Revista Cientifica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB - SP
Outono 2012 - ANO IV - Nº 10

Revista

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

OAB SÃO PAULO

ESA

Direito Desportivo

"Aprimore seus conhecimentos com quem é referência."

DIRETORIA

Presidente: Luiz Flávio Borges D’Urso

Vice Presidente: Marcos da Costa

Secretário-Geral: Braz Martins Neto

Secretário-Geral Adjunta: Clemencia Beatriz Wolthers

Tesoureiro: José Maria Dias Neto

SÃO PAULO

CONSELHO SECCIONAL

AILTON JOSE GIMENEZ
AMERICO DE CARVALHO FILHO
AMILCAR AQUINO NAVARRO
ANNA CARLA AGAZZI
ANTONIO CARLOS DELGADO LOPES
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO
ANTONIO JORGE MARQUES
ARMANDO LUIZ ROVAI
CARLOS ALBERTO EXPEDITO DE BRITTO NETO
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO
CARLOS BARBARÁ
CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA
CARLOS PINHEIRO
CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI
CID ANTONIO VELLUDO SALVADOR
CID VIEIRA DE SOUZA FILHO
CLAUDIO BINI
CLAUDIO PERON FERRAZ
DANIEL BLIKSTEIN
DARMY MENDONCA
EDSON COSAC BORTOLAI
EDSON ROBERTO REIS
EDUARDO CESAR LEITE
ELI ALVES DA SILVA
ESTEVAO MALLET
EURO BENTO MACIEL
FABIO MARCOS BERNARDES TROMBETTI
FABIOLA MARQUES
FERDINANDO COSMO CREDIDIO
FERNANDO JOSE DA COSTA
FLAVIO JOSE DE SOUZA BRANDO
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE
GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS
GUSTAVO FLEICHMAN
HELENA MARIA DINIZ
HORACIO BERNARDES NETO
JAIRO HABER
JAMIL GONCALVES DO NASCIMENTO
JARBAS ANDRADE MACHIONI
JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA
JOAO CARLOS RIZOLLI
JOAO EMILIO ZOLA JUNIOR
JORGE ELUF NETO
JOSE EDUARDO TAVOLIERI DE OLIVEIRA
JOSE LEME DE MACEDO
JOSE VASCONCELOS
LAERTE SOARES
LUIS RICARDO MARCONDES MARTINS
LUIZ CARLOS PEGAS
LUIZ DONATO SILVEIRA
LUIZ EDUARDO DE MOURA
MANOEL ROBERTO HERMIDA OGANDO
MARCELO FERRARI TACCA
MARCIO APARECIDO PEREIRA
MARCO AURELIO VICENTE VIEIRA
MARTIM DE ALMEIDA SAMPAIO
MAURICIO FERNANDO ROLLEMBERG DE FARO MELO
MAURICIO SILVA LEITE
MOIRA VIRGINIA HUGGARD-CAINE
NELSON ALEXANDRE DA SILVA FILHO
ODINEI ROGERIO BIANCHIN
RICARDO LOPES DE OLIVEIRA
RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROMUALDO GALVAO DIAS
ROSANGELA MARIA NEGRAO
ROSSANO ROSSI
RUI AUGUSTO MARTINS
SERGIO ROXO DA FONSECA
SIDNEI ALZIDIO PINTO
UMBERTO LUIZ BORGES D´URSO
YARA BATISTA DE MEDEIROS

Membros Suplentes:

ADIB KASSOUF SAD
ADRIANA GALVÃO MOURA
ALEXANDRE TRANCHO
ANTONIO CARLOS ROSELLI
ANTONIO ELIAS SEQUINI
ANTONIO HERCULES
ANTONIO OLIVEIRA JUNIOR
ANTONIO RICARDO DA SILVA BARBOSA
ARISTEU JOSE MARCIANO
ARLEI RODRIGUES
CESAR AUGUSTO MAZZONI NEGRAO
EDGAR FRANCISCO NORI
FATIMA PACHECO HAIDAR
FERNANDO CALZA DE SALLES FREIRE
FERNANDO LUCIANO GARZAO
GENILDO LACERDA CAVALCANTE
GEORGE AUGUSTO NIARADI
JORGE LUIZ CARNITI
JOSE FABIANO DE QUEIROZ WAGNER
JOSE MEIRELLES FILHO
JOSE RODRIGUES TUCUNDUVA NETO
LIVIO ENESCU
LUCIA MARIA BLUDENI
LUIZ AUGUSTO ROCHA DE MORAES
LUIZ CARLOS RIBEIRO DA SILVA
LUIZ CELIO PEREIRA DE MORAES FILHO
LUIZ FERNANDO AFONSO RODRIGUES
LUIZ TADEU DE OLIVEIRA PRADO
MARCELO GATTI REIS LOBO
MARCELO SAMPAIO SOARES
MARCOS ANTONIO DAVID
MAURICIO SCHEINMAN
OSCAR ALVES DE AZEVEDO
OTAVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA
PAULO JOSE IASZ DE MORAIS
ROBERTA CRISTINA ROSSA
SIDNEY LEVORATO
STASYS ZEGLAITIS JUNIOR
VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

Membros Natos:

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR
JOSÉ EDUARDO LOUREIRO
JOSÉ ROBERTO BATOCHIO
JOÃO ROBERTO EGYDIO DE PIZA FONTES
MARCIO THOMAZ BASTOS
MARIO SERGIO DUARTE GARCIA
RUBENS APPROBATO MACHADO

Membros Efetivos Paulistas no Conselho Federal:

ARNOLDO WALD FILHO
GUILHERME OCTAVIO BATOCHIO
MARCIA REGINA MACHADO MELARE

Membros Suplentes Paulistas no Conselho Federal:

NORBERTO MOREIRA DA SILVA
TALLULAH KOBAYASHI DE A.CARVALHO

DIRETORIA

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice Diretora: Anna Carla Agazzi

Assessor Especial da Diretoria: Laerte Soares

Coordenação Geral: Ana Vieira

Conselho Curador

Presidente: Estevão Mallet

Vice-Presidente: Helena Maria Diniz

Secretário: Anis Kfouri Júnior

Conselheiros:

Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Roberto Delmanto Júnior

Representantes do Corpo Docente:

Paulo José Villela Lomar
Sandra Maria Boldini
Cláudio Cintra Zarif

Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:

José Fernando Simão

Representante do Corpo Discente:

Antônio Ricardo Miranda Júnior

Revista

ESA

SÃO PAULO

Índice

Diretoria	Pág. 02
Conselho Seccional	Pág. 03
Conselho Curador	Pág. 04
Editorial	Pág. 05
Apresentação	Pág. 06
Sobre a Revista	Pág. 130

Artigos

Artigo 1 - Anotação João Leal Amado	Pág. 08
Artigo 2 - O Conceito de Associação e as Entidades de Prática Desportiva Brasileiras Aldo Giovani Kurle	Pág. 32
Artigo 3 - A Responsabilidade Civil nos Espetáculos Desportivos Martinho Neves Miranda	Pág. 42
Artigo 4 - O Dano Moral do Torcedor Caroline Nogueira	Pág. 58
Artigo 5 - Cláusula Indenizatória Desportiva - Aspectos Teóricos e Práticos João Henrique Chen Chiminazzo	Pág. 66
Artigo 6 - A Propriedade Intelectual E Seus Reflexos No Âmbito Desportivo Cássio Nogueira Garcia Mosse	Pág. 72
Artigo 7 - A Previsão do Ato Olímpico Contra as Práticas do "Ambush Marketing" - Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016 Leonardo Andreotti	Pág. 82
Artigo 8 - A Crise Financeira Mundial e Direito Desportivo Internacional: A Jurisdição da FIFA em Xeque Breno Costa Ramos Tannuri E Ana Paula Dos Santos Cesar	Pág. 94
Artigo 9 - A Codificação Disciplinar no Desporto Brasileiro - Gênese, Peculiaridades e Objetivos da Sistematização Disciplinar Desportiva no Brasil Wladimyr Camargos	Pág. 100
Artigo 10 - Prolegômenos para o surgimento de um Direito Processual Desportivo Scheyla Althoff Decat	Pág. 110
Artigo 11 - Radiografia Sumária da Justiça Desportiva: Uma Visão de Política Desportiva Disciplinar a Partir da Atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva nos Últimos 12 Anos Caio Pompeu Medauar de Souza	Pág. 120

Editorial

Expediente

Resumo

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

ISSN - 2175-4462

http:// www.esaoabsp.edu.br

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo
Luiz Flávio Borges D'Urso

Diretor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo
Rubens Approbato Machado

Presidente do Conselho Curador da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo
Estevão Mallet

Conselho Editorial
Laerte Idalino Marzagão Júnior
Rizzatto Nunes
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Maria do Carmo Oliveira Carrasco

Coordenador de Editoração
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Colaboradores
Arleide Santana Felipe
Roseleine Scalabrini França
Tomás Rotter Bueno

Jornalista Responsável
Santamaria Nogueira Silveira

Endereço para Correspondência
Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja Liberdade - São Paulo/SP
CEP: 01503-020 ou através do endereço eletrônico - revista@esa.oabsp.org.br
Telefone para Contato: (011) 3346-6800

Ficha Catalográfica
Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP - Nº 10. (Outono - 2012.)
São Paulo: OAB/SP, 2012.

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462. Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

São enormes o orgulho e a deferência que recebo para apresentar a edição de mais um número da Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, esta, agora, totalmente dedicada ao Direito Desportivo.

Orgulho porque já vamos alcançando a 4ª Turma da Especialização em Direito Desportivo, hoje, reconhecido, sem qualquer sombra para dúvidas, como um dos Cursos mais prestigiados do nosso país.

Deferência porque o faço a pedido de uma das maiores autoridades do Direito Desportivo nacional, o nosso Diretor, Doutor Rubens Approbato Machado.

E a Revista que ora se apresenta vem com a "feição" do direito novo, para o qual a Escola Superior de Advocacia tanto contribui.

De fato, o Direito Desportivo é esse ramo do direito em constante evolução, no qual a interdisciplinariedade das matérias e do conhecimento sobressai-se. E que mostra, por sua produção científica ainda *in fieri*, o quanto se desenha como um campo com inescondível potencial de desenvolvimento.

Já consagrada pela publicação de dois volumes do Direito Desportivo Sistêmico, com um terceiro a caminho, a Escola Superior de Advocacia, com mais esta Revista, sela, de vez, seu compromisso com a difusão e universalização da produção científica jusdesportista.

Prova disso são os juristas de renome que compõem este Caderno!

A começar pelo querido amigo lusitano, Professor Doutor João Leal Amado, que desde Coimbra nos propõe interessantes observações sobre decisão emanada do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, com possível repercussão em nosso país, a partir do art. 28 da Lei nº 9.615/98, projetando e definindo os efeitos defletidos da "profissionalização do desporto" numa relação jurídico-laboral.

A Doutora Caroline Nogueira, por sua vez, desenvolve o conceito de *dano moral* no esporte, à luz da relação consumerista que se estabelece em favor do Torcedor, tomando como referência as disposições da Lei nº 10.671/03.

Na mesma senda da irradiação do direito civil e levando em conta a peculiaridade do fenômeno desportivo, o Doutor Martinho Neves Miranda e o Doutor Aldo Giovani Kurle discorrem, respectivamente, sobre a "responsabilidade civil nos espetáculos desportivos" e também sobre o "conceito de associação e as entidades de prática desportiva brasileiras", sinalizando que o desporto impõe se admita um trato particularizado para institutos e conceitos tradicionalmente manejados pelo Direito.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
OAB
SÃO PAULO

João Henrique Cren Chiminazzo faz abordagem dos aspectos teóricos e práticos de um tema sempre tão atual e contagiante, como o é o da "cláusula indenizatória desportiva", enquanto Breno Costa Ramos Tannuri e Ana Paula dos Santos Cesar ocupam-se de comentar sobre a repercussão das decisões vinculativas da FIFA num ambiente de crise financeira mundial.

O viés comercial e empresarial do desporto não ficou para trás. Cássio Nogueira Garcia Mosse e Leonardo Andreotti enfrentam os dilemas da propriedade intelectual e do *marketing de emboscada*, apresentando conceitos atualíssimos sobre aspectos econômicos de relevo no Esporte.

Por fim vêm as contribuições de Wladimyr Vinycius de Moraes Camargos, Chefe da Consultoria Jurídica do Esporte e Presidente da Comissão de Estudos Jurídicos Desportivos do Conselho Nacional do Esporte, Caio Medauar, Advogado e Procurador de Justiça Desportiva do STJD do Futebol e Scheyla Althoff Decat, Presidente do TJD da Federação Aquática do Estado do Rio de Janeiro, apresentando-nos importantes ponderações sobre a importância da codificação do Direito Desportivo Disciplinar, o surgimento de uma autêntica "ciência processual desportiva" e prática da Procuradoria de Justiça Desportiva.

Enfim, todos, efetivamente, membros da Família ESA, estão por dar o testemunho de que o Direito Desportivo deve ser tratado de forma sistemática e compreensiva do seu objeto, para todos os efeitos distinguido e diferenciado, em face da realidade fenomênica.

Os trabalhos reunidos nesta Revista, a toda luz, de significativo têm a virtualidade de, uma vez mais, alimentarem a curiosidade científica, sujeitando os temas à crítica jurídica.

Parabéns à ESA da OAB/SP por mais essa conquista!

Por Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre e Doutorando em Criminologia e Sociologia Jurídico Penal pela Universidade de Barcelona (Espanha). Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direito Desportivo da ESA da OAB/SP. Ex-Auditor do Tribunal Pleno do STJD da Confederação Brasileira de Futebol.

Anotação

«O abandono dos antigos meios "naturais" de julgar no desporto a favor de meios novos, mecânicos, correu paralelamente a uma evolução histórica em maior escala: das competições desportivas como recreação para jovens saudáveis do sexo masculino (e em menor grau do sexo feminino), às quais elementos do público com disponibilidade de tempo podiam, se a isso estivessem dispostos, assistir gratuitamente, ao desporto como espectáculo ensaiado para multidões de espectadores pagantes por homens de negócios que têm ao seu serviço competidores profissionais».

J. M. COETZEE, Diário de Um Mau Ano, Dom Quixote, 2008, pp. 81-82

Sumário

Nota Prévia

1. Desporto, profissão, trabalho.

2. Lançamento do disco: serviço ou trabalho?
2.1. As estipulações negociais
2.2. A execução contratual

3. Conclusão

Acórdão

João Leal Amado - Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro da Direção da AEL (Associação de Estudos Laborais) e do IDET (Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho), assim como do Conselho Editorial das Revistas "Desporto & Direito" e "Questões Laborais", publicadas pela Coimbra Editora. Professor de Direito Desportivo e Direito do Trabalho.

Nota prévia

O art. 28-A da *Nova Lei Pelé* (Lei n.º 9.615, de 24 de Março de 1998, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 12.395/11) preceitua que se caracteriza como autónomo o atleta «que não mantém relação empregatícia com entidade de prática desportiva, auferindo rendimentos por conta e por meio de contrato de natureza civil». No § 3.º da mesma norma legal, lê-se ainda que «o disposto neste artigo não se aplica às modalidades desportivas coletivas», para as quais o legislador brasileiro parece reservar a figura do contrato especial de trabalho desportivo, implicando o reconhecimento de relação empregatícia.

Seja como for, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de Portugal que em seguida se publica e se anota confirma que, em matéria de qualificação contratual, importa sempre proceder a uma análise casuística. Na espécie, trata-se de uma praticante profissional de atletismo (lançamento do disco), modalidade desportiva individual, mas o STJ português caracterizou o contrato celebrado entre a atleta e o clube desportivo em causa como um verdadeiro e próprio contrato de trabalho, gerador de uma relação de emprego subordinado.

Ou seja, a ligação *modalidade colectiva-contrato de trabalho e modalidade individual-contrato civil* é meramente tendencial, tudo dependendo da análise das concretas estipulações negociais em apreço e do modo como, na prática, esse mesmo contrato veio a ser executado pelas partes. Assim, numa modalidade desportiva colectiva poderão, quiçá, existir contratos de natureza civil entre atletas e clubes. E, inversamente, o presente aresto do STJ confirma que numa modalidade desportiva individual também poderá haver contratos de natureza laboral/trabalhista.

1. Desporto, profissão, trabalho.

No seu clássico texto *Desportismo Profissional*, datado de 1939, interrogava-se SÍLVIO LIMA: «Pode o desporto tornar-se uma profissão?». E respondia: «Sem dúvida que o pode, mas não deve fazê-lo sob pena de a si mesmo se negar como desporto. A fórmula *desportismo profissional* é absurda, contraditória e imoral. Se é desportismo, não pode ser profissional, se é profissional não pode ser desportismo. A verdade de um é a falsidade do outro». E SÍLVIO LIMA ia mais longe, afirmando: «Vivendo só do desporto mercenário, isto é, sem trabalho, o desportista infra-humaniza-se, inferioriza-se até ao baixo plano do animalesco». Para o Autor, em síntese, «o desporto não é uma profissão; é *um otium cum dignitate*, um *lazer* bem aplicado», sendo que o profissionalismo desportivo representaria «a negação intrínseca e a ruína do próprio desporto». Desta forma, SÍLVIO LIMA concluía: «O desporto deve ser sempre um *amadorismo*»[1].

Quão longe estamos desse tempo! Décadas passaram e, como é sabido, o fenómeno desportivo foi submetido a um intenso processo de mercantilização, mediatização e profissionalização. Entende-se hoje que não existe qualquer antagonismo insuperável entre jogo e trabalho, entre desporto e profissão[2]. É certo que, tradicionalmente, o desporto relaciona-se com o ócio, com o lazer, com o tempo livre, surgindo, nessa medida, como a antítese do trabalho. Todavia, a passagem do desporto-recreação para o desporto-espectáculo, factor de diversão de quem a ele assiste e não de quem o pratica, veio a transformar o desporto numa verdadeira profissão, desvanecendo a figura do atleta-*homo ludens* e fazendo emergir a figura do atleta-*homo faber*. Do desporto-antítese do trabalho transita-se, pois, para o *desporto-espécie de trabalho.* Com efeito, para o praticante profissional a actividade desportiva deixou de constituir uma recreação destinada ao repouso da fadiga ou uma alternativa à monotonia de um trabalho opressivo e desgastante; para este praticante, a actividade desportiva, actividade constante e absorvente, carregada de exigências, de obstáculos e de problemas, é *o seu próprio trabalho*, conforme assinala ROGER CAILLOIS[3].

Significa isto que todo o praticante desportivo profissional se perfila, juridicamente, como um trabalhador subordinado por conta de outrem? A resposta é negativa, visto que, aliás como sucede com tantas outras profissões, nada impede que a actividade desportiva seja profissionalmente prestada ao abrigo de outros contratos que não o contrato de trabalho, maxime contratos de prestação de serviço. Em certas modalidades desportivas, designadamente em modalidades individuais (como o golfe, o ténis ou o boxe, p. ex.), bem poderá concluir-se, analisando a concreta configuração da relação em causa, que o praticante desportivo profissional é alguém que trabalha por conta própria, é um trabalhador autónomo. A figura do praticante/trabalhador subordinado é, pelo contrário, característica dos chamados desportos de equipa (futebol, basquetebol, andebol, voleibol, basebol, hóquei, râguebi, etc.), nos quais a actividade desportiva do praticante carece de ser articulada com a dos restantes elementos do conjunto, vindo aquele a integrar-se numa estrutura organizada e dirigida por outrem[4].

É claro que por vezes a questão é outra, pois os próprios sujeitos do contrato vêm a qualificá-lo erroneamente, designando por contrato de prestação de serviços (ou expressão análoga) aquilo que, na verdade, é um contrato de trabalho desportivo. Deparamos aqui com um problema bem conhecido da ciência juslaboral, tendo os tribunais, quando chamados a analisar

---

1 Este escrito de SÍLVIO LIMA veio a ser reeditado em 1987, na colecção Desporto e Sociedade — Antologia de Textos, Ministério da Educação e Cultura, Direcção-Geral dos Desportos, Lisboa, n.º 75.

2 Registe-se que só em 1960 foi publicada a Lei n.º 2104, de 30 de Maio, sobre alterações ao funcionamento de vários desportos, na qual, pela primeira vez entre nós, expressamente se admitia o profissionalismo desportivo. Os praticantes eram divididos em três categorias — amadores, não amadores e profissionais —, mas estes últimos apenas poderiam actuar nas modalidades de futebol, ciclismo e pugilismo, bem como nas que, ouvida a Junta Nacional da Educação, viessem a ser fixadas pelo Ministro da Educação. A prática de todas as outras modalidades era vedada aos profissionais.

A leitura do parecer da Câmara Corporativa sobre o projecto de diploma que viria a resultar na Lei n.º 2104 (Parecer n.º 27/VII, publicado em Pareceres da Câmara Corporativa, ano de 1960, vol. I, pp. 125 e ss.) revela-se muito interessante, esclarecendo-nos sobre o modo como o legislador considerava o desporto profissional. Segundo o referido parecer, este último, constituindo embora «um desvio, melhor, uma deturpação dos altos princípios que informam a actividade desportiva, nada, porém, contém em si que o possa tornar socialmente reprovável» (p. 129). Deste modo, impunha-se reconhecer e legitimar o profissionalismo, regularizando uma situação de facto há muito existente, mas concluía-se: «Para além dessa regularização, onde ela se mostre inevitável, ao Governo só interessa naturalmente o desporto não como actividade profissional, mas como factor de desenvolvimento físico e moral, e daí que ao estabelecer o amadorismo como regra se reserve o direito de fixar as actividades cuja prática será consentida a profissionais e subsidiados» (p. 144).

3 Os Jogos e os Homens, Edições Cotovia, Lisboa, 1990, p. 67. Aguda consciência desta mudança tinha-a já FERNANDO PESSOA, quando, escrevendo por volta dos anos 30 do século passado, considerava a improbidade e ineficiência profissionais como características distintivas da sua época, acrescentando: «As únicas artes e ofícios em que vemos alguma luta pela perfeição ou pela realização são a ausência de artes e ofícios — isto é, as actividades a que se chama desportos e jogos, e que costumavam ser consideradas, não como coisas em que se luta por algo, mas sim como coisas em que se descansa dessa luta» (Obra Essencial de Fernando Pessoa, Prosa Íntima e de Autoconhecimento, Assírio & Alvim, Lisboa, 2007, p. 369).

4 A noção de contrato de trabalho vertida no art. 11.º do actual Código do Trabalho reconhece expressamente a componente organizacional deste contrato, ao aludir à prestação de actividade laboral «no âmbito de organização» da entidade empregadora. A este propósito, JOÃO LEAL AMADO, Contrato de Trabalho, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 56-57.

tais contratos, o poder de proceder à respectiva requalificação, corrigindo o *nomen juris* adoptado pelas partes. Na fórmula clássica, «os contratos são o que são, não o que as partes dizem que são». Com efeito, as partes são livres para concluir o contrato *x* ou o contrato *y*, mas já não o são para celebrar o contrato *x* dizendo que celebraram o contrato *y* — naquilo, e não nisto, consiste a sua liberdade contratual, entre nós consagrada no art. 405.º do Código Civil.

A liberdade contratual não se confunde, pois, com a manipulação da qualificação da relação. Como dizia Orlando de Carvalho, «a liberdade contratual é a liberdade de modelar e de concluir os negócios, não a de decidir arbitrariamente da lei a que eles devem submeter-se (sobretudo se o *nomen* escolhido não corresponde às estipulações)»[5]. Destarte, apurando-se a existência de uma prestação de actividade em regime de heterodeterminação e a troco de uma retribuição, toparemos com um contrato de trabalho e não com um qualquer contrato de prestação de serviço, ainda que esta seja a designação contratual adoptada pelas partes e independentemente da cor do recibo passado pelo prestador de actividade[6]. Trata-se, afinal, de dar prevalência à vontade real das partes, desvelada pela execução contratual, sobre a vontade declarada.

2. Lançamento do disco: serviço ou trabalho?

A nosso ver, o presente aresto do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) constitui uma magnífica ilustração do que se escreve *supra*. Na espécie, uma praticante profissional de atletismo, aliás bastante credenciada (Teresa Machado, atleta com marcas de nível internacional na modalidade de lançamento do disco), havia celebrado com o Sporting Clube de Portugal (SCP) um suposto «contrato de prestação de serviços», pelo período de quatro épocas desportivas, o qual veio a ser prematuramente extinto por decisão do SCP. Nos termos desse contrato, a atleta auferia uma retribuição certa mensal, dando quitação das prestações recebidas através de «recibo verde». Na acção judicial intentada, Teresa Machado alegava que havia celebrado com o SCP um verdadeiro contrato de trabalho desportivo e que havia sido ilicitamente despedida pela sua entidade empregadora.

O tribunal teve, assim, de proceder à qualificação do contrato que havia vigorado entre aqueles sujeitos. E fê-lo de forma judiciosa, explicitando com rigor a sua missão: «É fundamental, para determinar a natureza e o conteúdo das relações estabelecidas entre as partes, averiguar qual a vontade por elas revelada, quer quando procederam à qualificação do contrato, quer quando definiram as condições em que se exerceria a actividade — ou seja, quando definiram a estrutura da relação jurídica em causa — e proceder à análise do condicionalismo factual em que, em concreto, se desenvolveu o exercício da actividade no âmbito da relação jurídica emergente do acordo negocial». Desta forma, e sendo certo que as partes qualificaram o contrato como «contrato de prestação de serviços», o STJ procurou apurar se aquele *nomen* correspondia à real vontade das partes, quer através de uma cuidadosa análise do clausulado contratual, quer analisando a conduta dos contraentes ao longo da execução do contrato. Vejamos.

2.1. As estipulações negociais

Como se lê no Acórdão em apreço, mais do que ao nome que as partes deram ao contrato, para a sua qualificação importa atender à forma como, logo à partida, ficou estipulado o negócio, havendo por conseguinte de atentar-se no que, no escrito que corporizou o encontro de vontades, ficou consignado. Ora, após ter percorrido as cláusulas contratuais e depois de analisar os direitos e obrigações delas emergentes, o STJ concluiu: «Surpreendem-se, no texto do aludido escrito, inequívocos sinais de que, apesar do nome que deram ao contrato, foi vontade das partes estabelecerem um relacionamento em que o exercício da actividade a prestar pela Autora haveria de ser levado a cabo sob a autoridade e direcção do Réu». Nesse sentido apontariam, sobretudo, «as obrigações de respeitar as indicações e instruções de técnicos encarregados de assegurar a preparação física e a assistência médico-desportiva, que o Réu se comprometeu a facultar, de integrar a equipa de atletismo e, com particular relevo no âmbito da autoridade, a

5 Escritos, Páginas de Direito, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 22-23.

6 Isto mesmo é expressamente reconhecido pelo próprio legislador, ao inscrever, no verso dos chamados «recibos verdes» (modelo n.º 6 do IRS), que «a utilização de recibos do presente modelo não implica a qualificação do trabalho prestado, como independente, para efeitos de direito do trabalho».

sujeição ao regulamento disciplinar em vigor no Réu».

Ou seja, na óptica do STJ, o teor das estipulações contratuais desmentiria a qualificação do negócio efectuada pelas partes. E, como o que releva é o conteúdo e não o rótulo do contrato, este seria, verdadeiramente, um contrato de trabalho desportivo[7].

2.2. A execução contratual

Quanto ao modo como, na prática, veio a desenvolver-se a execução da relação jurídica estabelecida entre as partes, o STJ entendeu que tal execução não apresentava desvios de substância, no tocante aos deveres nucleares assumidos pela atleta perante o clube, referidos directamente ao exercício da sua actividade profissional. Como se lê no Acórdão, «provou-se que, no âmbito da execução da actividade contratada, a Autora realizava treinos diários, sob a orientação e supervisão de um treinador remunerado pelo Réu, recebia ordens e instruções do responsável pela secção de atletismo para se apresentar no clube sempre que necessário, bem como nas competições internacionais [em] que teria de participar, sendo que entrava em todas as competições determinadas por ele e em sua única e exclusiva representação». Deste modo, segundo o STJ, «pode afirmar-se que as partes quiseram e actuaram efectivamente um relacionamento em que sempre esteve presente a possibilidade de o Réu orientar e dirigir a actividade laboral da Autora, ainda que indirectamente, através de um treinador por ele remunerado ou de técnicos de medicina desportiva por ele designados, com sujeição a normas contidas em regulamento disciplinar do próprio Réu, tudo tendo em vista a prossecução dos fins a alcançar com a referida actividade da Autora, por ele, Réu, definidos».

A circunstância de o treinador de Teresa Machado ter sido contratado pelo SCP, sendo remunerado por este (ainda que, também ele, através de «recibos verdes»…) e não pela atleta, levou o STJ a desvalorizar as alegações do clube no sentido de que a organização dos tempos de treino não era definida directamente pelo SCP e de que os treinos se realizavam em instalações não pertencentes ao clube. A verdade é que, ainda assim, os treinos eram orientados, dirigidos e controlados por um treinador contratualmente vinculado ao SCP, o que confirma a situação de subordinação jurídica em que se encontrava a atleta. A qualificação do contrato já seria, porventura, mais complexa, na hipótese de ser a própria Teresa Machado a contratar e a remunerar o dito treinador, limitando-se depois a participar nas competições desportivas ao serviço do clube, dado que, neste caso, a sua margem de autonomia na execução contratual seria substancialmente maior.

3. Conclusão

Tendo como pano de fundo um litígio emergente da prática profissional de uma modalidade desportiva marcadamente distinta do futebol, o presente acórdão tem o indiscutível mérito de confirmar a pujança do contrato de trabalho desportivo (muito para lá das fronteiras do «desporto-rei»…) e, quiçá, de contribuir para contrariar uma certa vertigem para os (falsos) contratos de prestação de serviço que, nos últimos tempos, parece assolar o nosso universo jurídico-desportivo (inclusive no domínio do «desporto-rei…). O *nome* dado ao contrato e a *cor do recibo* emitido soçobraram em face da *estática contratual* (análise das respectivas cláusulas) e da *dinâmica relacional* (análise da execução do contrato). E isto foi feito, note-se, sem que o tribunal pudesse lançar mão da «presunção de laboralidade» consagrada no art. 12.º do actual Código do Trabalho, dado que o despedimento da atleta remonta a 13 de Outubro de 2003[8].

A despeito da requalificação contratual efectuada, o certo é que o tribunal não convocou o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, constante da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, em ordem a fixar as consequências patrimoniais do despedimento ilícito proferido pelo SCP. Omissão esta curiosa, e até algo estranha, que, todavia, não belisca a mensagem forte contida neste importante aresto do STJ: seja no relvado, seja na pista de *tartan*, seja nos

---

7 O facto de não ter sido convencionado o gozo de férias, bem como a ausência de pagamento do respectivo subsídio ou do subsídio de Natal, não abala a existência de subordinação jurídica no relacionamento entre os sujeitos. Com efeito, tais circunstâncias tanto podem ser um sintoma de real autonomia como, pelo contrário, corresponder ao intuito de dissimular um real contrato de trabalho em ordem a que o empregador não fique adstrito ao cumprimento destes deveres para com o trabalhador. Sobre a questão, vd. JOÃO LEAL AMADO, «Prestação de serviços musculada, contrato de trabalho atrofiado», Questões Laborais, n.º 30, 2007, pp. 245-249.

8 Sobre o significado e alcance da actual presunção legal de laboralidade, enquanto expediente destinado a combater as relações de trabalho encobertas, vd. JOÃO LEAL AMADO, Contrato de Trabalho, cit., pp. 79-82, e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 51-52.

meandros contratuais do desporto, exige-se *fair play* de todos os intervenientes; e, se estes o não demonstrarem, ao juiz caberá garantir o respeito pela ética desportiva e pela lisura contratual, se necessário requalificando um contrato que as partes, intencional ou involuntariamente, qualificaram de forma incorrecta.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Processo: 4119/04.0TTLSB.S1

Nº Convencional: 4.ª SECÇÃO
Relator: VASQUES DINIS
Descritores: MATÉRIA DE FACTO
MATÉRIA DE DIREITO
CONTRATO DE TRABALHO
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Nº do Documento: SJ
Apenso:

Data do Acordão: 15-09-2010
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA
Decisão: NEGADA A REVISTA
Área Temática: DIREITO DO TRABALHO - CONTRATO DE TRABALHO

Doutrina: - A. Varela, Das Obrigações em Geral, 2.ª ed., I Vol., pág. 486 e nota 3, e ainda pág. 438.
- Artur Anselmo de Castro, Direito Processual Civil Declaratório, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1982, p. 268.
- Júlio Manuel Vieira Gomes, Direito do Trabalho, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 138.
- Manuel A. Domingues Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1963, pp. 180/181.

Legislação Nacional: CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGOS 342.º, N.º1, 352.º, 355.º, N.ºS 1 E 2, 356.º, N.º 1, 358.º, N.º 1 E 393.º, N.º 2, 494.º, 496.º, N.ºS1 E 3, 1152.º, 1154.º.
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC): - ARTIGOS 490.º, N.ºS 1 E 2, 646.º, N.º 4.
LCT (REGIME JURÍDICO DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO APROVADO PELO DECRETO-LEI N.º 49 408, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1969) : - ARTIGO 1.º .

Jurisprudência Nacional: ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
- DE 21 DE MARÇO DE 2001 (PROCESSO N.º 3918/00 - 4.ª SECÇÃO), SUMARIADO EM WWW.STJ.PT, JURISPRUDÊNCIA/SUMÁRIOS DE ACÓRDÃOS;
- DE 23 DE FEVEREIRO DE 2005 (DOCUMENTO N.º SJ20050223002684, EM WWW.DGSI.PT);
- DE 24 DE SETEMBRO DE 2008 (DOCUMENTO N.º SJ20080924037934, EM WWW.DGSI.PT);
- DE 23 DE SETEMBRO DE 2009, PUBLICADO EM WWW.DGSI.PT (PROCESSO N.º 38/06.7TTBGR.S1).

Sumário:

I - O disposto no n.º 4 do artigo 646.º do Código de Processo Civil tem subjacente a distinção entre matéria de facto e matéria de direito, que se reflecte no julgamento separado – quer do ponto de vista do momento lógico quer no tocante aos poderes de cognição do julgador – das questões de facto e de direito, sendo consensual que, para efeitos processuais, tudo o que respeita ao apuramento de ocorrências da vida real é questão de facto e é questão de direito tudo o que diz respeito à interpretação e aplicação da lei.

II - No âmbito da matéria de facto, processualmente relevante, inserem-se todos os acontecimentos concretos da vida, reais ou hipotéticos, que sirvam de pressuposto à normas legais aplicáveis, sendo indiferente que o respectivo conhecimento se atinja directamente pelos sentidos ou se alcance através das regras da experiência.

III - No mesmo âmbito da matéria de facto, se incluem os juízos qualificativos de fenómenos naturais ou provocados por pessoas, desde que, envolvendo embora uma apreciação segundo as regras da experiência, não decorram da interpretação e aplicação de regras de direito e não contenham, em si, uma valoração jurídica que, de algum modo, represente o sentido da solução final do litígio.

IV - O referido n.º 4 do artigo 646.º tem o seu campo de aplicação alargado às asserções de

natureza conclusiva, de modo que as expressões que traduzam afirmações de natureza conclusiva que, por si só, determinem o sentido da solução do litígio devem ser excluídas da base instrutória e, quando isso não suceda e o tribunal sobre elas emita veredicto, deve este ter-se por não escrito.

V - A distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço assenta em dois elementos essenciais: o objecto do contrato (prestação de actividade ou obtenção de um resultado); e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia).

VI - O contrato de trabalho tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador conformar, através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou; diversamente, no contrato de prestação de serviço, o prestador obriga-se à obtenção de um resultado, que efectiva por si, com autonomia, sem subordinação à direcção da outra parte.

VII - A subordinação jurídica, característica basilar do vínculo laboral e elemento diferenciador do contrato de trabalho, implica uma posição de supremacia do credor da prestação de trabalho e a correlativa posição de sujeição do trabalhador, cuja conduta pessoal, na execução do contrato, está necessariamente dependente das ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do contrato e das normas que o regem.

VIII - A determinação da existência de subordinação jurídica e dos seus contornos consegue-se mediante a análise do comportamento das partes e da situação de facto, através de um método de aproximação tipológica.

IX - A subordinação apenas exige a mera possibilidade de ordens e direcção e pode até não transparecer em cada momento da prática de certa relação de trabalho, havendo, muitas vezes, a aparência da autonomia do trabalhador que não recebe ordens directas e sistemáticas da entidade patronal, o que sucede sobretudo em actividades cuja natureza implica a salvaguarda da autonomia técnica e científica do trabalhador.

X - Nas situações que se situam em zonas de fronteira entre o contrato de trabalho e outras espécies contratuais, para além do critério do relacionamento entre as partes, torna-se necessário proceder à análise da conduta dos contraentes na execução do contrato, recolhendo do circunstancialismo que o envolveu indícios que reproduzem elementos do modelo típico do trabalho subordinado ou de outro, por modo a poder-se concluir, ou não, pela coexistência no caso concreto dos elementos definidores do contrato de trabalho.

XI - É de qualificar como contrato de trabalho o vínculo estabelecido entre uma atleta de alta competição e um clube desportivo quando da factualidade provada resulta que as partes quiseram e actuaram efectivamente um relacionamento em que sempre esteve presente a possibilidade de o clube orientar e dirigir a actividade laboral da atleta, ainda que indirectamente, através de um treinador por ele remunerado ou de técnicos de medicina desportiva por ele designados, com sujeição a normas contidas em regulamento disciplinar do próprio clube, tudo tendo em vista a prossecução dos fins a alcançar com a referida actividade da atleta, por ele, clube, definidos.

Decisão Texto Integral:

Acordam na Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça:

I

1. No Tribunal do Trabalho do Lisboa, em acção com processo comum, intentada em 11 de Outubro de 2004, AA demandou BB-S... Clube de Portugal e CC-S... Clube de Portugal – Futebol SAD, alegando, em breve síntese, ter celebrado com o primeiro Réu, sob a denominação de "contrato de prestação de serviços", um verdadeiro contrato de trabalho desportivo, para vigorar desde 1 de Outubro de 2000 até 30 de Setembro de 2004, que, mediante comunicação datada de 13 de Outubro de 2003, aquele Réu fez cessar, o que configura um despedimento ilícito, em resultado do qual a demandante sofreu forte abalo psicológico, séria degradação da sua imagem de atleta junto de colegas e público em geral e outros danos não patrimoniais.

Pediu que, declarado ilícito o despedimento, fossem os Réus solidariamente condenados a pagar-lhe, com juros de mora: a) a quantia de € 34.716,36, a título de indemnização por danos patrimoniais, correspondente aos salários devidos desde Outubro de 2003 até 30 de Setembro de 2004; b) a importância de € 19.852,12, a título de créditos salariais vencidos e não pagos (subsídios de férias e de Natal) referentes às três primeiras épocas desportivas e ainda os subsídios de férias e de Natal relativos à última época do contrato; c) a indemnização por danos não patrimoniais no valor de € 20.000,00.

Na contestação que apresentaram, os Réus invocaram a ilegitimidade da 2.ª Ré e impugnaram a natureza laboral do contrato e, bem assim, o alegado na petição para sustentar o pedido de indemnização por danos não patrimoniais, em função do que concluíram pela improcedência da acção, tendo, outrossim, pedido a condenação da Autora como litigante de má fé.

Houve resposta na qual a Autora concluiu pela improcedência da excepção invocada.

No despacho saneador, foi julgada improcedente a excepção e a 2.ª Ré declarada parte legítima.

Realizada a audiência de discussão e julgamento, com registo fonomagnético das provas, foi proferida sentença em que se decidiu qualificar a relação jurídica que vigorou entre as partes como contrato de trabalho, e, julgando a acção parcialmente procedente, declarar ilícito o despedimento da Autora e condenar o Réu, BB-S... Clube de Portugal, a pagar-lhe: a) a importância correspondente ao valor das retribuições que ela deixou de auferir desde Outubro de 2003 até Setembro de 2004, no montante de € 34.716,36; b) a quantia de € 15.000,00, a título de danos não patrimoniais, acrescida de juros de mora, à taxa de 4% ao ano, desde a citação e até integral pagamento; c) a quantia de € 19.852,16 referente aos subsídios de férias e de Natal não pagos, e juros de mora desde a citação até integral pagamento. Decidiu-se, outrossim, absolver a 2.ª Ré do pedido e indeferir o pedido de condenação da Autora por litigância de má fé.

2. No recurso de apelação que interpôs, o Réu, impugnando a decisão proferida sobre a matéria de facto, manifestou a sua discordância quanto ao veredicto atinente a alguma da factualidade nela declarada provada, bem como relativamente a alguns pontos de facto articulados na contestação que, devendo, em seu entendimento, ser tidos como provados o não foram, para sustentar, com base na impetrada alteração da matéria de facto, a qualificação do contrato como contrato de prestação de serviço e, consequentemente, a total improcedência da acção, sem embargo do que impugnou o valor fixado a título de indemnização por danos não patrimoniais, reputando-o de excessivo.

O Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 16 de Janeiro de 2008 (fls. 379/422), conquanto tenha alterado alguns pontos da decisão de facto, negou provimento ao recurso, excepto no tocante à sentenciada indemnização por danos não patrimoniais, cujo valor reduziu para € 10.000,00.

Interposto, pelo Réu, recurso de revista, veio este Supremo Tribunal, por acórdão de 3 de Dezembro de 2008 (fls. 532/551), a decretar a anulação do acórdão recorrido e a remessa do processo à Relação, a fim de ser apreciada matéria de facto alegada na contestação, concretamente nos artigos 21.º, 22.º, 23.º, 30.º, 31.º, 69.º, 70.º, 71.º e 72.º da contestação.

Cumprindo o determinado pelo Supremo, o Tribunal da Relação julgou novamente o recurso e proferiu, em 24 de Junho de 2009 (fls. 562/608), acórdão com dispositivo igual ao do anteriormente prolatado, o que levou o Réu a interpor o presente recurso revista, cuja alegação termina com as conclusões que, a seguir, se reproduzem:

«1. Ante os factos considerados provados em 2.ª instância, deve ser outra a decisão sobre o fundo do presente pleito.

2. A relação material controvertida era de prestação de serviços desportivos, pelo que foram violados os artigos 1154.º e seguintes do Código Civil.

3. Há um erro na fixação de factos provados.

4. O então réu tomou posição e contradisse o facto provado n.º 8, alegando na sua contestação que o R. custeava as despesas efectuadas pela A. inerentes à execução do Contrato de Prestação de Serviços, e apenas essas.

5. Pelo que o acórdão a quo é nulo por violação do artigo 490.º, n.º 1 e n.º 2 do CPC.

6. O facto provado n.º 25 - cujo texto é: "a sua prestação desportiva foi afectada" é conclusivo.

7. Entre a matéria de facto provada constam outras expressões conclusivas ou de carácter jurídico, em concreto no facto provado n.º 4 e relativamente aos vocábulos "ordens", "instruções" e "estrutura desportiva".

8. A expressão "estrutura desportiva" não pode ter outro entendimento senão o de que fazer parte do rol de atletas que compete no SCP.

9. É público e notório que o Recorrente dispõe de um enorme número de associados, dos quais alguns milhares fazem parte da estrutura desportiva do clube, uma vez que aí praticam desporto nas mais diversas modalidades.

10. As partes celebraram contrato que designaram como de prestação de serviços para vigorar entre Outubro de 2000 e Setembro de 2004, tendo a autora obrigando-se [sic] a prestar-lhe serviços de atletismo, entrando em todas as competições determinadas pelo Recorrente, na modalidade de lançamento do disco e peso.

11. A Recorrida representava desportivamente o clube, na modalidade que tinha por profissão.

12. A Recorrida não trabalhava com treinador dos quadros do clube.

13. A recorrida tinha de efectuar aquilo para que fora contratada, isto é, competir nas provas desportivas que a recorrente lhe indicasse.

14. O Recorrente não dispunha de poderes de autoridade ou direcção sobre a Recorrida.

15. Não se confunda a exigência do cumprimento do contrato com "ordens" stricto sensu.

16. À Recorrida eram dadas dois géneros de indicações: "para se apresentar no clube sempre que fosse necessário bem como nas competições internacionais em que teria de participar."

17. Inexiste nos autos qualquer prova de que a Recorrida esteve permanentemente sujeita a ordens e autoridade do Recorrente.

18. Não está esclarecido quem definia o conceito de "necessário", se alguma das partes ou se essa necessidade advinha do calendário de provas em que a Recorrente iria representar o Recorrente, a nível nacional.

19. Quando a Recorrida competia ao serviço do S..., era este quem lhe custeava as despesas em sua representação.

20. Quando a Recorrida entrava em provas ao serviço da FPA, esta entidade assumia os custos com as despesas de deslocação, estadia e alimentação.

21. Noutras eventuais competições, a recorrida suportaria os seus encargos.

22. O local de treino diário da atleta era estranho ao SCP, a saber, em Aveiro na Pista Universitária ou na lota de pesca da Gafanha da Nazaré.

23. Desta matéria resulta que o dia-a-dia da Recorrida não tinha lugar nas instalações do Recorrente, mas antes na zona da residência da Recorrida.

24. A Recorrente não determinou qualquer horário de trabalho para a recorrida, simplesmente porque não tinha essa faculdade.

25. A Recorrida dispõe do seu treinador pessoal, a quem o Recorrente pagou enquanto vigorou o contrato entre as partes litigantes.

26. Este treinador nunca fez parte dos quadros do Recorrente, não tendo tido o SCP o poder de lhe dar ordens enquanto vigorou o contrato.

27. A Recorrida apenas envergava equipamento fornecido pelo Recorrente nas provas em que o representava.

28. Quando se encontrava ao serviço da FPA, a Recorrida vestia os equipamentos desta associação.

29. Quando competia noutras provas, nomeadamente em meetings privados, a

Recorrida equipava como muito bem entendesse.

30. Durante o treino diário, a Recorrida podia vestir as roupas que bem entendesse, tanto as fornecidas pela federação, como as do SCP, como ainda outras que fossem suas.

31. É público e notório que a sede do SCP se situa em Lisboa ao pa[ss]o que, conforme consta do intróito da petição inicial que originou esta acção, a Recorrida tem domicílio na Gafanha da Nazaré, distrito de Aveiro.

32. Ficou provado que não existia exclusividade (excepto, claro está, quando entrava em provas representando o SCP, tratando-se de exclusividade por natureza e não por imposição de qualquer das partes).

33. Em suma, o Recorrente não podia dizer onde treinar, quando treinar, como treinar, com que utensílios treinar.

34. O montante contratado entre a Recorrida e o Recorrente foi pré-estabelecido, e que a Recorrida - que se tenha apurado - não obtinha proveitos apenas do Recorrente, pois era subsidiada pela FPA e cada vez que era convocada por esta entidade recebia outras contrapartidas financeiras, cujo montante está por apurar.

35. Os factos provados apontam para que a prestação desportiva da Recorrida não tenha sido minimamente prejudicada com o termo do contrato antecipado em um ano.

36. Em 2002 e 2003 a Recorrida teve prestações desportivas de qualidade inferior às que obteve em 2004.

37. Em 2004 a Recorrida foi campeã de Portugal contra o Sporting, Benfica e Jorna, pelo que não só foi irrelevante (ou falso) ter-se inscrito na Federação por uma equipa da II divisão, como a sua imagem não ficou danificada juntos dos adeptos, colegas e demais pessoas ligadas à modalidade.

38. Não houve qualquer oscilação, para pior, em termos de resultados desportivos da atleta, no ano em que mediou a data de rescisão e o termo aposto no contrato celebrado.

39. No Campeonato do Mundo de 2001 a Recorrida fez marca similar à obtida nos Jogos Olímpicos de 2004.

40. Em meetings internacionais no ano de 2004 (Qatar e Turquia), a Recorrida alcançou distâncias superiores às obtidas nas principais provas internacionais em que competiu durante a vigência do contrato (Munique 2002, Paris 2003).

41. Nos dias seguintes ao da rescisão do contrato, a Recorrida encontrou facilmente um clube por onde se inscrever, pelo que é falso terem acabado a sua carreira no atletismo em virtude da rescisão.

42. Nessa mesma época, a Recorrida venceu os campeonatos de Portugal, vencendo o Sporting.

43. O nomem iuris do contrato redigido e celebrado é "Contrato de Prestação de Serviços" pois foi essa a vontade de ambas as partes, sendo uma das melhores, senão a melhor, atleta de Portugal nessa modalidade.

44. Pelo facto de a Recorrida ter encontrado, imediatamente após a rescisão, novo clube onde se inscrever; pelo facto de a sua prestação internacional não ter sido minimamente afectada durante a época rescindida; pelo facto de ter sido campeã nacional na época rescindida; pelo facto de não ter terminado a carreira de atleta; a quantia arbitrada a título de danos morais é excessiva, sem prejuízo de a mesma não ser devida em virtude da inexistência de contrato laboral.

45. O Acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, ao decidir como decidiu, violou entre outros os seguintes preceitos, aplicáveis directamente ou por analogia: arts. 1154, 1156, 1162 e 1207 do CC; 490.1, 490.2, 668.1.d) 690-A.1.a).b), e 721, todos do CPC.»

Contra-alegou a Autora para defender a confirmação do julgado.

Neste Supremo Tribunal, a Exma. Magistrada do Ministério Público emitiu parecer — que veio a merecer resposta discordante do Réu — no sentido de ser negada a revista.

5. As questões suscitadas nas conclusões do recurso prendem-se com:

— A fixação da matéria de facto (conclusões 3 a 9);

— A qualificação da relação jurídica que vigorou entre as partes (conclusões 1, 2, 10 a 34 e 43);

— A indemnização por danos não patrimoniais (conclusões 35 a 42 e 44).

Corridos os vistos, cumpre decidir.

II

1. Na 1.ª instância, os factos materiais da causa foram fixados nos seguintes termos:

«1 - Entre a autora e a 1.ª ré foi celebrado um contrato que as partes designaram como sendo de prestação de serviços, em 15/11/00, com início em Outubro de 2000 e termo em Setembro de 2004;

2 - A autora obrigou-se a prestar-lhe os serviços dele objecto, na modalidade desportiva de atletismo até à rescisão unilateral do mesmo pela ré;

3 - A autora vivia da remuneração auferida pela sua actividade de atleta de Atletismo ao serviço do S... Clube de Portugal;

4 - Encontrava-se integrada na estrutura desportiva da 1.ª ré, recebendo ordens e instruções, designadamente para se apresentar no Clube sempre que necessário bem como nas competições internacionais em que teria que participar, do Sr. DD, responsável pela secção de atletismo;

5 - Realizava diariamente treinos na Pista de atletismo da Universidade de Aveiro e Lota de Pesca da Gafanha da Nazaré;

6 - Realizava treinos sob a orientação e supervisão do seu treinador,EE, remunerado pela 1.ª ré;

7 - Entrava em todas as competições determinadas pela 1.ª ré e em sua única e exclusiva representação;

8 - Nas competições nacionais e internacionais por Clubes as despesas de viagem, estadia e alimentação eram pagas pela 1.ª ré, como igualmente esta custeava todas as deslocações da autora a Lisboa;

9 - Todo o seu equipamento desportivo era-lhe fornecido pela 1.ª ré, ficando a autora obrigada a utilizá-lo;

10 - O equipamento utilizado pela autora era da marca com quem a 1.ª ré tinha um contrato de publicidade (R...), não tendo, por esse facto, a autora contrato com nenhuma marca de equipamento desportivo, estando mesmo impossibilitada de o celebrar;

11 - Por carta datada de 13/10/03, dirigida à autora, a ré declarou que decidiu proceder a significativa redução no orçamento desportivo; que a quase totalidade dos técnicos e atletas contactados aceitaram contribuir para a diminuição do deficit; que as condições propostas pelo S... a autora não aceitou, e que dispensa a autora para a próxima época desportiva de 2003/2004;

12 - Nos termos do n.º 1 da cl.ª 1.ª do contrato, o mesmo foi celebrado para vigorar durante as épocas de 2000/2001 a 2003/2004;

13 - Nos termos do n.º 2 da mesma cl.ª, as épocas têm início em 1 de Outubro e concluem-se em 30 de Setembro;

14 - Nos termos da cl.ª 4ª foi convencionado que o SCP, ora 1.ª ré, pagaria à autora uma prestação mensal ilíquida de 430.000$00 (2.144,83 euros) 12 vezes por cada época desportiva;

15 - O salário da autora foi sendo actualizado anualmente, sendo no mês anterior à data da rescisão de 530.000$00 (2.643,63 euros), e passaria a ser na última época desportiva a que o contrato respeitava no montante de 580.000$00 (2.893,03 euros);

16 - Para exercer a sua actividade desportiva na modalidade de atletismo, a autora teria de inscrever-se no correspondente Organismo Oficial até ao dia 15 de Outubro, ao serviço de um Clube que exercesse a modalidade de atletismo, mais propriamente na modalidade de atletismo, mais propriamente na modalidade que a autora exercia que era lançadora de disco;

17 - A 1.ª ré não lhe pagou a remuneração mensal acordada durante os meses de Outubro de 2003 a Setembro de 2004, inclusive;

18 - Durante a vigência do contrato nunca foram pagos à autora os respectivos subsídios de férias e de Natal;

19 - As remunerações mensais devidas à autora eram do seguinte valor:

- Época 2000/2001 – 430.000$00 (2.144,83 euros)

- Época 2001/2002 – 450.000$00 (2.244,59 euros)

- Época 2002/2003 – 530.000$00 (2.643,63 euros)

- Época 2003/2004 – 580.000$00 (2.893,03 euros);

20 - A autora é uma atleta de alta competição, na modalidade de lançamento do disco, tendo representado a 1.ª ré desde 1987;

21 - Toda a sua vida desportiva foi efectuada no S... tendo ali todos os seus colegas e amigos, vendo os atletas e toda a secção de atletismo como parte da sua família;

22 - É campeã nacional de atletismo há 17 anos pertencendo-lhe o recorde nacional (65,40 m);

23 - Por virtude da rescisão do contrato, a autora sentiu revolta pela forma como acabaram os seus 17 anos de atletismo, sentiu um abalo psicológico, sentiu vontade de desistir da modalidade que praticara ao serviço do réu e sentiu que a sua imagem como atleta de competição ficou afectada perante colegas, amantes da modalidade e público em geral;

24 - Para além disso, a autora contava, para fazer face às suas necessidades, com a retribuição que havia acordado com a 1.ª ré e que deixou de receber;

25 - A sua prestação desportiva foi afectada;

26 - Anteriormente à rescisão do contrato, entre outras exibições, a autora havia conseguido os seguintes resultados:

- Final do Campeonato da Europa de 2002, em Munique, onde obteve uma 7.ª posição;

- Final do Campeonato do Mundo de 2001, em Edmonton, em que obteve uma 10.ª posição;

- Campeonato do Mundo em 2003, em Paris, onde obteve uma 11.ª posição;

- Fase final dos Jogos Olímpicos em Atlanta e Sidney, em que obteve uma 10.ª posição;

27 – Na última época não conseguiu atingir a fase final dos Jogos Olímpicos da Grécia, tendo-se classificado em 22.º lugar com uma marca de 58,47 metros;

28 - Nos meetings em que participou este ano, teve 61 m no Quatar e 61,19 m na Turquia;

29 - A autora viu a sua imagem afectada entre os colegas de profissão, amantes desta modalidade e público em geral;

30 - A autora, na qualidade de campeã mundial, viu-se obrigada, atenta a rescisão do contrato e a data em que foi efectuada, a inscrever-se por um Clube da II Divisão (Clube Desportivo O... dos A...), para poder competir;

31 - A autora representou o 1.º réu, na modalidade desportiva de Atletismo, desde 15/11/2000 até 13/10/03;

32 - A autora exercia as suas funções de atleta na modalidade de lançamento do disco e peso, no âmbito de uma relação de prestação de serviços, situação esta que não sofreu qualquer alteração durante a vigência do contrato;

33 - Teor do documento de fls. 14 a 19, sendo que a autora dava quitação das prestações recebidas através de recibo verde;

34 - O réu, a pedido da autora, recorreu aos préstimos do treinador EE, a quem pagava através de recibos verdes;

35 - Por este motivo o réu prescindiu dos serviços do treinador EE a partir do momento que cessou a prestação de serviços entre e a autora;

36 - O referido treinador EE continua a treinar a autora;

37 - A autora efectuava os treinos, em regra, nos locais referidos no art.º 6.º da p. i.;

38 - Além da remuneração paga pelo réu, a

autora recebia outros subsídios atribuídos pela Federação Portuguesa de Atletismo;

39 - A autora, nas provas em que representava a FPA, envergava os equipamentos desta;

40 - O réu custeava as despesas efectuadas pela autora em representação do réu;

41 - A autora, para poder participar em provas de atletismo, necessita de efectuar inscrição na FPA através de um qualquer clube;

42 - Também existem meetings de índole privada, nos quais os atletas de alta competição podem participar;

43 - A autora, quando convocada pela FPA, recebia contrapartidas financeiras;

44 - A época de atletismo tem início em Novembro de cada ano;

45 - Na modalidade em que participa a autora as provas só têm início a partir do final de Fevereiro;

46 - A autora encontrou clube para representar na época de 2003/2004: o Clube O... Desportivo (COD);

47 - O contrato entre a autora e o COD previa o pagamento de quantias pecuniárias à autora.»

2. No recurso de apelação, o Réu impugnou a decisão proferida sobre a matéria de facto, especificamente, quanto aos factos constantes dos n.os 4, 7, 8 a 10, 23, 25 a 27, 30 e 32 do elenco que se deixou reproduzido, e, bem assim, relativamente aos factos que, tendo sido vertidos nos artigos 21.º-a), 22.º, 23.º, 30.º, 31.º, 69.º, 70.º, 71.º e 72.º da contestação que, na 1.ª instância, foram declarados não provados.

O acórdão recorrido, na procedência parcial da impugnação, decidiu modificar o teor dos pontos 9, 10, 23, 26, 30 e 32, por forma a que deles ficasse a constar o seguinte:

«9 - À excepção do equipamento de treino, todo o seu equipamento desportivo era-lhe fornecido pela 1.ª ré, ficado a autora obrigada a utilizá-lo.

10 - O equipamento utilizado pela autora, quando em competição pela 1.ª ré, era da marca com quem esta tinha um contrato de publicidade (R...) e, quando em representação da FPA, era da marca com quem esta tivesse o contrato, não podendo a autora contratar com outra marca para utilização em competição.

23 - Por virtude da rescisão do contrato, a autora sentiu revolta pela forma como acabaram os seus 17 anos de atletismo, sentiu um abalo psicológico, sentiu vontade de desistir da modalidade que praticara ao serviço do réu e sentiu que a sua imagem como atleta de competição ficou afectada perante colegas, amantes da modalidade e público em geral.

26 - Anteriormente à rescisão do contrato, entre outras exibições, a autora havia conseguido os seguintes resultados:

- Final do Campeonato da Europa de 2002, em Munique, onde obteve uma 7.ª posição, com a marca de 60,41 m;

- Final do Campeonato do Mundo de 2001, em Edmonton, em que obteve uma 10.ª posição;

- Campeonato do Mundo em 2003, em Paris, onde obteve uma 11.ª posição, com a marca de 59,46 m ;

- Fase final dos Jogos Olímpicos em Atlanta e Sidney, em que obteve uma 10.ª posição.

30 - A autora, na qualidade de campeã nacional, viu-se obrigada, atenta a rescisão do contrato e a data em que foi efectuada, a inscrever-se por um Clube II Divisão (Clube Desportivo O... dos A...), para poder competir.

32 - A autora exercia as suas funções de atleta na modalidade de lançamento do disco e peso, no âmbito de uma relação [que] não sofreu qualquer alteração durante a vigência do contrato.»

E ao elenco dos factos provados o acórdão recorrido aditou os seguintes itens:

«48 - Em Julho de 2004, a autora, em representação do Clube Desportivo O... dos A..., venceu os campeonatos de Portugal (disco) com a marca de 59,04 m, ficando à frente de atletas do Sporting, do Benfica e do Jorna.

49 - Em 7 de Julho de 2004, a autora venceu o Encontro Internacional de Lançamentos, realizado

em Lisboa, com marca de 59,34 m.».

3. Da fixação da matéria de facto:

3. 1. O Réu imputa ao acórdão recorrido a violação do disposto no artigo 490.º, n.os 1 e 2, do Código de Processo Civil, violação que, na perspectiva do recorrente, consistiu em o Tribunal da Relação ter considerado que a matéria contida no n.º 8 do elenco dos factos provados, por não ter sido impugnada na contestação, foi admitida por acordo nos articulados, e, com base em tal juízo, ter mantido, nessa parte, a decisão do tribunal de 1.ª instância.

Consta do referido n.º 8: *«Nas competições nacionais e internacionais por Clubes as despesas de viagem, estadia e alimentação eram pagas pela 1.ª ré, como igualmente esta custeava todas as deslocações da autora a Lisboa».*

No recurso de apelação, o Réu sustentou que devia ser dado como não provado o que consta da parte final daquele n.º 8, alegando que *«[n]ão está provado nem foi afirmado que o Recorrente custeasse todas as deslocações da Autora a Lisboa»*, e argumentou que aquilo que, a propósito da matéria, tinha sido afirmado por uma testemunha da Autora, que identificou e cujo depoimento transcreveu parcialmente, era insuficiente para alicerçar a decisão no sentido em que foi proferida.

O Tribunal da Relação considerou que «o facto» constante do n.º 8, alegado no artigo 9.º da petição inicial, não foi impugnado na contestação e desse modo foi admitido por acordo nos articulados, não consentindo, por isso, prova testemunhal em contrário.

Diz o recorrente que o alegado no artigo 38.º da contestação está em clara oposição com o que foi considerado provado.

Nesse ponto do articulado de defesa lê-se: *«Naturalmente, o R. custeava as despesas efectuadas pela A. inerentes à execução do Contrato de Prestação de Serviços, e apenas essas».*

Interpretando os termos em que a Autora se exprimiu no artigo 9.º da petição inicial, no contexto de todo o articulado, há-de convir-se que as despesas ali referidas não podem deixar de ser apenas aquelas que se compreendem no âmbito da execução do contrato, aí se incluindo as decorrentes de deslocações a Lisboa efectuadas para cumprir as obrigações dele emergentes, visto que, segundo alegou, residia no Distrito de Aveiro, onde realizava habitualmente os seus treinos.

Ora, dizendo o Réu, no articulado de defesa, que apenas custeava as despesas efectuadas pela Autora inerentes à execução do contrato, sem pôr em causa a existência de despesas por deslocações a Lisboa, no âmbito daquela execução, aquilo que disse é perfeitamente compaginável com o alegado na petição inicial.

Com efeito, os termos em que se exprimiu, aludindo genericamente a despesas inerentes à execução do contrato, sem as particularizar, não contêm, em si, qualquer divergência ou oposição relativamente ao alegado na petição, onde as despesas reportadas à execução do contrato se mostram melhor especificadas pela referência a viagens, estadia e alimentação inerentes à participação em competições nacionais e internacionais por Clubes e a todas as deslocações da Autora a Lisboa, sublinha-se, compreendidas na execução do contrato.

Em tal quadro dialéctico, é de considerar que o Réu tomou posição definida quanto à natureza das despesas que custeava, e, caracterizando-as como inerentes à execução do contrato, aceitou o que, a propósito, com alguma particularização, fora alegado pela Autora, não tendo a expressão *«e apenas essas»*, que se lê na parte final do artigo 38.º da contestação, virtualidade para traduzir a expressão de uma realidade diferente ou oposta ao afirmado no artigo 9.º da petição inicial, pois, como se disse, as despesas neste referidas não podem ser outras que não as inerentes à execução do contrato celebrado entre as partes, independentemente da qualificação do mesmo.

Nesta perspectiva, afigura-se que o Réu, manifestando-se de acordo com o alegado pela Autora no artigo 9.º da petição, expressou o reconhecimento dos factos nele alegados pela Autora, e não se vislumbra que tais factos, na expressão particularizada do articulado inicial, se

encontrem em oposição com a defesa considerada no seu conjunto, o que tudo significa, atento o disposto nos artigos 352.º, 355.º, n.os 1 e 2, 356.º, n.º 1, do Código Civil, e 490.º, n.os 1 e 2, do Código de Processo Civil, que devem ter-se por confessados, do que decorre, face ao consignado nos artigos 358.º, n.º 1 e 393.º, n.º 2, do Código Civil, não poder sobre eles incidir prova testemunhal.

Correcto se mostra, por conseguinte, o juízo do Tribunal da Relação.

3. 2. Pretende o recorrente que a decisão proferida sobre a matéria de facto, nos pontos 4 e 25 contém expressões conclusivas ou de carácter jurídico, que, em seu entender, devem ser retiradas da matéria de facto considerada provada.

No ponto 4 deu-se como provado que a Autora *«[e]ncontrava-se integrada na estrutura desportiva da 1.ª ré, recebendo ordens e instruções, designadamente para se apresentar no Clube sempre que necessário bem como nas competições internacionais em que teria que participar, do Sr.DD , responsável pela secção de atletismo».*

Reportando-se a este texto, afirma o recorrente, no corpo da alegação, que *«a inserção na estrutura da empresa, bem como o recebimento de ordens são elementos legais que se terão de retirar de acontecimentos concretos»* e que *«o Tribunal a quo deu como provada matéria de direito, que, com tal não deveria surgir no corpo da factualidade da Sentença, sob pena de desvirtuar por completo a decisão deste pleito».*

De acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 646.º do Código de Processo Civil, que incide sobre o julgamento da matéria de facto, devem ter-se por não escritas as respostas dadas pelo tribunal aos quesitos da base instrutória sobre questões de direito.

Tem esta norma subjacente a distinção entre matéria de facto e matéria de direito, que se reflecte no julgamento separado — quer do ponto de vista do momento lógico quer no tocante aos poderes de cognição do julgador — das questões de facto e de direito.

Nem sempre é fácil distinguir entre o que é matéria de facto e matéria de direito, mas é consensual, na doutrina e na jurisprudência, que, para efeitos processuais, tudo o que respeita ao apuramento de ocorrências da vida real é questão de facto e é questão de direito tudo o que diz respeito à interpretação e aplicação da lei.

No âmbito da matéria de facto, processualmente relevante, inserem-se todos os acontecimentos concretos da vida, reais ou hipotéticos, que sirvam de pressuposto às normas legais aplicáveis: os acontecimentos externos (realidades do mundo exterior) e os acontecimentos internos (realidades psíquicas ou emocionais do indivíduo), sendo indiferente que o respectivo conhecimento se atinja directamente pelos sentidos ou se alcance através das regras da experiência (juízos empíricos) — neste sentido, Manuel A. Domingues Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1963, pp. 180/181, e Artur Anselmo de Castro, Direito Processual Civil Declaratório, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1982, p. 268; na jurisprudência, entre outros, o Acórdão deste Supremo de 24 de Setembro de 2008 (Documento n.º SJ20080924037934, em www.dgsi.pt).

No mesmo âmbito da matéria de facto, como realidades susceptíveis de averiguação e demonstração, se incluem os juízos qualificativos de fenómenos naturais ou provocados por pessoas, desde que, envolvendo embora uma apreciação segundo as regras da experiência, não decorram da interpretação e aplicação de regras de direito e não contenham, em si, uma valoração jurídica que, de algum modo, represente o sentido da solução final do litígio. que contempla o julgamento da matéria de facto.

Atendendo a que só os factos concretos — não os juízos de valor que sejam resultado de operações de raciocínio conducentes ao preenchimento de conceitos, que, de algum modo, possam representar, directamente, o sentido da decisão final do litígio — podem ser objecto de prova, tem-se considerado que o n.º 4 do artigo 646.º tem o seu campo de aplicação alargado às asserções de natureza conclusiva, «[n]ão porque tal preceito, expressamente, contemple a situação de sancionar como não escrito um facto conclusivo, mas, como tem sido sustentado pela jurisprudência, porque, analogicamente, aquela disposição é de

aplicar a situações em que em causa esteja um facto conclusivo, as quais, em rectas contas, se reconduzem à formulação de um juízo de valor que se deve extrair de factos concretos objecto de alegação e prova, e desde que a matéria se integre no thema decidendum» — Acórdão desde Supremo de 23 de Setembro de 2009, publicado em www.dgsi.pt (Processo n.º 238/06.7TTBGR.S1).

Assim, ainda que a formulação de tais juízos não envolva a interpretação e aplicação de normas jurídicas, devem as expressões que traduzam afirmações de natureza conclusiva que, por si só, determinem o sentido da solução do litígio, ser excluídas da base instrutória e, quando isso não suceda e o tribunal sobre elas emita veredicto, deve este ter-se por não escrito.

Na proposição em exame, afirma-se uma realidade que corresponde a uma situação da vida real (a integração da Autora na estrutura desportiva do Réu) cujo conhecimento pode ser atingido através de um juízo que, dispensando o recurso a qualquer critério de valoração jurídico-normativa, se baseie na aplicação de regras da experiência a acontecimentos concretos efectivamente ocorridos, no caso, também, descritos na dita proposição (o recebimento de ordens e instruções, emitidas pelo responsável da secção de atletismo, para se apresentar no clube sempre que necessário bem como nas competições internacionais em que teria de participar).

A concretização dos actos a praticar na sequência das ordens recebidas afasta a possibilidade de se conferir ao vocábulo ordens a índole jurídico-conclusiva que assume no contexto da expressão trabalhar sob as ordens e direcção que o recorrente traz à colação para sustentar que o recebimento de ordens integra matéria de direito.

Nesta conformidade, porque as expressões em causa não encerram qualquer valoração, baseada na interpretação da lei ou em conceitos por esta definidos, determinante da qualificação da relação jurídica em causa, pois que traduzem apenas realidades factuais — perceptíveis directamente pelos sentidos ou alcançáveis através de juízos empíricos —, a apreciar, em conjunto com outros factos, à luz do regime jurídico aplicável, deve manter-se o teor da proposição em análise, que não contende com o disposto no citado artigo 646.º, n.º 4.

Relativamente ao teor do ponto 25 da decisão da matéria de facto, o recorrente proclama que a expressão *«a sua prestação desportiva foi afectada»* tem carácter conclusivo.

Tal asserção vertida na petição inicial, entre os fundamentos do pedido de indemnização por danos não patrimoniais, apresenta-se no contexto desse articulado acompanhada da especificação de resultados desportivos atingidos pela Autora antes e depois da cessação do contrato que vinculou as partes, representando a expressão da existência de um nexo de causal entre a cessação ocorrida por vontade do Réu e a alegada diminuição de rendimento patenteada pela comparação entre as marcas e classificações alegadamente conseguidas, em competições, enquanto durou o vínculo contratual e as obtidas posteriormente.

Na decisão da matéria de facto, o sentido útil da expressão em causa é, mais do que revelar a diminuição de rendimento desportivo — juízo de facto resultante da comparação entre as marcas e classificações, alcançável sem necessidade de elaboração sobre conceitos de ordem jurídico-normativa —, o de estabelecer como causa dessa diminuição a desvinculação operada unilateralmente pelo Réu.

Nessa medida, trata-se da expressão de uma ocorrência da vida real, cuja afirmação decorre da observação de registos de acontecimentos concretos conjugada com as regras da experiência, situando-se, por conseguinte, no mundo dos factos.

Não se vê, assim, motivo para ter como não escrita a asserção segundo a qual a prestação desportiva da Autora foi afectada em consequência da cessação do contrato.

4. A qualificação do contrato:

4. 1. Decorre da matéria de facto apurada que o convénio, reduzido a escrito, foi celebrado pelas partes em 15 de Novembro de 2000, para vigorar nas épocas desportivas de 2000/2001 a 2003/2004, mas que apenas subsistiu até meados de Outubro de 2003, visto que o Réu, por carta

datada de 13 desse mês comunicou à Autora a dispensa dos serviços desta para a época de 2003/2004.

Estamos, assim, perante uma relação jurídica que se constituiu e cessou antes de 1 de Dezembro de 2003, data da entrada em vigor do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, parte final, da referida Lei, o regime do Código não se aplica aos efeitos de factos ou situações totalmente passados anteriormente, daí que para resolver a questão da qualificação de tal relação jurídica haja de atender-se à disciplina da LCT (Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969).

O artigo 1.º da LCT, reproduzindo o texto do artigo 1152.º do Código Civil, definia contrato de trabalho como *«aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta».*

«Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a prestar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição» — reza o artigo 1154.º do Código Civil.

A distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço, definidos, nos termos que se indicaram, assenta, como se observou no Acórdão deste Supremo de 23 de Fevereiro de 2005 (Documento n.º SJ20050223002268 4, em www.dgsi.pt), em dois elementos essenciais: o objecto do contrato (prestação de actividade ou obtenção de um resultado); e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia).

Assim, o contrato de trabalho tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador de conformar, através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou.

Diversamente, no contrato de prestação de serviço, o prestador obriga-se à obtenção de um resultado, que efectiva por si, com autonomia, sem subordinação à direcção da outra parte.

Nem sempre, através do critério do objecto do contrato, surge, com nitidez, a distinção entre as duas figuras, já que, frequentemente, não se consegue determinar se a obrigação assumida foi a de "prestar uma actividade intelectual ou manual", própria do contrato de trabalho (artigo 1152.º do Código Civil), ou se a obrigação consiste em "proporcionar certo resultado do trabalho intelectual ou manual", própria do contrato de prestação de serviço (artigo 1154.º do Código Civil), pois que todo o trabalho visa a obtenção de um resultado e este não existe sem aquele.

Por isso, em última análise, é o relacionamento entre as partes – a subordinação ou autonomia — que permite atingir aquela distinção.

Tratando-se, em qualquer caso, de um negócio consensual, é fundamental, para determinar a natureza e o conteúdo das relações estabelecidas entre as partes, averiguar qual a vontade por elas revelada, quer quando procederam à qualificação do contrato, quer quando definiram as condições em que se exerceria a actividade — ou seja, quando definiram a estrutura da relação jurídica em causa — e proceder à análise do condicionalismo factual em que, em concreto, se desenvolveu o exercício da actividade no âmbito da relação jurídica emergente do acordo negocial.

A subordinação jurídica, característica basilar do vínculo laboral e elemento diferenciador do contrato de trabalho, implica uma posição de supremacia do credor da prestação de trabalho e a correlativa posição de sujeição do trabalhador, cuja conduta pessoal, na execução do contrato, está necessariamente dependente das ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do contrato e das normas que o regem.

A cargo da entidade patronal estão os poderes determinativo da função e conformativo da prestação de trabalho, ou seja, o poder de dar um destino concreto à força de trabalho que o trabalhador põe à sua disposição, quer atribuindo uma função geral ao trabalhador na sua organização empresarial, quer determinando-lhe singulares operações executivas, traduzindo-se a supremacia da entidade patronal, ainda, nos poderes regulamentar e disciplinar.

A determinação da existência de subordinação jurídica e dos seus contornos consegue-se mediante a análise do comportamento das partes e da situação de facto, através de um método de aproximação tipológica, única via a percorrer, na ausência de comportamentos declarativos expressos definidores das condições do exercício da actividade contratada, situação frequente quando se trata de convénios informais.

A subordinação "traduz-se na possibilidade de a entidade patronal orientar e dirigir a actividade laboral em si mesma e ou dar instruções ao próprio trabalhador com vista à prossecução dos fins a atingir com a actividade deste, e deduz-se de factos indiciários, todos a apreciar em concreto e na sua interdependência, sendo os mais significativos: a sujeição do trabalhador a um horário de trabalho; o local de trabalho situar-se nas instalações do empregador ou onde ele determinar; existência de controlo do modo da prestação do trabalho; obediência às ordens e sujeição à disciplina imposta pelo empregador; propriedade dos instrumentos de trabalho por parte do empregador; retribuição certa, à hora, ao dia, à semana ou ao mês; exclusividade de prestação do trabalho a uma única entidade" e "pode comportar diversos graus, não sendo incompatível com a verificação de alguma margem de autonomia do trabalhador, quer no que se refere à forma de produção do trabalho, quer à sua orientação, desde que não colida com os fins últimos prosseguidos pelo empregador" – Acórdão deste Supremo Tribunal, de 21 de Março de 2001 (Processo n.º 3918/00 - 4.ª Secção), sumariado em www.stj.pt, Jurisprudência/Sumários de Acórdãos.

A subordinação apenas exige a mera possibilidade de ordens e direcção e pode até não transparecer em cada momento da prática de certa relação de trabalho, havendo, muitas vezes, a aparência da autonomia do trabalhador que não recebe ordens directas e sistemáticas da entidade patronal, o que sucede sobretudo em actividades cuja natureza implica a salvaguarda da autonomia técnica e científica do trabalhador.

As dificuldades na formulação do juízo qualificativo, através do critério do relacionamento entre as partes, acentuam-se perante situações que contêm elementos enquadráveis em diferentes figuras contratuais por se situarem em zonas de fronteira entre o contrato de trabalho e outras espécies de contratos, para cuja execução é necessária a prestação da actividade intelectual ou manual de alguém, sobretudo nos casos de maior autonomia técnica, em que é mais difícil clarificar os espaços de auto e heterodeterminação e, assim, descortinar qual o tipo de relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia).

Torna-se, assim, necessário, para alcançar a identificação da relação laboral, proceder à análise da conduta dos contraentes na execução do contrato, recolhendo do circunstancialismo que o envolveu indícios que reproduzem elementos do modelo típico do trabalho subordinado ou de outro (v. g. da prestação de serviço), por modo a poder-se concluir, ou não, pela coexistência no caso concreto dos elementos definidores do contrato de trabalho.

De acordo com o regime geral da repartição do ónus da prova, incumbe ao trabalhador demonstrar os factos reveladores da existência do contrato de trabalho, ou seja demonstrar que presta uma actividade remunerada para outrem, sob a autoridade e direcção do beneficiário (artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil).

4. 2. As instâncias, não se dispensando de tecer considerações genéricas ilustradas com pertinentes referências doutrinárias e jurisprudenciais — no essencial, coincidentes com as que deixaram explanadas —, convergiram no sentido de conferir natureza laboral à relação que vigorou entre as partes.

Considerou-se na sentença:

«No caso presente, a autora foi admitida ao serviço da 1.ª ré em Outubro de 2000, desde então tendo prestado sob as ordens e orientações transmitidas pelo responsável pela secção de atletismo, Sr.DD , as funções de atleta desportiva, na modalidade de lançamento do disco, entrando em todas as competições determinadas pela 1.ª ré e em sua única e exclusiva representação, realizando diariamente treinos sob a orientação e supervisão do seu treinador,EE, remunerado pela 1.ª ré, utilizando o equipamento pela mesma indicado e disponibilizado, e auferindo uma prestação mensal pecuniária em contrapartida dessa actividade (cfr. matéria de facto vertida em

1, 2, 5 a 10, e 14, supra).

Ora, parece-nos evidente que o conteúdo do contrato celebrado, inferido da factualidade enunciada, se coaduna com os aludidos elementos caracterizadores do contrato de trabalho subordinado: a autora pôs à disposição do réu o exercício da sua actividade como atleta de lançamento do disco, e não apenas o resultado do trabalho efectuado no âmbito de uma mera colaboração eventual; auferia em contrapartida uma retribuição calculada em função da duração dessa disponibilidade; e, sobretudo, exercia essa sua actividade profissional não com independência e autonomia mas em obediência à direcção e orientação recebidas das responsáveis nomeadas pelo réu, plenamente enquadrado numa estrutura e numa organização criada e controlada pelo mesmo.

E se considerarmos que o que releva é o conteúdo do contrato e não o nome que um dos contraentes pretendeu atribuir-lhe, mais não nos parece ser necessário acrescentar para concluir que o vínculo jurídico estabelecido entre a autora e a 1.ª ré se deve qualificar como contrato de trabalho.»

E o acórdão recorrido observou:

«Dos factos provados retiramos que a autora obrigou-se a prestar à ré serviços da modalidade desportiva de atletismo (lançamento do disco), vivendo da remuneração auferida pela sua actividade ao serviço do S... Clube de Portugal, paga mensalmente 12 vezes cada época desportiva e actualizada anualmente. Estava integrada na estrutura desportiva da 1.ª ré, recebendo ordens e instruções, designadamente para se apresentar no Clube sempre que necessário bem como nas competições internacionais em que teria que participar, do Sr.DD , responsável pela secção de atletismo. Realizava diariamente treinos na Pista de atletismo da Universidade de Aveiro e Lota de Pesca da Gafanha da Nazaré sob a orientação e supervisão do seu treinador, EE, remunerado pela 1.ª ré e entrava em todas as competições determinadas pela 1.ª ré e em sua única e exclusiva representação. Nas competições nacionais e internacionais por Clubes as despesas de viagem, estadia e alimentação eram pagas pela 1.ª ré, como igualmente esta custeava todas as deslocações da autora a Lisboa e as despesas efectuadas pela autora em representação do réu. À excepção do equipamento de treino todo o seu equipamento desportivo era-lhe fornecido pela 1.ª ré, ficando a autora obrigada a utilizá-lo nas competições definidas pelo S.... O equipamento utilizado pela autora, quando competia pela 1.ª ré, era da marca com quem a 1.ª ré tinha um contrato de publicidade (R...), e quando em representação da FPA era da marca com quem esta tivesse o contrato, não podendo a autora contratar com outra marca para utilização em competição. A autora dava quitação das prestações recebidas através de recibo verde. O réu, a pedido da autora, recorreu aos préstimos do treinador EE, a quem pagava através de recibos verdes (factos n.ºs 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15, 32, 33, 34, 37 e 40).

Estas circunstâncias, na sua globalidade, constituem, indícios da existência de subordinação jurídica e, portanto, de que autora e ré estavam vinculados por um contrato de trabalho.

Efectivamente, verifica-se a integração na estrutura e organização desportiva da ré, recebendo ordens e instruções, quer directamente quer através do seu treinador que era pago para o efeito pela apelante; quando se apresentava nas competições indicadas pela apelante, esta suportava todas as despesas e a autora utilizava os equipamentos fornecidos pela apelante; a forma de remuneração fixa, não em função de um qualquer resultado atingido, sendo o recebimento da mesma de periodicidade mensal.

De sentido contrário, porém, a emissão por parte da autora de recibos verdes, mas que pode não significar mais do que mera adequação ao nome do contrato celebrado, sendo que como já acima se salientou são irrelevantes as denominações ou qualificações escolhidas pelas partes intervenientes para qualificar o acordo. Aliás, as referências que a apelante faz à obra de Mendes Baptista, "Direito Laboral Desportivo-Estudos", com alusões a atletas dotados de elevado poder negocial apoiados por empresários experientes, assentam bem quando se está a falar de modalidades como o futebol, com remunerações milionárias, mas não de praticantes de atletismo como a autora em que, apesar de se cotar entre a elite mundial, auferiu mensalmente quantias entre os 430.000$00 e os 530.000$00 (factos n.ºs 15 e 19).

E a alusão a Leal Amado, "Vinculação versus

Liberdade", quando se refere às modalidades individuais por contra-ponto às colectivas adequa-se, por exemplo, ao ténis e ao golfe, mas pode já não ser apropriada para a natação ou o atletismo em que as individualidades são integradas em equipas que procuram resultados colectivos, esperando-se benefícios para o colectivo vindos dos desempenhos individuais. E isso é particularmente deste modo no atletismo e no caso da autora em que, como é do conhecimento público e notório, a equipa de atletismo do S... tem frequentemente disputado a Taça dos Clubes Campeões Europeus. Isto para já não falar que, internamente, em Portugal, como também é notório, os campeonatos de atletismo são disputados a nível de equipas, de clubes que até são integrados em Divisões (1.ª, 2.ª...) - ver facto n.º 30.

Ressalta, pois, dos autos uma plena integração da autora na estrutura e organização do réu.

E não afasta a conclusão a que se chega a circunstância de no dia-a-dia a ré não dar ordens directas à autora quanto ao modo de realização das suas tarefas, mas tal prende-se com a natureza destas, que requer autonomia técnica, bastando para o seu desempenho que a ré se limite a coordenar o trabalho da autora, tal como sucedia através do treinador daquela que era pago pela apelante para tal desiderato. Contudo, isso não implica a negação da subordinação jurídica que transparece neste vínculo contratual.

Como refere Monteiro Fernandes, na obra citada, págs. 133 e 134, **"a subordinação pode não transparecer em cada momento da prática de certa relação de trabalho ... muitas vezes, a aparência é de autonomia do trabalhador, que não recebe ordens directas e sistemáticas da entidade patronal, e, no entanto, deve concluir-se que existe, na verdade, subordinação jurídica. Antes do mais, porque é suficiente um estado de dependência potencial (conexo à disponibilidade que o patrão obteve pelo contrato) ... Depois, porque a subordinação jurídica comporta graus, nomeadamente em função das aptidões profissionais do trabalhador e da tecnicidade das próprias tarefas". E, acrescenta, citando um acórdão do STA: "existe a subordinação jurídica do trabalhador para com um patrão logo que este tenha o direito de lhe dar ordens ou de dirigir ou fiscalizar o seu serviço, não se exigindo que de facto e permanentemente o faça".**

O decidido quanto à qualificação contratual é assim de confirmar.»

5. Na revista, o Réu, para sustentar caracterização da relação em causa como contrato de prestação de serviço, aduz, em síntese, que:

-Não dispunha de poderes de autoridade e direcção sobre a Autora, que esta não estava permanentemente sujeita a ordens, e apenas lhe eram dadas indicações para se apresentar no clube sempre que necessário, bem como nas competições internacionais em que teria de participar;

-Apenas custeava as despesas, quando a Autora competia ao serviço do Réu, mas não quando ele participava em provas ao serviço da Federação Portuguesa de Atletismo e ela só envergava o equipamento fornecido pelo clube quando competia em representação deste;

-O local de treino diário não era em instalações do Réu e este não podia dizer quando, onde, como e com que utensílios, treinar, nem determinar qualquer horário de trabalho;

-O treinador não pertencia aos quadros do Réu, não estando sujeito a ordens do Réu, embora fosse pago por este.

6. Mais do que ao nome que as partes deram ao contrato, para sua qualificação, importa atender-se à forma como, desde logo à partida, ficou estipulado o negócio, havendo, por conseguinte de atentar-se no que, no escrito que corporizou o encontro de vontades, ficou consignado.

A vontade das partes encontra-se, no tocante aos direitos e obrigações emergentes da relação que pretenderam estabelecer, expressa nas cláusulas do escrito intitulado "Contrato de Prestação de Serviços".

Do respectivo texto, retira-se que a Autora se comprometeu a representar o Réu, na modalidade desportiva de atletismo (cláusula 1.ª, n.º 1), fazendo parte da equipa de atletismo e nessa qualidade participando em todas as competições nacionais ou internacionais em que

fosse solicitada a sua participação, sempre com o objectivo principal da obtenção das melhores classificações possíveis (cláusula 2.ª, n.º 1); obrigou-se a "respeitar as indicações dos técnicos encarregados de assegurar a sua preparação física e assistência médico-desportiva devendo, designadamente, comparecer à hora e local marcados, em todas as competições nacionais e internacionais" e a "observar, dentro e fora das instalações desportivas, uma conduta social e desportiva exemplar, em defesa do bom nome, imagem e interesses do SCP" (cláusula 2.ª, n.os 2 e 3); comprometeu-se a "assinar todos os documentos necessários" para a inscrição na "Federação Portuguesa de Atletismo como praticante de atletismo do SCP", bem como "a não se inscrever como praticante de outra entidade" durante a vigência do contrato (cláusula 5.ª, n.º 1); obrigou-se "a utilizar, exclusivamente, em competições os equipamentos que lhe forem fornecidos pelo SCP, qualquer que seja a marca comercial ou outra neles aposta com fins publicitários, deixando-se fotografar ou filmar com os referidos equipamentos sempre que para isso for solicitado" e "a acatar e respeitar o regulamento disciplinar em vigor para os atletas do SCP" (cláusula 6.ª, n.os 2 e 3).

Por seu lado, o Réu comprometeu-se, com vista a contribuir para a prossecução do referido objectivo principal, a facultar à Autora preparação técnica e física ministrada por técnicos devidamente habilitados, assistência médico-desportiva, no que se refere exclusivamente à prática de atletismo, equipamento desportivo para competição em representação do clube, por este definido no início da época, e alimentação e alojamento "sempre que o atleta se desloque para para efeitos de participação em competições, sempre que o Departamento convocar" (cláusula 3.ª, n.º 1); e comprometeu-se a pagar à Autora uma prestação mensal ilíquida de Esc.: 430.000$00, a ser paga 12 vezes por época desportiva.

Surpreendem-se, no texto do aludido escrito, inequívocos sinais de que, apesar do nome que deram ao contrato, foi vontade das partes estabelecerem um relacionamento em que o exercício da actividade a prestar pela Autora, haveria de ser levado a cabo sob a autoridade e direcção do Réu.

Nesse sentido, apontam as obrigações de respeitar as indicações e intruções de técnicos encarregados de assegurar a preparação física e a assistência médico-desportiva, que o Réu se comprometeu a facultar, de integrar a equipa de atletismo e, com particular relevo no âmbito da autoridade, a sujeição ao regulamento disciplinar em vigor no Réu.

O modo como, na prática, veio a desenvolver-se a execução da relação jurídica que as partes assim estabeleceram não apresenta, atenta a matéria de facto que resultou provada, desvios de substância no tocante aos deveres nucleares assumidos pela Autora, perante o Réu, referidos directamente ao exercício da sua actividade profissional.

Com efeito, provou-se que, no âmbito da execução da actividade contratada, a Autora realizava treinos diários, sob a orientação e supervisão de um treinador remunerado pelo Réu, recebia ordens e intruções do responsável pela secção de atletismo para se apresentar no clube sempre que necessário, bem como nas competições internacionais que teria de participar, sendo que entrava em todas as competições determinadas por ele e em sua única e exclusiva representação.

Deste modo, pode afirmar-se que as partes quiseram e actuaram efectivamente um relacionamento em que sempre esteve presente a possibilidade de o Réu orientar e dirigir a actividade laboral da Autora, ainda que indirectamente, através de um treinador por ele remunerado ou de técnicos de medicina desportiva por ele designados, com sujeição a normas contidas em regulamento disciplinar do próprio Réu, tudo tendo em vista a prossecução dos fins a alcançar com a referida actividade da Autora, por ele, Réu, definidos.

Tanto basta para se concluir pela presença na relação em causa, tal como foi convencionada e veio a ser actuada, da subordinação jurídica que, como se referiu, constitui elemento característico do contrato de trabalho, que o diferencia do contrato de prestação de serviço.

Encontrado, assim, o elemento fundamental que presidiu ao dito relacionamento, carecem de valor para a qualificação do contrato as circunstâncias invocadas pelo Réu para fazer vingar o seu ponto de vista.

Assim, atenta a natureza da actividade contratada,

é manifestamente irrelevante para afastar a subordinação jurídica, o facto de a organização dos tempos de treino não ser definida, directamente, pelo empregador, visto que, para o efeito remunerava o treinador, que orientava e dirigia essa actividade, estando a Autora vinculada a obedecer às suas intruções e indicações, dever este que, tendo sido contratualmente assumido, não deixava de impender sobre a Autora pelo facto de as sessões de treinos serem agendadas por acordo entre ambos.

Por idêntica ordem de razões, também não releva a circunstância de os treinos se realizarem em instalações não pertencentes ao Réu, já que, no local dos treinos, estava presente o referido treinador, com poderes para controlar e dirigir os mesmos, nessa medida, representando o Réu que, para o efeito, o remunerava.

Os demais aspectos, tidos, na perspectiva do Réu, como índices de uma relação de trabalho autónomo, que se prendem com a propriedade dos equipamentos utilizados pela Autora, nos treinos e em competições em que representava a Federação Portuguesa de Atletismo, e com o facto de esta lhe atribuir subsídios e suportar as despesas, nessas competições, apresentam-se, na óptica deste Supremo, atendendo ao quadro de obrigações assumidas no contrato, como aspectos marginais, na ponderação a efectuar sobre a existência de subordinação jurídica.

Também não pode atribuir-se ao facto de não ter sido convencionado o gozo de férias, o pagamento do respectivo subsídio, nem do subsídio de Natal, o efeito de abalar a existência de subordinação jurídica no relacionamento que o acordo de vontades instituiu e veio a concretizar-se, pois, ainda que a Autora se tivesse conformado, com a preterição daqueles efeitos típicos da relação de trabalho subordinado, de produção imperativa e prefixada por lei, essa preterição não tem virtualidade para conferir à relação jurídica desejada, e efectivamente actuada, natureza diferente da do contrato de trabalho (cfr. Júlio Manuel Vieira Gomes, Direito do Trabalho, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 138).

O mesmo se pode dizer a propósito dos aspectos formais, atinentes à quitação da remuneração e à observância dos regimes fiscal e de segurança social.

Nesta conformidade, é de concluir, corroborando, no essencial, as considerações vertidas no acórdão impugnado, que o contrato celebrado entre a Autora e o Réu deve ser qualificado como contrato de trabalho subordinado, improcedendo o que, a tal respeito, vem alegado na revista.

7. Da indemnização por danos não patrimoniais:

7. 1. Como acima se referiu, a sentença da 1.ª instância, tendo qualificado a relação jurídica que vigorou entre as partes como contrato de trabalho, julgou a acção parcialmente procedente e decidiu declarar ilícito o despedimento da Autora e condenar o Réu, S... Clube de Portugal, a pagar-lhe, além do mais, a quantia de € 15.000,00, a título de danos não patrimoniais, acrescida de juros de mora, à taxa de 4% ao ano, desde a citação e até integral pagamento.

No recurso de apelação, o Réu sustentou, na conclusão 49.ª, que, *«[p]elo facto de a Recorrida ter encontrado, imediatamente após a rescisão, novo clube onde se inscrever; pelo facto de a sua prestação internacional não ter sido minimamente afectada durante a época rescindida; pelo facto de ter sido campeã nacional na época rescindida; pelo facto de não ter terminado a carreira de atleta; a quantia arbitrada a título de danos morais é excessiva, sem prejuízo de a mesma não ser devida em virtude da não existência de contrato laboral.»*

O Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão em revista, decidiu reduzir o valor daquela indemnização e fixá-lo em € 10.000,00, pronunciando-se nos seguintes termos:

«Com interesse ficou provado que a autora é uma atleta de alta competição, na modalidade de lançamento do disco, tendo representado o S... desde 1987, onde efectuou toda a sua vida desportiva ali tendo todos os seus colegas e amigos, vendo os atletas e toda a secção de atletismo como parte da sua família. É campeã nacional de atletismo há 17 anos pertencendo-lhe o recorde nacional (65,40 m) (factos provados n.ºs 20, 21 e 22).

Por virtude da rescisão do contrato, a autora sentiu revolta pela forma como acabaram os seus 17 anos

de atletismo no S..., sentiu um abalo psicológico, sentiu vontade de desistir da modalidade que praticara ao serviço do réu e sentiu que a sua imagem como atleta de competição ficou afectada perante colegas, amantes da modalidade e público em geral, para além de que a autora contava, para fazer face às suas necessidades, com a retribuição que havia acordado com a 1.ª ré e que deixou de receber (factos provados n.ºs 23 e 24).

A prestação desportiva da autora foi afectada, não conseguindo atingir a fase final dos Jogos Olímpicos da Grécia, como afectada ficou a sua imagem entre colegas de profissão, amantes da modalidade e público em geral. E na qualidade de campeã nacional, viu-se obrigada, atenta a rescisão do contrato e a data em que foi efectuada, a inscrever-se por um Clube da II Divisão (Clube Desportivo O... dos A...), para poder competir (factos provados n.ºs 25, 26, 27, 28, 29 e 30).

Excepto no caso de não se reconhecer a existência de uma relação laboral subordinada, [a] apelante não põe em causa o preenchimento dos requisitos legais. E assim é.

Ora nos termos do art. 496.º-1 do CC deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, como é o caso.

Como é sabido, os danos não patrimoniais, não consubstanciam uma verdadeira indemnização nem podem ser avaliados em medida certa. Há antes uma atribuição de certa soma pecuniária que se julga adequada a compensar e a apoucar dores e sofrimentos através do proporcionar de um certo números de alegrias e satisfação que os minorem ou façam esquecer. Ao contrário da indemnização propriamente dita, cujo fim é preencher um espaço verificado no património do lesado, a compensação dos danos não patrimoniais tem por fim acrescer um património intacto para que o lesado, com tal acréscimo alcance lenitivo para as suas amarguras.

O n.º 3 do art. 496.º do CC, no respeitante ao montante da indemnização manda atender sempre a um critério de equidade, devendo fazer-se nas circunstâncias expressas no art. 494.º do CC, ou seja, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica do responsável e a do lesado e as circunstâncias concretas do caso.

Como ensina o Prof. A. Varela, Das Obrigações em Geral, 2.ª ed., I Vol., pág. 486 e nota 3, e ainda pág. 438, o seu montante deve ser proporcionado à gravidade do dano, devendo ter-se em conta, na sua fixação ponderada, todas as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades.

Tal reparação reveste uma natureza acentuadamente mista: por um lado, visa compensar de algum modo, mais do que indemnizar, os danos sofridos pelo lesado; por outro lado, não lhe é estranha a ideia de reprovar ou castigar, no plano civilístico, com os meios adequados do direito privado, a conduta do agente.

Importa realçar que a ligação desportiva da autora à apelante estava a 1 ano de terminar (factos provados n.ºs 1 e 11) pelo que a revolta sentida pelo termo da ligação de 17 anos ao S... tem a dimensão relevante da antecipação de 1 ano em relação ao previsto, nada se tendo alegado ou provado que o contrato seria renovado para além de 2004, ou que a autora, sequer, teria a fundada e legítima expectativa de que tal renovação viesse a suceder.

Face ao exposto e tendo em conta toda a matéria provada, designadamente de que se tratava da campeã e recordista nacional da especialidade de lançamento do disco, razoável e ajustado se nos afigura que seja [a autora] compensad[a] com indemnização relativa aos danos não patrimoniais no montante de € 10.000,00.»

7. 2. Na conclusão 44 da presente revista, o Réu transcreve, ipsis verbis, o que havia alegado no recurso de apelação e, no corpo da alegação, aduz, para ver substancialmente reduzida a indemnização, argumentos centrados, fundamentalmente, na discordância quanto à relevância a conferir à comparação entre as marcas obtidas em competições, antes e depois da cessação do contrato, para contrariar a asserção de que a prestação desportiva da Autora foi afectada com reflexos na sua imagem enquanto atleta.

Ora, não decorre do acórdão recorrido que o Tribunal da Relação tenha atribuído particular importância a tal asserção que, nos fundamentos que explanou para arbitrar a indemnização, surge, ilustrada pelo facto de não ter a Autora sido apurada para a fase final dos Jogos Olímpicos, a

par de outros factos que, na perspectiva deste Supremo Tribunal, revelam danos psicológicos de gravidade maior, como os que se apresentam referidos no seguinte passo do acórdão: *«a autora sentiu revolta pela forma como acabaram os seus 17 anos de atletismo no S..., sentiu um abalo psicológico, sentiu vontade de desistir da modalidade que praticara ao serviço do réu e sentiu que a sua imagem como atleta de competição ficou afectada perante colegas, amantes da modalidade e público em geral, para além de que a autora contava, para fazer face às suas necessidades, com a retribuição que havia acordado com a 1.ª ré e que deixou de receber».*

Quer-se, com isto, significar que, mesmo sem atribuir especial relevância à diminuição de rendimento da Autora, na sua prestação desportiva, não se afigura excessivo o valor fixado pela Relação para compensar os danos não patrimoniais sofridos pela Autora, atendendo aos critérios sublinhados no acórdão recorrido, que, assim, também neste particular, não merece censura.

III

Em face do exposto, nega-se a revista.

Custas a cargo do recorrente.

Supremo Tribunal de Justiça,

Lisboa, 15 de Setembro de de 2010.

Vasques Dinis (Relator)

Mário Pereira

Sousa Peixoto

O Conceito de Associação e as Entidades de Prática Desportiva Brasileiras

Sumário

1. A Liberdade De Associação

2. Conceito De Associação

3. Exercício De Atividade Economica X Fins Econômicos

4. A Autonomia Das Entidades De Prática Desportiva

5. Da Atual Real Atividade Das Entidades De Prática Desportiva

6. Conclusões

Referências Bibliográficas

Palavras-chave:
Entidades desportivas; livre associação; clubes desportivos.

Aldo Giovani Kurle - Advogado Associado do escritório Gislaine Nunes e Advogados desde 2005. Mestrando em Direito Desportivo pela Universidade de Lérida – Espanha. Especialista em Direito Desportivo pela ESASP. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. Professor no Curso de Especialização em Direito Desportivo da ESASP

1. A Liberdade De Associação

A liberdade de associação foi prevista inicialmente na primeira Constituição Política do Brasil, a Constituição Republicana de 1891. Tal prerrogativa essencial foi contemplada nas sucessivas cartas constitucionais pátrias, entretanto, apenas a partir da Constituição de 1934 a liberdade de associação assumiu contornos específicos, diferenciando-se do direito fundamental de reunião. Assim dispôs o artigo 113, § 12º da Constituição de 1934:

"Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária."

Esse dispositivo constitucional dissociou o conceito de liberdade de associação com o direito de reunião. O Ilustre doutrinador PONTES DE MIRANDA faz tal diferenciação nos seguintes termos ("Comentários à Constituição de 1967 com a emenda no 1 de 1969", p. 605, Tomo V, 2a. tir., 2a. ed., 1974, RT):

"(...) Na liberdade de associação, há mais do que reunião; e o reunir, que lhe é implícito, toma caráter geral, físico e psíquico. Sociedade de sábios ou de negócios pode existir sem que a reunião física se dê. Vota-se por meio de cartas, discute-se por escrito, pelo telégrafo, pelo telefone. Já o elemento psíquico é maior do que na liberdade de reunião; e o elemento espacial pode ser mínimo ou nenhum."

A Carta Magna em vigor também prevê expressamente a liberdade de associação, *in verbis"*:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;"

Como visto, o postulado constitucional assegura a liberdade de associação e a protege de qualquer tipo de interferência estatal.

Esta garantia à liberdade associativa traduz uma idéia de democracia participativa, como um dos direitos fundamentais que se liga ao conceito de democracia. Através desta liberdade se assegura ao cidadão o direito de organização para participar na própria sociedade.

Trata-se de um direito natural, intrínseco ao processo da luta pela vida e transformação do meio em que vive o homem.

O direito de associação é assegurado de acordo com os modelos jurídicos e estes são conforme os modelos políticos adotados. *In casus*, está inscrito na Constituição Federal.

Os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado, e também não podem ter suspensas suas atividades senão nos casos previstos em lei e mediante decisão judicial.

Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação nem coagido por qualquer meio a permanecer nela. Não são consentidas

associações de caráter paramilitar, muito menos organizações racistas.

O direito de associação é um direito complexo que se analisa em vários direitos próprios ou liberdades específicas. É fundamentalmente um direito negativo, um direito de defesa, sobretudo perante o Estado, proibindo a intromissão deste, quer na constituição de associações ou na sua organização e vida interna.

O direito à livre associação constitui uma garantia básica de realização pessoal dos indivíduos na vida em sociedade. O Estado de Direito, respeitador da pessoa, não pode impor limites à livre constituição de associações, senão os que forem direta e necessariamente exigidos pela salvaguarda de interesses superiores e gerais da comunidade. No processo democrático em curso, suprimem-se as exigências de autorizações administrativas que condicionavam a livre constituição de associações e o seu normal desenvolvimento. O direito à constituição de associações passa a ser livre e a personalidade jurídica adquire-se por mero ato de depósito dos estatutos. Exige-se das associações que se subordinem ao princípio da especificidade dos fins e ao respeito pelos valores normativos que são a base e garantia da liberdade de todos os cidadãos.

Também no âmbito internacional o direito de associação está consagrado, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 20º nº 1 e 2) e na Convenção Européia dos Direitos do Homem (aprovada pela Lei 65/78 de 13/10, art. 11º nº 1 e 2).

A análise dos princípios gerais relativos ao direito de associação permite enumerar um conjunto de princípios:

a) Liberdade individual de constituição de associações.
b) Direito de aderir a associações existentes, se verificados os pressupostos legais e estatutários e em condições de igualdade.
c) Direito a não ser coagido a inscrever-se ou permanecer em qualquer associação.
d) Proibição de intervenções arbitrárias do poder político.
e) Proibição de associações armadas, de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, organizações fascistas ou racistas, que promovam a violência e cujos fins sejam contrários à lei penal.
f) Proibição de o Estado dissolver associações ou suspender as atividades senão nos casos previstos na lei e através de decisão judicial.
g) Direito a prosseguirem os seus fins livremente e sem interferência das autoridades públicas.
h) Direito à constituição de associações independentemente de qualquer tipo de autorização ou intervenção administrativa.
i) Direito à liberdade e autonomia interna.

Há necessidade de existência de uma vontade geral ou coletiva, confronto de opiniões para a sua determinação, distinção de maiorias e minorias e a observância do método democrático.

Assinale-se, porém, que as formas jurídicas de organização de entidades são formas que a própria ordem jurídica ordinária fornece. Não se trata de tema exaurido apenas na seara e índole constitucional.

No estudo em comento, apreciaremos especificamente um dos tipos de formas associativas previstas no Código Civil Pátrio, qual seja, a pessoa jurídica de direito privado denominada "associação".

2. Conceito De Associação

Assim dispõe o artigo 44 do Código Civil Brasileiro:

"Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
I - as associações;
II - as sociedades;
III - as fundações;
IV – as organizações religiosas;

V – os partidos políticos.
VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada."

No seu capítulo II, Titulo II (Pessoas Jurídicas), Livro I, da Parte Geral do Código Civil, especificamente em seus artigos 53 e seguintes, encontra-se o conceito de associação e demais regramentos legais aplicados a esta espécie de pessoa jurídica de direito privado.

Assim dispõe o artigo 53 do Código Civil:

"Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos."

Como visto, há no ordenamento uma disposição sobre os requisitos mínimos para a constituição e disciplina de uma associação. Ou seja, o Legislador deixou positivados parâmetros regulatórios da atividade das associações, em atenção ao postulado democrático, que se mostra essencial à vida das entidades, como as associações, que não perseguem fins econômicos.

Constitui norma de ordem pública, impregnada de caráter imperativo, destinada a estabelecer um sentido de ordem e de disciplina jurídicas no seio das associações, essencial a sua própria existência. Desse modo, estamos perante um preceito legal de ordem pública que deságua na imperatividade da disposição. Sempre que o legislador impõe uma norma desse nível e obsta aos interessados dispor diferentemente, é porque considera que há um interesse social comprometido com seu cumprimento.

O poder de supremacia do Estado revela-se intransponível pelo setor privado, e sendo a associação um instituto próprio do direito civil, competente é a União para legislar sobre a matéria acerca de *regras gerais mínimas a serem observadas por todos os que pretendam se constituir como tal.*

Interessa-nos, em particular, o postulado que determina a inexistência de fins econômicos que deve permear as associações. Isto por que, mais adiante, açambarcaremos as peculiaridades das entidades de prática desportiva para então fazer um parâmetro e concluir sobre suas características ímpares que, a nosso ver, afrontam e impedem sejam consideradas associações "puras", leia-se sempre por intrínseco, sem fins econômicos.

Ademais, é exatamente esta característica, repita-se, a ausência de fins econômicos, que diferencia a associação de outras pessoas jurídicas de direito privado.

A definição de "fins não econômicos" não redunda na conclusão de impossibilidade de "exercício de atividades econômicas", sendo imprescindível distinguir o significado de tais assertivas.

O Código Civil não disciplina a possibilidade ou proibição de realização de atividade econômica por uma entidade sem fins lucrativos (associação). A nova redação do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/01/2002) passou a utilizar a expressão sem fins econômicos, em substituição a sem fins lucrativos. Entretanto, a troca de aludida expressão, a nosso ver, não altera o contexto, ou melhor, não há qualquer proibição dessas entidades realizarem atividades econômicas, desde que, a atividade esteja prevista no estatuto social como fonte de recurso e o lucro obtido aplicado nos seus objetivos sociais.

3. Exercício De Atividade Econômica X Fins Econômicos

É salutar esclarecer a licitude de uma associação, na condição de entidade sem fins econômicos/lucrativos, poder realizar e desenvolver atividades econômicas, a fim de obter recursos para viabilizar o efetivo cumprimento de seus fins sociais e estatutários.

A associação é uma instituição sem fins lucrativos e, por força estatutária, os seus dirigentes não são remunerados e todos os recursos que consegue são aplicados na manutenção de seus objetivos institucionais, *empregando eventual superávit no desenvolvimento de suas finalidades.*

Considera-se entidade sem fins lucrativos aquela que não apresenta superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, *destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.*

Nenhuma norma jurídica proíbe as entidades sem fins lucrativos de realizarem atividades remuneradas e nada as impede de obter resultado positivo (superávit) com elas.

O que as entidades sem fins lucrativos devem observar rigorosamente é a não distribuição do eventual superávit (e não lucro) entre os seus associados, empregados, dirigentes etc., mas a sua aplicação no cumprimento e consecução das finalidades definidas no seu estatuto.

Uma associação, desde que não proporcione ganhos aos associados, não se desnatura, mesmo que realize negócios para manter ou aumentar seu patrimônio.

Mesmo que uma associação venha a praticar, eventualmente, atos de comércio, tal fato não a desnatura, pois o que importa para identificação de sua natureza *é a atividade principal por ela exercida.*

Repita-se que não há dispositivo legal que vede o exercício de atividades econômicas, apenas há a colocação de que estas entidades não podem ter fins lucrativos, o que não impede a existência de superávit em seu resultado financeiro.

Assim, é possível a realização de atividades econômicas por parte das associações, quando elas sejam necessárias para o melhor cumprimento dos seus fins estatutários e estejam a eles (fins) diretamente ligadas.

A distinção é tênue, já que o desvirtuamento e o exercício de atividades fora do âmbito de suas finalidades pode acarretar alterar a natureza de sua função precípua.

Imprescindível identificar se o exercício de uma atividade empresarial pela associação desnatura sua essência e se choca com o seu caráter altruísta, e mais, se sua atuação é legal e ética.

4. A Autonomia Das Entidades De Prática Desportiva

Assim dispõe o artigo 217, inciso I, da Constituição Federal, na seção III (Do Desporto), do Capítulo III (Da Educação, Da Cultura e Do Desporto), destinado exclusivamente ao desporto Nacional:

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

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

Como se extrai do dispositivo supracitado, o legislador constituinte, pretendendo assegurar e incentivar a participação efetiva no âmbito do desporto nacional, conferiu um grau de autonomia que propicia a tais entes uma especial prerrogativa jurídica, consistente no prevalecimento de sua própria vontade, quanto à definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento.

Por outro lado, cabe frisar que tais entidades estão sujeitas às normas gerais fundadas na legislação emanada do Estado, pois, a noção de autonomia, ainda que de extração constitucional, não se revela absoluta, nem tem a extensão e o conteúdo inerentes ao conceito de soberania e de independência.

Enfatiza-se que o conceito de autonomia, mesmo tratando-se de organização e funcionamento de associações civis e de entidades desportivas, supõe o exercício de um poder essencialmente subordinado a diretrizes gerais que lhe condicionam a prática - não se confunde com a noção de soberania, que representa uma prerrogativa incontrastável, impregnada de caráter absoluto.

Com louvor, adverte o autor LUÍS ROBERTO BARROSO ("Interpretação Constitucional Direito Constitucional Intertemporal - Autonomia Desportiva: Conteúdo e Limites Conceito de Normas Gerais", in Revista de Direito Público, p. 96, item no 97, janeiro/ março de 1991, ano 24, RT), cujo magistério, no tema, assinala que: *"A autonomia (...) não apenas comporta, como antes pressupõe a existência de determinados limites. Quem tem competência para conceder autonomia, tem competência para traçar-lhe parâmetros".*

Na mesma toada, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 4/88, 1995, Saraiva"), a propósito do alcance da regra constitucional consagradora da autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, em passagem na qual esse ilustre publicista adverte que "*(...) a autonomia é autodeterminação dentro da lei (...)*" (grifei).

Assim, reconhece-se a legitimidade de intervenção normativa do Estado na definição das cláusulas gerais pertinentes à estruturação das associações civis (e, também, das organizações desportivas), eis que, não custa insistir, o exercício do poder autônomo projeta-se, necessariamente, dentro de um círculo traçado pelo próprio Estado.

Portanto, as entidades autônomas, como as organizações desportivas, qualificam-se como instituições juridicamente subordinadas às normas estruturantes editadas pelo Estado, que representam, nesse contexto, verdadeiros arquétipos no processo de configuração institucional de tais entes.

Neste diapasão, devemos atentar para o conflito estrutural que surge quando aventado se a prática das entidades desportivas, em que pese sua autonomia, enquadram-se no conceito de associações, especialmente no que tange à questão da ausência de fins econômicos.

Não se questiona se estas podem exercer atividade econômica, até mesmo por que tal possibilidade é prevista no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.615/98, que assim reza:

"A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de ATIVIDADE ECONÔMICA sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios:

I - da transparência financeira e administrativa;
II - da moralidade na gestão desportiva;
III - da responsabilidade social de seus dirigentes;
IV - do tratamento diferenciado em relação ao desporto não profissional; e
V - da participação na organização desportiva do País".

Desta forma, e em conluio com o definido no tópico anterior, não se mesclam os conceitos de fins econômicos com exercício de atividade econômica, esta plenamente factível e permitida, seja para as associações puras, ou ainda, para as entidades de prática desportiva constituídas nesta formatação.

Não se questiona a autonomia das entidades de prática desportiva em se constituírem como associações, até mesmo por que tal faculdade associativa é preambularmente um direito constitucional.

Neste prospecto, tem-se por objetivo delimitar o âmbito de atuação do poder autônomo reconhecido às entidades privadas em

questão, vinculando-as a uma regra-matriz ou a uma norma-padrão que traduz vetores condicionantes de tais entes no processo de sua própria organização.

A norma cogente define modelos hipotéticos abstratos que encerram verdadeiros arquétipos delimitadores do espaço em que as entidades privadas, inclusive as de caráter desportivo, podem atuar com relativa margem de liberdade, no caso, em forma de associações.

Assim, apesar da ampla autonomia de se constituírem como associações sem fins lucrativos, devem atentar para as inerentes características deste tipo de pessoa jurídica de direito público, especialmente no que tange à inexistência de fins lucrativos.

Essa percepção do tema é perfilhada por JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 482, 23a. ed., 2004, Malheiros) cujo magistério destaca que a autonomia – ainda que derivada de matriz constitucional (como sucede com as universidades, com os partidos políticos, com os Estados- membros, com os Municípios e com os Tribunais, dentre outros) - *"é a capacidade de agir dentro de círculo preestabelecido", qualificando-se, por isso mesmo, como "poder limitado e circunscrito (...)".*

Cabe ao Poder Público, mediante legislação própria, definir a extensão dessa capacidade de autodeterminação, traçando-lhe, para efeito de seu exercício, os limites de sua submissão ao poder normativo do Estado, que indicará, em regra-matriz, em que medida, em que extensão e sob quais condições a prerrogativa jurídica da autonomia poderá ser validamente exercida.

Assim que, a estruturação das entidades de prática desportiva como associações está sujeita à regulação estatal, que, mediante cláusulas genéricas ou conceitos jurídicos indeterminados, pode impor restrições, definir a extensão e estabelecer parâmetros destinados a condicionar a prática desse poder de auto-organização e de autodeterminação, sem que se possa inferir, da legítima emanação de normas instituídas pelo Poder Público, qualquer tipo de indevida interferência na esfera de liberdade das associações civis e das entidades desportivas em geral.

A autonomia conferida ao desporto limita-se à *"(...) faculdade e liberdade de pessoas físicas e jurídicas organizaram-se para a prática desportiva"*, conforme definido pelo inciso II, art. 2º, da Lei 9.615/98, que regulamenta o dispositivo constitucional em apreço, ou seja, as entidades desportivas dirigentes e associações possuem autonomia de modo a atribuir mera faculdade e liberdade às pessoas físicas ou jurídicas de se organizarem para a prática desportiva, não podendo confundir essa autonomia com o poder de se afastarem dos requisitos legais para serem reconhecidas enquanto entidades associativas.

Enfim, a competência da lei civil para regulamentar, de forma cogente, os requisitos mínimos para a constituição e a disciplina de uma associação não se confunde com a autonomia atribuída às associações desportivas para se organizarem e funcionarem independentemente do Estado, que possui o dever de fomentar a atividade. Elas terão que se constituir e reger conforme a lei civil. Isto é o que se extrai da sistemática do inciso I do art. 217 da Carta Magna.

Portanto, na asserção de que a prerrogativa constitucional da autonomia não traduz a outorga às associações civis em geral e às organizações desportivas em particular de poder absoluto que lhes permita existir e atuar em um universo particular e diferenciado, incompreensivelmente imune ao império das normas estatais, como se tais entidades pudessem existir em regime de completa desvinculação normativa em relação ao ordenamento positivo do Estado.

Conclui-se que a autonomia prevista no texto constitucional não confere às associações

desportivas o livre arbítrio de impor suas próprias regras, cada qual à sua maneira, possibilitando, até mesmo, a criação de tipos associativos amorfos.

5. Da Atual Real Atividade Das Entidades De Prática Desportiva

Não se questiona se, quando de sua constituição, as entidades de prática desportiva do país efetivamente realizavam atividades econômicas para o melhor cumprimento dos seus fins estatutários e se estavam ***a eles (fins) diretamente ligadas.***

Nas primeiras décadas a partir da fundação dos clubes esportivos brasileiros (a maioria dos clubes que formam o cenário esportivo nacional foi fundada antes da década de 50), as associações participavam de competições esportivas sempre representadas por seus sócios, o que dava a essas competições caráter lúdico, perfeitamente adequado à natureza jurídica de tais sociedades.

Com a evolução no esporte, o aprimoramento das competições e a necessidade dos clubes de competirem em igualdade de condições com seus concorrentes estrangeiros fizeram com que, já há algumas décadas, os clubes passassem a contar, para representá-los nas competições esportivas, com atletas de maior especialização e de dedicação exclusiva. Surgiu, assim, a figura do atleta profissional.

Da mesma forma, em curso paralelo à profissionalização do atleta representante do clube, as associações passaram a realizar uma série de atos de negócio, alguns de caráter estritamente mercantil, tais como: a venda de ingressos para as competições, cuja receita passou a ser revertida em favor dos clubes; a venda dos direitos de transmissão das competições por rádio e televisão e a venda do chamado "passe do atleta".

É passível de feroz questionamento se as atividades econômicas exercidas atualmente pelos clubes de futebol profissional se coadunam com o que deveria ser sua atividade principal, em consonância com a manutenção e o desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Ocorre que, não se pode negar que os clubes de futebol do Brasil que disputam campeonatos profissionais, apesar de constituídos como associações, na atualidade, exercem plena atividade econômica, ao ponto de se distanciar de seus objetivos sociais e fins diretamente ligados aos seus estatutos.

As fontes de renda de tais entidades de prática desportiva tornaram-se múltiplas e, em seu conjunto monetário, altamente lucrativas. Observe-se que os clubes recebem altas cifras (milhões) em razão da transferência de atletas, cessão dos direitos de transmissão das partidas, licenciamento de produtos, rendas de bilheteria, entre outros ganhos extraordinários decorrentes deste negócio altamente lucrativo denominado futebol.

Por outro lado, sob a veste de uma suposta má administração, deixam de cumprir com o pagamento dos tributos, em que pesem todos os benefícios fiscais concedidos pelo simples fato de haverem sido constituídas em forma de associações, supostamente sem fins lucrativos.

Some-se a tal desvirtuamento a deformação da realidade ocasionada pelos interesses dominantes de poder e de capital. A suposta adequação aos fins altruístas elementares está plenamente alienada.

E mais, observa-se cotidianamente, e pelo visto irremediavelmente, que as decisões de tais clubes, tomadas por dirigentes supostamente desinteressados financeiramente, não se revestem da transparência, abertura e idoneidade que lhes deveriam ser peculiares, características sem as quais a associação distancia-se de seu conceito. O espírito do associativismo é relegado a segunda plano. Os interesses são explicitamente comerciais, financeiros, lucrativos.

O destino dos valores amealhados com transações vultosas é misterioso, e por outro lado, em razão da impossibilidade de controle, os dirigentes não são responsabilizados e, por tal óbvio motivo, não promovem a competente gestão e governança. Agem como típicas empresas, contudo, apenas calcadas em seus direitos, olvidando-se das responsabilidades.

O interesse social há muito está comprometido. Observe-se que sob tal veste, tais associações não podem ser dissolvidas, portanto, seus credores, especialmente o próprio Estado - já que não se importam em quitar seus tributos – não podem dissolver a associação e dificilmente responsabilizar seus dirigentes, visto que a prova da má-gestão resta prejudicada em razão da falta de transparência.

Grupos minoritários dominam a vida de tais "associações", subordinando-as e manipulando-as, de modo ilegítimo impondo seu poder de controle.

Há muitos anos o conceito se desvirtuou, e não é possível negar que os clubes profissionais de futebol assumiram um perfil de entidade de fins econômicos.

Neste contexto, hão de ser adotadas as formas que a legislação civil e comercial coloca à disposição de todos aqueles que pretendam exercer esse tipo de atividade.

Nada justifica que as entidades desportivas tenham maior proteção constitucional do que um número imenso de entidades associativas que se formam no seio da vida social. As entidades desportivas assumiram o perfil de autênticas autonomias, de verdadeiras províncias, que rivalizam com o próprio Estado.

Em termos de hermenêutica constitucional, produzir-se-ia um resultado exótico. As entidades desportivas gozariam de tal autonomia que superariam o próprio Estado, ou lograriam rivalizar com este. É interessante indagar porque essas entidades não desenvolveram formas jurídicas diversas. Por que continuaram com as formas vetustas de associações sem fins lucrativos?

Defendem-se os clubes asseverando que ainda desenvolvem atividades sociais altruístas, através da formação de jovens atletas e do fomento ao esporte.

De fato, tais atividades estão insertas em seus âmbitos de atuação, contudo, atualmente, apenas um percentual mínimo de atenção é dedicado a tais atividades sociais, visto que o norte que as dirige se funda em suas atividades profissionais, contratação e venda de atletas, publicidade e outras atividades estritamente profissionais e comerciais, nesta seara, em caráter dominante.

Há que se traçar uma linha divisória entre as atividades sociais e as atividades com fins lucrativos. Os clubes convivem com esta dubiedade, inclusive, com dificuldade para sua administração, haja vista seus fins díspares e incongruentes.

6. Conclusões

Toda esta celeuma decorrente da dissonância entre o conceito de associações e a real natureza da atividade desempenhada pelos clubes de futebol profissional e suas reais finalidades resultou em diversas mudanças legislativas que buscavam uma adequação a esta incoerência.

Como não poderia ser diferente, ante a impossibilidade de se adequar os clubes profissionais ao conceito de associações sem fins lucrativos - a qual tem no ordenamento jurídico especificações que não permitem o alongamento de sua interpretação - foram realizadas diversas mudanças na Lei 9.615/98, contudo, todas fadadas ao insucesso.

Primeiro exigiu-se que os clubes se constituíssem em sociedades civis de fins econômicos, ou sociedades comerciais admitidas na legislação, ou ainda, entidades de prática desportiva que constituírem sociedade comercial para administração das atividades de que trata este artigo, como condição para a disputa dos

respectivos campeonatos profissionais (redação original do artigo 27 da Lei 9.615/98).

Posteriormente, pressionados sob a suposta inconstitucionalidade de tal exigência, com a publicação da Lei 9.981/2000, o artigo 27 da Lei Pelé sofreu profundas modificações, que desvirtuam sobremaneira toda a inteligência contida no texto original. O artigo dispunha que a adequação às novas formas societárias tratava-se de mera faculdade, não sendo obrigatório para os clubes profissionais.

Tal dispositivo também foi revogado, e hoje não há qualquer exigência para que os clubes profissionais se adaptem a um tipo de sociedade que melhor se coadune com seus fins e atividades reais.

O resultado é funesto. Ao invés de regularizar esta celeuma, o legislador, pressionado pelos fortes dirigentes de clubes de futebol, andou na contramão e hoje persistimos no erro de não enquadrar os clubes profissionais de acordo com sua efetiva natureza.

Consequentemente, a questão atrelada à responsabilidade dos dirigentes e à possibilidade de falência ou dissolução é enredo para divergências doutrinarias e entendimentos conflitantes, haja vista a numerosidade de dispositivos legais que buscam contornar o impossível, visto que o erro primário é baseado em conceitos e princípios cogentes, imutáveis.

A solução está na criação de um novo conceito de pessoa jurídica de direito privado, a exemplo do que fizeram as legislações espanhola e portuguesa com a criação da SAD (sociedade anônima desportiva).

Diante das precárias condições em que se encontravam os clubes de futebol, idênticos aos do nosso país, tais normas de direito comparado conferiram aos clubes a faculdade de transformarem-se em empresas, propondo para tanto uma série de incentivos fiscais a serem concedidos aos clubes que se decidissem pela transformação. Foi criado um modelo associativo que seja compatível com a real atividade desempenhada e finalidade precípua.

A questão é controversa e dinâmica, entretanto, ao que parece, as mudanças não são efetuadas em decorrência da pressão de minorias que têm o poder dentro de tais organizações desportivas, e não querem mudanças visto que, sob a veste que se encarapuçam, prosseguem com seus desmandos, atos ilícitos e total inadimplemento de suas obrigações fiscais, laborais e contratuais, pois não respondem pelas consequências de seus atos irresponsáveis. Nada mais oportunista e conveniente.

Perde a sociedade de um modo geral, visto que, o governo não logra arrecadar impostos, os investidores não tem segurança jurídica, os atletas se curvam ante sua hipossuficientes, e os amantes do futebol, à margem desta perigosa esbórnia, assistem incrédulos ao futuro incerto que se apruma para o patrimônio dos clubes, que inexplicavelmente auferem divisas estonteantes, e por outro lado, apresentam défitics milionários.

E dizem os dirigentes há décadas no poder que o fazem apenas por amor ao clube, e não são remunerados. Como pontuou Abraham Lincoln:

"Podeis enganar toda a gente durante um certo tempo; podeis mesmo enganar algumas pessoas todo o tempo; mas não vos será possível enganar sempre toda a gente."

Referências Bibliográficas

PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a emenda no 1 de 1969", p. 605, Tomo V, 2a. tir., 2a. ed., 1974, RT):

LUÍS ROBERTO BARROSO ("Interpretação Constitucional Direito Constitucional Intertemporal - Autonomia Desportiva: Conteúdo e Limites Conceito de Normas Gerais", in Revista de Direito Público, p. 96, item no 97, janeiro/ março de 1991, ano 24, RT)

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 4/88, 1995, Saraiva")

JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 482, 23a. ed., 2004, Malheiros)

A Responsabilidade Civil nos Espetáculos Desportivos

Sumário

1. Contextualização

2. A importância do tema na sociedade contemporânea

3. Organizador e os demais intervenientes na organização do espetáculo

4. O contrato de exibição de espetáculo desportivo: os direitos e deveres das partes e os casos de descumprimento

5. Os danos cometidos pelos desportistas

6. O regime jurídico aplicável ao organizador na reparação do dano: A responsabilidade objetiva

Referências Bibliográficas

Martinho Neves Miranda - Advogado Sócio e Gerente da Área de Direito Desportivo de CMARTINS Advogados Associados. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UNESA. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Desportivo da Universidade Cândido Mendes. Professor da Escola Superior de Advocacia de São Paulo e da Fundação de Estudos do Mar. Autor do livro "O Direito no Desporto". Ed. Lumen Juris, 2007.

1. Contextualização

O aparecimento de novas atividades no curso dos anos impõe que a elas se ajustem os princípios fundamentais da responsabilidade civil. Compêndios específicos surgem para particularizar a teoria geral ancorada na máxima "*neminem laedere*" aos vários fenômenos sociais que trazem a probabilidade do dano, como o trânsito, a medicina, os transportes, as relações de consumo, as criações do espírito, as locações urbanas, dentre outros[1].

O mesmo há de ser feito em relação ao desporto, cuja imagem tradicional de atividade de lazer alterou-se substancialmente a partir do momento em que a competição de alto nível surgiu na sua dimensão comercial e financeira.

E isto se deve ao crescente interesse do todo social pelas competições, fazendo com que elas se transformassem em espetáculos lucrativos, despertando o interesse de patrocinadores, o que deu ao desporto organizado uma conotação de verdadeira indústria de entretenimento.

O espetáculo desportivo torna-se, portanto, um objeto de consumo, como qualquer outro serviço[2], passando a ser visto como mais uma atividade de caráter mercantil.

E a alteração sobre o modo de pensar esse fenômeno coloca no centro da discussão a figura do organizador do espetáculo, que antigamente era visto como mero difusor do desporto e que a nova realidade transformou em autêntico empresário, empreendedor de uma genuína atividade econômica[3].

O fator econômico desembocou naturalmente na especialização e profissionalização dos desportistas, cuja carga de exigência foi também levada a níveis extremos, intensificando os perigos de acidentes advindos do seu exercício.

Por outro lado, o grande crescimento do número de espectadores fez notabilizar o desporto no último século não apenas como atividade de lazer para os aficionados, mas também como elemento portador de riscos, que se multiplicam em escala geométrica precisamente em função desses cenários multitudinários[4].

Assim, na medida em que o desporto organizado alterou a sua forma de atuação, potencializando a presença do dano de várias formas na sociedade, faz-se necessário, por outra parte, um ajustamento do ramo civilista a esses novos padrões de comportamento.

E isto se impõe, pelo fato de se constatar a insuficiência da regulação individualista do direito civil para atender, no campo da reparação pecuniária, o conjunto de homens afetados pelo exercício dessa atividade e colocados em nítida posição de inferioridade perante os seus empreendedores.

Dessa forma, tem-se que a hodierna concepção dos espetáculos desportivos, formada a partir do interesse massivo da população e da profissionalização do desporto, constitui o substrato fático para exigir a dispensa de novo tratamento jurídico, sendo impossível tratar-se desses eventos sem se cogitar da atividade econômica que encerram, dos riscos que potencializam e dos danos que aportam para o contexto social.

---

1 A contribuir para essa análise particularizada de determinados fenômenos jurídicos, o processo de proliferação dos chamados microssistemas, aliado à necessidade de repensar certos institutos de acordo com os valores expressados na Constituição, pois como avalia Bodin de Moraes, "o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado". BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial. n.º 65, jul./set. 93, p. 22.

2 V. neste sentido a Lei nº. 9.981/00 que alterou o art. 42, § 3ª da Lei nº. 9.615/98 para equiparar o torcedor ao consumidor, estendendo-lhe todos os direitos assegurados pela Lei nº. 8.078/90.

3 Nesta linha, a Lei nº. 9.615/98, no capítulo que trata dos "Princípios Fundamentais" assevera expressamente que "a exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica". (art. 2º, § único).

4 A mola propulsora para motivar a atenção dos juristas e dos ordenamentos estatais para os danos decorrentes do grande fluxo de espectadores nos espetáculos foi a denominada "Tragédia de Heysel", ocorrida na Bélgica, em 29 de maio de 1985, por ocasião da final da Copa da U.E.F.A., deixando 39 mortos e 400 feridos.

2. A importância do tema na sociedade contemporânea

O assunto desperta interesse tanto no plano teórico quanto do ponto de vista prático.

Sob o primeiro prisma, esta é uma boa hipótese de laboratório para debater um dos temas apontados pela doutrina como dos mais importantes a serem enfrentados pela ciência jurídica da pós-modernidade, que vem a ser o problema do pluralismo, que se manifesta no contexto social de várias formas[5].

A começar pela questão relacionada ao pluralismo dos agentes a sofrerem a imputação do dever de reparar, pois a tarefa de caracterização dos responsáveis pelos danos resultantes dos espetáculos desportivos constitui um exercício que guarda boa dose de complexidade.

Tal se afirma, porque a multiplicidade de pessoas que de alguma forma participa dos espetáculos desportivos (federações, entidades de prática, organismos públicos, organizadores, patrocinadores, colaboradores, árbitros, desportistas, espectadores etc.) dificulta e fragmenta o regime normativo de determinação e individualização de responsabilidades.

Pode-se dizer igualmente que, do ponto de vista do pólo passivo dessa relação, há uma grande variedade de pessoas sujeitas a sofrerem a repercussão danosa da atividade desportiva de exibição, como os atores e assistentes dos espetáculos e ainda os terceiros alheios a esses eventos.

Por outro lado, a especificidade das situações que acarretam danos em tais atividades revela a insuficiência da mera aplicação dos princípios fundamentais que regulam a responsabilidade civil, o que requer a fixação de marcos teóricos capazes de ajustar os standards jurídicos às peculiaridades que o espetáculo desportivo apresenta.

E tal necessidade surge pelo fato de que o desporto acompanhou o processo de segmentação normativa vivenciado em nosso país, a denominada "era dos estatutos"[6] tendo sido agraciado também com um estatuto, o Estatuto do Torcedor (Lei nº. 10.671/03), que, ao lado da Lei Geral de Desportos (Lei nº. 9.615/98), definiu um regime específico de direitos, obrigações e responsabilidades, deixando de lado várias concepções tradicionais contidas no imponente Código Civil.

Por fim, é de se ressaltar a importância prática do assunto, já que a presença do dano é uma constante no desporto de competição, ora pelo perigo que determinadas práticas naturalmente possuem, ora pelo interesse do público em relação a grandes eventos, aumentando as probabilidades de concretização de certos riscos.

E o interesse cresce particularmente em relação ao nosso país. Basta olhar no retrovisor a Tragédia da Fonte Nova e do Couto Pereira, dentre outras, constatar atualmente o lastimável estado de conservação de nossas arenas desportivas e vislumbrar no horizonte que se descortina eventos como a Copa de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, para concluirmos que os eventos desportivos se constituem em fontes de riscos a circundar permanentemente a sociedade brasileira.

---

5 Tepedino aponta o fenômeno do pluralismo como um dos maiores problemas a ser enfrentados pelo Direito pós-moderno, invocando a lição de Claudia Marques (MARQUES, 1997) que divide essa questão no viés da pluralidade de fontes normativas a regular o mesmo fato, na multiplicidade de agentes a sofrerem a imputação da responsabilidade e na pluralidade dos sujeitos a proteger, que são não raro indeterminados como no caso dos interesses difusos. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 7.

6 A expressão é de TEPEDINO, Gustavo. "Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: Temas de Direito Civil. Tomo I. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 8.

Esta, por sua vez, se encontra ainda à espera de uma resposta imediata daqueles que militam no mundo jurídico, pois o quadro nacional é de uma autêntica "anemia doutrinária", clamando a conjuntura atual para que se promova um aprofundamento acadêmico pormenorizado nessa seara, devido às transformações sociais e de ordem legal que o desporto-espetáculo sofreu ao longo do último meio século.

3. O organizador e os demais intervenientes na organização do espetáculo

A clássica e ainda atual definição de organizador proposta por Savatier, como sendo "aquele que toma implicitamente sob sua responsabilidade a constituição e a marcha geral de uma ou várias provas desportivas"[7], dá a exata dimensão da amplitude do termo, que abrange tanto pessoas físicas quanto jurídicas, de direito público ou privado.

Com efeito, adverte Gamero Casado que será organizador "a pessoa física ou jurídica que convoca formalmente a celebração da competição desportiva e decide por si mesmo os seus participantes ou a declara aberta"[8], sendo que apenas uma análise do caso concreto, é que nos permitirá dizer quem é verdadeiramente o organizador de um encontro desportivo.

A penumbra evidenciada nos últimos anos na identificação da figura do organizador do espetáculo desportivo encontra sua razão de ser na variedade de sujeitos que vêm se envolvendo na realização de tais eventos.

Conforme já visto, o principal elemento que contribui para esse estado de perplexidade é a própria estrutura do movimento desportivo, que segue uma formatação piramidal reunindo uma infinidade de entidades dirigentes e de prática, havendo quase sempre mais de uma entidade desportiva participando da organização.

Quando ocorrida essa hipótese, a doutrina esmerou-se por distinguir a figura do organizador direto do organizador indireto[9], sendo organizador direto quem assume o encargo de tomar concretamente todas as medidas de precaução aptas a assegurar a boa marcha de uma competição desportiva e organizador indireto aquele hierarquicamente superior que edita regras para a realização das competições, a serem observadas pelo primeiro.

No direito brasileiro, o Estatuto do Torcedor reconheceu essa peculiaridade em relação às competições profissionais, tendo já divido tarefas e responsabilidades concernentes à organização tanto para federação responsável pela competição quanto para o clube detentor do mando de campo.

Essa alusão feita pelo legislador à "entidade de prática detentora do mando de jogo" se refere claramente aos espetáculos de futebol, em que normalmente o clube com mando de jogo é aquele que, pelas regras da competição, deve receber o time adversário em seu estádio ou outro em que deseje ou possa jogar com a missão de organizar alguns aspectos da partida.

Mas a plêiade de sujeitos responsáveis que intervêm na sua organização não se esgota na equação acadêmica recém sinalizada, pois não raro os organizadores não dispõem de infra-estrutura própria, valendo-se de meios

7 SAVATIER, Rene. Traite de la reponsabilite civile en droit francais civil administratif, professionnel, proccedural. 2.ed., Vol.2 Paris : Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951,p.490.(tradução nossa).

8 CASADO. Eduardo Gamero. Los seguros deportivos obligatorios. Barcelona: Bosch, 2004, p.160.(tradução nossa).

9 BONDALLAZ, Jacques. La responsabilité pour les préjudices causés dans les stades lors de compétitions sportives. Berne: Editions Staempfli, 1996, p.17.

materiais e humanos para se desincumbirem desse mister.

E precisamente o rol de auxiliares ampliou-se sobremaneira com a edição do Estatuto do Torcedor, que qualificou e dilatou o leque de encargos a serem satisfeitos pelo organizador de competições desportivas (segurança, atendimento médico, divulgação, asseio, acomodação, venda de ingressos, orientação etc.) multiplicando a necessidade deste último de se valer de um número maior de colaboradores para se desincumbir do fardo legal.

O organizador torna-se, portanto, pólo de irradiação de inúmeros ajustes que se formam para a ocorrência do espetáculo e que podem ser agrupados basicamente em três compartimentos: contratos mantidos com aqueles que o auxiliam na tarefa de realização do espetáculo, contratos formalizados com os desportistas para realizarem a disputa e contratos celebrados com os espectadores para assistirem ao evento[10].

Torna-se imperioso, portanto, destrinchar o emaranhado de relações contratuais enfeixadas na figura do organizador, tendo em vista a repercussão da apuração desses vínculos jurídicos para fins de fixação do eventual dever de indenizar.

E isto apenas reforça a posição de destaque que possui o organizador, já que a apuração da responsabilidade civil sempre terá por perto uma investigação do papel jurídico desempenhado por essa pessoa, bem como da natureza dos vínculos por ele mantidos, diante de cada tipo de dano ocorrido em virtude do espetáculo.

Quanto aos meios materiais utilizados na organização, importa destacar o elemento mais importante no espetáculo que vem a ser a arena desportiva, já que não raro o organizador tem que se valer de equipamentos de terceiros.

Surge daí a questão quanto à responsabilidade do titular da instalação desportiva que não tome parte na disputa, sendo que, nesse caso, o proprietário do estádio só responderá por danos estruturais do equipamento, e ainda sim perante os organizadores mediante ação regressiva destes, já que, pelo Estatuto do Torcedor o organizador será sempre o responsável direto, por ser aquele considerado pela lei como o fornecedor dos serviços prestados(art.3º).

Quanto aos recursos humanos empregados, é relevante a condição jurídica do colaborador envolvido nesse serviço para fins de fixação do dever de indenizar entre as partes.

Quando se está diante de uma relação entre organizador e voluntários, tem-se que estes só responderão perante o organizador em caso de dolo, enquanto que este último responderá simplesmente por culpa, diferindo da hipótese de contratação de serviços, já que por culpa responderão ambos os contratantes, tudo na forma prescrita pelo art. 392, do C.C., sem embargo do disposto no art. 7º, inciso XXVIII da C.F., aplicável quando houver vínculo empregatício entre as partes.

Outra peça importante no espetáculo vem a ser a figura do árbitro, que de tantos poderes que possui, chega a ser chamado de juiz, já que detém, inegavelmente, prerrogativas de jurisdição e império no palco desportivo.

E o árbitro, precisamente por ter tantos poderes, pode consequentemente responder por danos, como autorizar a realização de

10 A referida fórmula tripartite é apresentada por Frédéric Buy em decorrência das três etapas que ordinariamente hão de ser superadas pelo organizador na realização de eventos desportivos: preparação, desenvolvimento e exploração do espetáculo. BUY, Frédéric. L'Organisation Contractuelle du Spectacle Sportif. Marseille: Press Universitaires D'Aix-Marseille, 2002, p. 36.

uma partida sem condições de segurança para o público ou para os atletas, permitir que um lutador seja golpeado até a morte, ou não autorizar um socorro médico urgente para um desportista.

Em todos esses casos, o árbitro poderá responder penalmente, mas a responsabilidade civil é da federação respectiva, já que o árbitro nada mais é do que um preposto da federação, um representante desta na pugna desportiva.

De outra parte, nas relações mantidas entre organizadores e desportistas, observa-se a possibilidade da formação de ajustes dos mais variados matizes e que também tendem a produzir diferentes efeitos no campo da responsabilidade civil.

De fato, os atletas podem atuar seja por força de vínculos associativos entre os praticantes e o organizador, contra remuneração por parte deste último, sob regime empregatício ou de prestação de serviços, ou ainda por provocação dos desportistas, gratuitamente ou mediante pagamento, havendo quem considere que esta última hipótese representa uma genuína relação de consumo[11].

Sob o ângulo externo, isto é, pelos danos causados por esses agentes a terceiros, há que se considerar que todos os que atuam na organização e exibição mantém, em certa medida, uma relação de preposição com o organizador, devendo ser aplicado o art. 932, III, do Código Civil, o que implica na possibilidade do ajuizamento de ações diretamente contra o responsável pela organização do evento desportivo.

Diverso será o enquadramento jurídico, quando danos forem provocados por agentes públicos, já que, nesse caso, a relação de preposição não existe entre organizador e colaborador, o que implicará na mudança no regime de fixação de responsabilidades, podendo, inclusive, resultar em eventual exoneração da obrigação de indenizar por parte do organizador, a ser eventualmente substituído pelo próprio Estado[12]

4. O contrato de exibição de espetáculo desportivo: os direitos e deveres das partes e os casos de descumprimento

Há uma década o legislador brasileiro promoveu uma revolução jurídica nas relações entre organizadores e espectadores de eventos desportivos ao classificá-las como genuínas relações de consumo, tendo a Lei nº. 9.981/00 alterado a Lei Geral de Desportos (Lei nº. 9.615/98) para equiparar o espectador pagante do espetáculo aos consumidores, na forma da Lei nº. 8.078/90.

Todavia, não se meditou ainda sobre os múltiplos e heterogêneos aspectos que envolvem essa equiparação, em virtude das peculiaridades que a relação em apreço apresenta, mormente no que concerne aos eventuais danos causados em decorrência da formação dessa relação de consumo, o que pressupõe, obviamente, a imperiosidade de se analisar o conteúdo de tal liame jurídico.

Quanto a esse aspecto, pode-se afirmar que, diante da norma contida no art. 425 do Código Civil, é possível considerar o contrato celebrado entre as partes como um contrato atípico de exibição de espetáculo desportivo, em que o organizador se obriga, mediante o pagamento de determinada importância,

11 Esta é a opinião de Jacques Bondallaz, que não vê diferença entre o espectador pagante e o desportista que é obrigado a pagar uma taxa de inscrição para participar do espetáculo. BONDALLAZ, op. cit. p. 118.

12 É assim que também se posiciona Giampero ao asseverar que "provado que um determinado fato seja atribuível ao serviço de colaboração da força de ordem, o organizador não responderá pelo ilícito" CONRADO, Giampero. Ordinamento Giuridico Sportivo e Responsabilità dell'Organizzaore di uma Manifestazione Sportiva. In: Rivista Di Diritto Sportivo, Milano, vol. 43, n. 1-2, gen./giug., 1991, p. 13. (tradução nossa).

a brindar o assistente com a exibição de determinada manifestação desportiva.

Esse contrato encerra basicamente três obrigações para cada parte dessa relação.

No que diz respeito ao torcedor, este tem o dever de efetuar o pagamento do valor do ingresso e ocupar o local correspondente ao assento adquirido, se comportando de acordo com os usos e costumes aceitos para assistir a modalidade desportiva em questão, o que irá variar, por exemplo, de uma partida de tênis para uma partida de futebol ou de um campeonato de surfe para um torneio de golfe e daí por diante.

No que concerne às obrigações do organizador pode-se elencar as seguintes: exibir um espetáculo, garantir a qualidade do serviço prestado e assegurar a segurança de todos os torcedores.

Quanto à primeira, é bem de ver que a esta é de resultado, pois quem contrata por presenciar tais eventos não espera simplesmente que a outra parte empregue seus melhores esforços para a sua realização. Assim, ante o descumprimento do contrato, deverá a princípio o organizador responder, sem que fique a cargo da vítima a prova de atuação negligente por parte daquele.

A realização do espetáculo faz com que se cumpra a parte formal da execução do serviço, a qual não satisfaz por completo a obrigação. Há que se atender também ao caráter material, isto é, à qualidade do serviço prestado.

Entretanto, essa questão ganha ainda maiores foros de complexidade, notadamente na identificação das hipóteses de descumprimento desse dever contratual e a respectiva averiguação de possíveis lesões ao espectador.

E tal circunstância encontra-se intimamente atrelada ao instituto do vício do serviço, devidamente amparado pelo art. 20 do Código de Defesa do Consumidor, surgindo dessa previsão normativa a necessidade de saber, ante a especificidade do espetáculo desportivo, quais as situações que podem ser tipificadas na sua realização como serviços impróprios ou deficientes.

Desde logo, pode-se afirmar por impróprio o serviço quando não se faz possível o acesso à arena desportiva[13], ou são oferecidos lugares inadequados, insuficientes ou incompatíveis com a acomodação previamente adquirida pelo espectador.

O tema da qualidade do serviço prestado se torna ainda mais delicado quando se destina a verificar alguma insuficiência na disputa propriamente dita, o que poderia levar a alguém a perguntar, por exemplo, se poderá haver direito à reparação em espetáculos de péssima qualidade técnica ou quando este for marcado por erros de arbitragem.

E as respostas a essas perguntas só poderão ser negativas, já que se está aqui nitidamente diante de uma obrigação de meio, em que tanto o organizador quanto os competidores e árbitros se comprometem a empregar os seus melhores esforços na execução de suas tarefas[14].

---

13 Na mesma direção, tem-se a decisão proferida pela Décima Câmara Cível de Porto Alegre do Rio Grande do Sul[10].
APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO. O julgador, ao fundamentar a sentença, não precisa rebater, um por um, os argumentos das partes, mas, sim, apresentar a sua justificação à decisão proferida. Ao mesmo tempo, o princípio da identidade física do juiz não é violado na hipótese do magistrado ser afastado por motivo de férias, remetendo os autos ao seu sucessor, para que sentencie. A relação entre a Federação Gaúcha de Futebol, como organizadora de eventos esportivos, e os torcedores é de consumo. Caracteriza vício do produto o fato de os consumidores, que adquiriram ingressos para partida de futebol, não conseguirem adentrar no estádio, onde a mesma seria realizada. Configurados o inadimplemento contratual e o justo sentimento de revolta dos autores, cabível o ressarcimento a título de danos morais, que foram arbitrados dentro dos critérios de eqüidade e razoabilidade. Improvidos a apelação e o recurso adesivo, no tocante à majoração da indenização arbitrada, não se conhecendo deste quanto aos lucros cessantes. TJRS.Ap. Cível nº 70001973718. 10ª Câm. Civ., Rel Luiz Ary Vessini de Lima em 23.08.2001. disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>. acesso em 21 de dezembro de 2009.(grifou-se).

14 Esta questão já foi inclusive submetida ao Judiciário em que se buscava a reparação por erros de arbitragem, em que restou clara a existencia na hipótese de mera obrigação de meio por parte do organizador:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TORCEDOR OFENDIDO POR ERRO DE ARBITRAGEM. FALTA DE MARCAÇÃO DE PENALIDADE DURANTE A DISPUTA ENTRE ATLÉTICO MINEIRO E BOTAFOGO, NA COPA DO BRASIL DE 2007. INEXISTÊNCIA DE DIREITO VIOLADO. 1. Embora se trate de relação de consumo, consoante o disposto no artigo 3º da Lei nº 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor), não praticou a ré qualquer ilícito a macular o alegado direito do autor-torcedor. 2. Ao promover campeonato de futebol e partidas entre times rivais, com a presença de público mediante a venda de ingressos, a ré não se compromete a garantir resultado em benefício de quaisquer dos times, muito menos responde pelo eventual equívoco de arbitragem, havendo

Entretanto, o princípio da boa fé acolhido pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo nas obrigações de meio, não dá ao contratante a prerrogativa de "descuidar-se quanto à busca do resultado pretendido pelo credor"[15], remanescendo o seu dever de atuar no sentido de conseguir o produto almejado no ajuste.

Nessas circunstâncias, faz-se mister uma análise pormenorizada dos serviços que são objeto de prestação, principalmente em virtude do princípio norteador da boa-fé objetiva, que demanda uma verificação dos fins perseguidos em cada ajuste para extrair os deveres de conduta das partes[16].

Analisando-se a natureza do ajuste e o fim perseguido pelo torcedor ao firmá-lo, tem-se que, no contrato de exibição de espetáculo, o aficcionado tem por objetivo assistir a uma disputa real, da qual deriva a emoção decorrente da incerteza de seu resultado, em que os participantes se comprometem a lutar pela vitória, observando as regras gerais do esporte e os padrões éticos de comportamento.

Se não houver essa tentativa da vitória, ou se houver violação às regras éticas do esporte, haverá aí sim deficiência na prestação do serviço.

Portanto, clara deficiência na prestação do serviço de exibição do espetáculo existirá, por exemplo, quando resultados forem forjados pelos praticantes, quando um árbitro é corrompido, ou quando um piloto provoca propositadamente um acidente apenas para obter um resultado desportivo ilegítimo.

Em todos esses casos, haverá direito à reparação, já que não existe uma disputa real, mas apenas uma farsa que não se coaduna com a essência do esporte[17].

Neste passo, tem-se nítida a distinção entre assistir-se a um show de música ou a uma peça teatral e presenciar um espetáculo desportivo, pois aqui a incerteza do desfecho da disputa há que estar também presente no espírito dos participantes, o que não ocorre nos demais espetáculos, em que os artistas envolvidos já sabem de antemão todo o script da exibição.

Por outro lado, também haverá violação ao contrato se as regras de disputa forem maculadas de tal forma que deturpem a própria essência da modalidade em questão, como quando uma partida for encerrada muito antes de seu lapso temporal regulamentar, ou quando uma corrida automobilística tiver no seu grid de largada um número expressivamente inferior ao que se comumente observa na temporada.

Outra indagação relacionada ao tema diz respeito à caracterização da natureza jurídica da relação travada entre organizador e espectador, quando este não paga pelo ingresso ao recinto desportivo[18], existindo inclinação

---

no país tribunal especializado que prima pela observância das regras aplicáveis ao desporto. 3. O erro de arbitragem não gera para o torcedor-consumidor, na sua mera condição de espectador, qualquer direito de cunho moral ou muito menos material, já que sequer uma má partida de futebol autoriza a restituição do valor gasto com o pagamento do ingresso. 4. Ausência absoluta de violação de direito a tutelar. 5. Desprovimento do recurso. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de janeiro.Decima setima camara civel, Rel .Des. Elton Leme - Julgamento: 13/08/2008 -

15 TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. In: Temas ..., op. cit., p.247.

16 V. neste sentido a lição de Tepedino e Schreiber, ao analisar o princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor "[...] uma nova concepção de boa-fé, que desvinculada das intenções intimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional." (grifos nossos). TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: Revista da EMERJ, v.6, nº23, 2003, p. 141.

17 Quanto à responsabilidade do organizador pela lisura das competições, destaca-se decisão proferida pelo Conselho Recursal dos Juizados Civeis e Criminais da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro que determinou a indenização a torcedor por danos decorrentes do fato de ter adquirido ingressos para partidas de futebol que foram anuladas posteriormente pela Justiça Desportiva em virtude da atuação do árbitro que influiu intencionalmente no resultado. Colhe-se do voto do relator as seguintes passagens:

.....

É direito do consumidor a informação clara sobre a qualidade do serviço que lhe é prestado e a informação veiculada pelo fornecedor de serviços é vinculante para ele(CDC, art.s 6º, III e 30). Outrossim, é proibida a publicidade enganosa, isto é, qualquer informação inteira ou parcialmente falsa sobre dado essencial do produto capaz de induzir o consumidor a erro (CDC, art. 37).
Ademais, é direito do autor e de qualquer torcedor, que " arbitragem das competições esportivas seja independente e imparcial" (Estatuto do Torcedor, art. 30) e, como se viu, o árbitro em questão não atuou com imparcialidade.
Falhou o réu no cumprimento dos aludidos arts. 6º, III, 30 e 37, do CDC, e 30 do Estatuto do Torcedor. Com efeito, o autor compareceu ao campo de jogo para assistir disputas desportivas, jogos limpos e válidos para o campeonato. Era essa a promessa do réu. Mas a promessa não se cumpriu, os jogos não valeram.
.....(Grifou-se).
Rel Juiz Brenno Mascarenhas. Disponível em: http://srv85.tj.rj.gov.br/ Consulta DocGed Web/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00031C633BA6F5B28766D24D54E8832B484FF992C3410F1B. Acesso em: 21/12/2009.

18 Numa primeira aproximação a esse tema, releva observar o magistério de Aguiar Dias, que, com o peso de sua pena, distingue entre o acesso gratuito que é meramente consentido pelo organizador, daquele que é estimulado por este, para concluir que na primeira hipótese não há sequer responsabilidade contratual. DIAS, José de. Da responsabilidade civil. São Paulo: Forense

doutrinária para incluí-la também no rol das relações de consumo, notadamente quando se observa a presença de patrocinadores, que possuem o lucro indireto advindo da publicidade institucional de suas marcas[19].

Hipótese diversa ocorrerá quando se trate de espectador clandestino, que adentra ao recinto sem anuência do organizador, sendo evidentemente extracontratual essa relação. Todavia, será de difícil comprovação essa situação, a qual fica a cargo do organizador, já que tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Estatuto do Torcedor fixam a presunção contratual da relação em favor dos espectadores.

Com relação ao dever de segurança, pode-se afirmar que ele se apresenta como uma cláusula tácita de incolumidade, em que o organizador se compromete a assegurar a integridade física daqueles que se encontram no recinto para apreciar a pugna desportiva, não sendo admissível que os espectadores, na sua postura meramente passiva e de contemplação, tenham concordado em assumir o risco de sofrerem danos em decorrência da atividade.

Nesse particular, vale ressaltar que o Estatuto do Torcedor prevê no art. 14 que a responsabilidade pela segurança é da entidade detentora do mando de campo.

Contudo, o mesmo diploma determinou em seu art. 19 que os organizadores, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades detentoras do mando de jogo e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, "pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo".

Esta previsão legislativa facilita a reparação do dano, pois o Estatuto do Torcedor distribuiu tarefas entre as entidades dirigentes e de prática, não sendo exigível das vitimas identificar se esta ou aquela tarefa seria de competência da federação ou do clube, uma vez que todos responderão pelos danos decorrentes do espetáculo, cabendo apenas à federação ou aos dirigentes o exercício do direito de regresso.

Trata-se, portanto, de mais um caso de fixação expressa de responsabilidade objetiva por via legislativa específica, em que pese existir entendimento doutrinário em sentido contrário, pelo fato do dispositivo aludir à responsabilização por "falhas de segurança ou da inobservancia do disposto neste capítulo".[20]

Não parece que assim possa ser, devendo-se considerar, na verdade, a existência de claro equívoco redacional do legislador, posto que, no mesmo dispositivo, ele deixa expresso que a responsabilização se dará "independentemente da existência de culpa".

Como se não bastasse, é o próprio Estatuto do Torcedor que determina a aplicação do Código de Defesa e Proteção do Consumidor para reger a relação entre organizador e torcedor, o qual fixa também a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços.

Isto significa dizer que, para a lei, a obrigação de segurança também é de resultado, ou seja, mesmo que tenha tomado todas as providências necessárias, o organizador terá

19 Esta é a opinião de EZABELLA, Felipe Legrazie. Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista Brasileira de Direito Desportivo, vol.nº. 01, jan./jun. 2002, p. 64 e que se afina com o entendimento de Marques, Benjamin e Miragem, quando lecionam que o termo "remuneração" significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor, o que não implica necessariamente na obrigação correlata de pagamento por parte do consumidor. MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.V.; MIRAGEM, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: R.T., 2003, p. 94.

20 É esta a posição de Décio Luiz José Rodrigues que entende que para existir a responsabilidade das entidades responsáveis pela organização da competição e do mando de jogo, bem como, de seus dirigentes deverá ser provada a sua culpa.
RODRIGUES, Décio Luiz José. Direitos do Torcedor e temas polêmicos do futebol. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2003, p. 24.

de reparar todos os danos produzidos dentro do recinto desportivo.

Em questão de segurança, as únicas hipóteses de exclusão de responsabilidade dos organizadores são duas: a primeira é a que decorre de culpa exclusiva da vítima, como, por exemplo, quando um torcedor invadir a pista de uma prova automobilística e vier a ser atropelado por um carro de corridas[21].

A segunda hipótese é aquela que advém de casos de força maior, como um evento violento da natureza, como a de um repentino ciclone que faça voar placas de publicidade ferindo torcedores, ou acontecimentos decorrentes da ação do homem.

É precisamente nesta última hipótese que surgem dúvidas de se considerarem os danos causados a espectadores "por fato das multidões"[22] como algo imprevisível e capaz de exonerar o dever de reparação pelo organizador, notadamente aqueles decorrentes de atos de violência empregados no interior dos recintos desportivos, provenientes, na maioria dos casos, das torcidas organizadas.

E a resposta só pode ser negativa, na medida em que o organizador, enquanto empresário, conhece a regularidade com que tais incidentes ocorrem, não estando autorizado a colocá-los na lista de fatos imprevisíveis, constituindo-se antes como realidade que deve ser concebida dentro das medidas de segurança e prevenção a serem tomadas para realização dos eventos[23].

Portanto, é de inteiro conhecimento do organizador a potencialidade do dano a ser provocado pelas torcidas organizadas, cabendo a este tomar todas as medidas adequadas a salvaguardar a segurança daqueles presentes ao espetáculo[24].

Então, se raciocínio está correto e parece que assim esteja, tem-se uma importante consequência jurídica, pois, se o organizador tem essa responsabilidade, deve ser-lhe garantido, em compensação, o direito de estabelecer todas as medidas restritivas que entenda necessárias para acesso do torcedor ao estádio[25].

---

21 V., a propósito, interessante decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que afasta a responsabilidade do organizador de prova automobilistica por força de acidente que se deu por invasão do espaço da prova pela vítima. Segue o trecho a que interesse ao presente trabaho:
"....
4 - Quem frustrou a confiança do A. não foi o organizador do Rally mas sim aqueles que violaram a interdição de aceder ao percurso que lhes estava interdito.
....
.....7 - Toda a responsabilidade tem de ser atribuída aos espectadores ou assistentes que invadiram o percurso previamente determinado e cujo acesso lhes estava interdito.
8 - Tivessem permanecido nos seus lugares, não tivessem desrespeitado as ordens que lhes impunham a abstenção de invadir o percurso onde se desenrolava a prova, e o acidente nunca teria tido lugar.
9 - A segurança dos assistentes foi garantida quer através da determinação prévia do percurso quer através da interdição do acesso ao mesmo a todas e quaisquer pessoas, à excepção dos concorrentes, com recurso, além do mais, à força policial.
....
..."Processo nº 04B4372 JSTJ000 Rel. Pires da rosa. Disponível em: http://www.stj.pt/?idm=43. Acesso em 21/12/2009.

22 A expressão é de HERRERA, Félix Guillermo. La caracterización de las relaciones jurídicas entre deportistas y la institución. Espectadores. In: GHERSI, Carlos Alberto. (org). Daños en y por espectáculos deportivos. Buenos Aires: Gowa, 1996, p. 28.

23 V. Importante trecho da ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em ação de reparação de danos proposta por espectador que sofreu lesões corporais por grupos de torcedores no interior do Estádio Mario Filho e que se amolda à hipótese como luva bem ajustada: "[...] em tal hipótese, não há que se falar em excludente de responsabilidade, pois alguns acontecimentos que, em princípio seriam extraordinários, por mostrarem-se previsíveis, ante a sua repetição e evidência, transformam-se em fatos inerentes ao risco do negócio, permitindo a visão do nexo de causalidade [...]". RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, in: Revista dos Tribunais, São Paulo, nº. 777, julho/2000, p. 380.

24 Nesta mesma linha, o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:
RELAÇÃO DE CONSUMO. Incidente que causou lesões a torcedora em estádio de futebol. Preliminar de nulidade da sentença, por fundamentação insuficiente, que se rejeita, eis que o decisum abordou os pontos necessários para o julgamento da demanda. Responsabilidade por defeito na prestação do serviço. Serviço prestado de forma defeituosa, pois não forneceu a segurança necessária ao consumidor. Briga entre torcedores, que causou a queda do alambrado e lesões na apelada. Resultado e riscos esperados, pois ocorria a decisão do campeonato brasileiro. Medidas de segurança não tomadas pelo fornecedor. Laudo de exame de local, que assevera o precário estado de conservação dos tirantes de aço do alambrado. Dever de indenizar existente. Verbas fixadas corretamente. Recurso desprovido.(grifou-se). RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap.Civel nº 2004.001.36754. 10ª Câm. Civ., Des. Rel. Carlos Eduardo Passos. Julgado em 13.04.2005, disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>, acessado em 21.12.2009.

25 Neste sentido, a decisão do Tribunal de São Paulo, que reconheceu hígida a norma da Federação paulista de futebol que restringira o acesso aos estádios de futebol de adereços de torcidas organizadas, posto que estimulariam a violência nesses recintos. Colhe-se importantes lições do acórdão:
.....
Cumpre indagar, portanto, se a restrição, imposta pela entidade privada promotora do espetáculo e executada pela autoridade policial, encontra justificativa nos fatos conhecidos e é adequada para coibir suas conseqüências irreparáveis.
Por primeiro, ficou esquecido que, inobstante os jogos de futeboi possam ser realizados em próprios da administração pública ou particular, a entidade responsável (federações, legais, confederação) são de natureza privada e podem estabelecer restrições ao ingresso das pessoas.
Tais restrições se mostram legítimas quando se mostram justificadas e tem o objetivo de garantir que o espetáculo se realize sem incidentes.
Depois, é de conhecimento público que, nas últimas dezenas de anos, surgira no mundo pessoas que, isoladas ou em grupo, pretendem ingressar em estádios de futebol com o único propósito de praticarem agressões a desafetos de outras agremiações e aos profissionais, que ali militam. Sabe-se, pelo noticiário dos jornais, que a questão alcançou tal gravidadeque certos países impedem o ingresso em seu território de determinados torcedores, estruturados em grupos para cometer desatinos.....
Dentro desse quadro e a impossibilidade de serem efetivamente coartados os tumultos e agressões, antes de determinarem danos irreparáveis, é que se optou pela restrição da presença nos estádios de tais torcidas organizadas. A proibição de ingresso nos estádios com camisetas, faixas, bandeiras e outros adereços de tais torcidas foi uma fórmula adotada de natureza preventiva de tais lamentáveis acontecimentos.Definiu-se como uma medida objetiva que não impede ao consumidor, enquanto exclusivamente interessado em participar de um evento esportivo, de ingressar os estádios e ficar a salvo dos entrechoques dessas torcidas organizadas. Não se discute a eficácia de tal medida. É uma tentativa para prevenir atos de violência, que encontra perfeita razoabilidade tendo em vista os fatos públicos e notórios ocorridos.
.....
Inexiste, portanto, qualquer violação às garantias dos direitos individuais a restrição de acesso aos estádios de pessoas portando vestuário, faixas, bandeiras e outros endereços de torcida organizada.
.....
São Paulo (Estado) Tribunal de Justiça. 3ª Câmara de Direito Público Apelação Com Revisão 3766475900, Relator: Des. Laerte Sampaio. Disponível em: http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoSimples.do. Acesso em 23/12/2009.

Por isso, de bom alvitre será afixar-se uma placa na entrada do estádio informando as proibições, para que o torcedor saiba de antemão o teor do contrato de exibição do espetáculo, já que se trata de um clássico caso de contrato de adesão: ou o torcedor aceita as regras desse contrato, ou então não deverá adquirir o seu ingresso.

Ainda no tocante às torcidas organizadas, releva analisar o caso não raro, de danos provocados por alguém não identificado que esteja, no momento do ato, integrando um grupo determinado, ou seja, sabe-se que a lesão partiu de um integrante de grupamento certo de pessoas, mas que pelas circunstâncias não se tenha logrado conhecer o seu autor.

A identificação ou não do causador do dano não retira do organizador a responsabilidade direta pela reparação, conforme já visto, tanto pelo fato de introduzir uma atividade que potencializa riscos para a sociedade quanto por beneficiar-se financeiramente da mesma, sem contar com a imposição do dever de reparar já mencionada e contida no Estatuto do Torcedor.

Entretanto, resta assegurado, obviamente, o direito de regresso, cabendo também esta ação quando não seja possível a identificação pessoal do causador do dano, mas do grupo ao qual ele pertença, conforme construção doutrinária já feita pela Jurisprudência francesa para responsabilizar grupo de caçadores cujo um de seus integrantes anônimos venha a causar danos a outrem[26].

Justifica-se a responsabilidade do grupo, pois esta encontra o seu fundamento quando sua atuação coletiva consubstancie uma ação perigosa e represente o uso abusivo do direito de reunião por parte de seus integrantes.

Tal construção se afigura relevante também para permitir o ressarcimento do lesado perante essa coletividade quando o dano for perpetrado fora do lapso de validade temporal e espacial do contrato mantido com o organizador.

5. Os danos cometidos pelos desportistas

A questão que ora se põe, consiste na perquirição da responsabilidade civil dos desportistas pelos danos cometidos por eles no desempenho de sua atividade, não havendo, no direito pátrio, previsões normativas específicas a respeito desse assunto.

Desse modo, importa criar balizamentos teóricos nessa seara, a fim de auxiliar no processo que, ao mesmo tempo em que viabilize o exercício da atividade, não a coloque em zona de absoluta irresponsabilidade.

De qualquer forma, é possível compreender desde logo que os critérios de imputação de responsabilidades hão de sofrer in casu pequenos ajustes, tendo em vista que o desempenho de certas atividades desportivas traz ínsita a idéia de certos perigos.

Desse modo, não se afigura razoável avaliar a conduta do desportista causador do dano com o mesmo critério que se lhe impute noutro âmbito de relações, em que o fator de risco não existe, sendo impossível adotar-se como paradigma de atuação aquele esperado do "bom pai de família".

Sob o ponto de vista do desportista lesado, é de se presumir que aqueles que se dedicam a tais práticas conhecem as suas mazelas e assumem os riscos que elas propiciam, através de uma exposição a eles de forma voluntária.

---

26 Apud. ALSINA, Jorge Bustamante. Teoria General de responsabilidad civil, 2ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, p. 476.

É esta, em linhas gerais, o substrato da teoria da aceitação do risco, largamente utilizada pela doutrina e jurisprudência alienígena no desporto, que se assenta no fato de que quem pratica uma modalidade com os riscos a ela inerentes deve assumir o ônus de sua concretização, sempre que o causador tenha atuado dentro dos limites normais da atividade.

Assim, deve-se ter presente que a consciência da probabilidade do dano pressupõe completo conhecimento das condições de desenvolvimento da atividade, a espelhar-se, quiçá, no instituto do consentimento informado que milita no campo médico, o que implica no correspondente dever de informação por parte do organizador, quando as circunstâncias assim o exijam.

Entretanto, cabe ter sempre em mente que o consentimento supõe apenas e tão somente a aceitação da eventualidade dos danos e não a certeza de sofrê-los, pois o princípio constitucional da dignidade humana não se prestaria a legitimá-lo, pelo fato de se estar diante de bens indisponíveis.

Nessas condições, partindo-se do pressuposto da autorização do desempenho de determinada atividade desportiva pelo Estado, devidamente exercida de acordo com a moral e os bons costumes e considerando o disposto no art. 188 do Código Civil, é lícito supor aprioristicamente que os danos decorrentes do exercício normal dessa prática não se enquadrariam na órbita do dever do desportista de indenizar.[27]

Por conseguinte, surge a necessidade de se averiguar o que significa desempenho normal[28] da atividade desportiva, devendo-se, por esse modo, acudir às características de cada esporte.

Nesse sentido, surge como vetor importante de interpretação no processo de aferição da normalidade da conduta, o repositório de regras de prática da federação responsável por ordenar a modalidade que esteja sob análise[29].

Manifesta-se aqui uma das mais interessantes faces do pluralismo jurídico, que vem a ser a possibilidade do ordenamento estatal atribuir certas consequências a determinados fatos descritos por outro ordenamento[30].

De qualquer forma, pode-se desde já assinalar que, embora não sejam leis do ponto de vista técnico da expressão, não vinculando, por consequência, o julgamento do magistrado, os códigos de regras desportivas indicam os meios de evitar os excessos e estabelecem uma linha de atuação nos estritos limites da cautela, cuja violação pode ensejar a caracterização da culpa[31].

Entretanto, não se pode considerar que eventual inobservância dessas mesmas regras implique automaticamente na responsabilização do agente, já que a experiência revela ser absolutamente impossível o desenvolvimento normal da atividade desportiva sem a sua violação.

Tal se afirma, porque determinada conduta pode violar certo regulamento desportivo, porém não ser imputável juridicamente ao infrator,

---

27 Sobre o tema, Bosso observa que a autorização outorgada pelo Estado a determinado esporte converte a sua prática em atividade lícita, o que permite admitir a derrogação das regras comuns sobre a apreciação da culpa, por danos causados em decorrência ordinária e natural do seu exercício. BOSSO, Carlos Mário. La responsabilidad Civil en el deporte y en el espectáculo deportivo. Buenos Aires: Nemesis, 1984, p. 60.

28 Lalou delimitou com maestria a teoria da aceitação voluntária do risco pelos desportistas, ao dizer que não se admite "fora dos perigos normais e previsíveis do jogo, pelas faltas graves suscetíveis de modificar a característica essencialmente feita da camaradagem, lealdade e de desinteresse que dê lugar à aplicação da lei penal". LALOU, Henri. Traité pratique de laresponsabilité civile, 4ª ed., Paris: Dalloz, 1949, p. 260(Tradução nossa).

29 Valendo-se da visão institucionalista do movimento desportivo organizado e tomando por empréstimo a classificação proposta por Bobbio (BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 169), sobre as diferentes posturas que o Estado pode adotar diante dos ordenamentos privados: indiferença, recusa ou absorção, pode-se afirmar, em virtude do disposto no art. 1, §º 1 da Lei nº. 9.615/98, que o Brasil optou pelo regime da absorção dos regulamentos desportivos, através do mecanismo do reenvio, ao reconhecer a validade das normas editadas pelas federações nacionais e internacionais, reforçando a tese da possibilidade da utilização desses preceitos pelo operador do Direito para auxiliar na resolução de problemas de ordem jurídica, como no caso em apreço.

30 Bobbio define essa situação como 'pressuposto', em que o ordenamento externo "é utilizado para determinar as características de um certo fato específico, ao qual o ordenamento interno atribui certas conseqüências que não são necessariamente atribuídas pelo ordenamento externo". BOBBIO, op. cit., p. 183.

31 No mesmo sentido, a lição de Constantino Fernandes, para quem o "cumprimento das regras dos jogos e dos regulamentos das competições, é o sinal de prudência razoável que impede, geralmente, o nascimento da obrigação de indenizar". FERNANDES, Constantino. O Direito e os Desportos: breve estudo do Direito Desportivo. Lisboa: Procural, 1946, p. 126. Aguiar Dias vai além, para sentenciar que "não pode dar lugar a ação de reparação o dano experimentado pelos participantes como mera conseqüência da aplicação das regras esportivas". Op. cit., p. 345.

por não exceder o nível habitual de prática de determinada modalidade.

Com efeito, as condições em que se encontram os praticantes fazem com que os seus atos, ainda que dirigidos a lograr o melhor resultado desportivo, nem sempre produzam o efeito perseguido, produzindo consequentemente danos das mais variadas formas.

Assim, embora já se tenha dito que "a gradação grave, leve e levíssima da culpa, não tem relevância para a configuração ao ato ilícito no sistema pátrio[32], deve-se, pela peculiaridade da situação, entender que o grau de vulneração das normas desportivas que enseje o direito à reparação restringe-se à sua violação por culpa grave ou obviamente nos casos de dolo, em que se vale da prática desportiva para intencionalmente lesar seu adversário"[33].

Por outro lado, não se pode dispensar por completo o manejo dos princípios e regras que estabelecem os padrões de prudência, diligência e perícia, na apuração da responsabilidade civil, seja pela eventual constatação de lacuna nessa regulamentação, seja por incompatibilidade de suas regras com o Direito estatal, ou ainda quando houver o extravasamento do risco habitual da modalidade, por meio de intensificação anormal dos perigos aos quais estão expostos os praticantes[34].

Quanto ao aumento do risco, sobressai uma vez mais a figura do organizador, pois fica a seu cargo o dever de cuidar com que os participantes reúnam as condições mínimas imprescindíveis para o desempenho da atividade, tanto físicas quanto instrumentais, dotando os desportistas com pessoal, instalações e materiais adequados, sendo óbvio que em caso de omissão ou insuficiência no cumprimento desses encargos, responderá pelos danos oriundos dessas falhas.

Portanto, resumindo-se todo o exposto, pode-se dizer que o desportista causador do dano não será chamado a indenizar quando:

1- Houver por parte da vítima o conhecimento do risco em potencial e a decisão pessoal de aceitá-lo;

2- O dano produzido decorrer do exercício normal da atividade desportiva em questão;

1- Inexistir culpa grave ou dolo na violação da regra da modalidade pelo praticante;

2- O fator de risco não houver sido incrementado pelo adversário.

6. O regime jurídico aplicável ao organizador na reparação do dano: A responsabilidade objetiva

Conforme já analisado anteriormente, o art. 19 do Estatuto do Torcedor prevê uma situação específica de dano produzido por ocasião do espetáculo desportivo, contemplando-o com a aplicação do instituto da responsabilidade objetiva.

Entretanto, essa hipótese concebida pelo legislador se presta insuficiente para abarcar os demais danos a serem potencialmente produzidos por força de um evento dessa natureza, sendo que uma análise das cláusulas gerais do ordenamento civil permite dar o enquadramento ideal ao regime de reparação envolvendo o espetáculo desportivo e o seu organizador.

Nesse sentido, exsurge a cláusula geral contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil,

---

32 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN de MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República - vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 334..

33 V., a propósito, Spiegelberg, que entende que nos desportos competitivos, de enfrentamento e naqueles em que há um risco bilateral de lesão, há um estreitamento da culpa, que fica circunscrita à culpa grave ou às situações dolosas suscetíveis de enquadramento na esfera penal. SPIEGELBERG, José Luiz Seoane. Responsabilidad Civil en el Deporte In: SÁNCHEZ, José Ignácio Alvarez. (org). Responsabilidad Civil Professional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. T. VII, 2003, p. 509.

34 V. Giuseppe de Marzo, que considera não ser correto estabelecer-se um conceito autônomo de responsabilidade desportiva, já que não se aplicam in casu, normas e princípios diversos daqueles codificados e consolidados pela tradição. DE MARZO, Giuseppe. Accettazione del rischio e Responsabilità Sportiva. In: Rivista di Diritto Sportivo, Milano, v. 44 nº 1, 1992, p. 26.

que incorporou a denominada "teoria do risco criado"[35], idealizada para regrar o caso de atividades que devem ser suportadas pela sociedade, mas que se vêem sujeitas aos perigos decorrentes da sua implementação.

Relacionando o dispositivo ao tema em apreço, é bem de ver que o espetáculo desportivo traz benefícios para a sociedade, pois se assenta tanto na necessidade de assegurar o espairecimento dos espectadores, que ali buscam salutares momentos de lazer, quanto na manutenção do exercício profissional de várias atividades, que encontram nesses eventos a razão de sua existência.

Entretanto, também é forçoso reconhecer que, por vários fatores, esses mesmos eventos vêm se transformando em atividades que potencializam certos riscos, sejam aos desportistas, espectadores ou ainda a terceiros alheios aos espetáculos.

Portanto, parece salutar a utilização da noção do risco para regular o espetáculo desportivo, de molde a permitir a sua realização, ao mesmo tempo em que amplia as possibilidades de ressarcimento do dano, como forma de compensar, assim, o problema da exposição aos perigos a que estão sujeitos todos os cidadãos.

Essa perspectiva se encaixa, portanto, na razão de ser das cláusulas gerais, pois a técnica empregada pelo legislador tem precisamente a finalidade de suprir as deficiências normativas advindas do progresso social e tecnológico constante, ante a impossibilidade de disciplinar casuisticamente todas as esferas de lesões a direitos.

Mas, ainda que se admita que o tipo de atividade acobertada pelo dispositivo em apreço esteja restrito àquela de natureza econômica[36], também haveria espaço para sua aplicação à hipótese presente.

De fato, já restou demonstrado à saciedade que a atividade desportiva de exibição deixou de ser, na grande maioria dos casos, uma mera arte de pura demonstração de cultura física, para se transformar em importante atividade econômica, respondendo pelos danos naturalmente aqueles que se beneficiem financeiramente dessa atividade[37].

Assim, há que se adequar as mais variadas manifestações inerentes ao espetáculo desportivo no aludido regime de imputação objetiva do dever de reparar, de maneira a valorizar a pessoa da vítima, que não deve deixar de ser ressarcida por danos decorrentes ainda que do exercício normal de certas atividades.

Essa postura exegética tem por finalidade última atender o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, razão de ser e destino do ordenamento jurídico, que não pode permitir que o brilho de um espetáculo desportivo seja ofuscado pelo desamparo de uma vítima deixada sem reparação.

35 Assim, dentre outros, a lição de Venosa, ao observar que o risco criado "deve ser o denominador para o juiz definir a atividade de risco no caso concreto segundo o art. 927, parágrafo único, qual seja, a criação de um perigo para terceiros em geral". VENOSA, Silvio Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 3ª ed, São Paulo, p. 17. Igualmente, Maria Helena Diniz, que ao comentar o preceito anota que "esta responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de danos para terceiros". DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 56.

36 Esta é a opinião de Sérgio Cavalieri Filho, que entende que a expressão legal "atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano" deve ser interpretada como "conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos". FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 182.

37 Savatier parece pender pela aplicação da doutrina do "risco proveito" para responsabilizar os organizadores, ao considerar que deve ser apreciada mais severamente a responsabilidade daqueles que fazem do espetáculo desportivo uma fonte de lucro. Op. cit., p. 491. Por sua vez, Maria Helena Diniz parece insinuar-se pela aplicação da corrente do "risco criado", ao atrelar a responsabilidade de indenização pelos danos decorrentes do exercício dos esportes, pelo fato de "pressupor certos perigos". DINIZ, op. cit., p. 426. Por seu turno, Díaz Palácio, vincula a responsabilidade objetiva do organizador aos dois subsistemas teóricos da teoria do risco, ao asseverar que a "responsabilidade do organizador é objetiva, em primeiro lugar, porque dado que é ele quem obtém as vantagens econômicas, devendo também suportar as perdas e em segundo lugar, porque muitos dos espetáculos públicos que se organizam, sobretudo os desportivos, aumentam a possibilidade de que se produzam danos, os quais deverá ele suportar." PALACIO, Eugenia Díaz. Daños causados en espectáculos deportivos. Régimen de responsabilidades. In: GHERSI, op. cit., p. 71. (tradução nossa).

Referências Bibliográficas

ALSINA, Jorge Bustamante. Teoria General de responsabilidad civil, 2ª edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BODIN de MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, Brasil, v. 65, p. 21-33, 1993.

BONDALLAZ, Jacques. La responsabilité pour les préjudices causés dans les stades lors de compétitions sportives. Berne: Editions Staempfli, 1996.

BOSSO, Carlos Mário. La responsabilidad Civil en el deporte y en el espectáculo deportivo. Buenos Aires: Nemesis, 1984.

BUY, Frédéric. L'Organisation Contractuelle du Spectacle Sportif. Marseille: Press Universitaires D'Aix-Marseille, 2002.

CASADO. Eduardo Gamero. Los seguros deportivos obligatorios. Barcelona: Bosch, 2004.

CONRADO, Giampero. Ordinamento Giuridico Sportivo e Responsabilità dell' Organizzatore di uma Manifestazione Sportiva. Rivista Di Diritto Sportivo, Milano, v. 43, nº. 1-2, p. 3-14, gennaio/giugno, 1991.

DE MARZO, Giuseppe. Accettazione del rischio e Responsabilità Sportiva. Rivista di Diritto Sportivo, Milano, v. 44 nº 1, p. 8-26, 1992.

DIAS, José de. Da responsabilidade civil. São Paulo: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 19ªed. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2005.

EZABELLA, Felipe Legrazie. Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Revista Brasileira de Direito Desportivo. São Paulo: OAB/SP, vol.nº. 01, p. 64-67, jan./jun. 2002.

FERNANDES, Constantino. O Direito e os Desportos: breve estudo do Direito Desportivo. Lisboa: Procural, 1946.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005.

GHERSI, Carlos Alberto. (org). Daños en y por espectáculos deportivos. Buenos Aires: Gowa, 1996.

LALOU, Henri. Traité pratique de la responsabilité civile, 4ª ed., Paris: Dalloz, 1949.

MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.V.; MIRAGEM, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Décio Luiz José. Direitos do Torcedor e temas polêmicos do futebol. 1ª ed. São Paulo: Rideel, 2003.

SAVATIER, Rene. Traite de la reponsabilite civile en droit francais civil administratif, professionnel, proccedural. 2.ed. Paris : Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1951. 2v.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena. BODIN de MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República - vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. (Coord.). Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Temas de Direito Civil. Tomo I. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da

Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: Revista da EMERJ, v.6, nº23, 2003, p. 141.

VENOSA, Silvio Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 3ª ed, São Paulo.

SPIEGELBERG, José Luiz Seoane. Responsabilidad Civil en el Deporte.In: SÁNCHEZ, José Ignácio Alvarez. (org). Responsabilidad Civil Professional. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial. T. VII, 2003.

O Dano Moral do Torcedor

Sumário

Introdução

1. As entidades desportivas como fornecedoras de serviços e o dever de indenizar

2. O dano moral do torcedor nos dias de hoje

3. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave:
esporte, dano moral, torcedor, indenização.

Key-words:
sport, moral, fan, compensation.

Caroline Nogueira - Presidente do Instituto de Direito Desportivo do estado do Rio de Janeiro – IDESP RJ. Procuradora do Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol do RJ. Auditora da Federação Aquática. Membro da Comissão de Direito Desportivo (Esporte e Lazer) da OAB/RJ. Especialista em Direito Desportivo e Professora Universitária.

Resumo:

O esporte é o movimento de maior apelo social da atualidade e neste esteio o presente trabalho traz à baila a evolução do conceito do dano moral e sua aplicabilidade ao torcedor enquanto consumidor dos serviços/espetáculos desportivos com fulcro no Estatuto do Torcedor e do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Abstract:

Sports are the most appealing social movement today, and this work brings the bay the evolution of the concept of moral damages and their applicability to the fans as a consumer of services / sport events taking into account "Estatuto do Torcedor" and "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor".

Introdução

O esporte alcançou nas últimas décadas *status* importante no teatro da sociedade contemporânea. Nem mesmo o precursor de todo o movimento olímpico, Barão Pierre de Coubertin[1], poderia ter previsto o papel que a atividade desportiva teria na vida do homem moderno. A transcendência de tal singularidade foi essencial no desenvolvimento político, cultural e econômico do corpo social no qual estamos inseridos atualmente.

O caráter interdisciplinar do esporte é o que o torna especialmente excitante para profissionais de diferentes áreas do saber, gerando uma variedade de conceitos tão espetacular que transforma qualquer competição em solenidade do mais alto grau, tanto para aqueles que a praticam, quanto para os que assistem.

Esse fenômeno de agregação, de amplitude sem precedentes, que nos torna iguais ainda que por alguma fração de tempo, é o que faz do desporto o primordial mecanismo de integração social, construindo tramas que fundamentam a sociedade globalizada.

Apesar da importância adquirida, o desporto, por muito tempo, viu-se renegado juridicamente, posto que tardou o aparecimento de legislação que referendasse sua prática, tampouco que regulamentasse sua rotina, deixando a nós, estudiosos da vida em sociedade, a sina do antagonismo e mesmo, da incompatibilidade inconciliável entre a ciência e o jogo.

No esteio do aperfeiçoamento dos conceitos que envolvem o desporto e sua organização, não poderíamos deixar de antever que tais remates chegariam à seara jurídica algum dia, fortalecendo e direcionando as entidades que compõem o cenário esportivo recente.

O primeiro diploma constitucional que relacionou o desporto em seu texto foi o promulgado pela República Democrática Alemã em 1968 e muitos se seguiram desde então: Bulgária em 1971, China e Grécia em 1975, Portugal em 1966, URSS em 1977 e Espanha em 1978.

No Brasil, somente com a Constituição de 1967 e sua posterior Emenda em 1969 é que a prática desportiva ganha um maior destaque, quando o legislador concede competência à União para legislar sobre normas gerais dos desportos.

A ligação do esporte com o direito se deu de forma mais intensa no Brasil a partir da promulgação da Constituição da República Federativa em 1988, que normatizou o desporto como direito fundamental:

"SEÇÃO III - Do Desporto
Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:
I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;
IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.
§ 1º. O Poder Judiciário só admitirá ações relativas

1 Nascido em Paris em 1863, Pierre de Frédy era membro de uma família aristocrática e descendente direto de Fernando III da Castela. Seus estudos iniciais objetivavam o aprimoramento do sistema de educação existente na Europa. Quando idealizou uma competição internacional, organizou um congresso na Universidade de Sorbonne (Paris) para captar apoio, e dessa reunião foi constituído o Comitê Olímpico Internacional (COI), do qual o barão foi secretário-geral e, posteriormente, presidente. Coubertin se manteve Presidente Honorário do COI até a sua morte em 02 de setembro de 1937 em Genebra, na Suíça. Está enterrado na cidade sede do COI (Lausanne), porém o coração encontra-se sepultado em um monumento próximo às ruínas da antiga Olímpia.

à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei.
§ 2º. A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.
§ 3º. O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social." [2]

A Lei nº 8.078/1990[3] trouxe ao torcedor todas as prerrogativas concedidas aos consumidores e, apesar da resistência de alguns doutrinadores, tal legislação já era aplicada na esfera desportiva, quando, não obstante essa nitidez normativa, a Lei nº 9.615/1998[4] estabeleceu a equiparação entre os dois conceitos _ o de consumidor e o de torcedor _ conforme prelecionado em seu artigo 42, § 3º, *in verbis:*

"O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.078[5], de 11 de setembro de 1990[6]"

Não obstante a equivalência de torcedor e consumidor, o primeiro passou a gozar de todas as prerrogativas inerentes ao segundo, dentre elas a possibilidade de inversão do ônus da prova, a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços como regra geral e a prerrogativa de pleitear indenização por danos materiais e morais.

Desta forma, impõe-se aos eventos desportivos tratamento jurídico hodierno, no sentido de preservar a integridade da massa frequentadora, com o objetivo precípuo de zelar pela segurança de todos os envolvidos.

Este trabalho se propõe a traçar um panorama geral do tema, sem o pedantismo de responder a todas as perguntas que possam ser feitas, visto se tratar de temática de interesse tanto teórico quanto prático e que desperta questionamentos não abarcados pelo estudo.

1. A Entidades Desportivas como Fornecedoras de Serviços e o Dever de Indenizar

Antes de adentrar no mérito das entidades, cabe fazer um breve esclarecimento acerca dos conceitos de fornecedor e consumidor expressos no CDC. A definição de consumidor se encontra no artigo 2º da Lei 8.078/90 e engloba não só as pessoas físicas como também as jurídicas que adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatário final. Divergências à parte, quanto ao termo "destinatário final"[7], outrora tão debatido pela doutrina pátria, vale dizer que aquele que retira do mercado o bem ou serviço para uso próprio ou de sua família é o destinatário final protegido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Considerando a mutação pela qual a organização dos eventos desportivos vem passando nas últimas décadas, já não se lhe pode negar seu viés lucrativo, sendo inequívoco que se trata em verdade de um objeto de consumo, ainda que para alguns essa definição pareça terrivelmente prejudicial, posto que não mais considera o

---

2 EDITORA SARAIVA, 2011, p. 04.

3 Código Brasileiro de Defesa do Consumidor

4 Lei Geral do Desporto

5 Artigo 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

6 Data mística se considerarmos os últimos eventos mundiais

7 Na interpretação do artigo 2º da Lei nº 8.078/90 formaram-se três correntes: para a Corrente Finalista, a definição de consumidor não se afasta do conceito de vulnerabilidade, interpretando o dispositivo em comento de maneira restritiva e considerando consumidor aquele que utiliza o bem adquirido para uso próprio e/ou de sua família. Excluem-se dessa acepção aqueles que dão um caráter de revenda a coisa, ou a integram à cadeia produtiva. O consumidor seria o não-profissional. Para os Maximalistas, a interpretação do artigo 2º deve ser a mais extensa possível, abarcando um número cada vez maior de relações de mercado e incluindo aqueles que adquirem bens com finalidade lucrativa. Para a Corrente Finalista Temperada, a regra geral é entender o consumidor como aquele que não utiliza o bem para fins profissionais, porém, existem exceções em que a vulnerabilidade será examinada caso a caso, como no exemplo simples de um taxista que adquire um automóvel novo de um lote defeituoso para fins profissionais mas, de acordo com essa teoria, ele não deixa de ser tão vulnerável quanto os outros consumidores que adquiriram o carro com o mesmo defeito.

esporte um mundo à parte; colocando-o em consonância com o caráter pluralista do Direito. A realidade e por isso mesmo, o Direito, não pode deixar de perceber o fenômeno social no qual o esporte se transformou. Aquela imagem tradicional do desporto, tanto de lazer como o profissional, ficou para trás, dando lugar a um espetáculo que alçou dimensão financeira e comercial do qual não podemos olvidar. A soma de capitais que circula nos eventos desportivos, atraindo a disputa de patrocinadores, emissoras de televisão, clubes, marcas esportivas e tudo o mais que tenha relação com esse fenômeno não nos deixa negar que se trata em verdade, de uma grande indústria do entretenimento, conforme assevera Martinho Neves Miranda:

"E isto se deve ao crescente interesse do todo social pelas competições, fazendo com que elas se transformassem em espetáculos lucrativos, despertando o interesse de patrocinadores, o que deu ao desporto organizado uma conotação de verdadeira indústria do entretenimento.

O espetáculo desportivo torna-se, portanto, um objeto de consumo, como qualquer outro serviço, passando a ser visto como mais uma atividade de caráter mercantil."[8]

Dito isto, passamos a examinar de forma sucinta o dever de indenizar inerente a todos os fornecedores de serviço.

A responsabilidade objetiva foi a regra geral adotada pela legislação consumerista. Significa dizer que, diferentemente das relações regidas pelo Código Civil, onde é necessário fazer prova da culpa lato sensu do autor do dano, no CDC a vítima do fato danoso só precisa comprovar o nexo de causalidade e o dano experimentado, ainda que este seja somente o moral.

O dever de indenizar decorre da frustração da legítima expectativa do consumidor na fruição do produto ou serviço adquirido. Isso equivale a dizer que a desconformidade do serviço comprometeu sua prestabilidade. Essa obrigação de reparar tem um duplo caráter: o punitivo e o educativo. Se por um lado reprime a conduta ilícita do ofensor e pune aquele que lucrou com tal evento, por outro, previne que este incorra novamente nos mesmos erros que determinaram a indenização.

A relação jurídica que envolve torcedor e organização do evento desportivo se enquadra nos moldes de contrato de adesão, posto que todas as condições do espetáculo são prefixadas pelos responsáveis pelo evento, cabendo ao torcedor somente a decisão de aderir ou não ao termo. Além disso, a obrigação do fornecedor é a de resultado, não sendo necessário, em caso de dano ao torcedor, este fazer prova da culpa ou dolo do primeiro para a ocorrência do evento indenizável.

Outra questão interessante seria enquadrar o torcedor não-pagante como consumidor indenizável. Ora, no âmbito do Direito do Consumidor, nem sempre o ato ilícito advém de uma remuneração direta. Como exemplo, podemos citar o caso em que o consumidor estaciona gratuitamente seu veículo no estacionamento de um supermercado, com a finalidade de realizar suas compras e tem ali seu veículo furtado. Se ele não pagou pelo estacionamento, ele poderia se valer do CDC para reaver seu prejuízo? A resposta só pode ser positiva, posto que, como consumidor dos produtos do estabelecimento, a remuneração do estacionamento se faz indiretamente. Assim também acontece nos espetáculos desportivos, ainda que o torcedor não haja pago por seu ingresso, posto que os patrocinadores notadamente angariam lucro

8 MACHADO, 2010, p. 360

indireto advindo da publicidade de suas marcas. Nesse diapasão é o ensinamento de FELIPE LEGRAZIE EZABELLA quando diz que "O fato de o ingresso no evento ser gratuito não interfere nessa relação"[9]

Um último tópico relevante à discussão, e sem a pretensão de esgotar o tema, diz respeito à amplitude que é dada ao termo "organizador" do evento desportivo. Considerando a estrutura piramidal do esporte, para a verificação da responsabilidade de indenizar, é necessário identificar as obrigações de cada entidade na organização do espetáculo, responsabilizando, solidariamente ou não, todos os partícipes que concorreram para o evento danoso.

2. O Dano Moral do Torcedor

A bibliografia acerca do assunto dano moral é extensa, porém ainda lhe falta unanimidade conceitual. Existem variáveis gigantescas que são fruto da subjetividade que o dano extrapatrimonial sugere. Não raro nos deparamos com decisões antagônicas acerca de fatos muito similares, que ocasionam certa insegurança jurídica no que diz respeito ao quantum indenizatório e na valoração do que vem a ser um ato passível de reparação ou não.

Durante um longo período, vislumbrar o ressarcimento da dor era algo inimaginável para a maioria dos estudiosos do direito, posto que tal conceito parecia "imoral". Monetizar a dor, dando-lhe caráter pecuniário, certamente não era tarefa fácil e, apesar dos primeiros escritos jurídicos abordando a temática, fato era que não havia dispositivo legal expresso em tal sentido.

Com a entrada em vigor de nossa Carta Magna, a relutância se tornou inócua, posto que, além de explicitar tal garantia, ainda a incluiu no rol dos direitos fundamentais. Vejamos:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

Atualmente, a celeuma gira em torno do caráter que deve ser dado a reparação do dano moral sofrido. Tanto o viés punitivo quanto o educativo contrastam com a possibilidade de enriquecimento ilícito da parte afetada pelo dano, o que traz decisões tão contraditórias quanto extremas em casos de mesma natureza. Nesse sentido é o magistério de RUI STOCO, quando aduz que:

"Portanto, em sede de necessária simplificação, o que se convencionou chamar de "dano moral" é a violação da personalidade da pessoa, como direito fundamental protegido, em seus vários aspectos e categorias, como a intimidade e privacidade, a honra, a imagem, o nome e outros, causando dor, tristeza, aflição, angústia, sofrimento, humilhação e outros sentimentos internos e anímicos."[10]

9 EZABELLA, 2002, p. 64

10 STOCO, 2007, p. 1683

E o Professor Sérgio Cavalieri Filho:

"Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem-estar."[11]

Cabe trazer à colação, a título exemplificativo e para maior compreensão do tema proposto, trechos de alguns julgados recentes de nossos tribunais onde a indenização por danos morais foi concedida aos entusiastas do esporte em diversas nuances, deixando clara a complexidade do tema:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SUDERJ. REJEIÇÃO. TORCEDOR IMPEDIDO DE ENTRAR NO ESTÁDIO. FECHAMENTO DOS PORTÕES. FINAL DE CAMPEONATO CARIOCA DE 2008. FALTA DE FISCALIZAÇÃO E ORGANIZAÇÃO PELA AUTAURQUIA RÉ. DANO MATERIAL COMPROVADO. DANO MORAL. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBSERVÂNCIA AO ART. 20, § 4º, do CPC."[12]

"Apelação Cível. Indenizatória. Atraso na transmissão de jogo de futebol. Partida final de Campeonato Brasileiro. Torcedor que se teve frustrada sua expectativa de assistir jogo importante. Insatisfação de vários expectadores que gerou tumulto e expôs o autor à situação de insegurança. Dano moral configurado. Quantum indenizatório fixado de forma excessiva, merecendo ser reduzido ao patamar de R$ 1.500,00, valor que atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Ilegitimidade do segundo réu HSBC S/A, reconhecida, inclusive, pela outra ré, que assumiu toda a responsabilidade pelo evento. Precedente deste Tribunal de Justiça. PROVIMENTO DO RECURSO DO SEGUNDO RÉU E PARCIAL PROVIMENTO DO PRIMEIRO RÉU, NA FORMA DO ART. 557, §1º DO CPC."[13]

"RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO POLICIAL VÍTIMAS ATINGIDAS POR ESTILHAÇOS DE BOMBA - RAMPA DE ACESSO AO ESTADIO DO MARACANÃ - FINAL DE CAMPEONATO BRASILEIRO DE 2008 - INEXISTÊNCIA DE "MANDO DE CAMPO" - REGULAMENTO DO CAMPEONATO E ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR - ESTADO DO RIO DE JANEIRO - OMISSÃO ESPECÍVICA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANO MATERIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - DANO MORAL - EXISTÊNCIA. - Ação Ordinária objetivando os Autores reparação material e moral pelos danos sofridos na entrada do Estádio do Maracanã no dia da final do clássico Botafogo x Flamengo.- Não se pode imputar ao Botafogo de Futebol e Regatas a responsabilidade pela organização e segurança do evento, pois como se tratava de final de campeonato não havia o chamado "mando de campo". Aplicação do Estatuto de defesa do Torcedor e do Regulamento do Campeonato Carioca de 2008.- Tumulto ocorrido na porta do Estádio do Maracanã devido ao derrame de ingressos falsos, que culminou com o fechamento das catracas. Para conter a fúria dos torcedores, que queriam de qualquer forma entrar no Estádio, houve a intervenção dos policiais.- Induvidosa a conclusão de que a polícia fora responsável pelo risco criado ao tentar dissipar o tumulto. Omissão específica. Responsabilidade objetiva do Estado. Constituição Federal art. 37, § 6º.- Ausência de

11 CAVALIERI FILHO, 2010, p. 87

12 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Apelação nº 0200384-25.2010.8.19.0001, DES. ELTON LEME - Julgamento: 18/01/2012 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL

13 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Apelação nº 0176094-43.2010.8.19.0001, DES. PEDRO SARAIVA ANDRADE LEMOS - Julgamento: 22/03/2012 - DECIMA CAMARA CIVEL

comprovação do dano material.- Existência de dano moral. Inegável o sofrimento experimentado pelos Autores com as lesões sofridas, em virtude da injustificada omissão do Poder Público.- Valores concedidos de R$ 30.000,00 e R$ 15.000,00 para o primeiro e segundo Autores respectivamente. Impossibilidade de elevação. Limitação do próprio pedido.- Reforma do julgado.- Parcial provimento do apelo."[14]

3. CONCLUSÃO

Com a elevação do esporte e consequentemente das competições desportivas ao status de indústria do entretenimento, a comunidade jurídica também se viu no dever de normatizar e criar regras capazes de proteger todos os envolvidos nos eventos em questão.

O caráter punitivo-educativo que a condenação por danos morais desempenha traz o sentimento de justiça social presente em todos nós, consumidores de produtos e serviços que, a todo momento, se socorrem do Poder Judiciário para reaver, na forma de compensação, os danos causados pelos aborrecimentos que extravasam a ordem do dia, ultrapassam o razoável suportado e tolerado pelo homem médio. As normas jurídicas conectadas a esse universo avalizam direitos e deveres dos atores envolvidos e intervenientes, atuando como garantidora e reguladora do espetáculo, além de antever soluções para os potenciais riscos advindos dessa atividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVELIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DEL PRIORE, Mary; MELO, Victor Andrade de (Org). História do Esporte no Brasil – do Império aos dias atuais. São Paulo: UNESP, 2009.

EDITORA SARAIVA. Legislação de Direito Desportivo. São Paulo: Saraiva, 2011.

EZABELLA, Felipe Legrazie. Revista Brasileira de Direito Desportivo – nº 01. São Paulo: OAB/SP, 2002.

MACHADO, Rubens Approbato et al (Coordenação). Curso de Direito Desportivo Sistêmico – volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MELO FILHO, Álvaro. O Desporto na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. O Novo Direito Desportivo. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência.7ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

TUBINO, M. J. G. Dimensões Sociais do Esporte, 2ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

VARGAS, A. Esporte e Realidade – conflitos contemporâneos. Rio de Janeiro: Shape Editora, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coordenação). Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto – volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Sites:

Carta Internacional da Educação Física e do Desporto da UNESCO. Disponível em: http://www.fpf.pt/portal/page/portal/PORTAL_FUTEBOL/REGULAMENTACAO/Diplomas%20Internacionais/unesco.pdf

Pierre de Coubertin. Wikipédia. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Pierre_de_Coubertin

14 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Apelação nº 0369278-95.2009.8.19.0001, DES. CAETANO FONSECA COSTA - Julgamento: 21/03/2012 - SETIMA CAMARA CIVEL

Cláusula Indenizatória Desportiva - Aspectos Teóricos e Práticos

Sumário

1. Introdução

2. Cláusula Indenizatória Desportiva

3. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave:
Cláusula Indenizatória Desportiva; Lei Pelé; Alterações; Limites; Responsabilidades.

João Henrique Cren Chiminazzo - advogado graduado pela PUC-Campinas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo - IBDD. Membro Efetivo da Comissão de Direito Desportivo da OAB - Seção de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Desportivo da OAB/SP - 3ª Subseção de Campinas. Co-Autor da Obra Curso de Direito Desportivo Sistêmico – Volume II – Editora Quartier Latin. Sócio Titular do Escritório Pereira Neto e Chiminazzo Sociedade de Advogados.

1. Introdução

O futebol, como é sabido pela maioria das pessoas, tornou-se um grande negócio em todo o mundo, movimentando, somente em território brasileiro, bilhões de reais anualmente. Boa parte de toda essa movimentação financeira advém da negociação de atletas.

Até a edição da lei 9.615 de 24 de março de 1.998 – Lei Pelé – os valores que os clubes recebiam com as negociações dos atletas recebiam a rubrica de "passe".

De acordo com o artigo 11 da Lei nº 6.354/76, "passe" era a importância devida por um empregador a outro pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término.

Não nos compete divagar muito sobre o tema, que já foi amplamente discutido e difundindo. Entretanto, sempre que falamos em "passe" é imperioso frisar o avanço da legislação nacional com a sua extinção, haja vista a sua similaridade com o trabalho escravo, uma vez que o atleta, mesmo sem contrato de trabalho em vigor, era impedido de se transferir a outro clube caso não houvesse o pagamento do malfadado "passe".

Fato curioso e que chama a atenção é que desde a existência do "passe" – estamos falando de 35 anos atrás – as transferências nacionais possuíam tratamento diferenciado das internacionais.

O valor do "passe" do atleta que quisesse se transferir para outro clube nacional era previamente fixado e objeto de limitação, segundo condições impostas pelo então Conselho Nacional de Desportos, conforme disciplinava o artigo 13 da Lei nº 6.354/76.

Entretanto, para os casos de transferências internacionais, o "passe" não tinha qualquer tipo de limitação, conforme dispunha o parágrafo primeiro do dispositivo legal acima citado.

Depois de pouco mais de 20 anos, muito debate jurídico e embasado pelo famoso Caso Bosman, foi promulgada no Brasil, em 24 de março de 1.998, a Lei nº 9.615, que recebeu a alcunha de Lei Pelé, então Ministro dos Esportes.

A Lei Pelé, que também ficou conhecida como a Lei que acabou com o "passe", dispunha, em seu artigo 28, parágrafo segundo, que o vínculo desportivo do atleta e a entidade de prática desportiva teria natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício e se dissolveria, para todos os fins, com a extinção deste.

Os clubes, que tinham no "passe" sua maior fonte de receita, conseguiram que o passe só fosse extinto, efetivamente, três anos após a publicação da Lei 9.615/98, ou seja, somente em 24 de março de 2.001.

O diploma legal também se preocupou em criar um novo instituto para, relativamente, compensar o fim do "passe", oportunidade em que surgiu a Cláusula Penal.

O artigo 28 disciplinava que todo contrato de trabalho entre atleta e entidade de prática desportiva deveria conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

Sua limitação, para os casos de transferências nacionais, era de 100 (cem) vezes a remuneração anual do atleta. De modo correspondente ao que ocorreu com o "passe", para as transferências internacionais a cláusula penal não seria objeto de qualquer limitação.

Diversas foram as polêmicas que envolveram a cláusula penal, podendo apontar como principal aquela em que a sua aplicação se daria de forma bilateral ou unilateral (apenas devida pelo atleta ao clube).

Depois de anos e muita discussão jurídica e judicial, o Tribunal Superior do Trabalho adotou

o entendimento, de forma pacificada, de que a cláusula penal tinha aplicação unilateral, ou seja, devida apenas pelo atleta à entidade de prática desportiva. Quando a rescisão se desse por culpa do clube, era aplicado o disposto no artigo 479 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para elucidar melhor, vale citar decisão do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. CLÁUSULA PENAL. LEI PELÉ. RESCISÃO ANTECIPADA DO CONTRATO POR INICIATIVA DA ENTIDADE DESPORTIVA. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA NORMA. Esta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST já se debruçou sobre a matéria, cuja relevância e complexidade exigiram percuciente estudo, decidindo no sentido de que a cláusula penal, prevista no art. 28 da Lei 9615/1998, se destina a indenizar a entidade desportiva, em caso de extinção contratual por iniciativa do empregado, em razão do investimento feito no atleta. Na hipótese de rescisão antecipada do contrato, por parte do empregador, cabe ao atleta a multa rescisória referida no art. 31 do mesmo diploma legal, na forma estabelecida no art. 479 da CLT. Precedentes da SDI-I/TST- (TST-E-RR-190500-95.2007.5.12.0041 SDI-1, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 23/09/2011".

Mesmo após a sedimentação da aplicação unilateral da cláusula penal, desde 2005 tramitava no legislativo brasileiro um projeto de lei para a mudança da Lei Pelé, o que culminou com a publicação da Lei nº 12.395, ocorrida em 16 de março de 2.011, e que alterou as relações entre clubes e atletas.

Uma das principais mudanças trazidas pela Lei nº 12.395/11 foi o fim da cláusula penal e a criação da Cláusula Indenizatória Desportiva, que será objeto deste artigo.

2. Cláusula Indenizatória Desportiva

Diferente do que ocorria com a cláusula penal, o legislador esclareceu de forma cabal quem seria o responsável pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva.

O inciso I do artigo 28 afirma ser devida a cláusula indenizatória desportiva à entidade de prática desportiva à qual esteja vinculado o atleta.

Vale frisar que, diferentemente do que ocorria com a cláusula penal, a cláusula indenizatória desportiva é devida exclusivamente à entidade de prática desportiva.

Importante a inclusão da expressão exclusivamente no texto de lei, para afastar a atuação nefasta e predadora de terceiros que se dizem investidores, mas que acabam por prejudicar o futebol, sendo que os valores relativos às transferências dos atletas, a partir da promulgação da lei 12.395/11 são devidos exclusivamente aos clubes detentores do vínculo trabalhista e desportivo do atleta, tornando nulos de pleno direito qualquer contrato ou cláusula que verse de forma diversa.

São duas as possibilidades para a incidência da cláusula indenizatória desportiva que serão abordadas a seguir.

A primeira das hipóteses é para o caso de transferência, nacional ou internacional, do atleta para outra entidade de pratica desportiva, durante a vigência do seu contrato especial de trabalho desportivo.

Nestes casos, é imperioso que haja o pagamento da cláusula indenizatória desportiva para a concretização da transferência do atleta, sendo permitida, em alguns casos, a negociação da redução do seu valor, desde que convencionado entre as partes. Se não houver referido pagamento, não haverá a liberação do vinculo desportivo do atleta, tornando-se nula e ineficaz

a transferência.

Importante destacar a primeira mudança introduzida pela Lei 12.395/11: a extinção do índice redutor da antiga cláusula penal[1], que previa uma redução do valor da cláusula penal com o passar dos anos.

Na cláusula indenizatória desportiva não há nenhuma previsão de redução legal, ou seja, se a transferência se der no primeiro ou no último dia de contrato, o valor da indenização será o mesmo, salvo disposição em contrário pelas partes.

Quanto ao valor devido sobre a rubrica de cláusula indenizatória desportiva, seu valor máximo foi majorado em relação à cláusula penal, que era de 100 vezes a remuneração anual do atleta.

O novo instituto prevê que a cláusula indenizatória desportiva poderá ser livremente pactuado entre as partes, obedecendo a uma limitação máxima de 2.000 vezes o valor médio do salário contratual acordado.

Feliz o legislador ao utilizar a expressão salário no lugar de remuneração para a fixação do limite máximo da cláusula indenizatória desportiva, pois sua quantificação fica mais clara e facilitada.

Por outro lado, padece de coerência lógica ou jurídica a sua majoração em quase 66% (sessenta e seis por cento).

Para as hipóteses de transferência internacional, assim como no "passe" e na cláusula penal, não será objeto de qualquer limitação, desde que conste expressamente seu valor no contrato.

O que causa espécie é que tanto a cláusula indenizatória desportiva, quanto os institutos que a antecederam, não limitam os seus valores para as transferências internacionais, com claro objetivo de coibir a êxodo dos atletas para o exterior, pois os valores das negociações podem ser majorados sem qualquer limitação.

Por outro lado, é louvável a disposição para que o valor da cláusula indenizatória desportiva, para o exterior, deva constar expressamente no contrato. Na cláusula penal, os clubes se limitavam a colocar em contrato, no campo próprio para as transferências para o exterior que: "não será objeto de qualquer limitação" sem, entretanto, constar seu valor efetivo.

Outra inovação extremamente importante e que fatalmente trará graves consequências ao cenário futebolístico nacional é a imposição da responsabilidade solidária para o pagamento da cláusula indenizatória desportiva da nova entidade de prática desportiva empregadora.

Antes da publicação da Lei 12.385/11, era comum acompanhar no noticiário desportivo e até mesmo nos bastidores do futebol histórias de clubes que orientavam e até mesmo fomentavam atletas para ingressarem com ações judiciais objetivando a rescisão indireta do contrato de trabalho.

As rescisões eram concedidas em caráter de antecipação parcial dos efeitos da tutela, sob a argumentação do livre exercício da profissão. Ocorre que, em diversos casos, após a devida instrução processual, era comprovado que o clube não havia dado causa a rescisão do contrato, sendo configurado o pedido de demissão do atleta e consequente dever de pagar cláusula penal.

Por razões óbvias, diante do elevado valor das cláusulas, bem como orientados por profissionais competentes, os atletas não tinham valores para o pagamento da cláusula penal e os clubes ficavam lesados.

Com a mudança da lei, o clube que contratar referido jogador deverá estar ciente dos riscos

---

1 § 4o Far-se-á redução automática do valor da cláusula penal prevista no caput deste artigo, aplicando-se, para cada ano integralizado do vigente contrato de trabalho desportivo, os seguintes percentuais progressivos e não-cumulativos: (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)
I - dez por cento após o primeiro ano; (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)
II - vinte por cento após o segundo ano; (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)
III - quarenta por cento após o terceiro ano; (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)
IV - oitenta por cento após o quarto ano. (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)

de uma possível reversão da medida judicial e a consequente declaração de sua responsabilidade solidária para o pagamento do valor da cláusula indenizatória desportiva.

Por fim, a última das hipóteses em que o pagamento da cláusula indenizatória desportiva é devido é para o caso do atleta que retorna às atividades profissionais em outra atividade de prática desportiva no prazo de até 30 (trinta) meses.

Era corriqueiro, principalmente com clubes e jogadores de menor expressão, o fato de atletas com certo tempo de contrato, simularem sua aposentadoria para, dias depois de rescindido amigavelmente o contrato de trabalho, aparecerem jogando por outra entidade de prática desportiva.

Entretanto, com o advento da Lei 12.395/11, atitudes como estas tendem a ser banidas do futebol, pois o atleta que simular sua aposentadoria dos gramados deverá esperar o prazo mínimo de 30 (trinta) meses, se quiser mudar de idéia, sob pena de ter que pagar o valor correspondente a cláusula indenizatória desportiva.

Vale frisar que a entidade de prática desportiva que, por ventura, queria contratar o atleta nestas situações correrá o risco de ser demandada judicialmente e, consequentemente, ser condenada ao pagamento da cláusula indenizatória desportiva, em virtude de sua responsabilidade solidária fixada em lei e mencionada alhures.

3. Conclusão

Por tudo o que foi dito, é possível verificar que a mudança imposta pela Lei 12.395/11 visou trazer maior benefício e estabilidade às entidades de prática desportiva, que se diziam lesadas e prejudicadas com a extinção do "passe", uma vez que até então era a maior fonte de receita dos clubes, bem como o mecanismo para prender jogadores.

Mesmo com a criação da cláusula penal, em substituição ao "passe", os clubes iniciaram movimento para demonstrar sua insatisfação, exigindo mudanças, culminando com a criação da cláusula indenizatória desportiva, que teve seu valor máximo majorado em, aproximadamente, 66% (sessenta e seis por cento) do valor máximo que era estipulado pela cláusula penal.

Também houve uma patente preocupação em assegurar que os clubes conseguissem novos meios para receber os valores referentes à cláusula indenizatória desportiva, mormente ao passo que responsabilizam, de forma solidária, a entidade de prática desportiva detentora do novo contrato especial de trabalho desportivo.

Uma modificação que se mostrou desprovida de racionalidade e razoabilidade foi a extinção do índice redutor da cláusula penal, antecessora da cláusula indenizatória desportiva. Não é justo, sequer compreensível, que o valor pago para a rescisão de um contrato em seu início seja o mesmo do valor pago quando a intenção de rescisão se dê no final do contrato.

É visível que tais medidas se mostram extremamente protecionistas em favor dos clubes, que acabam por ser a parte hipersuficiente na relação atleta-clube.

Referências Bibliográficas

ZAINAGHI, Domingos Sávio. Os atletas Profissionais de Futebol no Direito do Trabalho. Ed. São Paulo: LTr, 1999;

RAMOS, Rafael Teixeira, Direito Desportivo Trabalhista, Ed. Quartier Latin, 2010;

Atualidades sobre o Direito Esportivo no Brasil e no Mundo, tomo I, coordenador Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2009;

Atualidades sobre o Direito Esportivo no Brasil e no Mundo, coordenador Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2010.

A Propriedade Intelectual E Seus Reflexos No Âmbito Desportivo

"Os esportes são a seção de brinquedos da vida."
(Howard Cosell)

Sumário

1. Introdução

2. Uma Visão Ampla Do Direito Da Propriedade Intelectual E Do Direito Desportivo

2.1 Aspectos Gerais Da Propriedade Intelectual

2.2 Aspectos Gerais Do Direito Desportivo - A Regulamentação Do Desporto

2.2.1 Da Evolução Da Regulamentação Do Desporto

3. A Interdisciplinaridade Da Propriedade Intelectual E Do Direito Desportivo

3.1 Marcas: Proteções Dos Símbolos E Denominações Das Entidades Desportivas

3.2 Licenciamentos De Uso De Marcas E Símbolos E Outras Formas De Exploração Comercial Da Propriedade Intelectual No Desporto

4. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave:
Direito da Propriedade Intelectual; Direito Desportivo; Marcas; Licenciamento.

Cássio Nogueira Garcia Mosse - Advogado Militante no Escritório Mansur Murad Advogados. Graduado pela Universidade Mackenzie. Especialista em propriedade intelectual e direito desportivo.

1. Introdução

Duas criações humanas tão distintas, como o Direito e o Desporte, podem e devem caminhar alinhadas, numa sinergia vital e necessária para que se possa vislumbrar o Esporte sob o ângulo profissional, e aqui se frisa, não comercial, desprovido de paixão, mas sim organizado e regulado. A falta de doutrina na área é, seguramente, outra fonte de inspiração para dissertar sobre o tema. Torna-se evidente cada dia, entretanto, que as duas ciências se completam, e que o Desporto necessita urgentemente de apoio legal, em diversos aspectos. O objetivo, então, desse artigo foi o de, com algumas noções básicas da Legislação Desportiva, demonstrar sua aplicação em um determinado segmento do direito, o da Propriedade Intelectual.

Por ser uma das principais "indústrias" nacionais, apesar do nosso estágio de semi-amadorismo em relação a países de primeiro mundo, os quais geralmente não têm toda nossa tradição em campo, mas que nos "goleiam" em termos de administração do esporte, têm-se buscado uma melhor organização e sistematização das relações jurídicas, toda e cada vez que esta alcança as relações desportivas.

Dentre os inúmeros aspectos jurisdesportivos, nos últimos anos pudemos observar uma verdadeira revolução no trato da matéria, principalmente no tocante ao Direito do Trabalho, em sua vertente desportiva. Em outros ramos do Direito conectados ao Desporto, como o Tributário e o Civil também existem significativos avanços. Tais interligações são visíveis e, por serem tão evidentes, tornam-se objeto da doutrina, de debates etc, numa constante evolução. Outros temas, todavia, ainda encontram-se obscuros, carente de maiores desbravamentos, ou ainda quase totalmente esquecidos.

Entre os temas pouco explorados podemos levantar a Propriedade Intelectual e suas ligações com o esporte, tais como proteção dos símbolos desportivos, da denominação das entidades desportivas, contratos de licença, assim como o direito de Imagem e direito de Arena.

Cada um desses aspectos merece um aprofundado estudo, e o presente trabalho visará apenas a demonstrar a existência teórica dos mesmos, com a possibilidade de aplicação prática, buscando um melhor trato do esporte em nosso país para, quem sabe um dia, esse desenvolvimento teórico seja arma para se somar aos esforços dos poucos que tentam profissionalizar o esporte no Brasil, cuja raiz está seriamente comprometida com o semi-amadorismo, mesmo com todo o potencial do Brasil.

2. Uma Visão Ampla do Direito da Propriedade Intelectual e do Direito Desportivo

2.1 Aspectos Gerais da Propriedade Intelectual

Propriedade Intelectual é uma expressão genérica. Defini-la é, portanto, difícil e pode-se analisá-la sobre o aspecto de garantia, dada pelos Órgãos Oficiais, a inventores ou responsáveis por qualquer produção do intelecto (seja nos domínios industrial, científico, literário e/ou artístico) para que usufruam do direito de auferir, ao menos por um determinado período de tempo, recompensa pela própria criação.

Constituem "Propriedade Intelectual" as invenções, obras literárias e artísticas, símbolos, nomes, imagens, desenhos e modelos utilizados pelo comércio. Assim, essa grande ciência acaba sendo subdividida.

A divisão ocorre em duas categorias: direito autoral e propriedade industrial, sendo que são englobados pela primeira as obras literárias e artísticas, programas de computador,

domínios na Internet e cultura imaterial, e à Propriedade Industrial pertencem as Patentes, Marcas, Desenho Industrial, indicações geográficas e proteção de cultivares. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é o orgão brasileiro responsável pelas Marcas, Patentes, Desenho Industrial, transferência de Tecnologia, indicação geográfica, programa de computador e topografia de circuito integrado.

Por se tratar de seara extremamente internacionalizada, sua interpretação e aplicação requerem um estudo mais aprofundado, e a regulamentação é bastante complexa, sendo normatizada, no Brasil, principalmente leis nº 9.279/96 (Marcas e Patentes), nº 9.609/98 *(Software)* e nº 9.610/98 (Direitos Autorais), além dos tratados internacionais interiorizados pelo nosso Ordenamento, como as Convenções de Berna, sobre Direitos Autorais, e de Paris, sobre Propriedade Industrial, e outros acordos como o TRIPs *(Trade Related Intelectual Property Rights*[1]*).*

Ainda, acima de qualquer lei ordinária, é também preceito Constitucional, estando arrolado entre os Direitos e Garantias Fundamentais, com previsão nos incisos XXVII, XXVIII e XXIX, em consonância aos incisos XXII e XXIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

2.2 Aspectos Gerais do Direito Desportivo - A Regulamentação do Desporto

O desporto visto sob um ponto de vista constitucional, ou seja, como direito fundamental dos cidadãos (de acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 217), bem de importância superlativa da humanidade, desde seus primórdios, representa a emoção e expressão de uma sociedade, seus anseios, origens, valores, voz do povo. Ainda, segundo Álvaro Melo Filho[2], "o desporto, fiel aos seus valores e a sua missão humanista, é parte integrante do processo de educação permanente, além de instrumento de paz, do desenvolvimento, da solidariedade, do respeito pelos direitos humanos e do entendimento internacional".

2.2.1 Da Evolução Da Regulamentação Do Desporto

Ante a crescente massificação das relações desportivas no Brasil e no mundo, fizeram-se necessárias normas que regulassem as situações que envolvessem o Desporto e até mesmo eventuais lides decorrentes.

A relevância social, política e econômica encontrada no desporto, faz que esse "por su natureza, por sus peculiaridades y para conseguir su desarollo y perfección necesiten y demanden um ordinamento jurídico próprio", lição essa de Sainz de Bujanda[3]. Criou-se o ramo do Direito que estuda, descreve e regula as relações concernentes ao Desporto. Trata-se de todo um conjunto de regramentos, como um novo ordenamento, com disposições administrativas, trabalhistas, civis, fiscais entre outras.

Para o estudioso italiano M.S. Giannini, citado na referida obra de Álvaro Melo Filho[4], a regulamentação esportiva seria o único caso de surgimento de um complexo ordenamento jurídico nos tempos modernos, ou seja, havia a real necessidade de tal organização de regras que atendessem a essas situações que, mesmo que fossem fonte de paixões, necessitavam de uma normatização guiada pela razão.

---

1 Também denominado, em português, "Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio".

2 Melo Filho, Álvaro. Novo regime jurídico do Desporto. Brasília Jurídica: 2001, pág. 19
3 Ibidem.
4 Ibidem , pág 17.

Desde Charles Miller, que já havia desembarcado em nossas terras com suas bolas de futebol em 1894, o esporte começou a pedir uma regulamentação. Nos primeiros anos, porém a prática do ora desconhecido esporte se resumia aos ingleses e aos alunos do Colégio Mackenzie.

No começo da década de 30 já ocorriam inúmeros conflitos na área desportiva brasileira. O Estado, ao regulamentar as atividades esportivas, atingiu todas as modalidades praticadas no Brasil, através do Decreto-Lei nº 3199, de 14 de abril de 1941, que tratou das bases da organização dos esportes no país e criou Conselho Nacional de Desportos (CND), que tinha como funções orientar, fiscalizar e incentivar a prática dos esportes. Tal época, como sabido, era do totalitarismo de Getúlio Vargas, e tal burocratização consolidou o controle estatal sobre o esporte, situação que perdurou por muito tempo.

No advento da Constituição de 1967, tivemos a estréia do desporto nos textos constitucionais, não passando, porém, de uma mera citação de que seria competência da União proferir normas gerais sobre o desporto (a Constituição Federal de 1988 repetiria tal preceito, em seu art. 24, inciso IX).

Esse quadro permaneceu até a década de 70, época justamente de um novo período autoritário, agora militar, de 1964 a 1985. Neste período foi promulgada a Lei nº 6251, em 8 de outubro de 1975, regulamentada pelo Decreto nº 80.228 de 25 de agosto de 1977, ambos diplomas "ratificando" a posição burocrática e disciplinadora já vigente.

Foi em 1976 que houve, porém, a promulgação de uma das mais importantes leis sobre o tema estudado, a Lei nº 6.354/76, que dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol. Tal lei regulamentou a referida profissão de modo a atingir suas peculiaridades.

Com o fim do período militar em 1985, o Ministério da Educação resolveu a criação de uma Comissão de Reformulação do Esporte Brasileiro, da qual saíram inúmeras contribuições para a reestruturação do desporto no país, sendo a principal delas a futura constitucionalização do esporte brasileiro.

Referida constitucionalização esportiva no Brasil é personificada pelo artigo 217 da Constituição Federal de 1988, vislumbrando no esporte um "direito de cada um", subjetivamente. Tal artigo faz parte de todo um capítulo destinado à educação, cultura e desporto, grande novidade trazida pelos constituintes brasileiros. Não só se trouxe o desporte como um direito individual, mas também se esclareceu de quem é o dever de prestá-lo.

Tais dispositivos, instauradores desta autonomia desportiva, criaram a necessidade de nova lei infraconstitucional, uma vez que a anterior se encontrava derrogada (ou não recepcionada) pela nova Carta Magna. A União, competente para tanto, promulgou, então, a Lei nº 8672, em 6 de julho de 1993, mais conhecida como "Lei Zico".

Entre as inovações trazidas pela Lei Zico (Lei nº 8.672/93) estava a possibilidade dos clubes deixarem de lado a forma arcaica das associações civis sem fins lucrativos e se tornarem empresas; previa-se o direito de arena, que é o direito deferido às entidades desportivas de receberem quantias por autorizarem a transmissão dos seus eventos desportivos; regulamentou-se a Justiça Desportiva, inclusive processualmente, etc.

Após o advento de sua eleição para a Presidência da República, em 1994, Fernando Henrique Cardoso, nomeou um Ministro Extraordinário do Esporte, Edson Arantes do

Nascimento, o Rei Pelé. Este, com o apoio da classe esportista, apresentou novo projeto de lei, futuramente relatado por Artur da Távola, que muito já havia contribuído com a Lei Zico.

Esse projeto se tornou a popularmente denominada "Lei Pelé", que revogou a "Lei Zico" e também inovou em muitos aspectos, como por exemplo mercantilizando os clubes, pressionando para que estes deixem de ser associações para se tornarem empresas, ou humanizando a relação jogador-clube, onde o atleta passa de res, bem do clube, a empregado. As inovações, entretanto, se deram sem que se alterassem os princípios e conceitos da Lei Zico que foram mantidos, preservando o esporte como bem garantido para cada cidadão. Tais princípios, vale lembrar, seguiam os ditames constitucionais de 1988.

Assim, pouco a pouco, como demonstrado, o esporte foi tomando caráter mais oficial, sendo merecedor de uma regulamentação cada vez mais sólida. Entretanto, como é natural a um sistema tão recente, ainda restaram definitivamente abertas as portas para a exploração de diversos âmbitos do esporte. Entre eles, os aspectos da Propriedade Intelectual.

Quanto vale uma marca esportiva? Quanto poderiam os clubes aumentar em seus faturamento, se explorassem esse nicho? Com o aporte de cada vez mais verbas, o esporte deve ser visto como uma empresa e os bens imateriais destes, parte essencial de seu balancete. Algumas possibilidades de utilização desse imenso patrimônio serão analisadas a seguir.

3. A Interdisciplinaridade da Propriedade Intelectual e do Direito Desportivo

Como uma forma de gerir recursos e manter as finanças equilibradas, numa modernização de gestão, as entidades de prática desportiva, as entidades de administração do desporto e até mesmo os próprios atletas podem se valer de seus bens intangíveis.

O esporte no Brasil, principalmente o futebol, tem enorme poder magnético de público, com altíssimo valor agregado, e geralmente se transformam em verdadeiros shows. E o esporte, através desse espetáculo, acaba transmitindo todos seus valores, como a ambição pela vitória, a tenacidade, imagem vencedora, determinação, nobreza e desafio. O conjunto de valores torna o entretenimento mais completo, e isso deve ser traduzido em um negócio irreversível.

A forma mais fácil de verificar o poder de atração do esporte junto ao público são os patrocínios firmados entre empresas e os clubes, com valores quase sempre em dezenas de milhões de dólares.

De qualquer forma, para que possam garantir tais quantias astronômicas, assim como qualquer empresa, devem os atores do desporto zelar pela proteção e uso adequado de seus símbolos e denominações.

3.1 Marcas: Proteções dos Símbolos e Denominações das Entidades Desportivas

Marca pode ser considerada como a representação simbólica de uma entidade, qualquer que seja. Algo que permitiria identificá-la como única, imediatamente.

No entanto, o conceito de marca é bem mais abrangente que a sua representação gráfica. Um detentor de um signo comunica a "promessa" de um produto ou um serviço, seu diferencial frente aos concorrentes que o faz especial e único. Busca-se associar às marcas uma personalidade ou uma imagem mental. Assim, pretende marcar a imagem na mente do consumidor, isto é, associar a imagem à qualidade daquilo representado pela marca.

Em função disto, uma marca pode formar um importante elemento temático comercialmente, por possuir vários níveis de significado, entre eles culturais, publicitários, sensoriais etc. O conceito de marca, portanto, é muito mais intangível do que tangível.

Partindo, então, desses pressupostos, pode-se visualizar a identificação que ocorre com cada personagem do ambiente desportivo e seus símbolos e denominações.

Com relação às marcas pertencentes ao âmbito desportivo, temos uma duplicidade de normatização, com a Lei Pelé e a Lei da Propriedade Industrial trazendo dispositivos que podem acabar confundindo o pesquisador numa primeira análise, se mais apressada.

A Lei Pelé traz, em seu artigo 87, que as Entidades de Administração do Desporto (Federações, Confederações), as Entidades de Prática Desportivas (clubes) e os atletas profissionais são proprietários dos símbolos e nomes que os identificam, independente de registros e averbações no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, conforme exposto:
Art. 87. A denominação e os símbolos de entidade de administração do desporto ou prática desportiva, bem como o nome ou apelido desportivo do atleta profissional, são de propriedade exclusiva dos mesmos, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente.

Parágrafo único. A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referidos neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos.

O escopo de tal artigo é evitar a burocratização, garantindo proteção legal aos elementos identificadores dos envolvidos no desporto, desobrigando os eventuais registros junto ao Órgão competente (o INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial).
Uma vez que a Lei Pelé é vaga no trato da matéria, conclui-se que tais direitos ali expostos são imperecíveis, desprovidos de qualquer formalidade, sem limites temporais de eficácia, justamente o oposto das características da Lei de Propriedade Industrial (nº 9.279/96), com todo seu extenso detalhamento, especialmente quanto à vigência do registro:

Art. 133 - O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

Até mesmo a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIX, traz uma ideia aparentemente contrária, ao estabelecer que:

5º, XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; **(grifamos)**

Analisada a Lei Pelé, mister se faz estudar o disposto na Lei da Propriedade Industrial (n. 9.279/96), ***in verbis:***

Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Art. 124. Não são registráveis como marca:
I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;
XIII - nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente

reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento;

Ou seja, a LPI prevê a situação, listando explicitamente que tais signos somente serão passiveis de registro mediante expressa autorização.

A Lei Pelé, então, se encaixa nesse contexto, não em uma antinomia legal, mas sim completando as disposições da LPI, haja vista que a Lei Geral do Desporto, como já mencionado, desobriga tais personagens do desporto de efetuar registro de seus signos distintivos, conferindo a estes a propriedade sobre seus nomes e símbolos, impedindo o beneficiamento indevido que um uso desautorizado desses elementos poderia causar, ante o alto poder de persuasão destes perante o público nacional e internacional.

A celeuma se encontraria em um detalhe que pode passar despercebido por muitos: a Lei Pelé, ao garantir a propriedade dos signos aos participantes do sistema desportivo, independente de validação pelo INPI, não garante o direito de exclusão[5]. Ou seja, o registro que na forma prevista na Lei de Propriedade Industrial seria absoluto e oponível *erga omnes*[6], pela Lei Pelé poder-se-ia alegar não ter esse condão.

Assim, tanto os clubes como as Federações/ Confederações acabaram por visualizar uma real necessidade das prerrogativas decorrentes da concessão de uma marca pelo INPI, evitando demandas, inclusive judiciais, garantindo uma proteção ampla e de âmbito nacional, impedindo a utilização das suas marcas por outrem, de acordo com a Lei de Propriedade Industrial e suas regras.

Uma breve busca no banco de dados do INPI corrobora tal afirmação, uma vez que são encontradas centenas ou quiçá milhares de registros e pedidos de registros, para as mais variadas expressões, como por exemplo, "CBF", nº 800.112.024, de titularidade da Confederação Brasileira de Futebol ou "VERDÃO", nº 823.034.160, de titularidade da Sociedade Esportiva Palmeiras.

Ainda, inúmeras outras entidades desportivas possuem suas marcas junto ao INPI, tais como a UEFA[7], detentora de 10 marcas registradas além de inúmeras equipes nacionais e internacionais, como F.C.Barcelona e Manchester United, que visam explorar seus símbolos, e para isso preferiram se amparar na tutela legal do registro junto ao INPI.

Pode-se citar, ainda, inúmeros outros exemplos, como as marcas da FIFA[8] (Fédération Internationale de Football Association), das Confederações nacionais e internacionais de diversos esportes, como a Confederação Brasileira de Vôlei e o *"UNITED STATES OLYMPIC COMMITEE[9]".*

Por fim, válido citar que com relação à proteção do nome ou apelido desportivo, trazido na Lei Pelé, não se configura na LPI uma dissonância, vez que esta trata da matéria como não-registrável por terceiros. Ou seja, nomes de batismo, apelidos, assinaturas e a própria imagem, intimamente ligado à pessoa humana, não necessitam ser registrados perante o INPI, e mesmo que não o sejam, gozam de proteção.

LPI, Art. 124 - Não são registráveis como marca:

XV - nome civil ou sua assinatura, nome de

---

5 LPI, Art. 130 - Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:
I - ceder seu registro ou pedido de registro;
II - licenciar seu uso;
III - zelar pela sua integridade material ou reputação. (grifamos)

6 Expressão do latim para identificar a idéia de "contra todos"

7 A UEFA, ou "Union of European Football Associations", é a coligação das Associações e Confederações nacionais de futebol dos países da Europa, sendo o órgão máximo do esporte naquele continente.

8 FIFA, acrônimo para "Fédération Internationale de Football Association", é a Federação Internacional de futebol, cujos 210 associados são as Federações nacionais, de países localizados em todos os continentes.

9 Comitê Olímpico norte-americano.

família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

XVI - pseudônimo ou apelido notoriamente conhecidos, nome artístico singular ou coletivo, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

Lei Pelé, Art. 87 - A denominação e os símbolos de entidade de administração do desporto ou prática desportiva, bem como o nome ou apelido desportivo do atleta profissional, são de propriedade exclusiva dos mesmos, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente.

Parágrafo único. A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referidos neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos. **(grifamos)**

Sendo, então, elementos dos direitos personalíssimos, os signos como o nome e os apelidos dos atletas seriam sempre protegidos e nunca cairiam em domínio público, ainda que seus titulares faleçam.

Importante aqui não se confundir o direito à imagem, personalíssimo, com o direito de propriedade industrial, que objetiva a exploração comercial de um signo distintivo, que pode ser, entre outros, um apelido ou nome. Ou seja, ao se analisar a natureza jurídica, o operador deve tomar toda a cautela para não misturar e sobrepor conceitos distintos, mas que, sem óbice, caminham conjuntamente.

3.2 Licenciamentos de Uso de Marcas e Símbolos e Outras Formas de Exploração Comercial da Propriedade Intelectual no Desporto

O primeiro passo é esclarecer que o licenciamento é um mecanismo comercial e formal, onde o detentor de um bem, como uma marca, cede e transfere a terceiros o direito de utilização e exploração desta, mediante contrato no qual constam inúmeros detalhamentos, como condições, período, e outros controles, que devem ser rígidos.

Tendo em vista que a marca é uma ferramenta estratégica que permite a expansão dos negócios de diversas formas, o licenciamento do seu uso a terceiros pode ser um caminho interessante. Outrossim, quando o ente desportivo opta por licenciar as suas marcas, deve se atentar ao fato de que não basta firmar o contrato competente para que estas estejam devidamente protegidos contra o uso indevido por terceiros não autorizados, principalmente nas hipóteses em que a marca somente é explorada pelo licenciado, interessando ao licenciante apenas auferir um porcentual da renda dela derivada.

A própria Lei de Propriedade Industrial, traz em seu artigo 140, que "o contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros", ou seja, caso um contrato não seja levado a Averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, somente produz efeitos entre as partes que o assinaram. Para que este contrato tenha validade *erga omnes*, a Averbação faz-se necessária, evitando-se possíveis problemas.

Neste sentido se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo quando da apreciação do Agravo de Instrumento nº 277.005-4/4-00, ao proferir que "(...) o contrato de licença não foi averbado junto ao INPI, motivo pelo qual, perante terceiros, (...) o negócio não produz efeitos, nos exatos termos do art. 140 da Lei nº 9.279/96". Ressalte-se que tal entendimento foi corroborado posteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 606443.

Tem-se que as atividades centrais de uma Entidade de Administração do Desporto (Federações, Confederações) e de uma Entidade de Prática Desportiva (clubes) são, respectivamente, administrar os assuntos pertinentes à regulamentação, promoção e aplicação do desporto e participar de competições, mantendo o alto nível técnico.

Não se vislumbra, nas entidades citadas, como núcleo comercial, a exploração dos bens intangíveis de sua propriedade. O licenciamento, portanto, é altamente recomendável, garantindo mais receita, principalmente aos clubes.

Isso, pois o licenciamento das marcas, para uso em produtos e serviços, oferece aos clubes de futebol uma oportunidade de desenvolver seus bens imateriais, com relacionamento direto com o torcedor. Os fãs apaixonados por futebol compram a camisa, meia, decora a casa com o escudo do time... Isso sem mencionar o torcedor de renda mais alta, que adquire produtos *fashion* ou exclusivos, num mercado infindável de opções.

A gestão do licenciamento deve ser séria e profissional, com uma estratégia bem definida desde o começo, visando atingir o torcedor, agora visto como consumidor. O São Paulo Futebol Clube largou na frente e leva ampla vantagem nessa área, possuindo o maior número de contratos de licenciamento no país, tendo sua marca explorada em bares, lojas, bonecos, louças, roupas, jóias, artigos escolares etc.

Os clubes tem finalmente enxergado este filão, muitas vezes expondo no seu *site*[10] seções dedicadas a possíveis interessados, enumerando suas glórias e torcida quantitativamente, elucidando as vantagens para ambos os lados: a licenciante tem sua marca trabalhada e fortalecida e o licenciado recebe uma base imensa de consumidores "já conquistados", independente de seus produtos ou da qualidade destes.

Continuando nas hipóteses de exploração comercial, traz-se à colação o *merchandising*, que em um conceito simples, seria qualquer técnica, ação ou material promocional usado no ponto-de-venda que proporcione informação e melhor visibilidade a produtos, marcas ou serviços, com o propósito de motivar e influenciar as decisões de compra dos consumidores.

Ou seja, seria o conjunto de atividades de *marketing* e comunicação destinadas a identificar, controlar, ambientar e promover marcas, mostrando os produtos, colocando-os em evidência. No caso do desporto, a vantagem das empresas em investir é evidente, pois as marcas envolvidas já são amplamente populares, e associar a empresa a todos os atributos que o esporte pode passar agrega nítido valor à marca envolvida, promovendo a imagem da empresa.

Pode-se citar o caso do Banco do Brasil, que atua agressivamente com *merchandising* com relação ao Vôlei nacional, empregando todas as ferramentas de marketing possíveis, se aproveitando da imagem ultra vencedora deste esporte. O resultado, já demonstrado: dezenas de milhares de novos correntistas, retorno em mídia espontânea de dezenas de milhões de reais, e sendo considerado o banco TOP OF MIND[11] por quase dez anos.

O contrato de patrocínio é outra forma de exploração usada pelas entidades. Sua visualização é mais simples, por ser mais recorrente. Envolvem valores extremamente vultosos, como os valores de patrocínio do Palmeiras, onde a FIAT desembolsa cerca

---

10 A Sociedade Esportiva Palmeiras também passou a explorar bem tal hipótese, como se verifica nos sites: http://www.palmeiras.com.br/conteudo/?categoria=Licenciamento&menu=Marketing e http://www.mundopalmeiras.com.br/?utm_source=palmeiras_home&utm_medium=menu&utm_campaign=palmeiras_home_menu_link_loja (consultados em 28/06/2011)

11 Pesquisa DATAFOLHA, que visa premiar as instituições mais lembradas pelos consumidores. As vencedoras de suas categorias recebem o título de TOP OF MIND, ou seja, literalmente, as que estão no "topo da mente" do consumidor, as mais lembradas.

de R$ 20.000.000,00 por ano[12], para exibir sua marca na indumentária dos atletas e integrantes do clube, em placas e banners na sede do clube e nas praças desportivas relacionadas.

4. Conclusão

As formas de exploração comercial acima citadas podem configurar um bom caminho para a necessária profissionalização do esporte nacional. O potencial do Brasil é imenso, neste país de dimensão continental e apaixonado por esportes, e a exploração dos bens imateriais dos entes desportivos é, seguramente, o primeiro e mais importante passo rumo ao futuro.

Como exposto, o Desporto está cada vez mais em uma fase de maturação, principalmente nos aspectos legais, e cada novidade neste sentido pode e deve ser aproveitada em prol do esporte. E a utilização da propriedade imaterial é, sem dúvida, inevitável.

Gerando receitas e auxiliando os clubes e demais entidades a se moldarem à forma empresária, o espaço fica livre para todas as demais preocupações a serem resolvidas. Principalmente as mais importantes, as que ficam entre as quatro linhas, seja de um campo, seja de uma quadra.

Referências Bibliográficas

AIDAR, Carlos Miguel Castex (Coord.). Curso de Direito Desportivo. São Paulo: Ícone, 2003.

AIDAR, Carlos Miguel Castex et al. Direito Desportivo. Campinas: Mizuno, 2000.

BRASIL. Lei nº 9.279/96, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL. Lei nº 9.615/98, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto- lei nº 2.574, de 29 de abril de 1998. Regulamenta a Lei nº 9.615 /98 de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e dá outras providências.

CARVALHO, Alcirio Dardeau de. Comentários à Lei sobre Desportos – Lei 9.615, de 24 de Março de 1998. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 2000.

NAPIER, Rodrigo Domingos. Manual do Direito Desportivo e Aspectos Previdenciários. São Paulo: IOB, 2003.

RODRIGUES, Décio Luiz José. Direitos do Torcedor e temas polêmicos do futebol. São Paulo: Rideel, 2003.

ZAINAGHI, Sávio Domingos. Nova legislação Desportiva – Aspectos Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2001.

12 http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/esportes/palmeiras-rompe-com-samsung-e-assina-com-a-fiat/ (consultado em 28/06/2011)

A Previsão do Ato Olímpico Contra as Práticas do "Ambush Marketing" - Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016

Sumário

1. Introdução

2. Ambush Marketing: Conceito

3. A Luta Contra o Ambush Marketing nos Eventos Olímpicos: Realidade Brasileira

4. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave:
Ato Olímpico; Propriedade Intelectual; Tratado de Nairóbi; Jogos Olímpicos.

Leonardo Andreotti - Advogado, diretor da Publisport - Marketing Esportivo. Mestre e Doutorando em Direito Desportivo pela Universitat de Lleida/España. Especialista em Direito Contratual – Escola Paulista de Direito (EPD). Membro da Asociación Española de Derecho Deportivo (AEDD) e do Instituto Ibero-Americano de Derecho Deportivo (IIDD). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD). Procurador do STJD da Confederação Brasileira de Handebol. Professor e Palestrante em Diversos Cursos e Eventos Jus Desportivos Nacionais e Internacionais. Membro da Comissão de Direito Desportivo da OAB/SP e Membro do Conselho de Apoio e Pesquisa da Revista Brasileira de Direito Desportivo.

Resumo

Com a mudança de paradigma no mundo dos esportes e a crescente influência dos contratos de patrocínio na organização e desenvolvimento dos grandes eventos esportivos, práticas comerciais como o *"Ambush Marketing"* surgiram na segunda metade do século XX, trazendo grande preocupação aos entes esportivos internacionais que, fazendo uso de seu poder político e econômico, tentam a todo custo protegerem suas propriedades comerciais, bem como seus patrocinadores, contando em determinados casos com o total apoio de Estados Nacionais que, interessados em sediar eventos olímpicos, editam leis protetoras do Movimento Olímpico, caso da Lei 12.035/09, no Estado brasileiro.

1. Introdução

Representando clara mudança de paradigma no mundo dos esportes nos últimos tempos, a prática esportiva saudável, bem como o seu ideal recreativo foram substituídos pela noção mercadológica da atividade, fortalecendo assim a precoce afirmação de Sir. Willian McGregor, sempre lembrada pelo jurista brasileiro, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo – IBDD, Luiz Felipe Santoro, de que, *"football is a big business"*, ainda em uma época onde tal afirmação não se mostrava tão óbvia.

Ressalta-se ainda o ensinamento de Álvaro Melo Filho, para quem o desporto transformou-se hoje em um negócio global, integrado em um mercado global e com a lógica da globalização, jungido à democratização midiática das competições desportivas.[1]

O fato é que o esporte em geral e algumas modalidades esportivas, em particular, passaram a ser caracterizados como excelente meio de comunicação, dada a grande visibilidade e popularidade de suas práticas, que de uma forma surpreendente e veloz, tornaram-se alvos de empresas oportunistas, que logo viram no esporte um meio mais do que eficiente para a divulgação de sua marca/serviços/produtos, através de eficientes estratégias de comunicação.

A publicidade pura e simples, isto é, a simples divulgação de uma marca, por meio de *outdoors*, cedeu lugar a uma relação jurídica muito particular, eficiente e inovadora, que além de promover a divulgação do produto, serviço ou marca, busca uma associação desses elementos ao prestigio de um evento, de um atleta ou de qualquer elemento de grande valor, dado seu reconhecimento, se mostrando mais interessante que a forma primitiva, tendo em vista as enormes vantagens auferidas por essa associação.

Falamos da relação jurídica do Patrocínio e, neste caso, do Patrocínio Esportivo que, com uma evolução fantástica e veloz, atingiu um mercado **multimilionário**, sendo alvo de muitas empresas, conforme veremos no decorrer deste trabalho.

Para a definição do termo, contamos com a lição do renomado jurista catalão, Andreu Camps, para quem,

"el contrato de asociación con fines publicitarios (sponsorship sin inserción publicitaria) es aquel mediante el cual una empresa o una entidad pretende dar a conocer al público su nombre, su marca, sus productos o servicios y usa la marca, el nombre o la imagen de un tercero para reforzar su estrategia comunicativa. Lo denominamos de asociación porque el anunciante asocia su marca o producto al tercero (sea evento, entidad o personaje)".[2]

Vislumbra-se uma associação entre os elementos citados e que pode trazer grandes vantagens às partes envolvidas nesta relação, sendo que a associação de uma grande empresa aos ideais e às sensações que os Jogos Olímpicos proporcionam ao público do evento pode resultar no aumento da popularidade da empresa ou, diretamente, no aumento de suas vendas e consequente aumento do faturamento.

Não nos olvidemos que a relação jurídica do Patrocínio, especialmente no tocante aos eventos esportivos, é de grande importância para o esporte em geral, uma vez que a receita dele proveniente é responsável, em muitos casos, pelo próprio sucesso na organização e realização do evento que, sem sombra de dúvidas, beneficiará um número muito elevado de pessoas.

Neste diapasão, importante apontar a grande preocupação das entidades desportivas titulares e organizadoras de eventos esportivos, principalmente aqueles de grande repercussão midiática, em proteger o seu patrocinador que, por vezes, é o principal responsável pelo sucesso de sua realização, o que o eleva ao papel de protagonista, já que viabilizará a organização do evento, através do aporte de dinheiro, em troca da associação de seu nome a este.

A proteção jurídica, neste caso, visa ao

1 MELO FILHO, Álvaro. Nova Lei Pelé, Avanços e impactos. Rio de Janeiro, Maquinária, 2011.p.28.

2 Ferrand, Alan, Camps, Andreu, Torrigiani, Luiggino. La Gestión del Sponsoring Deportivo. Badalona: Editorial Paidotribo Les Guixeres. 2007.p.303.

fortalecimento das relações entre o patrocinador e o patrocinado, bem como a não diminuição do valor estimado para o evento que, em caso de sua exploração por um terceiro não autorizado contratualmente, teria seu valor logicamente depreciado, pois diferente é o valor de um evento cuja exploração do patrocinador é feita com exclusividade, daquele que não o é.

A maior preocupação das entidades esportivas organizadoras de eventos é com relação a uma prática surgida já na segunda metade do século XX, denominada *"Ambush Marketing"*, ou no idioma pátrio, marketing de emboscada, que nada mais é do que a associação indevida de uma empresa, de uma marca, de um produto ou de qualquer elemento a um evento, a uma pessoa ou entidade e que traz malefícios à sua organização e eventual captação de patrocínio, já que inexiste relação contratual entres os sujeitos e elementos mencionados.

Tenha-se em conta que, dada a ausência de relação contratual entre esses sujeitos, nada arrecadará com essa prática a organização do evento e, em consequência, nada será aportado para o seu desenvolvimento que, a despeito de não se beneficiar, será ainda prejudicado pela falta de exclusividade em sua exploração, que trará dificuldades na busca do patrocinador ou, no mínimo, diminuição brusca no valor do patrocínio, resultando em grave risco para a manutenção da estrutura esportiva organizada.

Trata-se, portanto, de uma forma muito inovadora e criativa de associação entre determinados elementos e que merece nossa atenção para um estudo mais aprofundado a seu respeito, especialmente em virtude do grande momento brasileiro para a organização de grandes eventos, e da pressão e preocupação dos entes esportivos internacionais, principalmente no que tange ao Comitê Olímpico Internacional que, como veremos, toma suas devidas precauções.

2. Ambush Marketing: Conceito

Em linhas gerais, o *"Ambush Marketing"*, também conhecido como *marketing* de emboscada, marketing parasitário ou de guerrilha, é a estratégia utilizada por algumas empresas que, por meio dessa prática, se associam a um evento de forma indevida, já que não estão autorizadas contratualmente para tal.

Não tendo qualquer relação contratual com os organizadores do evento, acabam conseguindo obter alguns dos benefícios almejados pelos patrocinadores oficiais, pois ao ativarem suas marcas, utilizando lacunas deixadas pelos próprios organizadores e patrocinadores, fazem o público acreditar que possuem alguma relação com o evento, aumentando sua popularidade e divulgando sua marca, sem qualquer contraprestação aos seus titulares.

Interessante apontar que, até a realização dos Jogos Olímpicos de Los Angeles, muitas empresas podiam se associar livremente ao evento promovido pelo Comitê Olímpico Internacional que, vislumbrando melhor aproveitamento de seu potencial econômico quanto à exploração da exclusividade do patrocínio esportivo, reformulou o sistema de exploração comercial, conforme constatação de César Pérez Carballada,
"Antes de Los Ángeles, las compañías podían asociarse libremente con las Olimpíadas pagando un canon. Este esquema resultó en un número ilimitado de compañías, todas tratando de ser asociadas con el evento: en Montreal 1976, 628 compañías resultaron ser "sponsors oficiales", diluyendo la marca "Olímpica" y reduciendo el impacto de cada uno de los sponsors. Por esa razón, el COI (Comité Olímpico Internacional) cambió el esquema, y a partir de 1984 definió categorías de productos, a las cuales se le asignó un sponsor en exclusiva. Este esquema incrementó el valor del patrocinio, y a su vez generó mayores ingresos a sus organizadores, pero dejó abierta la puerta a competidores más agresivos (y hay que admitirlo, más creativos) que crearon el concepto de emboscada comercial".[3]

Diante da referida reformulação comercial de exploração dos Jogos Olímpicos, muitas empresas foram simplesmente privadas dessa associação, seja pelo aumento exponencial do valor do Patrocínio, agora explorado com exclusividade,

3 Carballada, César Pérez. Ambush Marketing: La emboscada contínua. www.marketisimo.com. 19 de Julho de 2010.

ou pelo aparente monopólio de determinadas empresas permanentemente patrocinadoras, o que culmina no aparecimento da prática do *marketing* de emboscada, pois, ainda que desautorizadas quanto ao uso de símbolos, logos, nomes e quaisquer propriedades econômicas relacionadas ao evento, empresas ora excluídas, também denominadas *"ambushers"*, tentam de todas as formas e, com muita criatividade, associar-se ao evento esportivo.

Ressalta-se a bilateralidade de interpretação quanto à legitimidade e moralidade de referidas práticas, havendo fortes defensores de uma e outra corrente, sendo o *Ambush Marketing,* para muitos autores, uma forma agressiva de divulgação de uma marca e que, não obstante a questão ética, geralmente não encontra óbice legal, podendo ser utilizado e explorado livremente, não passando de uma estratégia elaborada, agressiva e criativa de *marketing* e, neste caso, de associação de uma marca a um evento.

O publicitário norte americano Jerry Welsh, apresenta uma definição do que constitui o *Ambush Marketing*, ao afirmar que,

"... The point to understand is that, in buying a sponsorship, a company buys only that specific, packaged product, offered as it is, with its constituent parts and attendant rights (and its liabilities). In sponsoring, does not thereby purchase the rights to all avenues leading to the public's awareness of that property; and, more importantly, the company does not buy the rights to the entire thematic space in which the purchased property is usually only one resident.

... Ambush Marketing, correctly understood and rightly practiced, is an important, ethically correct, competitive tool in a non-sponsoring company's arsenal of business – and image – building – weapons. To think otherwise is either not to understand – or willfully to misrepresent – the meaning of Ambush Marketing and its significance for good – and winning – marketing practice".[4]

Segundo o autor supramencionado, o *Ambush Marketing* representa uma importante e eticamente correta ferramenta competitiva das empresas não patrocinadoras dos eventos esportivos que, com muita criatividade e agressividade, aproveitam as lacunas deixadas pelos partícipes oficiais e estimulam o próprio mercado esportivo ao estimularem a concorrência.

Contudo, a questão também deve ser considerada sob o ponto de vista dos organizadores dos eventos, uma vez que o referido *marketing* de emboscada tem como consequência e grande inconveniente a redução do valor econômico destes eventos, pois obviamente um patrocínio com exclusividade vale muito mais do que um patrocínio com a possibilidade de concorrência, já que a visibilidade do patrocinador oficial do evento cai desastrosamente no segundo caso.

Para os organizadores de eventos esportivos, especialmente os de grande magnitude, o *marketing* de emboscada, segundo a definição de Shani e Sandler, seria,

"A planned effort (campaign) by an organization to associate themselves indirectly with an event in order to gain at least some of the recognition and benefits that are associated with being an official sponsor".[5]

Assim, entende-se o *marketing* de emboscada como uma grande oportunidade para que uma empresa, embora não tendo qualquer relação contratual com o evento, possa obter algum reconhecimento e certos benefícios ao estar a ele relacionada, se fazendo passar por patrocinador oficial, ainda que sem qualquer menção a respeito.

Se expressa de forma mais agressiva Bitel, no sentido de que "*the central aim of the ambusher is to lie. They want to sell the public a lie, namely that their product has a connection with the sports event or person being used, or more accurately abused, and therefore to enhance the reputation of their product (1997:12)".[6]*

---

4 SALGUERO, José Piñeiro. PUIG, Antoni Rubí. Ambush Marketing en eventos deportivos, Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas. Barcelona, InDret Revista para el análisis del derecho, 2007.p.4.

5 SALGUERO, José Piñeiro. PUIG, Antoni Rubí. Ambush Marketing en eventos deportivos, Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas. Barcelona, InDret Revista para el análisis del derecho, 2007.p.4.

6 PEARSON, Geoff. Dirty Trix at Euro 2008: Brand Protection, Ambush Marketing and Intellectual Property Theft at the European Football Championships. Liverpool, 2012.p.9.

Corroborando o anteriormente exposto, Curthoys e Kendall (2001), também dão sua contribuição ao definir o *marketing* de emboscada como,
"The unauthorised association of a business or organization with the marketing of a particular event – gaining benefit for the marketing right or licensing fee applicable in order to be associated with an event, such as a sporting event".[7]

De fato existe grande preocupação por parte dos organizadores dos grandes eventos, geralmente representados por grandes federações esportivas internacionais que, por serem titulares dos eventos esportivos, precisam proteger o seu patrimônio e o potencial econômico que o mesmo pode gerar, até mesmo para a manutenção de uma estrutura esportiva organizada e estável, propiciadora do próprio desenvolvimento do esporte em geral.

Trata-se da ideia de proteção de um bem comum, já que a celebração de grandes eventos, cujas realizações dependem, e muito, das receitas provenientes dos contratos de patrocínio, traz benefícios a um número muito grande de destinatários, sejam eles as próprias organizações esportivas, os próprios patrocinadores e, principalmente, os atletas das mais variadas modalidades esportivas, bem como todos os trabalhadores que se beneficiam da necessidade de mão de obra para a realização do espetáculo.

3. A Luta Contra o *Ambush Marketing* nos Eventos Olímpicos

Realidade brasileira

A prática do *marketing* de emboscada representa, como já vimos no decorrer do presente trabalho, uma associação não autorizada entre uma empresa ou, em linhas gerais, uma marca, e um evento esportivo, não havendo qualquer relação contratual entre os elementos citados e, muito menos, qualquer pagamento referente ao Patrocínio por aquela.

Não obstante, devemos distinguir as práticas abusivas das empresas ou marcas não patrocinadoras dos eventos esportivos, também denominadas *"ambushers"*, quando a eles se associam de forma direta ou de forma indireta, pois, a associação direta se caracteriza pelo uso indevido e não autorizado de sinais identificadores do evento, tais como o logo, o nome, os símbolos, as imagens ou qualquer outro elemento capaz de identificá-lo e diferenciá-lo, enquanto a associação indireta visa confundir o público, pois, a despeito da não utilização das propriedades econômicas pertencentes aos organizadores dos eventos esportivos, a similitude das campanhas publicitárias com as características dos eventos levam a uma inexorável associação entre eles por parte do público, destinatário das campanhas publicitárias.

A diferenciação entre a prática direta e a indireta do *marketing* de emboscada, pode representar ainda o limite entre a ilegalidade e legalidade do ato, uma vez que a segunda, geralmente, não encontra óbice legal, ao menos na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, podendo a primeira ser combatida mais facilmente, através dos mecanismos constantes da legislação referente à propriedade intelectual.

Importante lembrar que o Brasil, através do Decreto Legislativo nº 21, de 04 de Junho de 1984, aprovou o Tratado de Nairóbi, referente à proteção do símbolo olímpico, estabelecido em Nairóbi em 1981 e que garante a proteção das propriedades olímpicas, independente de registro em órgão competente, vez que estabelecido por lei.

Também a lei geral sobre o desporto brasileiro, a Lei nº 9.615, de 24 de Março de 1998, recentemente alterada pela Lei 12.395 de 2011 e tão bem conhecida por Lei Pelé (o atleta do século ocupava o cargo de Ministro extraordinário dos Esportes quando da edição da Lei), regulou a questão, ao estabelecer em seu artigo 87, a proteção das propriedades

7 SALGUERO, José Piñeiro. PUIG, Antoni Rubí. Ambush Marketing en eventos deportivos, Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas. Barcelona, InDret Revista para el análisis del derecho, 2007.p.4.

de certas associações esportivas, incluindo, desde o nosso ponto de vista analógico, o Comitê Olímpico Brasileiro, conforme podemos observar em sua redação.

Art. 87. A denominação e os símbolos de entidade de administração do desporto ou prática desportiva, bem como o nome ou apelido desportivo do atleta profissional, são de propriedade exclusiva dos mesmos, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente.

Parágrafo único. A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referidos neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos.

O artigo 87 da Lei Pelé visa claramente proteger os verdadeiros titulares de certas propriedades econômicas, garantindo seu uso comercial exclusivo, aos seus reais proprietários que, independente de registro em órgão competente, têm garantida a sua proteção legal.

E para sanar qualquer dúvida a respeito da proteção das propriedades olímpicas e dos próprios Comitês Olímpico e Paraolímpico brasileiros, trazemos à colação a redação do artigo 15 e parágrafos, garantidores dos direitos dos organizadores de eventos esportivos e protagonistas no desenvolvimento do esporte nacional, constantes da Lei 9.615/98, alterada pela Lei 12.395/11.

Art. 15. Ao Comitê Olímpico Brasileiro – COB, entidade jurídica de direito privado, compete representar o País nos eventos olímpicos, pan-americanos e outros de igual natureza, no Comitê Olímpico Internacional e nos movimentos olímpicos internacionais, e fomentar o movimento olímpico no território nacional, em conformidade com as disposições da Constituição Federal, bem como as disposições estatutárias e regulamentares do Comitê Olímpico Internacional e da Carta Olímpica.

(...)

Parágrafo 2. É privativo do Comitê Olímpico Brasileiro – COB e do Comitê Paraolímpico Brasileiro o uso das bandeiras, lemas, hinos e símbolos olímpicos e paraolímpicos, assim como as denominações "jogos olímpicos", "olimpíadas", "jogos paraolímpicos" e "paraolimpíadas", permitida a utilização destas últimas quando se tratar de eventos vinculados ao desporto educacional e de participação.

(...)

Parágrafo 4. São vedados o registro e uso para qualquer fim de sinal que integre o símbolo olímpico ou que o contenha, bem como do hino e dos lemas olímpicos, exceto mediante prévia autorização do Comitê Olímpico Brasileiro – COB.

Parágrafo 5. Aplicam-se ao Comitê Paraolímpico Brasileiro, no que couber, as disposições previstas neste artigo.

Assim, restam protegidos os sinais identificadores do movimento olímpico, impossibilitando que empresas e marcas não patrocinadoras de seus eventos, consequentemente não autorizadas quanto ao uso de suas propriedades, a ele se associem, sob pena de infração legal, notadamente no que se refere à legislação sobre os direitos de propriedade intelectual e à lei geral do desporto brasileiro, a Lei Pelé.

Nota-se a força e, sobretudo, o poder das organizações esportivas internacionais em proteger a organização de seus próprios eventos e a relação construída com seus fiéis patrocinadores, reais viabilizadores dos eventos esportivos, mormente os de grande magnitude social, como os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de verão e de inverno, de titularidade do Comitê Olímpico Internacional e máximo expoente do Movimento Olímpico em âmbito também internacional.

Não é secreto o interesse dos diversos Estados Nacionais em sediar tão glorioso evento esportivo que, com total certeza, traz muitos benefícios aos países-sede, razão pela qual

se comemora, e muito, a escolha da cidade olímpica por todos aqueles que amam e, principalmente, vivem o esporte.

Não nos olvidemos que o interesse dos Estados Nacionais quanto à celebração dos Jogos Olímpicos justifica certas exigências dos organizadores e titulares dos eventos esportivos, tendentes a reforçar a proteção aos seus patrocinadores oficiais e as suas próprias propriedades econômicas, requerendo garantias dos governos locais, quanto ao conteúdo comercial do acordo, principalmente.

E neste sentido, seguindo o exemplo de outros Estados Nacionais e cidades-sede dos Jogos Olímpicos de verão e de inverno, o Brasil, no âmbito da administração pública federal e com a finalidade de assegurar garantias à candidatura da cidade do Rio de Janeiro a sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e de estabelecer regras especiais para a sua realização, instituiu o Ato Olímpico através da edição da Lei nº 12.035, de 01 de outubro de 2009.

A Lei do Ato Olímpico, como se convencionou denominá-la, possui somente 16 artigos que versam sobre os mais variados temas de interesse do Comitê Olímpico Internacional e dos partícipes deste grande evento mundial, ao estabelecer a dispensa da concessão e aposição de visto aos estrangeiros vinculados à realização dos Jogos Rio 2016 (art.2); a aplicação, sem reservas, de todas as disposições contidas no código da Agência Mundial Anti-*Doping* – WADA, bem como nas leis e demais regras ditadas pelos Comitês Olímpico e Paraolímpico, internacionais (art.11); a assunção de responsabilidade do Governo Federal, sem qualquer custo para o Comitê Organizador dos Jogos, quanto à segurança, saúde e serviços médicos, vigilância sanitária, alfândega e imigração (art.12); a disponibilização de todo o espectro de frequência de radiodifusão e de sinais, necessário à organização e à realização dos Jogos Rio 2016. (art.13), bem como outras normas facilitadoras da organização e celebração do evento, entrando em vigor, segundo o art.16, na data de sua publicação, com efeitos a partir do dia 2 de outubro de 2009 até o dia 31 de dezembro de 2016.

Não obstante a grande importância do conteúdo completo de referida lei, é na relação ao aspecto comercial que focaremos o nosso estudo, com vistas a uma análise mais aprofundada sobre as garantias ofertadas pelo governo federal, na tentativa de proteção efetiva das propriedades olímpicas e dos parceiros comerciais do Movimento Olímpico, viabilizadores da celebração de um dos maiores eventos esportivos mundiais.

Conforme podemos observar da análise do artigo 6 e incisos, a lei atribui às autoridades federais a atuação no controle, fiscalização e repressão de quaisquer práticas tendentes a prejudicar os organizadores dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, em 2016, principalmente com relação ao uso indevido dos símbolos relacionados aos Jogos, de acordo com um rol, não taxativo, de possíveis variações e combinações de propriedades olímpicas, senão vejamos,

Art. 6. As autoridades federais, no âmbito de suas atribuições legais, deverão atuar no controle, fiscalização e repressão de atos ilícitos que infrinjam os direitos sobre os símbolos relacionados aos Jogos Rio 2016.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, a expressão "símbolos relacionados aos Jogos 2016", refere-se a:

I – todos os signos graficamente distintivos, bandeiras, lemas, emblemas e hinos utilizados pelo Comitê Olímpico Internacional – COI;
II – as denominações "Jogos Olímpicos", "Jogos Paraolímpicos", "Jogos Olímpicos Rio 2016", "Jogos Paraolímpicos Rio 2016", "XXXI Jogos Olímpicos", "Rio 2016", "Rio Olimpíadas", "Rio Olimpíadas 2016", "Rio Paraolimpíadas", "Rio Paraolimpíadas 2016", e demais abreviações e variações e ainda aquelas igualmente relacionadas que, porventura, venham a ser criadas dentro dos mesmos objetivos, em qualquer idioma, inclusive aquelas de domínio eletrônico em sítios da internet;
III – o nome, o emblema, a bandeira, o hino, o lema e as marcas e outros símbolos do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016; e

IV – os mascotes, as marcas, as tochas e outros símbolos relacionados aos XXXI Jogos Olímpicos, Jogos Olímpicos Rio 2016 e Jogos Paraolímpicos Rio 2016.

Art. 7. É vedada a utilização de quaisquer dos símbolos relacionados aos Jogos Rio 2016 mencionados no art.6 para fins comerciais ou não, salvo mediante prévia e expressa autorização do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016 ou do COI.

Interessante pontuar que o legislador, ao estabelecer no art. 7 a discricionariedade do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016 ou do Comitê Olímpico Internacional quanto à autorização de utilização dos símbolos relacionados aos Jogos Olímpicos de 2016, somente legalizou uma situação óbvia, uma vez que as entidades citadas são titulares e organizadoras do evento e, como tais, podem autorizar quem bem entenderem, no tocante à exploração comercial de suas propriedades, efetivamente o fazendo quando da negociação dos pacotes de patrocínio, cujo principal atrativo é, sem lugar a dúvidas, a autorização de uso dos símbolos, nomes, imagens e demais signos identificadores do evento, que proporcionará a desejável associação, direta e lícita, entre patrocinador e patrocinado.

Cumpre ressaltar que a utilização dessas propriedades por empresas não patrocinadoras do evento, ou seja, por aquelas empresas que não possuem qualquer vínculo contratual com os titulares deste, constitui infração legal e sujeita o seu infrator às medidas estabelecidas pelas normas referentes à matéria, não importando, conforme redação do artigo supracitado, que essa utilização tenha fins outros, que não os comerciais, uma vez que a simples utilização já constitui ato ilícito.

Já dissemos em outra ocasião que a violação dos direitos de propriedade intelectual, com a utilização indevida das propriedades olímpicas por parte de empresas "ambushers", ou seja, empresas que estão à margem do evento, por não estarem autorizadas quanto a sua exploração, é mais facilmente combatida, já que a situação descrita encontra amparo legal. O desafio está em proteger o evento e seus patrocinadores oficiais daqueles que a ele se associam de forma indireta, simplesmente não utilizando qualquer propriedade registrada ou protegida por lei, mas que fazem o público e o consumidor acreditarem tratar-se de empresa ou marca de alguma forma relacionada com o evento, quando na verdade não o é.

Atento a estes casos e situações, nos quais o patrocinador oficial do evento e o seu organizador estão mais vulneráveis quanto aos ataques criativos e agressivos de campanhas publicitárias de empresas alheias ao evento, o legislador estabeleceu no art. 8 da Lei 12.035/09, uma forma de combate ao marketing de emboscada, ao estender a vedação do art. 7 à utilização de termos e expressões que, de alguma forma, provocam ou possam gerar uma associação indevida entre as partes não vinculadas contratualmente.

Ressalta-se que a simples menção de termos semelhantes aos relacionados ao evento olímpico de 2016, ainda que não caracterize violação de direitos de propriedade intelectual, configura ato ilícito, por representar prática abusiva de marketing de emboscada, conforme observamos na redação do artigo 8, a seguir:

Art. 8. A vedação a que se refere o art.7 estende-se à utilização de termos e expressões que, apesar de não se enquadrarem no rol dos símbolos mencionados nesta Lei, com estes possuam semelhança suficiente para provocar associação indevida de quaisquer produtos e serviços, ou mesmo de alguma empresa, negociação ou evento, com os Jogos Rio 2016 ou com o Movimento Olímpico.

Não obstante a efetiva proteção acima mencionada, também prevê o legislador brasileiro, nos artigos subsequentes, a suspensão de todos os contratos publicitários que versem sobre a utilização de espaços estratégicos para a organização dos Jogos, como aeroportos ou áreas federais, estabelecendo ainda que os futuros contratos, sejam eles públicos ou privados, deverão conter cláusula prevendo a sua suspensão no período fixado.

Resta clara a interferência do Estado na economia e atividade privada, mas com a forte

justificativa de um interesse geral, uma vez que se está protegendo a efetiva celebração de um evento de dimensões extraordinárias e que, sem sombra de dúvidas, trará benefícios gigantescos a um número muito grande de pessoas, daí a existência de um bem comum.

Art. 9. Ficam suspensos, pelo período compreendido entre 5 de Julho e 26 de setembro de 2016, os contratos celebrados para a utilização de espaços publicitários em aeroportos ou em áreas federais de interesse dos Jogos Rio 2016, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os futuros instrumentos contratuais, oriundos de processos licitatórios ou não, com o mesmo objeto referido no caput, deverão conter cláusula prevendo a suspensão nele referida.

Não nos olvidemos, no entanto, que a suspensão de que trata a lei não é absoluta, na medida em que se exige do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016, um requerimento devidamente fundamentado e obviamente razoável quanto à suspensão, respeitado o limite temporal de 180 (cento e oitenta) dias, sem o que, sob o nosso ponto de vista, estarão liberadas as empresas e agências de exploração publicitária quanto à sua atividade, devendo-se respeitar, contudo, o programa de patrocínio olímpico, não se admitindo qualquer prática relacionada ao *marketing* de emboscada.

Art. 10. A suspensão mencionada no art. 9 está condicionada a requerimento do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016, devidamente fundamentado, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta dias) dias, com faculdade de opção de exclusividade na utilização dos referidos espaços publicitários, a preços equivalentes àqueles praticados em 2008, devidamente corrigidos monetariamente.

Parágrafo único. A prerrogativa de adquirir os referidos espaços publicitários constante do caput poderá ser transferida pelo Comitê organizador dos Jogos Rio 2016 a quaisquer empresas ou entidades constantes do rol de patrocinadores e colaboradores oficiais do COI e do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016.

Trata-se a presente lei de mais uma forma de combate às práticas abusivas de certas empresas que, ao ativarem suas marcas sem qualquer contraprestação ao organizador do evento, colocam em risco toda a estrutura esportiva organizada, o que de forma alguma se pode permitir, dada a amplitude do interesse social.

Importante mencionar, ainda, a existência da Lei 14.870 de 29 de dezembro de 2008, que estabelece, de acordo com a redação de seu artigo primeiro, normas necessárias à realização de eventuais competições na cidade de São Paulo, relativas aos Jogos Olímpicos de 2016 da cidade do Rio de Janeiro, mesmo sendo esta a cidade escolhida pelo Comitê Olímpico Internacional para a celebração de referido evento. Interessante apontar que a redação da lei municipal em questão, demonstra a então situação de incerteza quanto à escolha da sede, já que condicionava sua efetiva aplicação à celebração dos Jogos no Brasil.

A lei municipal paulista 14.870/08, com seus 19 artigos, que entrou em vigor na mesma data de sua publicação, tem vigência estabelecida até o dia 31 de dezembro de 2016, portanto assumindo, como a Lei do Ato Olímpico, um caráter temporário, sendo sua redação muito similar à redação daquela, já exaustivamente analisada, razão pela qual não nos aprofundaremos em seu estudo, nos atendo somente ao seu artigo 9, claramente direcionado contra o Ambush Marketing, conforme podemos observar a seguir:

Art. 9. As autoridades municipais deverão cooperar na investigação e repressão de quaisquer medidas características de "*marketing* de emboscada", assim denominada qualquer prática ilícita publicitária voltada a tirar proveito do destaque de um determinado evento, sem a aquiescência das autoridades organizadoras.

Ressalta-se que o artigo está localizado na Seção "Da utilização dos espaços publicitários e combate ao "*marketing* de emboscada", o que demonstra claramente a preocupação do poder público local em garantir a proteção necessária

às propriedades comerciais dos organizadores, com vistas ao fortalecimento da candidatura de uma cidade sede brasileira, o que, teoricamente, traz benefícios a determinadas cidades do país, principalmente no caso de celebração de alguns jogos, provas ou equivalente, fora do Rio de Janeiro, quando poderão ser agraciadas outras cidades brasileiras.

4. Conclusão

O tema referente ao *Ambush Marketing* é extremamente inovador e, com toda certeza, merece a atenção dos juristas e estudiosos envolvidos na esfera comercial de eventos esportivos, uma vez que a percepção e opinião da doutrina quanto ao tema não são unânimes, tendo referida prática distintas interpretações a respeito de sua ilicitude e imoralidade, já que, por vezes, pode representar uma prática sadia ao mercado esportivo em geral, ao promover uma concorrência saudável para a economia.

Obviamente a análise quanto à legalidade ou ilegalidade do *marketing* de emboscada ou quanto à moralidade ou imoralidade de suas ações, dependerão sempre de uma análise em concreto, levando em consideração a escassez de estudos a ele referidos que, de certa forma, nos remete a um mar de interpretações e ao consequente receio na tomada de decisões, que necessitam refletir um sentimento de justiça, para que não caiam em descrédito social.

Temos visto que o *marketing* de emboscada pode resultar de uma associação indevida entre determinados elementos e ser levado a cabo de forma direta ou indireta, na medida em que há certa violação de direitos de propriedade intelectual, no primeiro caso, ou embora não havendo, uma empresa se associa indiretamente ao evento, dada a semelhança de suas campanhas publicitárias com este.

O combate às práticas diretas da emboscada são mais fáceis, de certa forma, de serem levadas a cabo, mediante o uso dos mecanismos constantes da legislação referente à propriedade intelectual, já tendo se pronunciado a respeito, o poder judiciário do estado do Rio de Janeiro, em ocasião da realização dos Jogos Pan-Americanos de 2007, quando uma companhia de táxi, utilizou, sem qualquer autorização dos responsáveis e organizadores do evento, o logo "Rio 2007", buscando claramente uma associação direta com o evento, com a violação de direitos de propriedade intelectual, a fim de obter o reconhecimento do público e um consequente aproveitamento do prestigio e amplitude daquele evento esportivo.

Ressalte-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro confirmou a sentença de primeira instância e condenou a companhia de táxi a pagar um valor indenizatório correspondente ao que teria de ser pago pela concessão e autorização de uso das propriedades econômicas do evento, negando, no entanto, o pleito referente aos possíveis danos morais causados pela empresa, entendendo não ter havido qualquer prejuízo à imagem e reputação do Comitê Organizador dos Jogos Pan-Americanos, bem como do próprio evento esportivo.

Claro está em que o caso supracitado envolveu o uso indevido de marcas registradas e protegidas, sendo os organizadores do evento amparados legalmente quanto à ação, que poderia ter um resultado diferente quando da prática indireta do *marketing* de emboscada, razão pela qual o Comitê Olímpico Internacional e os responsáveis locais pela realização dos Jogos Olímpicos de Verão na cidade do Rio de Janeiro, em 2016, trabalharam e muito em prol da aprovação do Ato Olímpico, norma que versa sobre a ocorrência da emboscada comercial e protege os organizadores e patrocinadores oficiais do evento olímpico das práticas abusivas, garantindo assim o respeito e a mantença de uma estrutura organizacional desportiva, responsável direta e indireta pelo desenvolvimento do esporte em geral, seja em âmbito nacional ou internacional.

Referências Bibliográficas

APPROBATO MACHADO, Rubens et altri. Curso de Direito Desportivo Sistêmico. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

CARBALLADA, César Pérez. Ambush Marketing: La emboscada contínua. www.markestismo.com. 19 de Julho de 2010.

Código Brasileiro de Justiça Desportiva / IBDD Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. São Paulo: IOB, 2010.

Ferrand, Alan, Camps, Andreu, Torrigiani, Luiggino. La Gestión del Sponsoring Deportivo. Badalona: Editorial Paidotribo Les Guixeres. 2007.

GARDINER, Simon, John O'Leary, Roger Welch, Simon Boyes and Urvasi Naidoo. Sports Law. Fourth Edition. Oxon: Routledge, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume III. 5 Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

HAMIL, Sean and Simon Chadwick. Managing Football an international perspective. Oxford: Elsevier. 2010.

LEWIS, Adam and Jonathan Taylor. Sport: Law and Practice. Great Britain: Tottel, 2008. 2.ed.

MELO FILHO, Álvaro. Novo Regime jurídico do Desporto. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MELO FILHO, Álvaro. Direito Desportivo/ Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: IOB Thmson, 2006.

MELO FILHO, Álvaro. Nova Lei Pelé, Avanços e impactos. Rio de Janeiro, Maquinária, 2011.

MELO FILHO, Álvaro. Novo código brasileiro de justiça desportiva, Marcos jurídicos e destaques. São Paulo. Federação Paulista de Futebol.

MELO NETO, Francisco Paulo de. Projeto de marketing esportivo e social. Londrina: Midiograf, 1997.

TARTUCE, Flávio. Função social dos Contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002. 2 Ed., São Paulo, Editora Método, 2007.

MIRANDA, Martinho Neves. O Direito no Desporto. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

Patrocinio Deportivo Publicitario y Ambush Marketing. Professora Rosalía Ortega Pradillo. Aula ministrada em 25 de janeiro de 2008 no curso de Gestión Deportiva do Instituto Superior de Derecho y Economia de Madrid (ISDE).

SALGUERO, José Piñeiro. PUIG, Antoni Rubí. Ambush Marketing en eventos deportivos, Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas. Barcelona, InDret Revista para el análisis del derecho, 2007.

SMIT, Barbara. Invasão de Campo: Adidas, Puma e os bastidores do esporte moderno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

A Crise Financeira Mundial e Direito Desportivo Internacional: A Jurisdição da FIFA em Xeque

Breno Costa Ramos Tannuri - Advogado, Especializado em Direito Desportivo. Sócio-Sênior de Tannuri Ribeiro Advogados.

Ana Paula dos Santos Cesar - Advogada, Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Diretora do Departamento Contencioso de Tannuri Ribeiro Advogados.

A crise financeira mundial, mormente a enfrentada pelos países europeus nos últimos meses, trouxe à baila consequências jurídicas outrora raramente enfrentadas pelo operador do direito desportivo internacional, mas que, no presente momento, infelizmente, tornam-se cada vez mais corriqueiras. Antes de discorrermos sobre o objeto principal deste estudo, faz-se necessário termos em mente, ainda que de maneira superficial, alguns conceitos inerentes ao direito desportivo internacional.

Com a reabertura do mercado europeu para atletas estrangeiros, e o incremento das transferências internacionais no início da década de 80, a FIFA, impulsionada pelos vários problemas que surgiram, viu-se obrigada a regulamentar as relações daqueles que fazem parte da denominada "Família Futebol".

É bem verdade que, daquela ocasião aos dias atuais, os vários regulamentos da FIFA sofreram inúmeras alterações, muitas delas provocadas por princípios legais provenientes da constituição da União Européia, assim como o reconhecimento do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS)[1] pela referida entidade máxima do futebol como foro competente para dirimir disputas entre os seus membros, e para julgar, em última instância, decisões proferidas pelas suas câmaras de resolução e comitês.

Dentre as indigitadas câmaras e comitês da FIFA, duas indubitavelmente se destacam, tendo em vista que são as mais requisitadas nos contratos de transferências (internacionais) de atletas, nas avenças laborais envolvendo clubes e atletas de nacionalidade diferentes, e nas reclamações para recebimento de compensações por formação de atletas: I) a Comissão do Estatuto dos Jogadores[2]; II) a Câmara de Resolução de Litígio[3].

Nesse sentido, Frans de Weger brinda-nos com a valiosa contribuição: *"[...] De acordo com seus próprios estatutos, a FIFA existe para aprimorar o jogo de futebol, por meio do qual a melhoria pode ser interpretada no mais amplo sentido da palavra. Não só aprimoramento com respeito às regras no campo, mas também com respeito às regras fora do campo. Durante a transferência de um jogador entre associações nacionais, por exemplo, as mesmas regras devem ser aplicadas a todos os participantes relacionados. Em sua busca por estabelecer a uniformidade, igualdade e clareza, a FIFA criou o PSC para decidir sobre todas as disputas de futebol internacional. Este comitê permanente tinha que dar a palavra final ao futebol internacional com clareza legal em relação a questões relativas à situação dos jogadores. Continuando sua busca por maior profissionalismo, a FIFA estabeleceu a Câmara de Resolução de Litígios (CRL) em 2001. Este comitê foi estabelecido para assumir certas disputas do PSC e especificamente dirimir disputas relativas à situação internacional e transferência de jogadores. Conforme veremos mais adiante, sua competência estende-se a casos relativos a disputas de mão de obra com uma dimensão internacional, mas também com respeito a disputas relativas à remuneração de treinamento e contribuição de solidariedade. Em geral, este comitê decide sobre questões básicas como inadimplência, com ou sem justa causa ou justa causa esportiva. Hoje, o PSC ainda tem uma enorme influência. A CRL está mais ou menos incorporada ao PSC e poder-se-ia dizer que o PSC pode ser visto como a organização superior da CRL. O PSC ainda tem competência geral em questões relativas à situação de jogadores que não estão dentro da esfera da CRL."*[4]

De acordo com o art. 22 do "Regulamento da FIFA Relativo ao Estatuto de Transferências de Jogadores[5]" (edição 2010[6]), sem prejuízo do direito de qualquer atleta ou clube de recorrer

1 Court of Arbitration for Sport (CAS).
2 PSC – Players' Status Committee.
3 DRC – Dispute Resolution Chamber.

4 Frans de Weger, "The Jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber", TMC Asser Press ("free translation").
5 Tradução disponibilizada pela Federação Portuguesa de Futebol.
6 Edição do "Regulamento da FIFA Relativo Ao Estatuto de Transferências de Jogadores" em vigor nos dias de hoje.

a uma corte ordinária para resolução de litígios trabalhistas, a FIFA é competente para dirimir:

a) Litígios entre clubes e jogadores relativos à manutenção da estabilidade contratual (artigos 13° e 18°) se tiver sido apresentado um pedido de CIT[7] e se houver uma queixa de uma parte interessada relativamente a esse pedido de CIT, em particular relativamente à compensação por violação de contrato.

b) Litígios de natureza laboral entre um clube e um jogador de âmbito internacional, excepto se um tribunal independente que garanta procedimentos justos e respeite o princípio de representação igualitária de jogadores e clubes se tiver sido constituído a nível nacional no âmbito da Federação e/ ou de um contracto colectivo de trabalho.

c) Litígios de natureza laboral entre um clube ou uma Federação de um treinador de âmbito internacional, excepto se existir a nível nacional um tribunal arbitral independente que garanta procedimentos justos.

d) Litígios relacionados com a Compensação por Formação (artigo 20°) e o Mecanismo de Solidariedade (artigo 21°) entre clubes pertencentes a diferentes Federações.

e) Litígios entre clubes pertencentes a diferentes Federações que sejam abrangidos pelos casos previsto nos pontos a) e d).

Respaldado nas referidas regras, há de inferir-se que disputas envolvendo membros da FIFA são majoritariamente dirimidas pela Comissão do Estatuto de Jogadores e pela Câmara de Resolução e Disputa. Tal preferência dá-se essencialmente por três fatores principais: I) decisões preferidas com (relativa) rapidez; II) os árbitros familiarizados com o objeto das ações; e III) imposição de sanções disciplinares pela FIFA no caso de descumprimento das decisões.

A imposição das mencionadas sanções é, sem dúvida alguma, a maior contribuição dos órgãos arbitrais da FIFA, à medida que o processo para a execução de decisão proferida por corte ordinária de um país em outro é extremamente complexo, muitas vezes dispendioso e quase sempre moroso.

Consoante os termos do art. 13 do Estatuto da FIFA, todos os seus membros são obrigados a[8]:

(a) observar em todo o momento os Estatutos, regulamentos, disposições e as decisões do órgãos da FIFA, assim como as decisões do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) adotadas em apelação conforme art. 62, par. 1 do Estatuto da FIFA;

(b) .....;

(c) .....;

(d) fazer com que seus próprios membros respeitem os Estatutos, regulamentos, disposições e decisões dos órgãos da FIFA;

(e) .....;

(f) .....;

(g) administrar seus assuntos de forma independente e assegurar-se de que não se produza nenhuma ingerência por parte de terceiros em seus assuntos internos;

(h) cumprir com todas as obrigações estabelecidas no presente Estatuto e nos outros regulamentos.

Apesar das reconhecidas benesses na utilização da jurisdição e órgãos da FIFA, a crise financeira mundial, que assola principalmente os países europeus, culminou com uma avalanche de decisões da governança da FIFA (i.e. "Players' Status") determinando a incompetência de todas as suas câmaras e comitês para julgarem casos ou executar sentenças em que uma das partes fosse clube sob recuperação judicial[9].

Antes irrelevante, o aludido procedimento passa a ter importância sine qua non atualmente. Frise-se, aproximadamente 1/3 dos clubes espanhóis de primeira divisão e 2/3 dos de segunda divisão estão sob concurso público de

7 CIT – Certificado Internacional de Transferência.

8 "Free Translation".

9 Instituto criado pela Lei n. 11.101/2005, "Nova Lei de Falências", em substituição à extinta concordata.

credores (recuperação judicial). Nessa situação há igualmente vários clubes portugueses, turcos e gregos, sem contar, obviamente, aqueles que podem recorrer à recuperação judicial a qualquer momento.

Muito embora o procedimento adotado pela FIFA não possa ser considerado uma novidade, a sua validade está sendo, de maneira inédita, questionada pelos seus membros, uma vez que, na opinião de muitos, carece do devido embasamento legal e vai de encontro aos ditames de vários de seus regulamentos e da legislação suíça, que são compulsórios à entidade que rege o futebol mundial.

Ressalte-se que, até aqueles casos julgados pela Comissão do Estatuto dos Jogadores ou pela Câmara de Resolução de Litígio, após anos de litigância, e já encaminhadas ao Comitê Disciplinar da FIFA para serem executados, foram sumariamente interrompidos sob o pretexto de que a entidade máxima não mais possui competência para executar decisões referentes a clubes em regime de recuperação judicial.

Concernentemente a tais casos, as partes foram orientadas pela FIFA a, imediatamente, contatar as associações nacionais dos clubes que estavam em fase de recuperação judicial, ou dado início a esse procedimento, a fim de buscarem as informações necessárias para encetarem os trâmites necessários perante as cortes ordinárias locais. Na maioria das vezes, infelizmente, o procedimento judicial ficava totalmente frustrado, em decorrência da prescrição.

Independentemente da validade ou não das decisões exaradas pela governança da FIFA, não há como negar que tal situação, ainda mais nos dias atuais, traz instabilidade e insegurança aos seus membros, que sempre optaram, muitas vezes incentivados pelos próprios regulamentos da entidade, pela jurisdição e competências dos seus mecanismos arbitrais, mormente no que tange às relações contratuais com dimensão internacional. Nesse sentido, aliás, o Estatuto da FIFA preceitua[10]:

"Art. 64
1. […]
2. Recurso para cortes ordinárias é proibido, salvo se especificamente disposto nos regulamentos da FIFA.
3. As Associações inserirão uma cláusula em seus estatutos ou regulamentos, estipulando que é proibido assumir disputas na Associação ou disputas que afetem as Ligas, membros de Ligas, clubes, membros de clubes, Oficiais de Jogadores e outros Oficiais de Associação para cortes ordinárias, salvo se os regulamentos da FIFA ou disposições legais obrigatórias especificamente dispuserem ou estipularem recurso para cortes ordinárias. Em vez de recurso para cortes ordinárias, será criada disposição para arbitragem. Tais disputas serão levadas a um tribunal de arbitragem independente e devidamente constituído e reconhecido sob as regras da Associação ou Confederação ou CAS.

As Associações assegurarão que esta condição seja implantada na Associação, se necessário impondo uma obrigação válida sobre seus membros. As Associações imporão sanções sobre qualquer parte que não respeitar esta obrigação e assegurarão que qualquer recurso a tais sanções seja igualmente submetido estritamente a arbitragem, e não a cortes ordinárias."

Como se não bastasse, não podemos olvidar que a FIFA é uma associação constituída sob os auspícios do art. 60 SS do Código Civil Suíço, e como tal igualmente suscetível aos termos e condições do art. 75 do mesmo Código Civil, que reza, *in fine:*

10 Free Translation.

Tout sociétaire est autorisé de par la loi à attaquer en justice, dans le mois à compter du jor où il en connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires.

Consoante as normas legais em apreço, combinadas com os termos e condições do art. 63 SS do Estatuto da FIFA, há dois casos atualmente *sub judice* perante o Tribunal Arbitral do Esporte[11], que nas próximas semanas deverá publicar as competentes decisões.

As irregularidades levantadas pelos membros da FIFA são, em essência, as seguintes: I) a incompetência jurisdicional da governança da FIFA para proferir decisões acerca do assunto em voga; II) as decisões são carentes de fundamentação legal; e III) as decisões desrespeitam os regulamentos da entidade e, portanto, princípios legais que são inerentes às leis suíças.

Conforme vimos, nos termos do art. 22 do "Regulamento da FIFA Relativo ao Estatuto de Transferências de Jogadores", a governança da FIFA ("Players' Status") não possui jurisdição, no presente caso, para proferir decisões sobre assuntos relacionados à competência da Comissão do Estatuto dos Jogadores ou da Câmara de Resolução de Litígio.

Nesse sentido, em decisão pertinente ao assunto, o Tribunal Arbitral do Esporte – TAS esclareceu:

***"A FIFA possui um claro sistema onde o seu secretariado geral não possui autonomia para decidir sobre assuntos de competência, mas apenas para despachar a ações para a Câmara de Resolução de Litígio e para a Comissão do Estatuto dos Jogadores de acordo com as respectivas jurisdições nos termos das regras e regulamentos; os tais órgãos são competentes para decidir sobre suas competências e o chairman da Comissão do Estatuto dos Jogadores em determinar qual dos dois órgãos possui jurisdição em caso de dúvida"* (cf. CAS 2007/A/1251).[12]**

Além disso, as decisões proclamadas pela governança da FIFA ("Players' Status"), que informam acerca da incompetência da Comissão do Estatuto dos Jogadores e da Câmara de Resolução de Litígio em julgar casos ou executar sentenças de clubes que estejam sob recuperação judicial, são desprovidas de qualquer fundamentação.

Nesse sentido, o art. 14, par. 4° do "Regulamento de Procedimentos da Comissão do Estatuto dos Jogadores e da Câmara de Resolução de Litígio" estabelece o seguinte[13]:

"4. As decisões escritas conterão no mínimo o seguinte:
[...]
f) os motivos para os resultados;
g) .....;
h) os resultados da decisão."

No esteio das provisões do artigo supramencionado, decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Esporte – TAS elucidou que[14]:

"a) a Validade da Decisão da CRL
97. O Tribunal começará determinando se a CRL violou qualquer requisito formal e processual dos Regulamentos da FIFA e/ou qualquer princípio obrigatório de associações da lei Suíça.
98. Na relação, o Tribunal considera que Wigan corretamente invoca o artigo 13.4 do Regulamento de Procedimentos da Comissão do Estatuto dos Jogadores e da Câmara de Resolução de Litígio da FIFA (os

11 CAS 2011/A/2586 – William Lanes de Lima v./ FIFA e CAS 2011/A/2343 CD Universidad Católica v./ FIFA.

12 CAS 2007/A/1251 Aris FC v/ FIFA (Free Translation).
13 Free Translation.
14 CAS 2007/A/1298 Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian; CAS 2007/A/1299 Heart of Midlothian v/ Wigan Athletic FC; CAS 2007/A/1300 Webster v/ Heart of Midlothian (Free Translation).

"Regulamentos da FIFA") que dispõe que as decisões da CRL devem conter "motivos para seus resultados."

99. A relevância e importância do artigo e a importância do artigo 13.4 são confirmadas por vários princípios obrigatórios da lei Suíça que limitam a liberdade reguladora e de decisão de uma associação para projetar seus membros. Um princípio é que uma associação deve aplicar seus próprios regulamentos corretamente, sendo outro que seus regulamentos devem ser aplicados e suas decisões tomadas de um modo previsível e admissível, notavelmente para assegurar a igualdade de tratamento e devido processo.

100. [...]

101. Pelas razões acima, o Tribunal determina que a decisão da CRL seja inválida por não ter cumprido os requisitos formais estabelecidos nos "Regulamentos da FIFA **(cf. CAS 2007/A/1298, 1299 e 1300).**

Muito se questiona o fato de os clubes sob recuperação judicial seguirem normalmente suas atividades futebolísticas e, portanto, beneficiarem-se de estarem ligados à FIFA, ou seja, participando de campeonatos, transferindo atletas, recebendo rendas dos jogos, venda de produtos, direitos de TV, etc., e, por outro lado, não ficarem obrigados a respeitar todas as obrigações determinadas pelos regulamentos da entidade, in casu, os dizeres do art. 13 do seu Estatuto.

Mister se faz notar que os regulamentos da FIFA não aduzem nenhuma exceção acerca de sua eventual incompetência para julgar casos envolvendo membros sob recuperação judicial.

Neste diapasão, isto é, quanto à necessidade das associações e seus membros serem obrigados a cumprir com seus próprios Estatutos ou regulamentos, o Tribunal Arbitral do Esporte – TAS, *mutatis mutandis*, decidiu o quanto segue[15]:

8.29. Sob a lei Suíça, as associações privadas como o IOC devem agir conforme a lei Suíça e princípios aplicáveis de lei, bem como as próprias leis da associação. De fato, um membro de uma associação pode buscar reparação por seus atos e decisões que forem contrários à lei ou às leis da associação (consulte o artigo 75 CCS).

8.31. [...] Uma das expressões de autonomia privada de associações é a competência para criar regra relativa a sua própria governança, seus membros e suas próprias concorrências. No entanto, esta autonomia não é absoluta" **(cf. CAS 2011/O/2422).**

Assim, muito embora a decisão prolatada pela governança da FIFA ("*Players' Status*") pareça arbitrária e infensa aos seus vários regulamentos e Estatutos, não há, obviamente, como prever o resultado das ações atualmente em trâmite no Tribunal Arbitral do Esporte – TAS.

Por derradeiro, é imperioso enfatizar, que os *"árbitros do CAS que fizerem parte de painéis compostos de um ou três membros, de modo geral não são obrigados a cumprir decisões anteriores (stare decisis), mas normalmente o fazem nos interesses da clareza legal."*[16] Logo, apesar de não possuírem efeito vinculante, é certo que as decisões que serão proferidas pelo Tribunal Arbitral do Esporte – TAS num futuro próximo, independentemente do resultado, nortearão as relações contratuais e jurisdicionais entre os membros da FIFA.

15 CAS 2011/O/2422 USOC v. IOC (Free Translation).

16 Ian S. Blackshaw, Sport, Mediation and Arbitration, TMC Asser Press Chapter 4 - Settling Sports Disputes by Arbitration through the Court of Arbitration for Sport (CAS).

A Codificação Disciplinar no Desporto Brasileiro - Gênese, Peculiaridades e Objetivos da Sistematização Disciplinar Desportiva no Brasil

... as codificações não devem menos à forma, que se lhes imprime, do que ao espírito, que se lhes sopra"
Rui Barbosa

Sumário

1. A organização do desporto no Brasil

2. A codificação disciplinar desportiva na legislação brasileira

3. O Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD

3.1. Base legal

3.2. Resoluções do Conselho Nacional do Esporte

3.3. O processo democrático de reforma do CBJD em 2009

4. Conclusão

Referências Bibliográficas

Wladimyr Vinycius de Moraes Camargos - Chefe da Consultoria Jurídica do Ministério do Esporte. Presidente da Comissão de Estudos Jurídicos Desportivos do Conselho Nacional do Esporte. Sócio benemérito do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo – IBDD. Membro do Grupo Executivo da AGU para Acompanhamento da Copa de 2014. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Mestre em Direito.

Resumo

A história do desporto brasileiro é marcada por uma participação inicial mais intervencionista do Estado na organização do desporto. A Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei Pelé são marcos importantes na consagração da autonomia das entidades esportivas. Contudo, a competência para normatizar as matérias referentes à disciplina, competição e justiça desportivas permanece com o Conselho Nacional do Esporte. Isso não impediu que a última reforma do Código Brasileiro de Justiça Desportiva, em 2009, fosse conduzida através de elaboração teórico-prática da comissão de juristas do Conselho e, ao mesmo tempo, um amplo processo de consulta pública.

1. A organização do desporto no Brasil

Pode-se definir como marco inicial da regulação estatal do desporto no Brasil, no sentido de norma sistematizadora, o Decreto-Lei Nº 3.199, de 14 de abril de 1941. Nele estava contido o reconhecimento da prática esportiva profissional, assim como a criação do Conselho Nacional do Desporto – CND.

Hoje, porém, recebe claro etiquetamento como norma de caráter centralizadora e estatista. É o que assevera Manoel Tubino:

O ponto relevante de reflexão é que todos esses documentos legais podem ser caracterizados como instrumentos autoritários que produziram uma tutela e uma cartorialização do esporte brasileiro por mais de quarenta anos.

[...]

Esse período persistiu até 8 de outubro de 1975, quando ocorreu a Lei 6.251. Foi marcado por um grande número de deliberações do CND que sempre reforçaram a posição forte do Estado sobre as sociedades esportivas. Os alvarás para funcionamento de entidades esportivas, os registros, as aprovações de estatutos das entidades, a normatização dos passes no futebol profissional, as normas para transferências de atletas, as aprovações dos códigos disciplinares e muitas outras imposições constituem vasta folha de ações do CND no sentido do cumprimento do Decreto-lei nº 3.199/1941, então vigente. Os Conselhos Regionais de Desporto constituíam-se nos braços do CND nos Estados. [1]

Houve, porém, importante inovação legislativa propiciada pela referida norma quanto à organização sistêmica do desporto: da referência à possibilidade da prática esportiva por mulheres, ainda que eivada pela tendência patriarcalista, ao prever sua proteção contra as modalidades que pretensamente a elas não se adaptavam; ao reconhecimento da internacionalização da direção do desporto; ao necessário fomento público à edificação de instalações esportivas e; conforme já mencionado, quanto à disposição originária na legislação pátria acerca da profissionalização da prática desportiva.

Ainda assim, são marcadamente características intervencionistas do Decreto-lei, p. ex., disposições sobre: a) a competência do CND para decidir quanto à participação de delegações dos desportos nacionais em jogos internacionais (art. 2º, 'c'); b) a previsão de que a criação ou extinção de confederações somente se daria via decreto do Presidente da República (art. 16, §3º); e c) a aprovação dos estatutos das entidades pelo CND (art. 58).

Conforme propõe o próprio Prof. Tubino, a superação do modelo só se deu após o advento de movimentos internacionais propensos à modernização do desporto. Para tanto, recorre aos manifestos de organismos internacionais, sendo que o primeiro somente surgiria em 1964, no âmbito do Conseil Internationale d'Education Physique et Sport.[2]

A edição, portanto, da Lei 6.521/1975 e, principalmente, a promulgação da Constituição Federal em 1988, são os momentos decisivos para uma reformulação da estrutura do desporto nacional, sempre impulsionados pelos movimentos internacionais acima citados.

O mandamento constitucional inscrito na Carta através de seu art. 217 tem seu comando dividido basicamente em dois troncos, sendo o primeiro voltado ao fomento do Estado às atividades esportivas e, o segundo, destinado à garantia de autonomia das entidades e dirigentes,

1 TUBINO, Manoel José Gomes. 500 anos de Legislação Esportiva Brasileira: do Brasil Colônia ao início do Século XXI. Rio de Janeiro: Shape, 2002. p. 39.

2 Idem. p. 40.

notadamente no que concerne à organização e funcionamento das mesmas.

Não se deve tomar, entretanto, o tratamento diferenciado dado pela Constituição ao consagrar o princípio da autonomia, com a total independência das entidades e seus dirigentes. É justamente o que entende o constitucionalista brasileiro Luis Roberto Barroso: "Quem tem competência para conceder autonomia, tem competência para traçar-lhe parâmetros". [3]

No recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2397, proposta pelo Partido Progressista em ataque à constitucionalidade do Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003), o relator Ministro Cesar Peluso aduziu que "na medida em que se define o esporte como um direito do cidadão, este se torna um bem jurídico protegido no ordenamento jurídico em relação ao qual a autonomia das entidades desportivas é mero instrumento ou meio de concretização". O Supremo Tribunal Federal – STF – reconheceu, assim, a possibilidade de submissão das entidades desportivas e seus dirigentes às normas gerais estatais de nosso país. Afastou-se a falsa dicotomia entre a devida autonomia constitucional às entidades em seu funcionamento e organização e a necessária participação do Estado na organização do desporto. Denomina-se esse fenômeno como internormatividade, conforme proposto por J. J. Canotilho.[4]

Se buscarmos outro precedente, a própria edição da Lei Geral do Desporto – Lei n. 9.615 - em 1998, logo batizada de Lei Pelé, já à luz do novo regime constitucional, adiantou o entendimento acima ao fazer clara distinção entre a tarefa estatal e as funções autônomas das entidades e seus dirigentes.

São dois os momentos em que esta Lei define principiologicamente a autonomia desportiva. Há, em seu art. 2º, a consagração dos princípios da autonomia na organização desportiva e, ainda, da liberdade de associação dos atletas e entidades.

Destarte, ao mesmo tempo em que a Lei Pelé organiza o Sistema Brasileiro do Desporto encimado pelo Estado brasileiro através do Ministério do Esporte e seu Conselho Nacional, reputa especial atenção ao poder de autarquização administrativa das entidades e seus dirigentes.

São dois os momentos em que esta Lei define principiologicamente a autonomia desportiva. Há, em seu art. 2º, a consagração dos princípios da autonomia na organização desportiva e, ainda, da liberdade de associação dos atletas e entidades.

Por fim, também a Lei Geral do Desporto reconhece a organização piramidal do esporte no plano internacional, com seus reflexos internamente. Em seu art. 1º, §1º, dispõe que a prática desportiva formal no Brasil é regulada tanto pelas normas de direito interno, como pelas internacionais, inclusive das próprias de cada modalidade.

2. A codificação disciplinar desportiva na legislação

Veremos que na vigência dos dois regimes legais brasileiros que referenciaram a construção do Direito Desportivo nacional, seja o mais estatista, seja já o baseado na Constituição de 1988, houve estabelecimento de que à União caberia a edição de normas referentes à disciplina e organização da justiça desportiva.

Sob a regência do Decreto-lei 3.199/1941 foram baixadas normas administrativas no âmbito do Poder Executivo Federal que deram vazão à criação do sistema judicante desportivo nacional.

---

3 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional – Direito constitucional intertemporal – Autonomia desportiva: conteúdo e limites – conceito de normas gerais. in Revista de Direito Público. São Paulo, RT, janeiro-março 1991. p. 96.

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. Internormatividade desportiva e homo sportivus. in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias Vol. IV, Serie Studia Ivridica 101 - Ad Honorem – 5. Orgs: Manoel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa. Portugal: Ed. Coimbra, 2009. pp. 151-166.

Em 1945, através da Deliberação n. 48 do CND, foi editado o Código Brasileiro de Futebol, pioneiro no regramento disciplinar e consolidador da Justiça Desportiva – apesar de voltado a apenas um esporte -, tendo vigido até 1956.

Já no início dos anos 60 também do século passado houve uma primeira investida oficial contra a unicidade do sistema do desporto. Foram baixadas normas administrativas no âmbito do Ministério da Educação instituidoras do Código Brasileiro Disciplinar do Futebol – CBDF - e do Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva – CBJDD. Como se vê, o primeiro voltado à regulamentação de apenas uma modalidade – futebol -, enquanto que o outro orientava todos os demais esportes.

Como já estudado acima, a Assembleia Nacional Constituinte dos anos de 1980 instituiu no texto da Carta a autonomia das entidades desportivas e, ainda, o princípio do esgotamento das instâncias judiciais desportivas, antes de recurso à justiça estatal (CF, art. 217).

Contudo, mesmo após sua promulgação, continuaram a viger tanto o CBDF, como o CBJDD. Houve, porém, previsão expressa na Lei Pelé (art. 91) para que fossem editados novos códigos de justiça desportiva, ainda que se mantivesse a vigência dos dois de 1962 até sua efetiva publicação.

Houve claro comando da Lei quanto à competência normativa para a edição dos códigos, de modo que o art. 11 da mesma Lei Pelé dispõe que cabe ao Conselho Nacional do Esporte editar as referidas normas. Ou seja, sob o regime constitucional atual e à luz da Lei Geral do Desporto houve consagração do monopólio estatal na determinação das normas universais acerca da disciplina e organização da justiça desportiva.

Obviamente que esta leitura nunca há de ser feita desassociada da também clara definição constitucional e legal acerca da autonomia desportiva e da organização internacionalizada do desporto. Isso se observa principalmente no poder que as entidades internacionais e nacionais de administração do desporto desfrutam na edição das chamadas "regras do jogo".

Porém, foi somente com o surgimento do Estatuto de Defesa do Torcedor – Lei 10.671/2003 – que houve fixação de prazo para a superação do antigo regime de regramento disciplinar do desporto. Através de seu art. 42 definiu-se o período máximo de seis meses para a elaboração do novo Código Brasileiro de Justiça Desportiva - CBJD.

3. O Código Brasileiro de Justiça Desportiva

3.1. Base legal

Se, na forma já dita anteriormente, a lei define a competência do Estado, através do Conselho Nacional do Esporte, para a edição dos códigos de justiça desportiva, por outro, também delineia, conforme a Constituição Federal, os limites da codificação.

Nesse sentido, se o próprio texto constitucional reconhece a existência da justiça desportiva e a prevalência de suas decisões (art. 217, §§ 1º e 2º), a Lei Pelé define as competências precípuas da justiça desportiva: limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas (art. 50).

3.2. Resoluções do Conselho Nacional do Esporte

Orientado pelo disposto na Lei 10.671/2003

quanto ao prazo estabelecido ao Conselho Nacional do Esporte para a edição do novo CBJD, o então Ministro de Estado do Esporte, Agnelo Queiroz, instituiu, através da Portaria n. 146/2003, Comissão Especial de juristas desportivos e personalidades da área para, sob o comando do Consultor Jurídico da pasta, apresentar proposta de redação de um Código Brasileiro de Justiça Desportiva.

Foram integrantes da Comissão:

a) **Francisco Xavier da Silva Guimarães (presidente);**

b) **Álvaro Melo Filho (vice-presidente e relator);**

c) **Heraldo Panhoca;**

d) **Marcílio Krieger;**

e) **Paulo Marcos Schimitt;**

f) **Alberto Puga Barbosa;**

g) **Carlos Eugênio Lopes;**

h) **José Cácio Tavares da Silva;**

i) **José Carlos Brunoro;**

j) **Valed Perry e**

k) **Luiz Zveiter.**

Nos dizeres da própria Comissão Especial, dentre os fundamentos e postulados seguidos por seus membros para a proposição final de um texto com mais de 300 artigos estava a seguinte diretriz:

Unificar e consolidar, em um todo sistemático, coeso e coerente, neste projeto de Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD, a Organização da Justiça Desportiva, o Processo Desportivo, as infrações e as Sanções, tendo como objetivo a sempre almejada, boa e rápida administração da Justiça Desportiva, sem premiar interesses ou corporativismos de qualquer das modalidades desportivas, reunindo num só texto o que antes estava desdobrado nos envelhecidos Código Disciplinar do Futebol (CBDF) e Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva (CBDD). Longe de ser mera compilação das partes existentes ou de constituir um aglomerado, este projeto procurou atender e acolher as expectativas dos plurais e multifuncionais segmentos desportivos, tendo sempre como escopo a realização da própria Justiça Desportiva.[5]

Por fim, o Conselho Nacional do Esporte - CNE, cumprindo o disposto no art. 11 da Lei Pelé, analisou e resolveu aprovar por unanimidade o projeto de CBJD proposto pela Comissão Especial, baixando para tanto a Resolução n. 01/2003.

Após, tendo a Comissão Especial se transformado em comissão permanente do CNE, com o nome de Comissão de Estudos Jurídicos Desportivos - CEJD, no ano de 2006, houve a primeira modificação do CBJD. Segundo os próprios membros do colegiado, a reforma foi motivada pelas proposições a ela remetidas pela Comissão de Legislação e Direito Desportivo do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB[6] - e visavam:

... reduzir a incidência de condutas comissivas e omissivas dos atores desportivos que malferem a disciplina e distorcem as competições desportivas, deformadas pela supervalorização da vitória, pelos interesses econômicos em jogo e pelo aviltamento dos valores jus-desportivos.[7]

Finalmente, no ano de 2009, o Ministro de Estado do Esporte, Orlando Silva, recompõe a CEJD/CNE e lhe demanda uma ampla reforma do CBJD.

3.3. O processo democrático de reforma do CBJD em 2009

Através da Portaria n. 220, de 8 de dezembro de 2008, a CEJD, anteriormente com seus trabalhos

5 MINISTÉRIO DO ESPORTE. Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Comentários e legislação. 2004. p. 136.
6 MINISTÉRIO DO ESPORTE. Código Brasileiro de Justiça Desportiva (Consolidado). 2006. p. 3.
7 idem. p. 4.

suspensos, teve sua composição modificada, passando a ter como membros:

a)Álvaro Melo Filho;

b) André Gustavo Richer;

c) Caio Rocha;

d)Carlos Eugênio Lopes;

e)Carlos Miguel Aidar;

f) Francisco Antunes Maciel Müssnich;

g)Gustavo Alexandre Bertuci;

h)Heraldo Panhoca;

i) Luiz Felipe Guimarães Santoro;

j) Paulo Marcos Shimitt;

k)Paulo Sérgio de Castilho;

l) Pedro Trengrouse;

m)Rinaldo Martorelli;

n)Rubens Approbato Machado e

o)Wladimyr Vinycius de Moraes Camargos.

A mesma norma definiu o novo Consultor Jurídico do Ministério do Esporte como seu Presidente e o Advogado da União, Gustavo Bertuci, seu Secretário-Geral.

No ato de posse dos novos membros da Comissão em 28/01/2009, o Ministro do Esporte, através da Ordem de Serviço n. 01/2009, determinou ao Presidente que submetesse ao colegiado a demanda de elaboração de estudos pertinentes à reforma do CBJD.

Houve três fatos que motivaram determinantemente a encomenda ministerial para que o grupo de juristas elaborasse o texto da reforma:

a) **a então recente promulgação do Código Mundial Antidoping da UNESCO (elaborado pela Agência Mundial Antidoping – WADA) através do Decreto n. 6.653, de 18 de novembro de 2008, o que tornava o texto do CBJD, à época, em desconformidade com a norma de status hierárquico de lei ordinária;**

b) **a premente entrada em vigor do novo Código Disciplinar da FIFA – janeiro de 2009;**

c) **e, especialmente, o trabalho do Dr. Rubens Approbato Machado à frente do I Fórum de Direito Desportivo do Conselho Federal da OAB, realizado em São Paulo em setembro de 2008, tendo discutido e elaborado propostas de modificação do CBJD.**

O ato de posse acima citado foi precedido, inclusive, por uma apresentação do novo membro da CEJD e Presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol, Dr. Rubens Approbato, acerca das deliberações do referido Fórum.

Após, a Comissão decidiu que os membros Caio Rocha, Luis Felipe Santoro e Francisco Müssnich, sob o comando do último, comporiam o Grupo de Relatoria do novo texto do Código.

Além disso, de acordo com o que requereu o Ministro Orlando Silva, fixou-se um calendário para que o Grupo de Relatoria apresentasse seu relatório e que, após deliberação da CEJD, fosse a primeira versão da minuta de reforma submetida à consulta pública em todo o país.

Utilizo aqui o próprio documento oficial de apresentação da versão final da minuta que bem apresenta o histórico da forma inovadora e democrática que se imprimiu à elaboração do texto do novo CBJD:

A proposta inicial de reforma foi, assim, encaminhada ao Gabinete do Ministro de Estado no dia 7 de julho, de modo que, ato contínuo, passamos à fase de audiências públicas. Nesse sentido, realizamos reuniões em sete capitais: São Paulo, Recife, Curitiba, Salvador, Goiânia, Manaus e Rio de Janeiro. Disponibilizamos, ainda, formulário eletrônico no portal de Internet deste Ministério para o envio de propostas e críticas à minuta.

Todo esse processo foi conduzido em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD) que, por meio de convênio com esta pasta, disponibilizou aos membros da comissão um relatório detalhado das sugestões colhidas (anexo). Assim, o resultado final que ora lhe apresentamos é fruto não só do labor dos destacados juristas que compõem a CEJD por sua indicação, como, também, das críticas e propostas oferecidas pelos mais de 900 participantes do processo de consultas públicas.

Mais de 60 emendas apresentadas ao CBJD são frutos das sugestões colhidas junto aos participantes das reuniões e da consulta eletrônica. Destacamos que dentre os presentes às audiências havia representantes dos mais variados setores do desporto. A título de exemplo, registramos a presença de diversos atletas, inclusive medalhistas olímpicos, dirigentes de entidades de prática e de administração do desporto, árbitros, treinadores, conselhos profissionais, advogados e membros de tribunais de justiça desportiva[8].

A parceria entre o Ministério do Esporte e o IBDD rendeu ótimos frutos, tendo as reuniões presenciais coberto todas as regiões do Brasil, proporcionando, ademais, a qualquer pessoa, o envio de propostas por meio eletrônico.

Conforme artigo publicado no jornal Folha de S. Paulo à época: ... "houve um processo de ampla abertura à expressão da opinião crítica, o que propiciou a qualidade ainda maior do texto final aprovado. Esse foi o principal diferencial dessa atual reforma do CBJD." [9]

As premissas que guiaram a elaboração do texto posto em debate foram guiadas, nos dizeres dos próprios integrantes do Grupo de Relatoria, com base em princípios notadamente republicanos:

Todas as discussões partiram de importantes premissas estabelecidas pelo Presidente da CEJD, comunicadas à Subcomissão de Relatoria tão logo seus trabalhos tiveram início, e que tinham em mente transformar o CBJD numa norma mais republicana...[10]

Quanto ao resultado final, no texto aprovado pelo CNE de forma unânime em dezembro de 2009, destacam-se[11]:

a) o aprimoramento do processo desportivo, especialmente na melhor distribuição de atribuições internas nos tribunais, privilegiando a participação colegiada dos auditores nas decisões, além de maior transparência na escolha de relatores de processos;
b) a publicação obrigatória das decisões proferidas, inclusive por meio da Internet;
c) a forma de escolha dos auditores das comissões disciplinares e dos procuradores-gerais através de mecanismos mais democráticos de elegibilidade;
d) a representação dos acusados somente por advogados regularmente inscritos na OAB, com o objetivo de garantir o princípio da ampla defesa;
e) remessa de toda a matéria referente à punição por dopagem à normatização internacional;

8 MINISTÉRIO DO ESPORTE. Memorando n. 186/2009 do Consultor Jurídico do Ministério do Esporte. in MINISTÉRIO DO ESPORTE/IBDD. CBJD – Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Reformado pela Resolução CNE nº 29, de 10.12.2009. São Paulo: IOB, 2010. pp. 29-34.

9 SILVA, Orlando e CAMARGOS, Wladimyr. Novos desafios da Justiça Desportiva. Folha de S. Paulo, São Paulo, 11 de janeiro de 2010.

10 MINISTÉRIO DO ESPORTE. Relatório Final da Subcomissão de Relatoria da Comissão de Estudos Jurídicos Desportivos do Ministério do Esporte. in MINISTÉRIO DO ESPORTE/IBDD. CBJD – Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Reformado pela Resolução CNE nº 29, de 10.12.2009. São Paulo: IOB, 2010. pp. 13.26. p. 17.

11 Cf. SILVA, Orlando e CAMARGOS, Wladimyr. Novos desafios da Justiça Desportiva. Folha de S. Paulo, São Paulo, 11 de janeiro de 2010.

f) **previsão de maior racionalidade e proporcionalidade na aplicação de punições aos atletas, prestigiando aqueles de bons antecedentes desportivos, de forma a poder se aplicar inicialmente a pena de advertência;**

g) **a possibilidade de o procurador, em casos de menor lesividade, deixar de requerer a punição final do esportista, desde que ele se comprometa a realizar trabalhos comunitário-desportivos;**

h) **a previsão para as entidades de administração e de prática desportiva de mecanismos de gradação da pena de multa, para que seja aplicada sempre de acordo com a sua capacidade financeira e a intensidade do fato punível;**

i) **a revisão pelos tribunais somente dos casos graves e que notoriamente passaram despercebidos pela arbitragem, consagrando-se, assim, o princípio da continuidade das competições ("pro competitione") e evitando-se a constante judicialização dos eventos esportivos;**

j) **possibilidade de adoção de tábua de infrações próprias de cada modalidade, o que consagra o caráter universal e sistêmico do CBJD.**

4. Conclusões

Por tudo isso, o novo CBJD já nasce com lastro no assentimento público, inclusive por ter sido submetido a consultas públicas em todas as regiões do País, quando obteve o aval de inúmeros e diversificados segmentos da comunidade desportiva brasileira.[12]

A adoção de um Código Brasileiro de Justiça Desportiva único ao desporto de rendimento[13] e a escolha do legislador em prestigiar o mais importante colegiado estatal na área do esporte como fórum de debate e aprovação desta norma são características fundamentais do sistema disciplinar e de organização da justiça desportiva no Brasil.

O caráter sistêmico imprimido pela Lei Pelé, regulando todas as modalidades esportivas através de dispositivos gerais e, quando necessário, especiais, acabou por ser, do mesmo modo, a tônica da escolha por um CBJD também universal. Não há esporte no Brasil que não seja regulado pelo Código[14].

A decisão do Ministério do Esporte em conciliar a redação da reforma geral do CBJD em 2009 entre uma comissão de juristas, o Conselho Nacional do Esporte e um amplo processo de consulta pública propiciou um resultado final mais ajustado à realidade do esporte no país. Uma orientação sem dúvida mais democrática e republicana.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional – Direito constitucional intertemporal – Autonomia desportiva: conteúdo e limites – conceito de normas gerais. in Revista de Direito Público. São Paulo, RT, janeiro-março 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Internormatividade desportiva e homo sportivus. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias Vol. IV, Serie Studia Ivridica 101 - Ad Honorem – 5. Orgs: Manoel da Costa Andrade / Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa. Portugal: Ed. Coimbra, 2009. pp. 151-166.

LYRA FILHO, João. Introdução ao Direito

12 MELO FILHO, Álvaro. Novo Código Brasileiro de Justiça Desportiva – marcos jurídicos e destaques. São Paulo: FPF, 2010. p. 10.

13 Há a possibilidade de que se adote um outro código destinado apenas ao desporto educacional.

14 Talvez a única exceção seja o rodeio, que apesar de ser considerado como esporte, regula-se por normas próprias.

Desportivo. Rio de Janeiro, Pongetti, 1952.

MELO FILHO, Álvaro. O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira. São Paulo, Malheiros: 1995.

_____. Novo Código Brasileiro de Justiça Desportiva – marcos jurídicos e destaques. São Paulo: FPF, 2010.

MINISTÉRIO DO ESPORTE. Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Comentários e legislação. 2004.

_____. Código Brasileiro de Justiça Desportiva (Consolidado). 2006.

MINISTÉRIO DO ESPORTE/IBDD. CBJD – Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Reformado pela Resolução CNE nº 29, de 10.12.2009. São Paulo: IOB, 2010. pp. 13.26.

SILVA, Orlando e CAMARGOS, Wladimyr. Novos desafios da Justiça Desportiva. Folha de S. Paulo, São Paulo, 11 de janeiro de 2010.

TUBINO, Manoel José Gomes. 500 anos de Legislação Esportiva Brasileira: do Brasil Colônia ao início do Século XXI. Rio de Janeiro: Shape, 2002.

TUBINO, F. GARRIDO, F, TUBINO, M. Dicionário Enciclopédico do Esporte. Rio de Janeiro: SENAC Editoras, 2007.

Prolegômenos para o surgimento de um Direito Processual Desportivo

Scheyla Althoff Decat - Advogada. Escritora. Pós Graduada em Direito Processual Civil e Didática do Ensino Superior. Professora de Pós Graduação de Direito Desportivo do Curso GMXBrasil e da ESA - OAB/SP. Presidente do TJD da Federação Aquática do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário

1. Prolegômenos
2. Fontes do Direito Processual Desportivo
3. Princípios que regem o Direito Processual na Área do Direito Processual Desportivo
3.1. Princípio da ampla defesa
3.2. Princípio da Celeridade
3.3. Princípio do Contraditório
3.4. Princípio da Economia Processual
3.5. Princípio da Impessoalidade
3.6. Princípio da Independência
3.7. Princípio da Legalidade
3.8. Princípio da Moralidade
3.9. Princípio da Motivação
3.10. Princípio da Oficialidade
3.11. Princípio da Oralidade
3.12. Princípio da Proporcionalidade
3.13. Princípio da Publicidade
3.14. Princípio da Razoabilidade
3.15. Princípio do devido Processo Legal
3.16. Princípio da Tipicidade Desportiva
3.17. Princípio da Prevalência, Continuidade e Estabilidade da Competição (pro competitione)
3.18. Princípio do Espírito Desportivo (fair play)
4. Trilogia Estrutural do Direito Processual Desportivo
4.1. Jurisdição.
4.2. Ação
4.3. Processo.
5. Conclusão

Referências Bibliográficas

Resumo (Abstract)

O presente trabalho tem por objetivo um breve estudo sobre os fundamentos para o surgimento de um Direito Processual Desportivo, demonstrando que o mesmo deve ser considerado uma das variações do Direito Processual. Serão abordados o seu objetivo, as suas fontes, os seus princípios básicos e a trilogia estrutural do direito processo desportivo, sem, no entanto, esgotar o tema em discussão.

1. PROLEGÔMENOS

O tema é de grande relevância para a construção de um estudo do Direito Processual Desportivo sob bases consistentes e coerentes, tendo como objetivo o enfrentamento existente entre o Direito Processual em si e o Direito Processual Desportivo.

Partindo do princípio que o Direito Processual é conceituado como um conjunto de normas e princípios que disciplinam a atividade que o Estado desenvolve com o fim de garantir o respeito à ordem jurídica (jurisdição), o instrumento pelo qual se manifesta (processo) e a forma de provocação da jurisdição (ação),formando uma verdadeira trilogia estrutural do direito processual, eis que constituem o arcabouço do direito processual como um todo, sem distinção de ramo.

Nessa linha de raciocínio, podemos conceituar o direito processual desportivo, como um conjunto de princípios e normas reguladoras que disciplinam as atividades dos órgãos judicantes desportivos dentro do limite territorial de cada um, a fim de ter conhecimento e a solução das demandas desportivas (jurisdição), o instrumento pelo qual se manifesta (processo) e a forma de provocação da jurisdição (ação disciplinar e medidas especiais), podendo, portanto, ser considerado uma das variações do direito processual.

Em minha obra "Direito Processual Desportivo" deixo consignado que:

É justamente para manter a harmonia na sociedade desportiva que se utiliza de um método indispensável à função jurisdicional, chamado "processo", podendo ser denominado "processo esportivo", que é um instrumento a serviço do direito material. Vale lembrar que o Direito Processual é essencialmente uno, uma vez que os princípios da jurisdição e do processo é comum a todos os ramos do Direito.

Destaco também que:

O Direito Processual Desportivo tem por objetivo principal resguardar a própria ordem jurídica, pois, ao solucionar as questões, a justiça desportiva cumpre uma função pública, assegurando o império da legislação brasileira do desporto nacional e da paz social. Ao aplicar as regras e normas do Direito Processual Desportivo, defini-se a vontade concreta da lei diante de uma infração disciplinar cometida.

É inquestionável que o Direito Desportivo é o ramo do direito positivo que regula as relações desportivas, aquelas formadas pelas regras e normas nacionais e internacionais estabelecidas para cada modalidade, como também aquelas disposições referentes ao regulamento e disciplina das competições.

No entanto, será necessário não só as normas e regras, mas fundamentalmente de sua correta aplicabilidade. A necessidade eminente de uma autoridade confiável e imparcial capaz de conduzir os conflitos e impor sanções tornou-se evidente.

Para o cumprimento dessa árdua tarefa é que

surge o Direito Processual Desportivo através do processo, pois é este um instrumento de atuação do direito material capaz de solucionar as demandas que surgem no mundo desportivo com relação aos atletas e aos desportistas em geral, as entidades de administração e de prática desportiva.

Para coroar o surgimento da ciência processual desportiva, faremos um breve relato sobre as Fontes, os princípios gerais e sobre a trilogia estrutural do Direito Processual Desportivo.

2. Fontes Do Direito Processual Desportivo

As fontes formais do direito são os meios de produção ou expressão de norma jurídica. Podemos afirmar que as fontes do Direito Processual Desportivo são as mesmas do direito em geral, quais sejam; a lei, abrangendo inclusive a Constituição, a doutrina e a jurisprudência.

A Lei Processual Desportiva foi compilada em forma de código, ou seja, Código Brasileiro de Justiça Desportiva instituído pela Resolução CNE nº 1 de 23.12.2003, tendo como última alteração a Resolução CNE nº 29 de 10.12.2009. É o primeiro código de conduta e disciplina a altura das necessidades do desporto nacional, após a Justiça Desportiva ser prestigiada pela Constituição Federal.

3. Princípios que Regem o Direito Processual na Área Processual Desportiva

Somente lançando mão dos princípios gerais é que auditores julgadores e profissionais do Direito poderão ter sucesso na sua atividade interpretativa.

Cada sistema processual se assenta em princípios gerais os quais se estendem a todos os ordenamentos, assim como em outros que lhes são próprios e específicos. Não seria diferente no caso do direito processual desportivo.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco assentuam que:

Através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e outros que lhe são próprios e específicos. É do exame dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado.

O Direito Processual Desportivo para desfrutar de autonomia, deve ser dotado de princípios próprios que o diferencie dos demais ramos da ciência jurídica e é isso que provaremos a seguir.

Os princípios que regem o regime jurídico desportivo vêm elencados no Código Brasileiro de Justiça Desportiva em seu artigo 2º com nova redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 10 de dezembro de 2009, tendo como objetivo a proteção e a garantia do direito de todas as pessoas naturais e jurídicas que estão submetidas a esse códex instrumental, acarretando nulidade do processo desportivo pela sua inobservância.

O sempre festejado Marcílio César Ramos Krieger com muita sabedoria tece o seguinte comentário quanto à matéria:

Os princípios fundamentais dão viabilidade

prática tanto a garantia constitucional do desporto como direito fundamental, quanto ao da autonomia das entidades práticas e dirigentes – autonomia pressupõe o respeito às normas constitucionais quanto às normas e regras internacionais das respectivas modalidades.

Passaremos a discorrer sobre os princípios que regem o Direito Processual Desportivo.

3.1. Princípio da Ampla Defesa

Previsto no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal, é o princípio segundo o qual a parte tem o direito de utilizar todos os meios processuais legalmente disponíveis. A Constituição Federal assegura, aos litigantes em geral, tanto na esfera administrativa quanto judicial, o direito à defesa, com os meios a ela inerentes. Ao falar-se de princípio da ampla defesa, na verdade está se falando dos meios necessários para isso, dentre eles, assegurar o acesso aos processos desportivos, possibilitar a apresentação de razões e documentos, produzir provas testemunhais ou periciais e conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. O direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo desportivo, não se admitido qualquer decisão condenatória fundamentada na dúvida.

Os auditores na Justiça Desportiva são levados a proferir decisões rápidas e com celeridade processual, haja vista que as competições acontecem em um curto espaço de tempo, mas mesmo assim devem permitir que o acusado tenha condições de exercer a sua defesa.

3.2. Princípio da Celeridade

Com relação a esse princípio devemos sempre citar o pensamento de Carnelutti:

"Justiça tardia, freqüentemente, é uma justiça pela metade".

Nesse ponto podemos afirmar que uma das peculiaridades do regime jurídico desportivo é o dinamismo com que são cumpridos os atos processuais, evitando as decisões tardias ou deixando de apreciar as infrações no seu tempo certo, ao ponto de acarretarem prejuízos irreparáveis ao sistema desportivo, principalmente no que se refere aos atletas e as competições.

3.3. Princípio do Contraditório

Também com previsão no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal, ele é inerente ao direito de defesa e decorrente da bilateralidade do processo desportivo, ou seja, quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

O princípio do contraditório exige que a parte interessada seja notificada dos atos processuais desportivos, que ela tenha a possibilidade de examinar as provas acostadas aos autos, o direito de assistir a oitiva das testemunhas arroladas e o direito de a apresentar defesa escrita.

3.4. Princípio da Economia Processual

Tal princípio preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. Objetiva evitar a prática de atos desnecessário que comprometeria a agilidade no alcance da finalidade a que se propõe a Justiça Desportiva.

3.5. Princípio da Impessoalidade

A Justiça Desportiva empresta um tratamento isonômico a todos os participantes dos eventos desportivos que estão sobre sua jurisdição. Havendo a prática de alguma infração disciplinar, não importa se o denunciado é o atleta, o árbitro, o técnico, a entidade de administração e de prática desportiva, o caso deve ser julgado sem distinção e para tanto os auditores devem dispor de um conhecimento técnico-jurídico desportivo para que analisem e julguem corretamente o caso.

3.6. Princípio da Independência

A jurisdição no âmbito desportivo não pode sofrer influência ou interferência de fatores externos a ela. A Justiça Desportiva deve atuar com autonomia e independência em suas decisões.

3.7. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade não pode ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais. Ele requer uma atenção especial para com o espírito da lei e para com as circunstâncias do caso concreto.

Deve ser analisado sob o aspecto do Princípio da Legalidade Formal (ou princípio da reserva legal) e do Princípio da Legalidade Material (ou princípio da tipicidade).

No que concerne ao aspecto formal, esse vem estabelecido nos § 1º e 2º do artigo 217 da Constituição Federal, que no momento que instituiu a Justiça Desportiva remeteu a sua regulamentação à lei ordinária competente, ou seja, a Lei 9.615/98 - LGSD, a qual em seu artigo 50 declara a competência do Código Brasileiro de Justiça Desportiva na matéria referente a organização, funcionamento e atribuições da Justiça Desportiva, alertando que seu campo de atuação estaria limitada ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas. Em suma, o princípio da legalidade formal ou da reserva legal se resume na Constituição Federal (art. 217 §§ 1º e 2º); na Lei Geral Sobre o Esporte (Lei Pelé) em seu art. 50 caput e no Código Brasileiro de Justiça Desportiva.

Quanto ao aspecto material (Principio da Legalidade Material ou Princípio da Tipicidade) tem previsão no art. 153 do CBJD quando preceitua que: "É punível toda infração disciplinar, tipificada no presente Código". Dispõe também em seu art. 156 que: "Infrações Disciplinares para os efeitos deste código é toda ação ou omissão antidesportiva, típica e culpável". Ressalte-se que nos artigos subseqüentes do CBJD estão previstos as condições em que tais ações caracterizam violação a serem punidas pela Justiça Desportiva.

3.8. Princípio da Moralidade

A Constituição Federal elegeu a moralidade como um de seus princípios fundamentais. A moralidade desportiva está voltada para os valores basilares da prática desportiva, ou seja, o respeito aos atletas e entre os próprios atletas, aos desportistas em geral. A prática da imoralidade por parte dos desportistas tem como resultado a contaminação de todo um sistema desportivo, estando sujeito ao controle rigoroso da Justiça Desportiva.

3.9. Princípio da Motivação

Outro importante princípio é o da necessária motivação das decisões. A fundamentação do voto dos auditores dá ao acusado o conhecimento e a compreensão das razões pelas quais foi condenado, possibilitando ao mesmo o exercício do amplo direito de recurso.

A motivação visa viabilizar a impugnação da decisão e assegurar o controle popular do exercício da função jurisdicional.

3.10. Princípio da Oficialidade

Não é uma prática comum nas instâncias desportivas a atuação de ofício em casos isolados. Os casos mais complexos, que coloquem em risco a paz, a disciplina e a moralidade desportiva, a atuação da Justiça Desportiva se faz obrigatória.

3.11. Princípio da Oralidade

É salutar que existam sempre um expressivo número de manifestações das partes sob a forma oral, tendo em vista a possibilidade de se obter um melhor resultado conforme a lei e a verdade dos fatos, já que as decisões na Justiça Desportiva devem ser proferidas com rigidez, respeitando sempre o princípio da celeridade.

3.12. Princípio da Proporcionalidade

A severidade da sanção deve corresponder a maior ou menor gravidade da infração disciplinar. Quanto mais grave a infração, mais severa deve ser a pena. Deve haver ponderação por parte do auditor julgador no momento da aplicação da pena. O seu poder discricionário não o autoriza a agir com excessos e sim com sensatez.

3.13. Princípio da Publicidade

Existe a obrigatoriedade da divulgação por parte das instâncias desportivas de todos os atos praticados, a fim de que a sociedade desportista sujeita ao Código Brasileiro de Justiça Desportiva, tenha conhecimento. Trata-se de uma preciosa garantia do indivíduo no que concerne ao exercício da jurisdição. As decisões e os procedimentos devem ser disponibilizados através de publicação por edital, boletim ou por meios eletrônicos, para não impedir ou dificultar os procedimentos e providências que a parte interessada porventura vier a adotar.

3.14. Princípio da Razoabilidade

O Princípio da razoabilidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso. Atributos esses exigidos dos auditores julgadores que devem ater-se a razoabilidade na aplicação da pena.

3.15. Princípio do Devido Processo Legal

Assegura o exercício de todos os demais princípios, através do livre acesso à justiça.

Sua observância faz o processo obedecer às normas previamente estipuladas em lei, ou seja, o duo processo of law consagrado no

artigo 5º, LIV da CF. Garante ao acusado o direito de ser ouvido, de ser informado de todos os atos processuais desportivos, à motivação e à publicidade das decisões, do duplo grau de jurisdição e a imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

3.16. Princípio da Tipicidade Desportiva

Faz-se necessário avaliar a natureza e as características das condutas tipificadas como infração disciplinar desportiva. A falta de delimitação de elementos essenciais da conduta desportiva ilícita poderia dar margem a decisões arbitrárias por parte do julgador.

Álvaro Melo Filho comentando o mencionado princípio assinala que:

(...) como corolário dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, exsurge da necessidade de que as condutas geradoras de sanções desportivas (previstas numerus clausus no § 1o do art. 50 da Lei n. 9.615/98)) estejam predeterminadas, descritas e configuradas no CBJD, de modo a que os fatos imputados possam subsumir-se com clareza nas prescrições jus-normativas codificadas. Configura-se, portanto, como garantia da não-surpresa para que os destinatários da codificação jus-desportiva possam conhecer de antemão quais são os comportamentos admitidos, ou não.

3.17. Princípio da Prevalência, Continuidade e Estabilidade das Competições (pro competitione)

A intenção do legislador ao inserir-lo no rol dos princípios gerais no CBJD foi no intuito de deixar consignado que o espetáculo desportivo não pode parar. Ele deve se desenrolar normalmente dentro de uma disciplina desportiva, sendo, no entanto, vedado a manipulação de resultado.

Álvaro Melo Filho acentua que:

(...) assenta-se na máxima de que o espetáculo desportivo não deve parar, vale dizer, exige que a competição "se desarolle normalmente en tanto en cuanto sea possible, y que las decisions disciplinarias la afecten lo menos possible". E, na prática, corresponde, no plano jurídico, ao in dubio pro reo próprio do Direito Penal e disciplinar, e, na esfera desportiva, à "lei da vantagem" aplicada e recomendada inclusive em algumas regras de jogo.

E segue dizendo:

De mais a mais, o direito a um procedimento desportivo "sin dilaciones indebidas" está respaldado pelo princípio pro competitione. E esse mesmo princípio tem relação estreita com os prazos processuais desportivos, com as circunstâncias que atenuam a penalidade aplicável e com a imediata executividade das sanções desportivas.

3.18. Princípio do Espírito Desportivo *(fair play)*

Os atletas praticantes de todas as modalidades desportivas devem procurar disputar as provas, partidas ou equivalente de maneira que não prejudiquem o adversário, melhor dizendo, através de um jogo limpo. É o que se denomina espírito esportivo.

É preciso encorajar e apoiar a promoção da ética no desporto bem como a educação dos jovens pelo esporte, garantindo, assim, que o espírito do fair play permaneça no desporto e que a violência seja banida.

Ressalta com precisão Álvaro Melo Filho:

Por isso, as condutas de "malandragem", trapaça ou ludibrio como infringentes do fair play devem sem usadas na dosimetria para fins de graduar a penalidade desportiva incidente (art. 178 d o CBJD) de modo a produzir efeitos de agravante ou majorante fática. De outra parte, as atitudes que evidenciam o reforço ou ação materializadora do fair play devem, no plano fático, repercutir como atenuante ou minorante na dosimetria da sanção desportiva aplicável.

4. Trilogia Estrutural do Direito Processual Desportivo

Somente na segunda metade do Século XIX o direito processual adquire status de ciência autônoma, destacada conquanto afim do Direito Material. Entretanto, isto só ocorreu quando foram identificados os elementos que constituem este ramo do Direito. São em número de três: Jurisdição, Ação e Processo. Nos reportamos, para tanto, ao Direito Processual Desportivo.

4.1. Jurisdição

Pode ser definida como o poder outorgado aos órgãos judicantes desportivos dentro do limite territorial de cada um, a fim de conhecer e solucionar as demandas desportivas. Quando se fala no limite territorial de cada um, quer dizer que os órgãos judicantes estão diretamente ligados com o limite de atuação das entidades de administração do desporto seja ela nacional que seria as Confederações ou regional (estadual) no que diz respeito às Federações.

Na minha obra Direito Processual Desportivo conceituo a jurisdição da seguinte forma:

Jurisdição é o poder de deliberação regularmente conferido aos órgãos judicantes por meio de seus auditores, para o conhecimento de questões que vão de encontro a disciplina desportiva, agindo em substituição às partes.

Uma das melhores definições de jurisdição vem da lavra de Fredie Didier Jr. que coloca com muita sabedoria:

Jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/ efetivando/protegendo situações concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível(g).

Não podemos falar em jurisdição desportiva sem deixar de mencionar os seus princípios, a saber:

a) princípio da investidura – a jurisdição somente será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de auditor.
b) princípio da aderência ao território – os auditores dos órgãos judicantes desportivos manifestam-se tão somente no limite territorial da entidade de administração do desporto regional ou nacional.
c) princípio da indelegabilidade – o auditor do órgão judicante deve exercer os poderes que lhe foram conferidos de forma exclusiva e indelegável, não podendo, segundo seus próprios critérios e atendendo à sua conveniência, delegá-los a outro.
d) princípio da inevitabilidade – o resultado obtido no processo desportivo requer a sujeição das partes. A autoridade dos órgãos judicantes desportivos impõe- por si mesma, não dependem da vontade das partes.
e) princípio do juiz natural – É o que chamamos no mundo jurídico de "garantia do juiz competente". Os desportistas não serão privados de um julgamento por auditores independentes e imparciais.

f) princípio do duplo grau de jurisdição – diz-se da possibilidade da revisão das decisões através de recurso no âmbito da Justiça Desportiva.

Apenas para arrematar, já que é do conhecimento de todos, o órgão judicante desportivo de cada modalidade e de acordo com sua jurisdição, é formado pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva e suas Comissões Disciplinares e pelo Tribunal de Justiça Desportiva e suas Comissões Disciplinares.

4.2. Ação

Podemos dizer que o conceito de ação no Direito Processual Desportivo, nada mais é do que um direito e uma garantia constitucional que possuem os atletas, as entidades de administração do desporto ou da prática desportiva e os desportistas em geral que porventura se sintam prejudicados, de exercer o seu direito público subjetivo provocando os órgãos da Justiça Desportiva. Direito também possuem os Procuradores dos Tribunais de Justiça Desportiva de invocarem a tutela jurisdicional através de denúncia no caso do cometimento de alguma infração disciplinar.

J. E. Carreira Alvim citando o pensamento de Liebman em sua obra registra que:

Para Liebman, a ação depende para existir de alguns requisitos constitutivos chamados por ele de condições da ação: I – interesse de agir; II – legitimação: e III – possibilidade jurídica.

Aplicando o pensamento de Liebman ao Direito Processual Desportivo temos que:

a) interesse de agir – haveria por parte do órgão judicante, a verificação da necessidade e da utilidade do uso das vias judiciais desportivas com relação ao interesse material pretendido, além de sua adequação ao procedimento adotado, a fim de possibilitar a atuação da vontade concreta da legislação desportiva, obedecendo ao princípio do devido processo legal;
b) legitimidade de agir – deve ficar demonstrado a legitimidade para ocupar o pólo ativo e passivo na demanda. No caso da ocorrência de alguma infração disciplinar o autor (pólo ativo) cabe ao Procurador e o autor da infração ocuparia o pólo passivo da demanda;.
c) possibilidade jurídica do pedido – consiste na admissão do pedido formulado que não esteja vedado pelo ordenamento jurídico desportivo. A denúncia, por exemplo, será rejeitada quando não constituir infração disciplinar.

As ações no Direito Processual Desportivo seriam as ações disciplinares e aquelas que demandam medidas especiais.

4.3. Processo

O processo é o instrumento através do qual a jurisdição desportiva opera. Seu objetivo é eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação concreta da lei.

Existem dois elementos que compõe o processo desportivo. Um elemento objetivo que diz respeito à cadeia de atos coordenados, juridicamente perfeitos, com o objetivo de preparar o processo para obter uma decisão. E um elemento subjetivo que trata da relação jurídica propriamente dita.

A finalidade do processo desportivo é a proteção dos atletas, das entidades de prática desportiva, das entidades de administração do desporto, sempre atendendo aos objetivos da prática desportiva, com observância das regras das competições, partidas ou equivalentes, coibindo as atitudes antidesportivas. Deverá ser definido

em cada caso, o tipo de infração disciplinar cometida, identificando os culpados e aplicando as sanções impostas pela legislação desportiva.

O processo desportivo adota um sistema concentrado de instrução e julgamento, primando pela brevidade, sem, no entanto, comprometer a segurança na apuração dos fatos, com aplicação correta da instrução procedimental, proferindo no final uma decisão fundamentada e precisa.

Tem como característica a informalidade, sempre obedecendo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, como também ao princípio do duplo grau de jurisdição, assegurando, assim, a correta aplicação do Direito Processual Desportivo.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho não pretende esgotar o tema, haja vista que existem muitos pontos a serem abordados e discutidos. Para falarmos sobre o direito processual desportivo em todas as suas nuances teríamos que abordar sobre os atos processuais, suas formas, classificação e comunicação; os prazos; as provas e as demais questões relacionadas ao processo desportivo.

O interesse por esse tema foi de colocar os pontos básicos para introduzir no mundo jurídico desportivo uma ciência processual autônoma chamada Direito Processual Desportivo. Diga-se, que já não era sem tempo a necessidade de uma abordagem sobre esse tema que é fundamental.

Por derradeiro, podemos afirmar que a partir do advento da Justiça Desportiva, o direito processual desportivo já vem sendo aplicado nos Tribunais Desportivos e que lamentavelmente ainda não foi reconhecida como uma ciência processual autônoma no meio jurídico desportivo.

Referências Bibliográficas

ALVIM, J. E. Carreira. Teoria Geral do Processo. 15ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2012. p. 116.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 13ª Ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 1997. p. 58.

DECAT, Scheyla Althoff. Direito Processual Desportivo. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008, p. 3, 4, 37, 38.

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. 10ª. Vol. 1. Ed. Salvador. Ed. JusPodivm. 2008. P. 65.

KRIEGER, Marcílio César Ramos. Lei Pelé e Legislação Brasileira Anotada. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 34.

MELO, Álvaro Filho. Derecho Desportivo em Línea. CBJD 2010; reequilíbrio do jogo jus-desportivo. Disponível em http://nuke.dd-el.com/Portals/O/CBJD%202010.pdf

Radiografia Sumária da Justiça Desportiva: Uma Visão de Política Desportiva Disciplinar a Partir da Atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva nos Últimos 12 Anos

Sumário

Resumo

1. Histórico

2. Noção de Justiça Desportiva, seus princípios e a importância da autonomia

3. Transformações da Justiça Desportiva nos últimos 12 anos e importância da Procuradoria neste Processo

4. Atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva na Coibição da Violência Fora de Campo

5. Atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva para coibir a violência dentro de campo

6. Atuação da Procuradoria em Casos de Doping

7. Conclusões

Referências Bibliográficas

Caio Pompeu Medauar de Souza - Advogado com atuação na área empresarial, defesa do consumidor e direito desportivo. Professor de Direito Desportivo da ESA – Escola Superior de Advocacia de São Paulo, da Universidade Gama Filho, do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo e do Institudo Ibero-americano de Derecho Deportivo. Procurador do STJD do Futebol, Auditor-Presidente do STJD do Handebol e do TJD dos desportos aquáticos, Auditor da 2ª Comissão Disciplinar do STJD do Basquete, Auditor da Comissão Disciplinar do Desporto Paraolímpico, especialista em Gestão Esportiva pela FGV/SP.

Resumo

O presente estudo visa destacar a responsabilidade dos órgãos da Justiça Desportiva, diante das obrigações impostas pela Constituição de 1988, destacado a atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva no Processo de evolução do Direito Desportivo Disciplinar nos últimos 12 anos.

1. Histórico

O direito desportivo existe deste que surgiu o desporto, praticado mediante regras previamente definidas.

Por tal razão, é errado o raciocínio no qual se afirma ser um ramo novo no direito. O que ocorre é a maior valorização e melhor preparação daqueles que militam na área, sobretudo diante da criação de cursos de especialização, desenvolvimento dos meios de comunicação e efetivo controle da imprensa esportiva sobre os fatos ligados ao desporto, o que inclui o direito desportivo.

No Brasil, o primeiro registro relevante de norma de Direito Desportivo advém do Estado Novo de Getúlio Vargas, no qual a primeira legislação que tratou da educação física como parte da competência do Conselho Nacional de Cultura foi o Decreto-lei 526/38.

A Justiça Desportiva, nos moldes que se conhece hoje, nasceu em 1941 com a criação do Conselho Nacional de Desportos – CND, através do Decreto-lei n. 3199/41. O referido Conselho, através da Portaria 24/41 e da Resolução 4/42, determinou que as Federações dispusessem de Tribunais de Penas, para julgar as matérias desportivas.

Diante do forte apelo popular, tem-se a criação, em 1945, do CBDF - Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, no qual ocorre a sistematização dos órgãos da Justiça Desportiva, notadamente com a criação do STJD no âmbito Nacional e dos TJDs no âmbito das Federações Estaduais. Tendo em vista a crescente paixão pelo Futebol, os Tribunais esportivos sempre atraíram o interesse de grandes advogados e juristas.

Até a constituição de 1988, a Justiça Desportiva tinha atuação ampla, para resolver qualquer conflito. Os tribunais desportivos eram utilizados para resolução de quaisquer conflitos envolvendo atletas, dirigentes, clubes, inclusive os de natureza cível e trabalhista.

Em 1988, a o Desporto foi reconhecido como direito de cada cidadão na Constituição da República, sendo garantida a autonomia das entidades desportivas, inclusive determinando que as questões relativas à disciplina fossem submetidas primeiramente à Justiça Desportiva antes de chegar ao Judiciário.

O Brasil é o primeiro País no mundo a ter a Justiça Desportiva reconhecida na sua Constituição, no artigo 217[1].

Este é um marco fundamental para o direito desportivo, pois é a partir de tal momento que as questões trabalhistas foram para a Justiça do Trabalho e os Tribunais de Justiça Desportiva puderam focar sua atuação apenas nas questões centrais do desporto.

Diante da determinação constitucional de

1 Seção III - DO DESPORTO
Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:
I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;
IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.
§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.
§ 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.
§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

regulamentação da Justiça Desportiva em lei, criou-se um sistema de indicações para a formação dos tribunais esportivos, no qual diferentes entidades indicam os membros, a fim de se resguardar a independência do órgão.

Hoje a formação dos tribunais é regulamentada pela Lei 9615/98 – chamada por todos de Lei Pelé ou lei geral sobre desportos - que trás os requisitos para a formação e funcionamento dos tribunais, garantindo a sua autonomia em relação às federações e confederações.

2. Noção de Justiça Desportiva, seus princípios e a importância da autonomia

A JD é uma estrutura especializada, autônoma, prevista constitucionalmente, que visa à solução de conflitos desportivos, sobretudo no que se refere à disciplina e competição.

O Poder Judiciário nada mais é que a última instância para a resolução de conflitos oriundos da sociedade. Mas no desporto, os seus conflitos devem passar antes pela justiça especializada, para somente após, se procurar o Poder Judiciário.

Estão sujeitos à jurisdição da JD todos os integrantes do sistema nacional de desporto, ou seja, todos os praticantes de modalidades esportivas de forma regular, seus dirigentes, empregados de entidades de prática e de administração do desporto.

Todos os processos de natureza desportiva devem ser processados e julgados primeiramente perante a Justiça Desportiva, que tem 60 dias de prazo constitucional para finalizá-los. É um requisito de admissibilidade para se procurar o Poder Judiciário, e não prazo prescricional ou decadencial.

Deve-se destacar que os bens jurídicos tutelados pela Justiça Desportiva são bastante específicos, com especial destaque para a preservação da ordem esportiva, em sentido amplo, continuidade e lisura das competições, preservação da integridade dos participantes a partir da sua competência disciplinar, além da garantia de que qualquer de seus jurisdicionados não seja apenado disciplinarmente sem o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

É importantíssimo ressaltar que as leis que tratam da justiça desportiva, sendo as principais a CF, A lei Pelé, o Estatuto do Torcedor, Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD e o Código Mundial Antidoping, são textos principiológicos, que trazem normas que devem ser respeitadas por todos que atuam na Justiça Desportiva.

Em outras palavras, os membros de Tribunais Esportivos, especialmente os Procuradores, devem conhecer profundamente os princípios que regem a Justiça Desportiva, e seguir rigorosamente os parâmetros definidos nas citadas leis, principalmente quando interpretam os textos de regulamentos de competições, ou o Código Brasileiro de Justiça Desportiva - CBJD.

Apenas para exemplificar: são princípios previstos na Lei Pelé[2] a autonomia, a soberania,

---

2 Lei 9615/98 - CAPÍTULO II - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS
Art. 2o O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:
I - da soberania, caracterizado pela supremacia nacional na organização da prática desportiva;
II - da autonomia, definido pela faculdade e liberdade de pessoas físicas e jurídicas organizarem-se para a prática desportiva;
III - da democratização, garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação;
IV - da liberdade, expresso pela livre prática do desporto, de acordo com a capacidade e interesse de cada um, associando-se ou não a entidade do setor;
V - do direito social, caracterizado pelo dever do Estado em fomentar as práticas desportivas formais e não-formais;
VI - da diferenciação, consubstanciado no tratamento específico dado ao desporto profissional e não-profissional;
VII - da identidade nacional, refletido na proteção e incentivo às manifestações desportivas de criação nacional;
VIII - da educação, voltado para o desenvolvimento integral do homem como ser autônomo e participante, e fomentado por meio da prioridade dos recursos públicos ao desporto educacional;
IX - da qualidade, assegurado pela valorização dos resultados desportivos, educativos e dos relacionados à cidadania e ao desenvolvimento físico e moral;
X - da descentralização, consubstanciado na organização e funcionamento harmônicos de sistemas desportivos diferenciados e autônomos para os níveis federal, estadual, distrital e municipal;
XI - da segurança, propiciado ao praticante de qualquer modalidade desportiva, quanto a sua integridade física, mental ou sensorial;
XII - da eficiência, obtido por meio do estímulo à competência desportiva e administrativa.
Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios: (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)
I - da transparência financeira e administrativa; (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)
II - da moralidade na gestão desportiva; (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)

a liberdade, o respeito à saúde e segurança dos participantes, eficiência da gestão desportiva.

Um dos destaques desta lei é o princípio da diferenciação entre o desporto profissional e o não-profissional, princípio constitucional também, que é a base para se ter uma aplicação diferenciada de penas na Justiça Desportiva. Da mesma forma, quando se analisa casos de invasão de campo, temos o respeito à segurança e saúde dos praticantes.

Ou seja, em caso de dúvida, ou de normas abertas, diante de lacunas legais ou de normas e regulamentos mal feitos, deve-se recorrer a tais princípios, e não ao livre arbítrio do julgador, ou do Procurador, ou a ideias advindas do direito penal ou civil que só devem ser invocados como último recurso, pois como já se frisou, o bem jurídico tutelado pela Justiça Desportiva é totalmente diverso dos demais ramos anteriormente mencionados.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva - CBJD, que é a norma que regulamenta o funcionamento da Justiça Desportiva, traz princípios voltados a aspectos processuais[3], que podemos considerar como princípios próprios da Justiça Desportiva, a fim de garantir um processo rápido (celeridade), eficiente, e que preserve as competições e, ao mesmo tempo, o direito de qualquer denunciado ao devido processo legal.

Hoje, os Tribunais de Justiça Desportiva, organizados e estruturados, conseguem julgar um caso em última instância em menos de dois meses, às vezes em um mês, pois as competições esportivas não podem esperar. E é essa eficiência e rapidez que se pretende com o respeito a tais princípios.

Em se tratando de Justiça Desportiva, o principio mais importante é o da Autonomia dos Órgãos da Justiça Desportiva em relação às federações e confederações, o que garante a lisura de suas decisões.

Soma-se a tal situação, o fato de o desporto profissional ser considerado atividade econômica, por determinação legal, aplicando-se, inclusive a tutela consumerista do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Torcedor.

Diante desse quadro e da legislação já mencionada, fica evidente que os direitos discutidos na JD são de natureza cogente, ou seja, indisponíveis. As decisões da Justiça Desportiva podem mudar os rumos de uma competição, ou decidi-la.

A Justiça Desportiva é, portanto, uma Instituição Privada, mas com amparo e previsão constitucional, despersonalizada, atuante junto a uma entidade de administração de desporto, com competência para julgar primeiro as demanda desportivas, sendo irrelevante se discutir a sua natureza jurídica.

É evidente a relevância e a responsabilidade da atuação dos tribunais desportivos, o que transfere automaticamente à Procuradoria de

---

III - da responsabilidade social de seus dirigentes; (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)
IV - do tratamento diferenciado em relação ao desporto não profissional; e (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)
V - da participação na organização desportiva do País. (Incluído pela Lei nº 10.672, de 2003)

3 CBJD - Art. 2º A interpretação e aplicação deste Código observará os seguintes princípios, sem prejuízo de outros: (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009).
I - ampla defesa;
II - celeridade;
III - contraditório;
IV - economia processual;
V - impessoalidade;
VI - independência;
VII - legalidade;
VIII - moralidade;
IX - motivação;
X - oficialidade;
XI - oralidade;
XII - proporcionalidade;
XIII - publicidade;
XIV - razoabilidade;
XV - devido processo legal; (AC).
XVI - tipicidade desportiva; (AC).
XVII – prevalência, continuidade e estabilidade das competições (pro competitione); (AC).
XVIII – espírito desportivo (fair play). (AC).

Justiça Desportiva o dever de provocar os órgãos judicantes com precisão e técnica, a fim de se fazer a Justiça efetiva. A Procuradoria é peça chave para se ter uma Justiça Desportiva efetivamente independente e eficiente.

3. Transformações da Justiça Desportiva nos últimos 12 anos e importância da Procuradoria neste Processo

Nos últimos anos, ganhou bastante destaque a atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva perante o Superior Tribunal de Justiça Desportiva da modalidade Futebol, sobretudo pela atuação de seu Procurador-Geral, Paulo Marcos Schmitt.

Com atribuições semelhantes às do Ministério Público, a Procuradoria de Justiça[4] é a titular do direito de denúncia, ou seja, é a quem compete responsabilizar as pessoas físicas e jurídicas, sujeitas a atuação do STJD e ainda exercer a função de Fiscal da Lei nas demandas que não foram de sua iniciativa.

Portanto, fundamental a atuação técnica e precisa dos procuradores, pois é de suas peças que se formará o processo desportivo, e que permitirá aos julgadores formar sua convicção e exercer sua atividade judicante. A responsabilidade dos procuradores aumenta ainda mais diante da repercussão dos atos da Justiça Desportiva.

Em verdade, as decisões da Justiça Desportiva sempre tiveram a desconfiança do público em geral, principalmente diante da realidade de que qualquer fato ligado ao desporto, e principalmente ao futebol, pode vir a ter uma repercussão exagerada.

Some-se a tal realidade, o fato de que o grande público e boa parte da imprensa não têm conhecimento técnico sobre Direito Desportivo e Justiça Desportiva, o que gera toda sorte de críticas baseadas em "achismos", muitas delas geradas também pela menor transparência que tais órgãos traziam da era anterior à Constituição de 1988.

Mas, o que teria sido tão importante nos últimos 12 anos para se destacar em um artigo? Certamente, um conjunto de fatores e atitudes levaram a uma mudança significativa na credibilidade geral do STJD do Futebol.

Do ponto de vista histórico, temos que a década de 1990 foi obrigada a assimilar uma série de mudanças legislativas, incluindo o fim do passe com a decisão Bosman e a lei 9.615/98. Neste contexto, o início do século foi marcado pelo aumento significativo nos estudos sobre Direito Desportivo, assim como maior produção científica a respeito.

Portanto, o Direito Desportivo como um todo passou a se desenvolver, o que obviamente, impactou a Justiça Desportiva. Há que se lembrar o emblemático caso Sandro Hiroshi, cuja decisão foi alvo de incansáveis discussões em fóruns especializados, gerando processos judiciais.

---

4 Código Brasileiro de Justiça Desportiva - Capítulo IV - DA PROCURADORIA DA JUSTIÇA DESPORTIVA

Art. 21. A Procuradoria da Justiça Desportiva destina-se a promover a responsabilidade das pessoas naturais ou jurídicas que violarem as disposições deste Código, exercida por procuradores nomeados pelo respectivo Tribunal (STJD ou TJD), aos quais compete: (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009).

I - oferecer denúncia, nos casos previstos em lei ou neste Código; (Alterado pela Resolução CNE nº 11 de 2006 e Resolução nº 13 de 2006)

II - dar parecer nos processos de competência do órgão judicante aos quais estejam vinculados, conforme atribuição funcional definida em regimento interno; (NR).

III - formalizar as providências legais e processuais e acompanhá-las em seus trâmites; -(NR).

IV - requerer vistas dos autos; (Alterado pela Resolução CNE nº 11 de 2006 e Resolução nº 13 de 2006)

V - interpor recursos nos casos previstos em lei ou neste Código ou propor medidas que visem à preservação dos princípios que regem a Justiça Desportiva; (Incluído pela Resolução CNE nº 11 de 2006 e Resolução CNE nº 13 de 2006)

VI - requerer a instauração de inquérito; (Incluído pela Resolução CNE nº 11 de 2006 e Resolução CNE nº 13 de 2006)

VII - exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, por este Código ou regimento interno. (Incluído pela Resolução CNE nº 11 de 2006 e Resolução CNE nº 13 de 2006)

§ 1º A Procuradoria será dirigida por um Procurador-Geral, escolhido por votação da maioria absoluta do Tribunal Pleno dentre três nomes de livre indicação da respectiva entidade de administração do desporto. (AC).

§ 2º O mandato do Procurador-Geral será idêntico ao estabelecido para o Presidente do Tribunal (STJD ou TJD). (AC).

§ 3º O Procurador-Geral poderá ser destituído de suas funções pelo voto da maioria absoluta do Tribunal Pleno, a partir de manifestação fundamentada e subscrita por pelo menos quatro auditores do Tribunal Pleno. (AC).

Art. 22. Aplica-se aos procuradores o disposto nos artigos 14, 16, 18 e 20. (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009).

Se por um lado havia - como ainda há – uma legião de críticos baseados no achismo, havia também os estudiosos de direito desportivo, velhos ou novos, que conseguiam discutir em alto nível as implicações do caso.

Todo este contexto fez com que, nos últimos 12 anos, fossem criados cursos de especialização *latu sensu* em Direito Desportivo, fossem publicados livros especializados e Códigos comentados, bem como o uso da internet ficasse cada vez mais intenso. Além disso, ampliaram-se as listas de discussão como a CEV-Leis, gerando um pequeno exército de estudiosos, que pouco a pouco foram se incorporando ao dia a dia dos tribunais.

Aliás, o advento da internet e a evolução dos meios de comunicação ajudaram no aumento da transparência dos atos e decisões da Justiça Desportiva.

Tivemos, ainda, a determinação do Estatuto do Torcedor[5], a revisão dos códigos de Justiça Desportiva, de forma que o Ministério do Desporto formou uma Comissão para a elaboração do novo Código, adequado a nova fase do direito desportivo, o que possibilitou que novos Estudiosos participassem desse Estudo e que o STJD do futebol absorvesse os novos conhecimentos.

Portanto, a atuação cada vez mais técnica e científica do STJD do Futebol, impulsionada por uma Procuradoria também atuante e eficaz, permitiu o aumento expressivo da qualidade dos julgados, dando mais credibilidade ao Tribunal.

4. Atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva na Coibição da Violência Fora de Campo

No Futebol Brasileiro, a violência das torcidas, as desordens, arremessos de objeto e invasões de campo sempre povoaram os noticiários, sendo tal situação preocupação da FIFA.

Portanto, dentro da nova teoria da responsabilidade desportiva, e para a preservação da ordem desportiva e do espetáculo, firmou-se a responsabilidade dos clubes pelos atos de suas torcidas, até mesmo para simples arremessos de copos plásticos. A norma da FIFA, que assim prevê em seu Código Disciplinar, é clara no sentido de que os clubes são responsáveis pelos atos de suas torcidas:

"Seção 9. Responsabilidades dos clubes e associações

Artigo 65 Organização de partidas

As associações que organizam partidas deverão:

a) avaliar o grau de risco dos jogos e notificar os órgãos FIFA daqueles que são particularmente de alto risco;

b) respeitar e cumprir as normas de segurança existentes (normas da FIFA, as leis nacionais, acordos internacionais), e tomar todas as precauções de segurança exigidas pelas circunstâncias, antes, durante e depois da partida e quando ocorrerem incidentes;

c) garantir a segurança dos árbitros, jogadores e funcionários da equipe visitante durante sua estada;

d) manter informadas as autoridades locais e colaborar com eles de forma ativa e eficaz;

5 Estatuto do Torcedor – Lei 10671/03 - CAPÍTULO XII - DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS
Art. 42. O Conselho Nacional de Esportes – CNE promoverá, no prazo de seis meses, contado da publicação desta Lei, a adequação do Código de Justiça Desportiva ao disposto na Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, nesta Lei e em seus respectivos regulamentos.

e) garantir que a lei e a ordem sejam mantidas nos estádios e suas imediações e que os jogos sejam organizados adequadamente. (Tradução Livre do Original em Inglês do FIFA Disciplinay Code – 2009 – Edition)[6]"

"Artigo 66 Falhas no Cumprimento (falhas de segurança)

1. Qualquer associação que deixar de cumprir suas obrigações previstas no art. 65 será punida.

2. No caso de uma grave violação ao art. 65 , sanções adicionais poderão ser impostas, como a interdição do estádio (cf. art. 26), ou determinação que uma equipe jogue em campo neutro (cf. art. 25).

3. É preservado o direito da Autoridade Desportiva de aplicar determinadas sanções por razões de segurança, mesmo que nenhuma infração tenha sido cometida (cf. art. 7, par. 2). (Tradução Livre do Original em Inglês do FIFA Disciplinay Code – 2009 - Edition)[7]

Artigo 67 Responsabilidade pela conduta do espectador (torcedor)

1. A associação mandante ou clube mandante são responsáveis pela conduta imprópria de seus torcedores, INDEPENDENTEMENTE DA ANÁLISE DE CONDUTA CULPOSA OU OMISSÃO CULPOSA (grifos nossos) e, dependendo da situação, pode ser punida. Sanções adicionais poderão ser impostas no caso de graves distúrbios.

2. A Associação visitante ou o clube visitante são responsáveis por conduta imprópria entre o seu próprio grupo de espectadores (torcedores), independentemente da análise de conduta culposa ou omissão culposa e, dependendo da situação, pode ser punida. Sanções adicionais poderão ser impostas no caso de distúrbios graves. Torcedores ocupando o setor de visitantes de um estádio são considerados como simpatizantes da associação visitante, salvo prova em contrário.

3. Conduta imprópria inclui a violência contra pessoas ou objetos, o uso de artefatos incendiários, lançamento de mísseis (rojões e sinalizadores), exibição de slogans ofensivos ou com conteúdo político, ou sob qualquer forma, a proferição de palavras ou músicas ofensivas, ou ainda a invasão do campo.

4. A responsabilidade descrita nos par. 1 e 2 também inclui jogos disputados em campo neutro, especialmente durante as competições finais. (Tradução Livre do Original em Inglês do FIFA Disciplinay Code – 2009 – Edition)[8]"

Como se vê, além de ser da *essência* dos institutos a responsabilidade desportiva estrita, que responsabiliza o clube pelas falhas de estrutura de sua praça de desportos, ou ainda pela conduta inadequada e violenta de seus torcedores, atuação da Procuradoria do STJD do Futebol em buscar o rigor na aplicação dar normas desportivas se harmonizava de forma absoluta com a norma da FIFA.

---

6 Section 9. Responsibilities of clubs and associations
Article 65 Organisation of matches
Associations that organise matches shall:
a) assess the degree of risk posed by matches and notify the FIFA bodies of those that are especially high-risk;
b) comply with and implement existing safety rules (FIFA regulations, national laws, international agreements) and take every safety precaution demanded by circumstances before, during and after the match and if incidents occur;
c) ensure the safety of match officials, players and officials of the visiting team during their stay;
d) keep local authorities informed and collaborate with them actively and effectively;
e) ensure that law and order are maintained in the stadiums and immediate surroundings and that matches are organised properly.

7 Article 66 Failure to comply
1. Any association that fails to fulfi l its obligations in accordance with art. 65 shall be fi ned.
2. In the case of a serious infringement of art. 65, additional sanctions may be imposed, such as a stadium ban (cf. art. 26) or ordering a team to play on neutral ground (cf. art. 25).
3. The right is reserved to pronounce certain sanctions for safety reasons, even if no infringement has been committed (cf. art. 7, par. 2).

8 Article 67 Liability for spectator conduct
1. The home association or home club is liable for improper conduct among spectators, regardless of the question of culpable conduct or culpable oversight, and, depending on the situation, may be fined. Further sanctions may be imposed in the case of serious disturbances.
2. The visiting association or visiting club is liable for improper conduct among its own group of spectators, regardless of the question of culpable conduct or culpable oversight, and, depending on the situation, may be fi ned. Further sanctions may be imposed in the case of serious disturbances. Supporters occupying the away sector of a stadium are regarded as the visiting association's supporters, unless proven to the contrary.
3. Improper conduct includes violence towards persons or objects, letting off incendiary devices, throwing missiles, displaying insulting or political slogans in any form, uttering insulting words or sounds, or invading the pitch.
4. The liability described in par. 1 and 2 also includes matches played on neutral ground, especially during final competitions.

No primeiro momento, em que se denunciava e punia o mero arremesso de copos plásticos a reação foi de espanto, pois em decorrência de pequenas violências, as equipes perdiam mandos de campo. Mas aos poucos os casos de desordem foram diminuindo, e os próprios torcedores cuidavam de indicar lançadores de objeto para que seu clube não fosse punido. Neste sentido escreveu Paulo Schmitt:

"O atraso social retro citado está justamente em admitir ou tolerar o arremesso de qualquer objeto em estádios, ginásios e outras praças desportivas, em uma flagrante comprovação de banalização da violência, como se fosse o espetáculo esportivo uma arena de apedrejamento." [9]

Assim, a atuação firme e convincente da procuradoria que denunciava todos os arremessos de objeto, foi fundamental para a inibição da violência das torcidas dentro de campo, e para que se firmasse a responsabilidade desportiva dos clubes pelos atos de suas torcidas.

5. Atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva para coibir a violência dentro de campo

O uso da prova de vídeo no processo Desportivo Disciplinar não era novidade para os defensores, que, não raro, apresentavam a repetição dos lances que levaram à expulsão do atleta denunciado, a fim de absolvê-lo ou ainda para minorar sua punição.

Porém, a partir do momento em que a Procuradoria de Justiça Desportiva passou a denunciar atletas baseado exclusivamente em prova de vídeo, criou-se uma polêmica que transcendeu as mesas de bares e as arquibancadas e chegou aos tribunais, sob a teoria do "reapitamento".

Afinal, se alegava que o tribunal, ao aplicar uma pena disciplinar a um atleta que não fora expulso pelo árbitro, estaria "reapitando" o lance.

Ocorre que a Justiça Desportiva tem por obrigação imposta pela Constituição da República julgar as infrações disciplinares, não se podendo admitir que, pelo simples fato de o árbitro ter avaliado certo ato como não passível de cartão vermelho, o STJD não possa atuar.

Certo é que o árbitro já tem inúmeras responsabilidades dentro de campo, e está exposto a errar ou a avaliar de forma diferente uma jogada, pois tem que decidir em fração de segundos. Portanto, uma atuação adicional em nada tira a autoridade dos árbitros, que em nenhum momento reclamaram de atletas absolvidos pelo uso de imagens.

Certo é que a atuação do STJD e da Procuradoria, não se resume a julgar expulsões e cartões, mas sim de processar e julgar infrações disciplinares previstas no CBJD. Em outras palavras, o árbitro aplica as regras da FIFA, enquanto o STJD julga com base nos artigos do CBJD, sendo que tais atos não se confundem.

Tal discussão gerou o artigo 58-B[10] do CBJD, que claramente autorizou a Procuradoria a denunciar os casos graves, mostrando a relevância da discussão e da atuação combativa dos procuradores em denunciar toda e qualquer infração disciplinar que chegasse ao tribunal, independentemente do meio de prova.

6. Atuação da Procuradoria em Casos de *Doping*

9 SCHMITT, Paulo Marcos (Coord). Código Brasileiro de Justiça Desportiva Comentado. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 231.

10 CBJD: Art. 58-B. As decisões disciplinares tomadas pela equipe de arbitragem durante a disputa de partidas, provas ou equivalentes são definitivas, não sendo passíveis de modificação pelos órgãos judicantes da Justiça Desportiva. (Inclusão dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009). Parágrafo Único. Em caso de infrações graves que tenham escapado à atenção da equipe de arbitragem, ou em caso de notório equívoco na aplicação das decisões disciplinares, os órgãos judicantes poderão, excepcionalmente, apenar infrações ocorridas na disputa de partidas, provas ou equivalentes. (Inclusão dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009).

Outra mudança profunda ocorrida entre as décadas de 1990 e 2000 foi a criação da Agência Mundial Antidoping, e do seu Código Mundial Antidoping, que alterou radical e drasticamente a responsabilidade para as infrações desta natureza.

Tem-se a criação de uma norma internacional, em tese válida para todas as modalidades vinculadas ao Movimento Olímpico, sendo que a FIFA é uma das entidades fundadoras do Comitê Olímpico Internacional, entidade defensora de tal movimento.

A Procuradoria de Justiça Desportiva, atuante perante o STJD, passou a denunciar os atletas flagrados no exame antidoping com base no princípio da "strict liability" ou responsabilidade estrita, segundo a qual a simples presença de substâncias proibidas na amostra coletada já configura a infração.

A aplicação dos conceitos do Código Mundial Antidoping sofreu enormes resistências dos julgadores, pois implicava não só a mudança legislativa, mas também a mudança da cultura dos julgadores e das defesas, que sempre têm uma explicação para o resultado positivo que, aliada à pena alta pela infração e pela ideia de que em modalidades coletivas como o futebol, o doping não teria o condão de mudar o resultado da partida.

Tais discussões culminaram em vários casos polêmicos, sendo os mais conhecidos dos atletas Dodô e Jobson, para os quais a Comissão Disciplinar do STJD aplicou as penalidades com base no Código Mundial antidoping, decisões estas modificadas pelo Tribunal Pleno, gerando a análise dos casos pelo Tribunal Arbitral do Esporte -TAS/CAS, que firmou o entendimento de aplicação integral da norma interacional.

Em recente caso julgado pelo STJD (Recurso Voluntario n. 181/2010), no momento da denúncia, não houve a especificação como a substância proibida -"S6. Stimulants/methylh exaneamine(dimethilpentylamine) – teria sido usada, gerando a aplicação de mera advertência ao atleta pela Comissão Disciplinar.

Ocorre que, em grau de recurso, foi esclarecido que tal substância está contida em um poderoso suplemento chamado "jack 3d", que promete milagres e aumenta a disposição do atleta em até 4 vezes. Tal situação demonstra que, simplesmente ter pena do jogador e aceitar as desculpas apresentadas, normalmente sem provas efetivas, gera descumprimento do Código Mundial Antidoping, que determina a punição de qualquer atleta flagrado.

Este último caso mostra como o avanço da luta por um esporte sem doping e sem drogas, sem dúvida nenhuma, tem tido a colaboração da Procuradoria de Justiça Desportiva, seja nas denúncias, seja em recursos e pareceres.

7. Conclusões

A existência de uma procuradoria autônoma e eficiente é requisito fundamental para o correto funcionamento de qualquer tribunal esportivo, pois uma denúncia errada ou um caso mal avaliado prejudicará uma atleta ou uma competição inteira.

Tem-se a completa separação da figura do acusador e do julgador, permitindo que os denunciados tenham julgamentos mais justos e menos contaminados com achismos e vaidades. A Procuradoria, junto com os Defensores, cria as condições jurídicas para que os auditores possam avaliar e julgar as lides desportivas.

Portanto, inegável que a atuação da Procuradoria de Justiça Desportiva nos últimos 12 anos enfrentou de forma profunda e competente as alterações legislativas, mudanças na composição dos tribunais e nos entendimentos, tendo sido fundamental para o engrandecimento das instituições e para o resgate da credibilidade da Justiça Desportiva como um todo.

Referências Bibliográficas

SCHMITT, Paulo Marcos (Coord). Código Brasileiro de Justiça Desportiva Comentado. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KRIEGER, Marcilio Cesar Ramos, Anotações do CBJD e Legislação Desportiva, SC, Ed. OAB/SC, 2006

RBDD – IBDD n. 19. Coordenação Gustavo Delbin.
OLIVEIRA, Gustavo Vieira. Estatuto do Torcedor: Comentado. São Paulo – 2011 – Ed. Revista dos Tribunais.

http://justicadesportiva.uol.com.br/jdlegislacao_historico.asp

Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Meio e periocidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.oabsp.org.br/esa, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Revista

SÃO PAULO

ESA

Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br
E-mail: faleconosco@esa.oabsp.org.br

Revista
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
OAB ESA