inseridos no âmbito público. E é nesta senda que as prerrogativas de autoridade pública se manifestam.

O *supra* citado Acórdão está na mesma linha de um anterior que afirma o mesmo:

“I - Saber se o acto sub judice é administrativo ou, ao invés, tem natureza jurídico-privada, reconduz-se a apreciar a competência material dos Tribunais Administrativos, e não a impugnabilidade do acto.

II - O acto de cancelamento de uma licença desportiva e o acto de suspensão preventiva de um desportista, são materialmente administrativos, praticados ao abrigo de normas de direito público administrativo, pelo que a apreciação da respectiva validade cabe no âmbito da jurisdição administrativa.

III - Só as infracções disciplinares cometidas no decurso da competição, envolvendo questões de facto e de direito emergentes da aplicação das leis do jogo, dos regulamentos e das regras de organização das respectivas provas, ou seja, as questões estritamente desportivas - desde que não integradas na previsão do n.º 3 do art.º 47º da Lei de Bases do Desporto -, estão sujeitas ao controlo privativo das instâncias competentes na ordem desportiva.”⁶³

Não restam dúvidas de que os actos administrativos de regulação e disciplina das federações desportivas são materialmente administrativos, ainda que continue a haver imprecisão ou indecisão nos conceitos usados quanto à natureza ou à maneira como o Estado lhes confere tais poderes. Mas esse, é o assunto deste trabalho e não havendo nenhuma decisão jurisprudencial suficiente, as conclusões serão apresentadas no fim.

De qualquer forma, remata-se este tópico com uma passagem da autora CELESTE CARVALHO que refere os três pontos fundamentais para que só se possa entender como público o poder disciplinar federativo: *“O carácter público do poder disciplinar das federações desportivas dotadas do estatuto de utilidade pública desportiva, decorre de em*

⁶³ Ac. TCAS de 26 de Janeiro de 2006 relatado por Rogério Martins, Proc. N.º 01270/05, disponível na integra em <http://www.dgsi.pt>

causa: (i) um poder que é conferido por lei, o artigo 19º da LBAFD, (ii) para realização obrigatória de finalidades compreendidas nas atribuições do Estado, de entre as quais, a regulamentação de uma modalidade desportiva e a disciplina das competições desportivas (cfr. artigo 14º da LBAFD) e que (iii) envolve o exercício de prerrogativas de autoridade.”⁶⁴

A partir deste momento pode-se fazer um decantamento do que é o direito disciplinar desportivo e a envolvência do Tribunal Arbitral do Desporto na litigância desportiva por forma a encontrar mais fundamentos e até pacificar a problemática envolvente de acordo com o que vem sendo defendido. Só faz sentido com uma configuração cabal do processo disciplinar federativo.

4.2 Das hipóteses de delegação, devolução ou representação

As federações desportivas assumem-se assim como verdadeiras associações de direito privado dotadas de prerrogativas de direito público, privadas quanto ao seu enquadramento legal mas que por força do estatuto de utilidade pública ficam armadas com poderes administrativos e escudadas por uma missão pública⁶⁵.

Ora, numa análise da hipótese de mera devolução de poderes não poderíamos deixar de ressaltar que o que define a *devolução* de poderes é a forte dependência instrumental⁶⁶ do ente que recebe tais poderes desta maneira, algo que não está sequer perto da realidade das federações desportivas. Assumem-se, como já visto, como associações de direito privado, com fortes poderes de definição da actividade desportiva, que não pode – nem devem – ter um espectro marcadamente instrumental, mas sim de prossecução de uma atribuição do Estado que ganha, nos nossos dias, um enorme relevo e importância.

Façamos, então, uma reflexão quanto à figura da *representação*. Poder-se-á considerar que a federação desportiva actua em representação da Administração Pública? Parece redutor, novamente. Admitindo desde logo que existe um *princípio de subsidiariedade* quanto à actuação privada nas tarefas e atribuições públicas, deixando de

⁶⁴ Carvalho, Ana Celeste in “O poder disciplinar federativo numa década de jurisprudência dos tribunais administrativos” in “O Desporto que os Tribunais Praticam” (Cit. *Ibidem*) pág. 463

⁶⁵ Sufraga-se a posição de Meirim, José Manuel in “O desporto que os tribunais praticam”, Coimbra, 2014, Coimbra Editora, pág. 431

⁶⁶ Freitas do Amaral, Diogo “Curso de Direito Administrativo” (Ob. Cit.), deixando a ressalva de que o mesmo autor avisa para o facto de que “devolução” não deverá ser entendido como normalmente é, numa ideia de retorno, mas sim de transmissão. Assim, não poderá ter vencimento a ideia de que a devolução importa para o caso, argumentando que os poderes (regulamentar e disciplinar) que são atribuídos pelo estatuto de utilidade pública, já eram do foro federativo antes da intervenção do Estado.

lado a hipótese académica de tal actuação ser exclusiva de pessoas colectivas públicas, será pouco acertado pensar que da dimensão e importância que as federações desportivas têm na actualidade, da actividade constante de regulamentação e disciplina do Desporto, não só no nosso ordenamento, mas também a nível internacional⁶⁷, não bastará achar que a FPF (por exemplo) é um mero representante do Estado português nas relações desportivas, tanto com os seus “administrados” como com confederações internacionais, etc. Afinal, o ordenamento internacional é fortemente “sulfatado” pelo foro privado, precisamente para que seja difícil ao Estado penetrar no seu seio, restando-lhe apenas a hipótese de fiscalizar e regular as federações, jurídica e procedimentalmente. Mas também não será assim que conseguimos, nem chamar as federações desportivas de *representantes*, nem justificar a natureza dos poderes públicos que elas exercem.

Nesta senda, devemos perceber se estamos perante um fenómeno de delegação de poderes, que se caracteriza por uma *“privatização funcional, que se refere à responsabilidade pelo exercício da actividade, incluindo o exercício privado de funções públicas - as tarefas continuam a ser substancialmente públicas, mas a sua execução é objecto de concessão ou delegação em entidades privadas (sob orientação ou fiscalização pública)”*⁶⁸, como define VIEIRA DE ANDRADE e que mais à frente distingue algo fundamental a este trabalho, precisamente a privatização funcional – entre privatização orgânica formal e material – sendo que a primeira existe quando o ente privado é na mesma uma *“criatura administrativa”* e a segunda acontece quando a tarefa pública é desempenhada por um verdadeiro privado, num papel de colaboração. Aproxima-se, obviamente, esta segunda da realidade das federações desportivas, mas ficando a designação de “colaboração” aquém daquilo que realmente se entende como o papel destas instituições no panorama desportivo dos dias de hoje. Reitera-se o já *supra* analisado relativamente à dicotomia de poderes de autoridade dos foros privado e público⁶⁹ para agora aprofundar a questão quanto ao que às federações desportivas diz respeito, deixando desde logo claro que a dita *delegação* não poderá bastar para caracterizar os poderes públicos das federações, uma vez que historicamente o fenómeno desportivo já teve várias feições fortemente públicas e diferentes laivos de regulação privada, fixando-se este entendimento numa base relacional

⁶⁷ Relevando uma realidade jurídica desportiva internacional, marcadamente regulada por entidades privadas, onde o Estado não tem uma tarefa fácil quando se quer impor.

⁶⁸ Cfr. Vieira de Andrade, José Carlos, *“Lições de Direito Administrativo”*, (Ob. Cit.), pág. 68

⁶⁹ Cfr. Capítulo II

entre federação e seus membros de submissão destes àqueles, independente da força pública que se venha a encontrar. Acresce ainda que a doutrina generalizada do direito administrativo, assume com relativa facilidade que a delegação de poderes é aceite, em geral, em matérias que não envolvam o exercício de poderes de autoridade, afastando assim, cada vez mais, a realidade desportiva deste instituto.

Inclusive, ao atentar no disposto nos artigos que integram o capítulo IV do CPA, se percebe que a figura da delegação tem limites e um alcance que não está de acordo com a situação jurídica das federações desportivas. A título de exemplo, veja-se o requisito de um acto administrativo de delegação⁷⁰, não sendo por esta via que as federações têm na sua esfera o exercício de poderes públicos⁷¹.

Ainda que se pudesse pensar que a atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva configura este acto administrativo de delegação de poderes não parece que se possa ficar por aqui. Note-se que os artigos 19º a 21º da LBAFD e o capítulo II do RJFD, que legislam sobre a utilidade pública desportiva - acompanhados pela portaria 345/2012 de 29 de Outubro, que aprova um modelo de requerimento a ser apresentado para efeitos do pedido de atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva – alargando o âmbito e os efeitos jurídicos dessa *concessão*⁷² demais para se estar perante a delegação pura de poderes. Ou seja, ainda que se pudesse arguir que a aprovação ou rejeição do requerimento apresentado conforme o modelo em anexo à dita portaria, *maxime* o acto que confere ou não utilidade pública desportiva ou não à federação requerente é, em si, o acto de delegação de poderes. Parece rebuscado.

Mesmo tendo em conta a possibilidade defendida por VIEIRA DE ANDRADE pelo menos a título de referência quando lhe chama *auto-regulação privada de interesses públicos na esfera social*⁷³ a resposta tem mesmo que ser encontrada noutra instituição, porque, ao analisar o quadro da escala regulatória, professado por VITAL MOREIRA⁷⁴ podemos com certeza afirmar que a actividade das federações, em especial quanto às bases

⁷⁰ Cfr. Código do Procedimento Administrativo, artigo 44º

⁷¹ Premissa já analisada por Meirim, José Manuel in “*O Desporto que os Tribunais Praticam*” (Cit. *Ibidem*), pág. 432

⁷² “*Concessão*” neste contexto não se deve entender como a figura jurídica, já que já foi posta de lado a hipótese de institutos tão redutores como este se aplicarem à realidade desportiva

⁷³ Vieira de Andrade, José Carlos in “*Lições de Direito Administrativo*” (Cit. *Ibidem*) pág. 101

⁷⁴ Cfr. Moreira, Vital in “*Auto-Regulação profissional e administração pública*” (Ob. Cit.), pág. 79

históricas e sociais do ser poder de *regulação das competições* não se subsume em nenhuma das categorias / tipos de regulação.

4.3 Das consequências da concessão do estatuto de utilidade pública desportiva⁷⁵

Vem-se mostrando clara a problemática que está em volta da natureza dos poderes públicos das federações desportivas, mas há marcas sólidas de que eles não estão restritos ao foro privado e que têm de facto um papel fundamental na organização social e nas atribuições do Estado. Desta feita, podemos fazer uma pequena análise das consequências jurídicas da concessão do estatuto de utilidade pública desportiva que como se verá são todas aquelas que mostram que as federações estão num patamar diferente da normal associação de direito privado.

4.3.1 Da organização interna

Desde logo podemos notar uma grande diferença relativamente à normal designação de uma associação privada, uma vez que estas são chamadas de “*associações privadas de configuração legal*” já que a lei define tanto os órgãos obrigatórios das federações bem como as atribuições que não podem deixar de estar definidas para cada um deles⁷⁶.

Obviamente o objectivo do legislador é “*incutir alguns valores de direito público na vida da associação*”⁷⁷, objectivo que se mostra um forte argumento a favor da posição que se tem vindo a sufragar, de que não há uma mera delegação de poderes, há sim uma *transmissão*⁷⁸ mais forte e perseverante de atribuições do Estado nestas associações de direito privado.

4.3.2 Da sujeição à jurisdição administrativa

Neste ponto em particular devemos fazer uma distinção breve entre a sujeição das federações à jurisdição administrativa e ao que se considera a “*justiça desportiva*”. Chega a ser extasiante ler a nota de rodapé 219, da página 862 da tese de doutoramento do autor PEDRO GONÇALVES a descrever uma aspiração a uma jurisdição desportiva, como uma expressão de ideias autonómicas do direito desportivo e sublinhando a necessidade da

⁷⁵ Nesta parte sufraga-se em absoluto a análise de Gonçalves, Pedro quanto à qual se deixam algumas observações suplementares

⁷⁶ Cfr. RJFD

⁷⁷ Cfr. Gonçalves, Pedro “*Entidades privadas com poderes públicos*” (Cit. *Ibidem*) pág. 862

⁷⁸ Ficará mais explícita *infra* esta posição, mas as marcas vão sendo deixadas ao longo do trabalho (Cfr. Capítulo IV, secção 4.7)

criação de um tribunal administrativo de competência especializada para que isso se afigure-se possível, no ano de 2005. Agora podemos ter outra visão da questão, desde 2013, ano em que foi criado o Tribunal Arbitral do Desporto, análise que cometerá a este trabalho mais à frente⁷⁹, assinalando aqui apenas a dita diferença entre o que configura a justiça desportiva e que pertence aos órgãos jurisdicionais das federações desportivas, sem constituir propriamente um poder jurisdicional estadual e a sujeição dos actos praticados no âmbito público pelas federações estarem sujeitos ao controlo dos tribunais administrativos, como por exemplo, na possibilidade de arguir a nulidade administrativa deles, deixando fora desse controlo os actos próprios da natureza privada das federações⁸⁰. O *supra* mencionado autor coloca a questão, que foi tema na análise jurisprudencial⁸¹, quanto ao contencioso eleitoral estar sujeito à jurisdição administrativa, que parece não ser dúvida neste momento.

Ainda assim, podemos constatar um forte marco administrativista no controlo jurisdicional das federações, mais uma vez provando a posição que se vem revelando mais correcta.

4.3.3 Da sujeição a fiscalização administrativa

Este é um ponto de curtas palavras mas que dá o mote para o que se segue. PEDRO GONÇALVES escrevia:

“Naturalmente, a fiscalização só incide, e só pode incidir, sobre aquilo que interessa ao Estado”

Refere-se à verificação de ilegalidades que podem existir no exercício de prerrogativas públicas e que só elas podem estar sujeitas ao escrutínio público, já que, inclusivamente, esta actividade provém também de dinheiros públicos. Ora, considera-se mote para o que se segue, porque a verificação de ilegalidades no exercício de poderes públicos pode acarretar precisamente a suspensão ou cancelamento do estatuto de utilidade pública, condição *sine qua non* deste exercício, tópico que se pode mostrar importante para chegar a conclusões sólidas quanto ao problema que vem sendo descortinado.

⁷⁹ Cfr. Capítulo VI

⁸⁰ Não restam dúvidas quando se lê o conteúdo do n.º 2 do art. 18.º da LBAFD

⁸¹ Cfr. Capítulo IV, secção 4.1

A fiscalização referida é levada a cabo pelo IPDJ⁸², instituto público responsável pelo desporto português, que controla (ou deveria controlar) a actividade das federações desportivas, a legalidade dos seus regulamentos e de outros actos que sejam do âmbito público. Este controlo só pode significar que os actos – sejam eles regulamentares, disciplinares ou outros – controlados são emanados no cumprimento de uma função que não pertence à iniciativa privada, mas sim a uma substituição do Estado pela federação, ou não poderia sequer haver ingerência de nenhuma espécie. O controlo da Administração é um marco fundamental, uma baliza inabalável do exercício de poderes públicos pelas federações e o interesse em controlar determinado acto em detrimento de outro é uma bússola importante da distinção que se tem vindo a procurar, mas pode manifestar-se de diferentes maneiras, sendo que, *in casu*, é uma forma de tutela de mérito ou de oportunidade⁸³, estabelecendo-se com contornos de Administração Indirecta.

Importa, portanto, ressaltar que não havendo qualquer tipo de dependência hierárquica entre as federações e os órgãos do governo, a competência tutelar tem “*a extensão e conteúdo que emergem da lei com a limitação que resulta dos princípios da liberdade de associação, da autonomia privada, da necessidade e da proporcionalidade, e os que decorrem da observância do princípio da colaboração, consagrado no artigo 79º, nº2, da Constituição da República*” o que só pode levar a que, dos actos, só se possa proceder a uma impugnação judicial, como dito por BARBOSA, BENJAMIM.

4.4 Da suspensão e revogação do estatuto de utilidade pública desportiva (âmbito dos poderes vs controlo do Estado)

Pode-se sustentar este raciocínio com alguma reflexão quanto à suspensão e revogação do estatuto de utilidade pública desportiva. É ponto assente na doutrina que as federações desportivas estão no topo da hierarquia no que toca à regulação das modalidades

⁸² Pela leitura do art. 14º da LBAFD que estatui: “*a fiscalização do exercício de poderes públicos e do cumprimento das regras legais de organização e funcionamento internos das federações desportivas é efectuada, nos termos legais, por parte de serviço ou organismo da Administração Pública com competências na área do desporto, mediante realização de inquéritos, inspecções, sindicâncias e auditorias externas*”

⁸³ Acerca desta questão Barbosa, Benjamim faz uma exposição das várias hipóteses como seja a superintendência ou a tutela e conclui por este instituto, de uma forma muito mais explícita (Cfr. “*Federações desportivas: natureza jurídica e estatuto de utilidade pública desportiva*” in “*O Desporto que os Tribunais Praticam*” (Cit. *Ibidem*) pág. 438

e do desporto em geral⁸⁴ não se confundido de maneira nenhuma como um mero soldado que faz cumprir as ordens do comandante Estado. Assume-se antes como ele mesmo o capitão que elabora o plano, movimenta os regimentos e no fim está ele mesmo de arma na mão encarando o inimigo⁸⁵.

Serve esta analogia para explicar que a figura da auto-determinação das federações desportivas⁸⁶ não deixa margem para que a figura da delegação tenha vencimento fácil nestas questões que têm vindo a ser analisadas, ou se não, vejamos: a federação desportiva tem poderes próprios e uma independência no seu funcionamento sem igual, que não podendo ser nem comparada a uma vulgar associação de direito privado nem ser considerada uma peça na máquina da Administração Pública. Ver a atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva como um mero acto de delegação seria deixar à mercê de um membro do Governo a prossecução de um fim social e de uma atribuição constitucional. O controlo faz sentido, afinal estamos a falar de gestão do dinheiro dos contribuintes, mas é um controlo de *background* longe da esfera verdadeiramente desportiva, da sua regulamentação e da sua disciplina. De outro modo, não se justificava, inclusivamente, a distinção entre utilidade pública e utilidade pública desportiva, que faz imperar a independência das federações *facie* à prossecução de fins de natureza pública pelos seus órgãos e de sua inteira responsabilidade.

Ora, as condicionantes de suspensão e revogação do estatuto de utilidade pública desportiva, só podiam, nesta senda, ser alvo de alguma contenda. A conjugação dos artigos 21º e 23º do RJFD deixam muito a desejar no que toca à explicitação fácil das razões que podem levar a que uma federação se veja privada do reconhecimento estadual do exercício de poderes públicos e de apoios financeiros, muitas vezes fundamentais à sua subsistência. Mas porque o Estado lhe retira, ou pelo menos suspende, este estatuto, que resultado tem isso do ponto de vista dos “administrados”? Ou seja, deixam os agentes desportivos de reconhecer na federação a capacidade de os regular e disciplinar? Se sim, a quem respondem? Necessariamente a dicotomia entre o que constitucionalmente se considera como o princípio de livre associação de pessoas, génese das federações desportivas e o que

⁸⁴ Sobre esta certeza, cfr. Correira, Lúcio Miguel in “*O estatuto de utilidade pública desportivo*” num artigo para “*Estudos de Direito Desportivo em Homenagem a Abílio Mendes Baptista*”, 2010, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, pág. 226

⁸⁵ Inimigos como sejam o *doping*, a xenofobia ou o viciamento de resultados.

⁸⁶ Como definida por Pessanha, Alexandra in “*As Federações Desportivas: Contributo para o Estudo do Desenvolvimento Desportivo*”, 2001, Coimbra, Coimbra Editora, págs. 111 e ss.

a concessão de um estatuto de utilidade pública implica, remetendo para uma publicização de uma actividade que, como já se disse, é mais do que uma mera delegação, dá resposta a esta pergunta. Ainda que não tenha, momentaneamente, prerrogativas públicas, efeito da suspensão do estatuto, os seus poderes de autoridade de índole privada⁸⁷ mantêm-se e, com elevada probabilidade, os agentes desportivos continuarão a ver a sua federação como o seu farol de orientação. Em jeito de nota final, quanto a este tópico, é de relevar que o controlo estadual das federações, feliz ou infelizmente⁸⁸, não se deveria esgotar no que ao artigo 267º da Constituição da República Portuguesa diz respeito, mas que na prática⁸⁹ não passa de uma ideia utópica e que pouco sai do papel. Acerca disto, só podemos concordar com MEIRIM quando ele escreve:

“Significa este estado de coisas (...) que, mais uma vez, as normas criadas pelo Estado, de forte pendor intervencionista na vivência das federações desportivas, vão ficando no Diário da República Electrónico. O IDP (agora IPDJ)⁹⁰, já se sabe, sempre assim foi, independentemente das designações que o tempo político ditou, não fiscaliza coisa nenhuma e, à menor solicitação nesse sentido, (...) indica o caminho dos tribunais.”⁹¹

Ter-se-á que perceber como é que judicialmente estas questões são tratadas, porque também daí precipita a noção e confiança que a sociedade tem das federações desportivas e qual afinal o papel do Estado no controlo do exercício de poderes públicos pelas federações desportivas.

4.5 Do poder regulamentar (actos administrativos ou privados)

Quanto a este tópico ressalta logo à partida um princípio basilar da actividade das federações desportivas, o plasmado no art. 15º do RJFD, o princípio da unicidade federativa. Sem ele, poderia existir mais do que uma “federação” a regular o mesmo Desporto, o que seria, no mínimo, cómico.

⁸⁷ Relembrar as diferenças analisadas *supra* que levam a que haja poderes de *ius imperium* que não são necessariamente públicos (cfr. Capítulo II)

⁸⁸ Não querendo tecer considerações de índole política relativamente aos benefícios ou inglorias do controlo estadual do Desporto.

⁸⁹ Apesar das fortes tendências intervencionistas dos nossos dias, que aparecem a seguir a um “*período de abstencionismo e indiferença*” como dizia Gonçalves, Pedro, no espectro legislativo.

⁹⁰ Referência atualizada que não estava ainda no texto do autor.

⁹¹ Cfr. Barbosa, Benjamim in “*Federações desportivas: natureza jurídica e estatuto de utilidade pública desportiva*” in “*O Desporto que os Tribunais Praticam*” (Cit. *Ibidem*) pág. 441

Ora, se apenas pode existir uma federação, é a ela que cabem todas as funções regulamentares, seja no que toca a questões meramente desportivas, seja no que toca, por exemplo, às consequências disciplinares das atitudes dos seus membros. Este é o ponto de partida para uma análise mais cuidada do poder regulamentar e de que maneira o podemos entender como um poder público. Sendo certo que, o art. 19º da LBAFD e o art. 11º do RJFD conferem o carácter público do poder regulamentar e podendo-se aceitar que legalmente não restam dúvidas quanto ao seu âmbito pode-se deixar algo mais relativamente a esta questão. Pode-se colocar a questão: que tipos de regulamentos é que a federação emana, na prossecução de uma atribuição pública e quais são os que se limitam ao âmbito privado?

Quando contemplamos a análise da jurisprudência, veremos que o entendimento desta questão tem mudado ao longo dos anos⁹² mas com a certeza de que estamos no bom caminho. Fazendo sempre referência à diferença entre o que representa a regulamentação das “leis do jogo”, ou as “questões meramente desportivas”, e a regulação da prática da modalidade, ou modalidades⁹³, será natural que tudo o que tenha que ver com a segunda parte seja visto do ponto de vista administrativo uma vez que é nessa senda que podemos falar de exercício de poderes no âmbito de uma atribuição estatal.

Assim, deve-se, desde logo, ter esta premissa como assente: quando a federação emite um regulamento que contende com a regulação do desporto como actividade, como seja o regulamento *anti-doping*, ou o regulamento de atribuição do estatuto de árbitro, está a emanar actos de índole administrativa, enquanto que uma fixação de regras é um acto do foro privado. Fica reforçada esta posição se atendermos a que há determinados requisitos legais e de controlo estatal quanto a determinados tipos de regulamentos, que não existem para outros, como por exemplo, quando o IPDJ requisita o regulamento disciplinar de uma federação a fim de fazer o seu controlo legal.⁹⁴ Mais, o regulamento pode ser impugnado como um acto administrativo, bem como a aplicação dele pode ser posta em causa pelas mesmas vias.⁹⁵

⁹² Cfr. Capítulo IV, secção 4.1

⁹³ Consoante se esteja perante uma federação unidesportiva ou multidesportiva (Cfr. arts. 15º da LBAFD e 3º do RJFD)

⁹⁴ Questão *supra* analisada quanto aos aspectos sujeitos a fiscalização administrativa (Cfr. Capítulo IV, secção 4.3)

⁹⁵ Pode-se tirar essas mesmas conclusões pela análise jurisprudencial *supra* (Cfr. Capítulo IV, secção 4.1)

4.6 Do poder disciplinar (função jurisdicional)

Começa a adensar-se o *suspense* desta dissertação relativamente às conclusões que se poderão retirar do trabalho e é neste tópico que podemos perceber como é que o poder disciplinar, exercitado pelos órgãos jurisdicionais das federações, pode vir a ser um fundamento, tanto pela sua acção, como pelo seu controlo nos tribunais, pode vir a ser fundamento do exercício de poderes públicos pelas federações desportivas.

Quanto ao poder disciplinar federativo, a questão já anda à volta de outros problemas, dos quais se destacam dois: (i) a função jurisdicional pode incidir sobre questões públicas e privadas e (ii) qual o controlo jurisdicional das decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais.

Desde logo, pela leitura do artigo 18º da LBAFD, sob a epígrafe “Justiça Desportiva” podemos constatar que o legislador teve bem presente a distinção, uma vez que prevê que *“os litígios emergentes dos actos e omissões dos órgãos das federações desportivas e das ligas profissionais, no âmbito do exercício dos poderes públicos, estão sujeitos às normas do contencioso administrativo”* bem como no nº 2 salvaguarda do recurso, *“fora das instâncias competentes na ordem desportiva as decisões e deliberações sobre questões estritamente desportivas”* ficando claro que a distinção é legalmente plasmada e presente nas mentes jurídicas do desporto. De outra forma, poderíamos entrar num mundo desportivo no qual se poderia discutir perante um MMº Juiz a decisão de marcar uma falta de 7 pontos, durante um *frame* de Snooker⁹⁶. A melhor frase que pode descrever esta realidade foi escrita por FLAMÍNIO DA SILVA quando diz o seguinte:

*“A solução do artigo 18º da LBAFD reduz-se a uma declaração de princípio sobre a centralidade dos litígios desportivos de cariz jurídico-público no sistema de justiça desportiva em Portugal”*⁹⁷

Portanto, fica clara a dicotomia entre público e privado quando falamos de direito disciplinar desportivo⁹⁸, restando a análise do ponto (ii) desta secção que começa com a possibilidade legalmente consagrada de recorrer à arbitragem para a resolução de litígios

⁹⁶ Referência à modalidade de Snooker Inglês, em que as faltas podem ser de diferentes pontuações, com intuito de não utilizar as habituais analogias do futebol.

⁹⁷ Flaminio da Silva, Artur in *“A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal”* (Cit. *Ibidem*) pág. 174

⁹⁸ Que será avaliado de uma forma mais desenvolvida quando nos aproximarmos mais da parte final do trabalho (Cfr. Capítulo V)

emergentes de questões “meramente desportivas”, como já se vem falando, mas mais importante que isso é encontrar a resposta que é dada quando os litígios provêm do exercício, por parte das federações, de poderes públicos. Essa resposta encontra-se no CPA, no artigo 2º, que (à exceção da parte II) passa a aplicar-se “à conduta de quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, adotada no exercício de poderes públicos” que não deixa margem para dúvidas quanto à sua interpretação.

É neste ponto que o carácter híbrido das federações, no que toca ao exercício dos seus poderes, designadamente o disciplinar, tendendo em determinados temas para o regime geral das associações de direito privado e noutros para os princípios, procedimento e actividade administrativa⁹⁹, para o âmbito público, fica cristalino. Toma forma o instituto que podemos mobilizar para explicitar a natureza jurídica dos poderes das federações desportivas no ordenamento jurídico português.

4.7 Da transferência legal de actividade pública

A transferência legal de competência parece ser o instituto em que melhor se subsume a actividade federativa e a maneira como as federações detêm os poderes que lhes são conferidos e que vêm sendo analisados. Caracteriza-se por ser uma desconcentração originária das competências do Estado¹⁰⁰ que atua por mero efeito legal, não necessitando de um acto administrativo para ser válida. No entanto, existe uma exigência, subjacente aos ditames da Lei, que é a concessão do estatuto de utilidade pública desportiva, que se pode considerar um acto administrativo, mas não é por esse prisma que devemos olhar esta problemática, ou seja, ainda que se exija o estatuto de utilidade pública para o exercício de poderes públicos, devemos encará-lo apenas como um aspecto formal, burocrático, porque a verdadeira génese do exercício desses poderes se encontra na Lei.

E encontra-se porque existe, em simultâneo, a percepção estatal de que o desporto é um serviço público, já que, como bem aponta GONÇALVES, PEDRO o desporto “*além de constituir um instrumento de melhoria das condições físicas e morais dos praticantes e um factor cultural indispensável na formação plena da pessoa humana e no desenvolvimento*

⁹⁹ Referência dada pelo mesmo artigo do CPA (Cfr. art. 2º, nº1)

¹⁰⁰Nomenclatura utilizada por Barbosa, Benjamim in *Federações desportivas: natureza jurídica e estatuto de utilidade pública desportiva* in “*O Desporto que os Tribunais Praticam*” (Cit. *Ibidem*) pág. 442

da sociedade”(artigo 1º/1 da LBD)¹⁰¹, representa também um meio de prestigiar o país no domínio internacional”¹⁰², sendo indispensável à sociedade actual a ingerência estatal na organização desportiva. Nesta senda, faz ainda o autor uma referência à “restituição” às federações desportivas dos poderes que já lhes eram cometidos pelos seus associados, mas agora munidos de prerrogativas públicas de autoridade.

A solução que se encontra é, fazendo jus à genética das federações desportivas, uma solução híbrida, de contornos fortemente publicizantes e de núcleo privado.

Longe da organização espanhola de 1941, em que as federações foram vistas como corpos técnicos de uma *Delegación Nacional de Deportes*¹⁰³ a realidade portuguesa é fortemente marcada pela *transmissão legal de competências* de origem fundamentadamente pública, pela sua relevância ética, organizacional e social. É a partir da noção de serviço público, que o desporto representa, que precipita a consequente transmissão, *ope legis*, das competências da Administração de regulação desportiva para as federações, não parecendo, salvo melhor entendimento, que chegue chamar de delegação de serviço público a este fenómeno, se não, bastaria delegar tais competências num corpo central, à semelhança de *nuestros hermanos*. Ao invés, deparamo-nos com um sentido legislativo de forte autonomização dos corpos gerentes de cada modalidade, capazes de emitir regulação com força de Lei, de carácter administrativo vincado, o que lhe confere ainda maior solidez.

Ora, se facilmente se compreende o porque de aceitarmos ou uma perspectiva ou outra, por as duas se enquadrarem facilmente na questão, sem sermos obrigados a decidir, certo é que nem uma nem outra respondem de forma clara à pergunta que vem sendo feita. Assim, temos que conjugar dois institutos conjugáveis: (i) o da transferência legal, que como já se disse, é a forma de transmissão de competências que melhor caracteriza a relação entre a Administração e as federações; e (ii) o que se está de facto a transmitir – meras competências, apenas os poderes públicos, ou algo mais que isso – que ainda que se pudesse pensar que não seria passível de transferência, não faria sentido pensar que pode ser objecto de delegação e não de transferência legal. E esta visão fica patente quando, mais à frente¹⁰⁴,

¹⁰¹ Actual Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto, que ainda encerra os mesmos princípios e ideias, mas de forma mais dispersa.

¹⁰² “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*” (Cit. *Ibidem*) pág. 842

¹⁰³ Sobre este regime, Cfr. Real Ferrer, G. in “*Derecho Público del Deporte*”, Madrid: Civitas, 1991

¹⁰⁴ É fortemente fundamentada *infra* aquando da análise dos poderes do Tribunal Arbitral do Desporto, de como é criado e do papel que tem na função jurisdicional desportiva (Cfr. Capítulo VI)

encontramos *criaturas jurídicas* que apenas podem brotar de um terreno fertilizado destas conclusões, ou ficaríamos para sempre limitados no que toca à tutela jurisdicional dos actos das federações.

Em suma, só poderíamos estar perante tal *ente hibridamente poderoso* quando pensamos numa transferência¹⁰⁵ legal¹⁰⁶ de actividade pública¹⁰⁷, também esta uma figura híbrida que responde às exigências e cumpre os requisitos da natureza jurídica das federações desportivas e dos poderes públicos por elas exercidos. Chamamos “actividade pública” por ser isoladamente entregue a cada federação a regulação de uma modalidade ou conjunto de modalidades e não o desporto – esse sim um serviço público – como um todo.

É com esta base fundamentada que se fará uma análise do contexto disciplinar federativo e da tutela dada ao Tribunal Arbitral do Desporto que conforma estas mesmas conclusões.

¹⁰⁵ Ainda que de uma perspectiva histórica, possa ser de facto uma restituição.

¹⁰⁶ Reafirmando que, ainda que possa haver uma exigência de concessão de estatuto de utilidade pública, a origem está na Lei.

¹⁰⁷ Pela óbvia e demarcada missão pública que orbita em torno do desporto e da regulação isolada de cada modalidade ou conjunto de modalidades.

V – O Direito Disciplinar Federativo

A disciplina no desporto é uma vertente aplicativa da regulamentação que as federações fazem das modalidades que a elas estão vinculadas, marcada, historicamente, por fricções entre os Estado e os aplicadores da justiça desportiva.

Como nota introdutória, leiam-se as palavras de FLAMÍNIO DA SILVA ao falar sobre o tópico:

*“Neste contexto, a existência de um “contencioso desportivo” permite compreender a verdadeira essência das relações entre o Estado e o associativismo desportivo. O primeiro pretende, em ambiente democrático, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, limitando, deste modo, a actividade as federações desportivas. O segundo sob o epíteto da autonomia e, por vezes mesmo, de independência, pretendeu, fruto do seu histórico isolamento em relação à normatividade estadual, preservar zonas de impenetrabilidade em relação às normas jurídicas do Estado, auto-sustentando a sua existência nas normas que produz.”*¹⁰⁸

Desde logo, pode-se entender que o intervencionismo do Estado no mundo desportivo, que vem sendo levemente mencionado, ou até a falta dele, resulta de um conflito (nem sempre apenas aparente) entre as normas desportivas sobre as quais a Administração nada deve ter a dizer e as que, por vezes, desafiam princípios básicos do nosso Estado de Direito. É também neste sentido que este trabalho se esforça por separar as águas e derramar alguma clareza sobre o que está e não deve estar sobre alguma alçada estatal. Aliás, *“foi com base em recursos de actos disciplinares aplicados por órgãos das federações desportivas, que o Supremo Tribunal Administrativo*¹⁰⁹ *teve a oportunidade de construir a importante modelação jurídica da natureza das federações desportivas e da recorribilidade contenciosa dos seus actos”*¹¹⁰.

¹⁰⁸ Flamínio da Silva, Artur in *“A Justiça desportiva em Portugal durante o Estado Novo e o pluralismo jurídico: uma análise do procedimento disciplinar de Eurico Rocha Surgey”* in Revista Jurídica – CCJ, v. 18, nº 36, 2014, mai/ago, pág. 161 – 174, pág 162

¹⁰⁹ Como se pode constatar pela leitura do Capítulo IV, secção 4.1, do presente trabalho com a epígrafe “Análise Jurisprudencial”

¹¹⁰ Meirim, José Manuel in *“A Federação Desportiva como sujeito público do sistema desportivo”*, 2002, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 541

Para tal, configure-se correctamente o procedimento disciplinar desportivo para que se veja a forma como este poder público¹¹¹ cumpre os seus objectivos e clarifica alguns caminhos.

5.1 Da configuração do direito disciplinar federativo

Para que se perceba, na sua plenitude, os contornos do direito disciplinar federativo devemos encará-lo como tendo duas vertentes¹¹²: uma vertente interna e uma vertente externa. Será claro que a que mais importa a este trabalho é a vertente externa por dizer respeito aos mecanismos de tutela jurídica conferida pelos tribunais, tanto estaduais como arbitrais, aos actos emanados pelos órgãos de resolução de conflitos das federações. Assim, sufraga-se a posição do autor citado, pelo que estamos perante um verdadeiro *sistema de resolução de conflitos* que se pretende decantar. Não se deve deixar de ter presentes as balizas relativas à disciplina deixadas por MARCELLO CAETANO, no que diz respeito ao âmbito, à estrutura hierarquizada, aos sujeitos, às infracções, aos procedimentos e às penas disciplinares.¹¹³

5.1.1 Dos órgãos com competência disciplinar

Numa óptica organizacional, temos presente que existem dois órgãos jurisdicionais nas federações desportivas, sendo eles o Conselho de Disciplina e o Conselho de Justiça, que trabalham, neste momento¹¹⁴, em sentido legal e de *aparente processo jurisdicional*, de tal modo que uma parte da doutrina não hesita em chamar aos órgãos disciplinares autênticos tribunais.¹¹⁵ Percebe-se a preocupação do legislador quando quis criar uma base uniforme para um sistema disciplinar, vertido nos arts. 52º a 57º do RJFD, que enquadram o exercício do poder disciplinar por esses mesmos órgãos. São marcas da adaptação da actividade disciplinar à recorrente e forte publicização da actividade regulamentar das federações desportivas, como vem sendo dito, nomeadamente quanto às questões relativas às garantias dos agentes desportivos aquando da sua interacção com os órgãos disciplinares.

¹¹¹ Já se assume, na sua plenitude, como um poder público quando toca questões que saiam do âmbito *estritamente desportivo* (cfr. Capítulos II e IV).

¹¹² Sobre estas vertentes cfr. Flaminio da Silva, Artur in “*A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*) pág. 288

¹¹³ V.d. Caetano, Marcello in “*Manual de Direito Administrativo*” (Ob. Cit.) págs. 525 a 542

¹¹⁴ Após a instituição do Tribunal Arbitral do Desporto como mecanismo “único” de resolução dos litígios desportivos, despindo os órgãos jurisdicionais de capacidade como mecanismos de impugnação interna.

¹¹⁵ O autor FLAMINIO DA SILVA recorre a uma ligação com o RJFD em vigor para constatar esta mesma indicação in “*A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*) pág. 289

Desta feita, exigências há quanto à composição e competências destes mesmos órgãos, mas não carecendo de explicitação extensa neste trabalho¹¹⁶, deve-se realçar o esvaziamento de competências destes órgãos com a criação do Tribunal Arbitral do Desporto acabando por ser possível delimitar quatro competências basilares, que serão as *disciplinares*, numa óptica de primeira instância, as *desportivas*, sobre o entendimento das regras das competições, as *consultivas*, que se caracterizam pela simples leitura da palavra e a *de resolução de conflitos decorrentes da organização interna da associação*, ou seja, nas circunstâncias ligadas ao foro privado da federação, como também já tivemos oportunidade de descortinar.

5.1.2 Dos meios de reacção no seio da federação

Mais importante para a configuração do sistema de resolução de litígios, que se entende pertinente, é uma análise dos mecanismos internos de reacção. Obviamente não releva para as conclusões a que aqui se querem chegar a maneira de reagir contra um “erro de arbitragem”, ou seja, como contrariar sanções que são impostas ainda no decorrer da actividade desportiva, seja ela num campo, num *court*, ou numa mesa. Importa sim perceber como é que, numa realidade libertária quanto à composição e competências dos órgãos disciplinares internos das federações, coexistem as garantias de defesa e ao contraditório impostos pelos princípios gerais marcados na legislação.

A ligação ao Direito Administrativo fica patente quando abordamos este tópico, já que para além dos *protestos* que podem dizer respeito à prática desportiva em si e dos mecanismos de impugnação interna relativamente a decisões de outros órgãos federativos, é globalmente aceite que, no exercício de poderes disciplinares públicos, se possa lançar mão dos mecanismos de impugnação administrativa, como sejam os previstos nos arts. 184º e ss. do CPA ou mesmo a existência de poderes inquisitórios plasmados nos arts. 53º e 58º do mesmo dispositivo legal. Neste sentido, a possibilidade de configurar os *órgãos de resolução de conflitos das federações desportivas*¹¹⁷ como tribunais importa precisamente para que se veja todo o espectro de opções de reacção ao dispor dos agentes desportivos.

¹¹⁶ Também relativamente a este assunto cfr. Flaminio da Silva, Artur in “*A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*) págs. 294 a 296

¹¹⁷ Problemática melhor analisada por FLAMINIO DA SILVA in “*A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*) pág. 298 e ss.

5.1.3 Da distinção entre órgãos de resolução de conflitos desportivos e os tribunais

Ao olhar para a necessária distinção destas duas figuras aparecem duas questões fundamentais: por um lado, qual a possibilidade de recurso das decisões de um órgão jurisdicional de uma federação e por outro, qual o grau de responsabilidade a que estão ligados os titulares desses mesmos órgãos, ou seja, a distinção passa por perceber quais as diferenças das funções de cada um e a relação que os *sujeitos passivos* têm com eles.¹¹⁸

Admitindo que, tanto no seio das relações privadas entre a federação e os seus agentes, como no exercício de poderes públicos, não seja obrigatória a intervenção imediata dos tribunais, até para que se permita a autonomia de funcionamento fulcral à sobrevivência das federações e subsistência do sistema desportivo dos nossos dias, conclui-se por não caracterizar os órgãos de resolução de conflitos das federações desportivas (Conselho de Disciplina e Conselho de Justiça) como jurisdicionais¹¹⁹, mas antes como *instrumentos fundamentais à resolução não jurisdicional de conflitos*, figura que não se mostra estranha, aquando da leitura do art. 202º da Constituição da República Portuguesa¹²⁰, demonstrando uma vez mais como a função pública das federações desportivas no seu todo está presente e dependente da Lei e não de meros actos administrativos.

5.1.4 Do procedimento e responsabilidade dos titulares

Em jeito de sumário da presente configuração, resta deixar algumas notas quanto ao procedimento disciplinar usual, no seio das federações: com o recebimento de uma queixa, ou a título oficioso¹²¹, conhece-se do alegado ilícito disciplinar, instrui-se o processo, balizado nos princípios gerais delineados pelo art. 2º do RDFD, baseado em regulamentos disciplinares que já por si encontram laivos do Direito Penal, quanto a princípios como o *in dubio pro reu* ou o *nullum crimen sin lege*, com possibilidade de recurso interno para um órgão de grau superior, bem como a obrigação de participação, quando a infracção revista

¹¹⁸ Em concordância absoluta com a tese demonstrada por Flamínio da Silva, Artur quanto a esta distinção que aqui se traça.

¹¹⁹ À semelhança dos tribunais, já que, não só na jurisprudência, como na doutrina dominante, se entende que os “acórdãos” provenientes de órgãos colegiais federativos constituem um acto administrativo, para efeitos de impugnação judicial, cfr. Gonçalves, Pedro, “*Entidades privadas com poderes públicos*” (Cit. *Ibidem*) pág. 863

¹²⁰ Onde se pode ler que “*a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos*”, como faz no RDFD, no seu art. 11º

¹²¹ Veja-se, a título de exemplo o art. 136º do Regulamento Disciplinar da Federação Portuguesa de Bilhar.

carácter contra-ordenacional ou criminal¹²². Esta é uma das marcas da responsabilidade dos titulares do procedimento disciplinar.

Indubitavelmente, apreciando que os órgãos disciplinares das federações não apresentam os requisitos de imparcialidade que seriam desejáveis (e até obrigatórios quando falamos de tribunais) não por se suspeitar *à priori* dos seus titulares, mas por serem parte integrante de uma estrutura associativa que por si só está em desigualdade de armas e tratamento em relação aos seus subordinados¹²³ (até considerando que a lei legitima a proibição do acesso aos tribunais estaduais antes da litigância nos órgãos federativos competentes – estando presente na maior parte, se não em todos, os regulamentos disciplinares esta proibição plasmada) é fundamental a possibilidade de controlo jurisdicional das decisões proferidas e se estas contenderem com os direitos dos agentes desportivos a consequente responsabilização dos titulares pelas decisões prejudiciais.

É aqui que, mais uma vez, o RJFD tem um papel fundamental e fundamentante da posição aqui adoptada, quando no seu art. 7º deixa escrito que os titulares dos órgãos federativos estão sujeitos a responsabilidade civil, especialmente as “*acções ou omissões que adoptem no exercício e com prerrogativas de poder público*”¹²⁴ *é regulada pelo regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público por danos decorrentes do exercício da função administrativa*”, não havendo qualquer possibilidade de eximir esses mesmos titulares de tal responsabilidade.¹²⁵

Assim, encaram-se o Conselho de Disciplina e o Conselho de Justiça como verdadeiros órgãos de resolução de litígios no seio das federações, por um lado dirimindo questões, em primeira mão, que contendem com a prática desportiva ou associativa da federação, mas também com decisões no âmbito do exercício de poderes públicos, considerando que, nessa faculdade, emanam actos administrativos passíveis de impugnação

¹²² Cfr. art. 6º do RDFD

¹²³ De forma mais densa, sobre esta questão, cfr. Flaminio da Silva, Artur in “*A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*) pág. 303

¹²⁴ Onde comprovadamente se insere o poder disciplinar (Cfr. Capítulo IV)

¹²⁵ Ao contrário do que dispõe alguns regulamentos federativos, como o Regime do Conselho de Disciplina da Federação Portuguesa de Futebol, no seu art. 10º

judicial.¹²⁶ Certo é que mais recentes novidades legislativas criaram um *corpo jurisdicional*¹²⁷ especializado na litigância desportiva.

¹²⁶ Da distinção entre a génese dos actos disciplinares cfr. Pessanha, Alexandra in “*As Federações Desportivas*” (Cit. *Ibidem*), pág. 123, Gonçalves, Pedro in “*Entidades privadas com poderes público*” (Cit. *Ibidem*), pág. 860 e cfr. Capítulo V da presente dissertação.

¹²⁷ O Tribunal Arbitral do Desporto pode sim, ser considerado um órgão jurisdicional

VI – O TAD como pleno aplicador do Direito Desportivo

A arbitragem assume desde cedo um papel importante na resolução de litígios desportivos, sobretudo para fazer face à *mora* dos tribunais judiciais em contraposição à necessidade de rápida resolução das contendas, derivada dos calendários desportivos dos dias de hoje. Houve sempre uma *recusa do monopólio jurisdicional do Estado*¹²⁸, com a perspectiva de fazer uso da arbitragem voluntária para a resolução de litígios. No entanto, é certo que a arbitragem voluntária tem como corolário, como o próprio nome indica, a vontade das partes de utilizar um meio alternativo de resolução de litígio.

No contexto desta dissertação, não é necessário, nem pertinente, a análise circundante da arbitragem voluntária, uma vez que vários autores se ocupam desse tema¹²⁹, até no espectro global do uso dos tribunais arbitrais para as várias vertentes do Direito, mas antes alguma reflexão sobre o instituto da arbitragem necessária, introduzida no Desporto pelos arts. 4º e 5º da LTAD¹³⁰, com a mesma epígrafe, que permite fazer uma relação entre a justiça desportiva, da qual o Tribunal Arbitral do Desporto é parte integrante e a justiça administrativa, relação preponderante para a posição defendida neste trabalho.

6.1 Da tutela jurisdicional efectiva

Como tem vindo a ser dito, os actos emanados pelas federações no âmbito do exercício de poderes públicos configuram-se como actos administrativos¹³¹ susceptíveis de impugnação judicial. Ora, com a Lei 74/2013 de 6 de Setembro (LTAD) e a consequente instituição do Tribunal Arbitral do Desporto a deter, na sua esfera de competências, os litígios do mundo desportivo¹³² podemos fazer uma comparação – até lhe podendo chamar

¹²⁸ Expressão e explicação por Flaminio da Silva, Artur in *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal* (Cit. *Ibidem*) pág. 337

¹²⁹ A título de exemplo, no âmbito desportivo internacional veja-se Flaminio da Silva, Artur in “*O Ordenamento Jurídico da FIFA: Um diálogo entre Kelsen e Santi-Romano*”, RDD nº 10, 2013, Dez/Jan, págs. 65 a 89; no âmbito nacional veja-se Flaminio da Silva, Artur e Mirante, Daniela in “*Algumas notas sobre o estatuto dos árbitros do Tribunal Arbitral do Desporto à luz do relatório e do projecto da comissão para a Justiça Desportiva*”, Desporto & Direito, ano IX, nº 26, 2012, Jan/Abr, Coimbra Editora, págs. 279 a 297 e Mirante, Daniela in “*Arbitragem dos Litígios Desportivos*” in “*O Desporto que os Tribunais praticam*” (Cit. *Ibidem*), pág. 837 a 854

¹³⁰ Enquanto o artigo 4º faz referência à arbitragem necessária no global, o artigo 5º diz respeito, em específico, às questões ligadas à dopagem.

¹³¹ Cfr. Capítulo IV

¹³² Cfr. art. 1º, nº 2 da LTAD

fusão – entre o que a doutrina entende por *tutela jurisdicional efectiva* na justiça administrativa e na justiça desportiva.

Leia-se o disposto no nº 4 do artigo 268º da Constituição da República Portuguesa:

“É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma (...)”

Desta feita, não restam dúvidas, do direito a que os agentes desportivos, “administrados” pelas federações, competentes no âmbito das suas modalidades, tenham direito a ver os seus interesses protegidos pelos tribunais. Se já se comprovou que a tutela dos tribunais administrativos estava presente neste mundo, ainda que com questionável capacidade de responder aos problemas em tempo útil, então a criação do Tribunal Arbitral do Desporto e conseqüente transferência legal das competências jurisdicionais em matéria desportiva para este tribunal arbitral, só pode significar que é nele que se encerra a verdadeira tutela jurisdicional do direito do desporto. Já se verificou também a aplicabilidade dos princípios gerais do procedimento e processo administrativo às decisões e actos que se enquadrem no espectro público da actividade federativa¹³³, pelo que não é menos pertinente mobilizar o princípio da accionabilidade da actividade administrativa lesiva dos particulares, estatuída no art. 2º, nº 2 do CPTA¹³⁴.

Nesta relação estreita entre a dependência da jurisdição administrativa e a autonomia da justiça desportiva entra em cena um artigo fundamental da LTAD: o art. 8º que assegura a recorribilidade das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto, implicando, em toda a sua extensão a jurisdição nacional administrativa, o que reforça o que aqui se diz acerca desta tutela. É deste modo assegurado o que VIEIRA DE ANDRADE denomina de uma garantia da tutela jurisdicional efectiva num *“segundo momento, pela plena jurisdição do tribunal (...) que lhe permite tomar as decisões justas e adequadas à protecção dos direitos dos particulares e assegurar a eficácia dessas decisões”*¹³⁵ que o Tribunal Arbitral do Desporto

¹³³ Cfr. Capítulo IV, secção 4.1

¹³⁴ Onde pode ler-se: *“A todo o direito ou interesse legalmente protegido corresponde a tutela adequada junto dos tribunais administrativos (...)”*

¹³⁵ Vieira de Andrade, José Carlos in *“A Justiça Administrativa (Lições)”*, (Ob. Cit.), pág. 149

estará sem dúvida em melhor posição de o fazer, garantido pela tutela subsequente dos tribunais administrativos superiores.

FLAMINIO DA SILVA e MIRANTE, num artigo publicado em 2012¹³⁶, concluíam que um dos problemas do projecto da CJD¹³⁷, que mais tarde veio a dar origem à LTAD, era precisamente ao nível das garantias do processo arbitral, já que a proposta, à data, não previa qualquer tipo de recorribilidade das decisões arbitrais, melindrando assim as garantias constitucionalmente consagradas, ainda para mais, o objectivo passando pela criação de um tribunal de competência exclusiva e especializada em matéria desportiva. Com a aprovação da LTAD, no seu texto definitivo, ficou tendencialmente resolvido esse problema e aproximou-se ainda mais do entendimento do tribunal constitucional quanto à arbitragem necessária, quando diz que esta surge de “*um carácter tipicamente publicístico do instituto, sobrepondo-se a vontade do legislador à das partes*”¹³⁸ confirmando que é o Tribunal Arbitral do Desporto o aplicador pleno da jurisdicionalidade desportiva. Aponta-se apenas um reparo à linguagem utilizada no *supra* citado art. 8º da LTAD, que tem que ver com a denominação dos órgãos federativos, como jurisdicionais, que como já se viu, não devem ser chamados desta forma¹³⁹.

A relação que parece ser fundamental nesta altura da matéria é a conjugação das disposições que interligam o âmbito das competências do Tribunal Arbitral do Desporto (como os arts. 1º a 7º da LTAD) à jurisdição administrativa estatal (cfr. art. 8º da LTAD) dando-lhe absoluta independência administrativa e financeira da Administração Pública e dos organismos desportivos – mais concretamente no nº 1, do artigo 1º da LTAD, criando um verdadeiro *Tribunal para o Desporto Português*.¹⁴⁰

6.2 Das dificuldades da arbitragem necessária (conformidade com o texto da CRP)

Ainda que pareça assegurada a tutela jurisdicional efectiva das decisões dos órgãos federativos no Tribunal Arbitral do Desporto não foram pacíficas as discussões em volta da

¹³⁶ Vide Flaminio da Silva, Artur e Mirante, Daniela in *Algumas notas sobre o estatuto dos árbitros do Tribunal Arbitral do Desporto à luz do relatório e do projecto da comissão para a Justiça Desportiva* (Cit. *Ibidem*) pág. 299

¹³⁷ Mais concretamente o art. 11º, nº 1 do Projecto da CJD

¹³⁸ Cfr. Ac. TC nº 289/86 relatado por Martins da Fonseca, Proc. Nº 3/85, disponível na íntegra em <http://www.dgsi.pt>

¹³⁹ Cfr. Capítulo V, secção 5.1

¹⁴⁰ Aspiração já equacionada por Gonçalves, Pedro in “*Entidades Privadas com Poderes Públicos*” (Cit. *Ibidem*) pág. 862 onde refere exactamente que a jurisdição desportiva autónoma passaria pela “*criação de um tribunal do desporto, uma espécie de tribunal administrativo de competência especializada*”

arbitragem necessária instituída, nem a nível da doutrina, nem nos Acórdãos do Tribunal Constitucional que se debruçaram sobre a fiscalização, primeiro do decreto nº 128º/XX¹⁴¹ da Assembleia da República e depois da Lei 74/2013¹⁴².

Levantava-se a questão de não poder, o Estado, transferir uma função de autoridade numa entidade privada e depois eximir-se da responsabilidade de tutelar o mérito dos resultados dessa mesma transferência, sendo que ambos os Acórdãos acabaram por concluir que era esse o resultado do texto que lhes foi levado a escrutínio.

Não parece ser essa aceção correcta, desde logo sufragando o voto de vencida, no Acórdão 781/2013, de Maria de Fátima Mata-Mouros, que diz, correctamente, o seguinte:

“Ora, sendo assim¹⁴³, não é possível continuar a ver no regime instituído uma concessão (excessiva e desnecessária) de «autonomia plena à justiça desportiva, em termos de não ser possível, fora do âmbito de questões estritamente desportivas, qualquer interação com a organização judiciária estadual, com incidência sobre decisões de mérito» (n.º 11 do Acórdão n.º 230/13, realces da minha autoria). O regime atual consagra uma via de acesso dos cidadãos à justiça estadual, pelo que existe uma diferença substancial face à realidade sujeita a análise no âmbito da fiscalização preventiva.”

É de facto exagerado o entendimento do Tribunal Constitucional quando, perante um quadro legislativo extenso que assegura as garantias previstas no art. 20º da Constituição da República Portuguesa, insiste em dizer que a tutela jurisdicional efectiva e o acesso aos tribunais estatais fica gorado pela LTAD. Abstractamente poderia ter razão, mas *in casu* não parece ser essa avaliação correcta, salvo melhor entendimento, onde deveria ter sido mobilizado um *teste da conformidade concreta*¹⁴⁴ e certamente teriam os juízes do Tribunal Constitucional chegado a esta mesma conclusão.

¹⁴¹ Ac. TC 230/2013 relatado por Carlos Fernandes Cadilha, Proc. Nº 279/2013, disponível na integra em <http://www.dgsi.pt>

¹⁴² Ac. TC 781/2013 relatado por José da Cunha Barbosa, Proc. Nº 916/13, disponível na integra em <http://www.dgsi.pt>

¹⁴³ Relativamente a uma enunciação precisa das possibilidades da tutela das decisões proferidas pelo TAD, que poderão ser lidas no texto integral, nomeadamente, a recorribilidade das decisões para a câmara de recurso, as possibilidades de fiscalização de decisões arbitrais previstas na LAV e o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça.

¹⁴⁴ Sobre esta figura Flamínio da Silva, Artur in “*A Resolução de Litígios Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*) pág. 361

Ainda assim, ressalva-se a posição tomada pelo Acórdão 230/2013 quanto ao problema da designação dos árbitros¹⁴⁵ que de facto é limitativa da faculdade de escolha de árbitros¹⁴⁶, base da arbitragem como a conhecemos normalmente:

“Por conseguinte, o diploma que aprova a Lei do Tribunal Arbitral de Desporto, não só não prevê um mecanismo de suprimento judicial de falta de acordo das partes quanto à designação dos árbitros, remetendo essa competência para uma entidade administrativa – contrariamente ao que ocorre no âmbito da Lei de Arbitragem Voluntária -, como limita a liberdade de escolha das partes quanto à designação dos árbitros, sujeitando-as a uma lista predefinida relativamente a cuja composição os interessados nem sequer têm uma intervenção direta, visto que a indigitação, para esse efeito, é feita por organizações sócio-profissionais e associações representativas dos agentes desportivos.”

Este é de facto um problema que deve ser resolvido noutros contornos, mas que o próprio Tribunal Constitucional não sugere nenhuma alternativa, mesmo não sendo da sua competência. No entanto, parece ser um mal menor comparativamente ao grande passo que foi a Lei 74/2013 na prossecução de uma justiça desportiva independente e capaz de responder aos desafios da realidade.

6.3 Dos limites de cognição de litígios pelo TAD

É importante delinear liminarmente os limites que a própria LTAD impõe à cognição, pelo menos no âmbito da arbitragem necessária, à cognição de litígios pelo Tribunal Arbitral do Desporto.

Trata-se de analisar os arts. 4º e 5º da Lei 74/2013 e compreender que a arbitragem necessária versa sobre as litígios que têm a sua génese em acções ou omissões das federações no exercício de prerrogativas de ordem pública, estando as questões desportivas fora desta *capacidade cognitiva*. Por exemplo, podemos dizer que na jurisdição necessária

¹⁴⁵ Questão que não se aprofundará nesta dissertação, mas que neste contexto pode ter alguma relevância; quanto a este tema cfr. Flaminio da Silva, Artur in “*A Resolução de Litígios Desportivos em Portugal*” (Cit. *Ibidem*), Flaminio da Silva, Artur e Mirante, Daniela in *Algumas notas sobre o estatuto dos árbitros do Tribunal Arbitral do Desporto à luz do relatório e do projecto da comissão para a Justiça Desportiva*” (Cit. *Ibidem*) e Mirante, Daniela in “*Arbitragem dos Litígios Desportivos*” in “*O Desporto que os Tribunais praticam*” (Cit. *Ibidem*)

¹⁴⁶ Mesmo assim, veja-se Gonçalves, Pedro in “*Entidades privadas com poderes públicos*” (Ob. Cit.) pág. 570 relativamente à natureza do poder dos árbitros nos tribunais arbitrais necessários

do TAD se incluem “a impugnação de uma sanção disciplinar de suspensão e de multa de um delegado ao jogo, de um dirigente, de derrota de um clube, de não realização de um jogo (...) não podendo ser entendida como atribuída a competência para julgar quaisquer litígios que envolvam as associações territoriais de clubes, na medida em que estas não exercem poderes públicos”¹⁴⁷, deixando precisamente a nota que o que importa à arbitragem necessária são as questões que contendam com o âmbito público da actuação federativa, gozando o TAD, nestas matérias de uma plena capacidade de aplicação e decisão de matéria de facto e de direito.

6.4 As questões estritamente desportivas

Neste capítulo, resta fazer uma breve referência ao que se entende por questões estritamente desportivas e da tutela que lhes assiste nos tribunais.

A jurisprudência é praticamente transversal ao utilizar a disposição do art. 18º, n.ºs 1 e 2 da LBAFD para começar a dar resposta ao problema, já que é lá que dispõe que os resultados desportivos se salvaguardam das questões administrativas e que não são passíveis de litigância nos tribunais, decisões que contendam com matéria estritamente desportiva. Resta pois saber, o que é matéria estritamente desportiva, caracterização que se pode retirar do disposto no n.º 5 do artigo 4º da LTAD que dispõe que “é excluída da jurisdição do TAD (...) a resolução de questões emergentes da aplicação de normas técnicas e disciplinares directamente respeitantes à prática da própria competição desportiva” que ainda que sejam uma conjuntura indeterminada faz uma referência clara às questões estritamente desportivas como toda a aplicação de regras desportivas, atribuição de pontos numa competição ou moldes de um campeonato.¹⁴⁸

Depois da subsequente análise¹⁴⁹ dos vários temas que vêm sendo tratados, uma uniformidade salta à vista, sobretudo na jurisprudência, em designar questões estritamente desportivas como todas aquelas de carácter técnico e que contendam com a aplicação de “regras do jogo”, sendo que, parece ser a baliza melhor empregue nesta temática, dando prevalência não ao enquadramento regulamentar, mas antes à matéria da norma que se pretende analisar. Mais, diz mesmo MEIRIM que, “a postura dos tribunais tem conduzido a

¹⁴⁷ Flamínio da Silva, Artur in “A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal” (Ob. Cit) pág. 464

¹⁴⁸ Como poderia ser um modelo eliminatório ou um sistema de *poule* todos contra todos.

¹⁴⁹ Numa análise mais detalhada cfr. Meirim, José Manuel in “As questões estritamente desportivas” in “O Desporto que os Tribunais praticam” (Cit. *Ibidem*) págs. 811 a 836

*uma aplicação restrita do conteúdo daquilo que se deva ter como questões estritamente desportivas, muitas vezes com apelo às normas constitucionais que consagram o direito a uma tutela jurisdicional efectiva*¹⁵⁰. É nesta senda que fica claro o caminho trilhado pelos tribunais judiciais, bem como o que se vai passando no Tribunal Arbitral do Desporto.

Em jeito de sumário, a ideia reluz de uma forma quase aritmética: se existe um tribunal especializado em matéria desportiva, que em vários momentos se reconduz aos temas e exigências administrativas e esse mesmo tribunal tem todas as condições e requisitos legais para aplicar os preceitos administrativos aos casos com que se depare, acrescentando ainda a obrigatoriedade do controlo jurisdicional ser exercido nos tribunais administrativos superiores, só podemos entender que o Tribunal Arbitral do Desporto está em condições de ser o pleno aplicador do direito desportivo, mais ainda quando se reservam para os órgãos federativos as *questões estritamente desportivas*.

¹⁵⁰ Meirim, José Manuel in “*As questões estritamente desportivas*” in “*O Desporto que os Tribunais praticam*” (Cit. *Ibidem*) págs. 835

VII – Conclusões

Depois de uma extensa exposição, primeiro contextualizadora e depois de análise jurisprudencial e doutrinal, com intuito de encontrar uma resposta melhor para a fonte dos poderes públicos das federações desportivas e fazer precipitar a manifestação desses poderes através da disciplina e do controlo jurisdicional de decisões, parece possível tecer algumas conclusões, em jeito de sumário das principais temáticas tratadas e respostas às perguntas que foram surgindo ao longo da *investigação*.

§ O direito disciplinar desportivo como manifestação do exercício de poderes públicos

Desde logo resulta do art.11º do RJFD, que se consideram como públicos, designadamente o poder regulamentar e disciplinar. Como se pode constatar¹⁵¹ essa é uma acepção redutora, já que a actividade de âmbito público por parte da federação é mais abrangente do que apenas no espectro regulamentador e disciplinar. *Maxime*, a disciplina não só é uma prerrogativa pública, *per si*, como é esse poder que pode fazer cumprir as disposições que são emanadas no exercício de outras prerrogativas diferentes. Ou seja, é no exercício do poder disciplinar que a federação desportiva faz cumprir e credita as suas normas regulamentares da modalidade que lhe diz respeito, perante todos os agentes desportivos que dela fazem parte.

Aliado às disposições de direito administrativo que dispõe acerca, não só da aplicação de princípios gerais e processuais de direito público ao processo disciplinar no seio das federações – em tudo o que não contenda com questões estritamente desportivas – e com a tutela jurisdicional efectiva, das decisões tomadas no âmbito do poder disciplinar, a ser motivada e aplicada nos tribunais administrativos fica patente que o direito disciplinar é fundamento suficiente para, inquestionavelmente, dizer que a federação detêm prerrogativas públicas e que as exercita nas mais variadas funções de regulação da modalidade.

§ As relações entre o direito sancionatório privado e o administrativo na disciplina desportiva

Após leituras sucessivas de fontes doutrinárias sobre justiça administrativa e comparações com o direito disciplinar dos privados, concluiu-se que sobretudo ao nível das relações entre os sujeitos e das garantias existem semelhanças que permitem, mais à frente,

¹⁵¹ Cfr. Capítulo IV

configurar o direito disciplinar primordialmente privado das federações desportivas com as bases do sistema sancionatório administrativo. Aliás, a conclusão a que se chega, até por força da jurisprudência (que diga-se, sofreu evoluções muito positivas ao longo dos tempos), é que de outra maneira não poderia ser.

É necessário que, em virtude do exercício assumido de poder público, quando está em causa o poder disciplinar, por parte das federações desportivas, só se possa exigir que tanto a nível do funcionamento interno, como depois em sede de controlo jurisdicional, imperem os princípios de direito administrativo e a aplicação do CPA. Até pela leitura do art. 2º, nº 2, desse mesmo texto legislativo, em consonância com o que resulta do RJFD, especificamente do art. 14º, com a epígrafe “Justiça desportiva”, a tutela administrativista deste poder fomenta, não só as garantias dos indivíduos enquanto “administrado” mas também a confiança dos agentes desportivos na força e eficácia das normas regulamentares e disciplinares emanadas pelas federações.

Este entendimento também é possível mediante a aceitação do instituto *híbrido* de transferência de atribuições do Estado para os privados, *in casu*, para as federações.

§ A transferência legal de actividade pública para as federações desportivas

Depois de uma análise detalhada das formas de concessão de tarefas públicas em entidades privadas, chegou-se à conclusão que as figuras usualmente utilizadas e encontradas na doutrina não cumpriam todos os requisitos de importância e dimensão do que são as federações desportivas no nosso contexto social dos dias de hoje.

Procurou-se decantar tudo (ou quase tudo) o que se foi encontrando, mas faltou sempre algum elemento para que se pudesse dizer ter uma resposta satisfatória. Certo é que a realidade desportiva está em grande expansão, o que faz com que seja necessária uma atualização mais frequente de conceitos e troca de opiniões, mas depois de perceber que o *serviço público* é delegável e se é delegável, tem que poder ser transferido por lei, foi mais célere a chegada ao instituto aqui proposto.

O mais semelhante com tal contorno, que foi possível encontrar, foi o modelo Espanhol, onde se poderia chamar de facto uma *delegação de serviço público* uma vez que é delegado o serviço público Desporto num ente, ainda que privado, que domina a prática desportiva nacional, por completo, tornando as federações meros entes dependentes dessa

figura principal. Tal não corresponde à realidade portuguesa, primeiro porque os poderes públicos não estão dependentes de acto administrativo, mas derivam da Lei, ainda que a efectivação burocrática disso aconteça por força do Estatuto de Utilidade Pública Desportiva e cada federação regula a sua modalidade ou modalidades com total independência de outras, respondendo apenas à Administração na medida da regulação, também ela já escrutinada.

Neste sentido, sufraga-se a figura da *transferência legal de actividade pública* que caracteriza quase satisfatoriamente a relação entre o Estado e as federações desportivas portuguesas, numa dualidade de autonomia/fiscalização, num contexto de exercício de poderes públicos, bem mais abrangente do que a LBAFD e o RJFD¹⁵² deixa transparecer, corporizando um ente forte e de destaque no mundo do Desporto português.

Concretiza-se esta posição, quando olhamos para a tutela jurisdicional das decisões de órgãos federativos pelo TAD, também ele, criado por Lei da Assembleia da República.

§ O TAD como pleno aplicador do direito desportivo

Quanto ao TAD especificamente, a partir da configuração do direito disciplinar desportivo, coube demonstrar que é nesta instituição que se encerra a plena aplicação do direito desportivo nos nossos dias.

De facto, a arbitragem necessária dos litígios emergentes da prática desportiva, retirando desse âmbito as questões estritamente desportivas, ilumina *a priori* o caminho da plena aplicação do direito desportivo por parte do Tribunal Arbitral do Desporto. Ao trilhar esse caminho, rumo a um plano autónomo do direito desportivo, não poderia deixar de se encontrar alguns problemas. O que saltou mais à vista e que foi melhor analisado, foram as críticas constitucionais à LTAD que no seu art. 8º, alegadamente, violaria o principio de livre acesso aos tribunais estatais. Parece que, se podia ser verdade aquando da fiscalização preventiva do Decreto da Assembleia da República¹⁵³, já não o era aquando da fiscalização concreta da lei 74/2013, pelo que não poderia ser mais correcta a opinião do voto vencido do Acórdão 781/2013 do Tribunal Constitucional.

Ainda assim, dúvidas não restam, que o pleno aplicador do direito desportivo, instância máxima de recurso das decisões desportivas dos órgãos de resolução de litígios das

¹⁵² Cfr. arts. Xº da LBAFD e Xº do RJFD

¹⁵³ Decreto nº 128/XX

federações, é o TAD, apesar da possibilidade de dirimir determinadas questões nos tribunais administrativos superiores. É uma ressalva importante para o contexto jurídico do momento, mas acredita-se que eventualmente a jurisdição desportiva poderá ser completamente autónoma, deixando também claro que a previsão da LTAD quanto à possibilidade de recurso ao Tribunal Constitucional não se afigurava necessária uma vez que o TC pode conhecer das questões de constitucionalidade que lhe forem colocadas, por previsão da CRP, independentemente da lei o dizer ou não.

Resumidamente, com as possibilidades de controlo jurisdicional estatal¹⁵⁴ das decisões do TAD, não há razões para achar que o Tribunal Arbitral do Desporto não é a instância de excelência do ordenamento desportivo.

¹⁵⁴ Tanto as previstas na LTAD, como as que resultam do ordenamento jurídico.

Bibliografia

- Ac. TC relatado por Carlos Fernandes Cadilha, 279/2013 (Tribunal Constitucional Abril 24, 2013).
- Ac. TC relatado por Guilherme da Fonseca, 91-0328 (Tribunal Contitucional Dezembro 14, 1995).
- Ac. TC relatado por José da Cunha Barbosa, 916/13 (Tribunal Constitucional Novembro 20, 2013).
- Ac. TC relatado por Martins da Fonseca , 178/86 (Tribunal Constitucional Setembro 22, 1989).
- Ac. TC relatado por Martins da Fonseca, 3/85 (Tribunal Constitucional Outubro 29, 1986).
- Ac. TCAS relatado por Fonseca da Paz, 01039/05 (Contencioso Administrativo, 2º Juizo Outubro 6, 2005).
- Ac. TCAS relatado por Fonseca da Paz, 04036/08 (Tribunal Central Administrativo Sul Janeiro 22, 2009).
- Ac. TCAS relatado por Rogério Martins, 01270/05 (Tribunal Central Administrativo Sul Janeiro 26, 2006).
- Barbosa, B. (2014). Federações Desportivas: Natureza jurídica e estatuto de utilidade pública desportiva. In J. M. Meirim, *O Desporto que os Tribunais praticam* (pp. 427-458). Coimbra: Coimbra.
- Caetano, M. (1965). *Manual de Direito Administrativo*. Lisboa: Coimbra Editora, Lda.
- Carvalho, A. C. (2014). O poder disciplinar federativo numa década de jurisprudência dos tribunais administrativos (2002-2012). In J. M. Meirim, *O Desporto que os Tribunais praticam* (pp. 459-482). Coimbra: Coimbra Editora.
- Correia, L. M. (2010). O estatuto de utilidade pública desportiva. In S. S. da Fonseca, A. M. Mestre, & L. M. Correia, *Estudos de Direito Desportivo em Homenagem a Albino Mendes Baptista* (pp. 221-278). Lisboa: Universidade Lusíada Editora.

- Flamínio da Silva, A. (2013, Out/Nov). Desporto e ditadura em Portugal: uma perspectiva jurídico-histórica sobre as questões do profissionalismo. *RDD n° 15*, pp. 78-88.
- Flamínio da Silva, A. (2013, Dez/Jan). O Ordenamento Jurídico da FIFA: Um diálogo entre Kelsen e Santi-Romano. *RDD n° 10*, pp. 65-89.
- Flamínio da Silva, A. (2014, mai/ago). A justiça desportiva em Portugal durante o Estado Novo e o pluralismo jurídico: uma análise do procedimento disciplinar de Eurico Rocha Surgey. *Revista Jurídica - CCJ*, pp. 161-174.
- Flamínio da Silva, A. (2017). *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: Entre o Direito Público e o Direito Privado*. Lisboa: Edições Almedina, SA.
- Flamínio da Silva, A., & Mirante, D. (2012, Jan/Abr). Algumas notas sobre o estatuto dos árbitros do Tribunal Arbitral do Desporto à luz do relatório e do projecto da comissão para a Justiça Desportiva. *Desporto & Direito n° 26*, pp. 279-297.
- Gonçalves, P. (2005). *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Edições Almedina, SA.
- Gonçalves, P. (2013). *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Meirim, J. M. (2002). *A Federação Desportiva como sujeito público do sistema desportivo*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Meirim, J. M. (2014). As questões estritamente desportivas. In J. M. Meirim, *O Desporto que os Tribunais praticam* (pp. 811-836). Coimbra: Coimbra Editora.
- Miele, G. (1994, I). Potere, diritto soggettivo e interesse. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, p. 123 e ss.
- Mirante, D. (2014). Arbitragem dos Litígios Laborais Desportivos. In J. M. Meirim, *O Desporto que os Tribunais praticam* (pp. 837-854). Coimbra: Coimbra Editora.
- Moreira, V. (1997). *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina - Coimbra.
- Pessanha, A. (2001). *As Federações Desportivas: Contributo para o Estudo do Desenvolvimento Desportivo*. Coimbra: Coimbra Editora.

- Quintela de Brito, T. (2009). A determinação das responsabilidades individuais no quadro de organizações complexas. In M. F. Palma, A. Silva Dias, & P. de Sousa Mendes, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (pp. 75-103). Coimbra: Coimbra Editora.
- Real Ferrer, G. (1991). *Derecho Público del Deporte*. Madrid: Civitas.
- Teixeira, C. A. (2009). Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação. In M. F. Palma, A. Silva Dias, & P. de Sousa Mendes, *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (pp. 107-137). Coimbra: Coimbra Editora.
- Veira de Andrade, J. C. (2012). *A Justiça Administrativa (Lições)*. Coimbra: Edições Almedina S.A.
- Vieira de Andrade, J. C. (2012). *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.