

CONSELHO SUPERIOR DOS TRIBUNAIS
ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

O Presidente

Lisboa, 6 de Dezembro de 2012

V. Ref.:
Of. 1396/XII/2ª - CACDLG/2012
24-10-2012

N/Ref.:
Sessão de 4/12/2012 - T6

1278

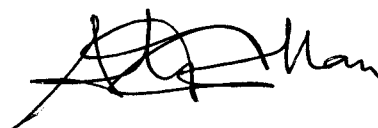
Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

Assunto: Projecto de Lei n.º 236/XII/1ª (PS) e Proposta de Lei n.º 84/XII/1ª (GOV)

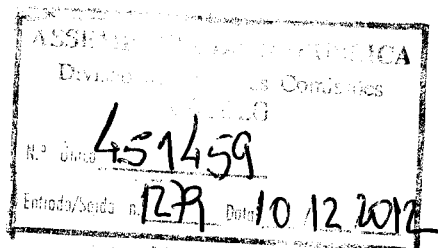
Relativamente ao projecto de lei e à proposta de lei identificados em epígrafe, cumpre-me levar ao conhecimento de V. Exa. o teor do parecer do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, com cópia em anexo, aprovado por maioria na sessão de 4 de Dezembro de 2012.

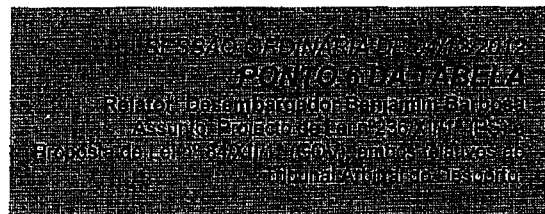
Com os melhores cumprimentos,

O Presidente do Conselho Superior dos Tribunais
Administrativos e Fiscais,



(António Francisco de Almeida Calhau)





PARECER

1. Pelo Exm.º Presidente da Primeira Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi solicitado ao Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais que emitisse parecer sobre a Proposta de Lei n.º 84/XII, do Governo, e do Projecto n.º 236/XII, do Partido Socialista, ambos relativos à criação de um Tribunal Arbitral do Desporto.

Na sequência de tal solicitação emite-se o parecer que segue.

2. No que concerne aos propósitos, a Proposta de Lei (e o Projecto em moldes em tudo semelhantes), visa a criação de “um mecanismo alternativo de resolução de litígios [desportivos] que se coadune com as suas especificidades de justiça célere e especializada”, através da “criação de uma instância arbitral «necessária», à qual é atribuída em exclusivo a competência para a apreciação dos recursos das decisões disciplinares federativas e para assegurar, no tocante à «administração federativa» do desporto, e na medida em que tal seja aplicável, os meios de contencioso administrativo, que não possam ser usados no âmbito daquela justiça «interna»”.

A arbitragem é tão antiga quanto a história da humanidade. Na Grécia e na Roma


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

antiga foi utilizada como meio satisfatório de resolução de conflitos, antes de surgir a figura do juiz como manifestação do poder estatal e da jurisdição, isto é, como *boca da lei* no desenlace dos litígios. Entre nós a arbitragem é mencionada nas Ordenações Filipinas e teve um papel determinante no Tratado de Tordesilhas.

Embora perdendo força para o sistema estatal de justiça ao longo dos séculos, a arbitragem renasceu sobretudo a partir dos finais do século XIX, constituindo hoje uma *válvula de escape* para algumas das ineficiências da jurisdição pública e assumindo generalizado protagonismo no âmbito do direito interno da maioria dos países. Há, por assim dizer, um caminhar em sentido inverso àquele que foi trilhado pelos poderes públicos em matéria de administração da justiça: ao crescente e paulatino aumento da intervenção do Estado durante séculos contrapõe-se hoje um incremento da importância da arbitragem, claramente assumida pelos legisladores.

O próprio instituto mudou de feição: da arbitragem *ad hoc* tradicional passou-se para tribunais dotados de um corpo de árbitros previamente escolhidos, administrativamente organizados de forma permanente e com regulamentação própria, conferindo à arbitragem uma feição institucional. Exemplo disso é a *American Arbitration Association*, com dezenas de milhares de árbitros e dezenas de centros de arbitragem em todos os EUA.

Mas, por natureza, o elemento que caracteriza e sempre caracterizou a arbitragem é a auto-sujeição das partes ao tribunal arbitral (arbitragem voluntária), que não ocorre nas arbitragens obrigatória e necessária, figuras que o ordenamento jurídico português acolhe mas que têm reduzida expressão a nível internacional, onde são sobretudo encaradas como formas de composição preliminar do litígio judicial ou, como sucede nos EUA, impostas judicialmente (*Court-Annexed Arbitration* e *Court Ordered Arbitration*).


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

Dito isto, apenas a arbitragem voluntária não merece qualquer oposição por parte deste Conselho, considerando-se genericamente salutar que o Estado “devolva” aos particulares, em certos domínios, o direito a *optar* pelo exercício da justiça privada; no que concerne à arbitragem necessária não é bem assim, já que pelas razões que adiante se aduzirão a solução esbarra contra os obstáculos que o ordenamento constitucional português coloca.

3. Quer a Proposta, quer o Projecto, partem de um equívoco que convém esclarecer. Na exposição de motivos da Proposta assume-se, expressamente, que a criação do tribunal se justifica com a “necessidade de o desporto possuir um mecanismo alternativo de resolução de litígios que se coadune com as suas especificidades de justiça célere e especializada”. O Projecto é omissivo quanto a essa justificação mas ela está lá, latente, na similitude de objectivos que num e noutra caso se pretendem atingir.

Ora, se há necessidade do desporto ser dotado de tal *mecanismo alternativo* mal se percebe a imposição de uma arbitragem necessária quando estejam em causa atos materialmente administrativos em matérias como o “contencioso emergente do exercício dos poderes de regulamentação, organização, direcção e disciplina das federações desportivas e entidades nelas integradas”, que se reconhece terem “a natureza de «poderes públicos»”. O que é alternativo supõe ou representa uma opção entre duas ou mais possibilidades. Não se concedendo qualquer hipótese de escolha nos domínios acima referidos, fica a dúvida se o resultado normativo, a concretizar-se, não traiu as intenções legislativas.

Mas é precisamente essa falta de alternatividade que fere mortalmente a Proposta e o Projecto num aspecto que é vital para ambos: a previsão da arbitragem necessária


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

nos domínios jurídico-administrativos acima referidos.

A função jurisdicional tem sido encarada, desde sempre, como um reduto constitucional do Estado, como um monopólio a que este não pode renunciar. Como corolário essa função está reservada para os tribunais e juízes estaduais, que assim exercem uma função de soberania típica do Estado. A blindagem constitucional que rodeia essa reserva é de tal maneira forte que nem mesmo a outros órgãos do Estado que não os tribunais pode ser atribuída essa função jurisdicional, sob pena de inconstitucionalidade.

Claro está que isso não impede que possam existir tribunais arbitrais que participam, em sentido formal, dessa função jurisdicional, de resto previstos no art.º 209.º, n.º 2, da CRP, mas sem que tal signifique que o Estado renuncia, total ou parcialmente, a tal papel.

Ora, é precisamente por se verificar essa renúncia no caso em apreço que a Proposta e o Projecto se apresentam como inconstitucionais na parte em que submetem a uma arbitragem necessária os litígios desportivos disciplinados por um quadro substantivo de direito público.

Em primeiro lugar tal solução briga frontalmente com o princípio da igualdade, plasmado no art.º 13.º da CRP. Na verdade, veda-se a uma determinada categoria de pessoas (singulares ou colectivas) a possibilidade de discutir num tribunal estadual os litígios que lhes digam respeito nas suas relações com entidades do mundo desportivo dotadas de poderes públicos o que, nesse ponto, obviamente coloca tais pessoas numa situação *discriminatória* em relação às demais, desvantagem que nem sequer é justificada por qualquer critério de proporcionalidade ou adequação. Cria-se, pois, uma manifesta desigualdade no exercício do direito de acesso à justiça e aos tribunais.


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

Por outro lado impõe-se sublinhar que na área de direito público sobre a qual a arbitragem necessária do TAD irá incidir avultam *direitos fundamentais* que demandam, por parte do Estado, o específico dever de lhes *prestar* protecção efectiva através de tribunais estaduais, que em caso algum pode ser negada aos respectivos titulares.

Dir-se-á, pois, que quer a Proposta quer o Projecto violam grosseiramente este princípio constitucional, ao prever uma verdadeira discriminação dos titulares de direitos fundamentais em sede de protecção jurisdicional nos litígios circunscritos ao ordenamento jurídico desportivo. Discriminação que de resto se acentua se se pensar na diferença significativa entre os custos da justiça estadual e arbitral, suscetível de colocar em vantagem quem tenha mais recursos financeiros.

Em segundo lugar não podendo o Estado renunciar ao exercício da função jurisdicional, privatizando a justiça, obviamente que não pode desobrigar-se dos seus deveres de garante dos direitos fundamentais, designadamente no que concerne à concretização do princípio de acesso ao direito e aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1, da CRP), que o sistema gizado para a arbitragem necessária incontornavelmente põe em causa.

Este princípio visa garantir, em primeira linha, a protecção dos direitos fundamentais, erigidos como pilar insubstituível do *Estado de Direito* e sem os quais o respectivo conceito fica completamente esvaziado de significado, imposta pelo art.º 18.º, n.º 1, da C.R.P. Por outro lado, ao vedar a possibilidade dos interessados discutirem nos tribunais estaduais as questões (*não estritamente*) desportivas viola-se não só o direito de acesso aos tribunais estaduais mas também o princípio constitucional de reserva jurisdicional do juiz estadual, um e outro acolhidos no art.º 202.º, n.º 1, da CRP.

Mais ainda: a solução acolhida, quer no Projecto, quer na Proposta, viola também o princípio do juiz natural, que postula a aleatoriedade como fundamento da atribuição dos


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

processos aos respectivos magistrados titulares, violação que de resto é nitidamente agravada nas situações previstas nos art.ºs 25.º, n.º 6, e 26.º, n.º 8, da Proposta.

4. Nos termos do art.º 212.º, n.º 3, da CRP, “compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Esta norma consagra uma verdadeira reserva (não absoluta) de jurisdição para a justiça administrativa, que todavia não impede o recurso à arbitragem como um meio para a solução de conflitos jurídico-administrativos, por compatibilização com o disposto no art.º 209.º, n.º 2, da Constituição, que expressamente prevê a existência de tribunais arbitrais, incluindo tribunais arbitrais necessários, como o Tribunal Constitucional já reconheceu¹.

Posto que o modo de funcionamento destes não se traduza nos apontados vícios de inconstitucionalidade. Na verdade, sem prejuízo do seu papel não é possível, face ao citado art.º 212.º, n.º 3, subtrair à categoria de tribunais prevista no art.º 209.º, n.º 1, al. b), no todo ou em parte, a resolução jurisdicional dos “litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais”, designadamente a competência específica para administrar a justiça relativamente a “litígios que relevam do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto” (art.ºs 1.º, n.º 1, preambular, da Proposta e 1.º do Projecto), e concretamente no que concerne aos “atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício

¹ Cfr. Acórdão nº 757/95, de 20.12.95, Proc. nº 128/94, 2ª Secção, Relator: Cons. Guilherme da Fonseca. Integralmente disponível em:
<http://www.tribunalconstitucional.pt>.


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direcção e disciplina” (art.ºs 4.º, n.º 1, da Proposta e 6.º, n.º 1, do Projecto).

Por outro lado não se olvide que o art.º 268.º, n.º 4, da CRP consagra o princípio da tutela jurisdicional efectiva dos administrados em tudo o que diga respeito ao reconhecimento de direitos ou à sua defesa bem como à impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem e ainda a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas. Esta norma consagra um modelo de organização judicialista e de protecção efectiva dos administrados, que “atribui à ordem judicial administrativa a competência para julgar a generalidade das questões de direito administrativo (incluindo aquelas que não dizem respeito a particulares)”².

Portanto, ao reduzir o campo de intervenção dos tribunais administrativos – melhor dizendo, excluindo desse campo as relações jurídico-administrativas de natureza desportiva - quer a Proposta, quer o Projecto, violam frontalmente o princípio da tutela jurisdicional efectiva, reconhecido no art.º 268.º, n.º 4, da CRP, que proíbe que se prive qualquer administrado do *direito a escolher* entre aceder ou não a um tribunal administrativo para resolver um litígio de natureza jurídico-administrativa em que se encontre mergulhado.

Acresce que essa norma vai mais além: consagra o direito a uma verdadeira prestação do Estado tendente à protecção dos direitos dos administrados, desde logo o direito de defesa (ou de proibição de indefesa), o que significa reconhecer o “*direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial, direito à execução de*

² Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2005, p. 46.

*sentenças judiciais*³.

A questão não está, pois, na existência do TAD mas na forma como as suas competências e o modo de funcionamento estão gizados na Proposta e no Projecto, que neste aspecto não deixam de infringir o citado art.º 212.º, n.º 3, da CRP.

E não se diga que a posição que aqui se defende é extremista. Na verdade adequa-se ao regime consagrado nos art.º 180.º e seguintes do CPTA, onde se prevê a existência de tribunais arbitrais, mas segundo um modelo totalmente diverso do que aquele que se perspectiva em matéria de contencioso administrativo para o TAD, baseando-se na *voluntariedade* como pressuposto de constituição e funcionamento do tribunal arbitral, independentemente da sua feição *ad hoc* ou institucional, que de resto constitui o paradigma da arbitragem nos mais variados ordenamentos jurídicos.

Por isso, se o legislador do CPTA não se atreveu a tocar no reduto intransponível da reserva de jurisdição constante do art.º 212.º, n.º 3, da CRP, a intenção corporizada na Proposta e no Projecto traduz um inequívoco e premeditado desejo de concretizar uma solução que se sabe ser inconstitucional e que além do mais não colhe o consenso generalizado, a começar pela própria Associação Portuguesa de Arbitragem.

Para finalizar, neste ponto, parece inquestionável que estas *inconstitucionalidades* não são eliminadas nem sequer minoradas pelos mecanismos de recurso *internos* previstos, quer na Proposta, quer no Projecto, de resto claramente mais insatisfatórios naquela do que neste.

5. O próprio estatuto dos árbitros reforça a ideia de inconstitucionalidade no que

³ J.J. Gomes Canotilho, *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2008, p. 77.


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

respeita à arbitragem necessária. Sendo esta imposta aos interessados seria curial que a lei equiparasse o estatuto dos árbitros aos dos juízes, para ao menos por aqui os administrados não *sofrerem* mais uma restrição no acesso à justiça.

Segundo o art.º artigo 6º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro, "qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial [...]».

É de tal maneira óbvio que quase se torna ocioso e redundante dizer que para que o julgamento seja independente e imparcial é necessário que o respectivo juiz actue com independência e imparcialidade, para que o julgamento seja, aos olhos do público, um *julgamento objectivo e imparcial*. "É que a confiança da comunidade nas decisões dos seus magistrados é essencial para que os tribunais, ao "administrar a justiça", actuem, de facto, "em nome do povo" (cf. artigo 205º, nº 1, da Constituição)»⁴.

A independência e imparcialidade do juiz são, pois, requisitos inalienáveis do Estado de Direito, incrustados no direito de acesso aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1, da CRP).

Mas, se bem que a *independência do juiz* seja acima de tudo um dever ético e social assente na fortaleza de ânimo, no carácter e na personalidade moral de cada juiz, que o leva a esforçar-se por uma decisão alheia a quaisquer pressões ou influências exteriores, ela não dispensa «*inter alia*, que o desempenho do cargo de juiz seja rodeado de cautelas legais destinadas a garantir a sua imparcialidade e a assegurar a confiança

⁴ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 124/90, citado no acórdão anteriormente referido.


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

geral na objectividade da jurisdição⁵.

É claro que se pode argumentar que as normas estatutárias são meramente emblemáticas em questões de independência, imparcialidade e isenção, porque o essencial radica no interior de cada um; mas também se pode contrapor que por vezes o que parece é. A independência, a imparcialidade e a isenção do julgador são mais do que atributos individuais: são verdadeiras garantias. A independência garante a imparcialidade e esta a isenção. E como a independência não se confina ao momento de decidir, segue-se que a mesma tem de ser assegurada por um conjunto de meios legais e materiais que funcionam antes, durante e depois da decisão.

É por isso que a suspeição do juiz não está necessariamente condicionada à possibilidade ou à probabilidade da parte vir a ser prejudicada. Basta apenas a ocorrência de uma causa legal que a justifique, pois o que está em jogo, afinal, é a confiança depositada na justiça.

Ora, quanto ao estatuto dos árbitros o Projecto é omissivo enquanto a Proposta (art.º 19.º), na parte que interessa apenas exige que “devem ser independentes e imparciais”, como se essas qualidades fossem apenas atributos pessoais. O processo de designação dos árbitros é questionável em ambos os casos, embora com maiores garantias de transparência no processo previsto no Projecto, sem contudo evitar o excessivo peso do próprio sistema desportivo na sua indicação.

Não estão assim minimamente asseguradas as garantias que o Estatuto dos Magistrados Judiciais consagra para os juizes, pelo que também por este prisma se põe em causa o princípio do acesso ao direito e aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1, da CRP).

⁵ Neste sentido vd. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 935/96, de 10 de Julho de 1996, Proc.º n.º 674/92, Rel. Cons. *Alves Correia*.

5. Um outro equívoco de que padecem a Proposta e o Projecto diz respeito a outros dois motivos invocados para a criação do TAD: a falta de celeridade e especialização dos tribunais estaduais. O primeiro representa uma crítica disfarçada à morosidade do sistema de justiça estadual, esquecendo-se que no domínio da rapidez a administração da justiça não é modelar na maior parte dos países, como o demonstra Adrian A. S. Zuckerman *et al*⁶. A tutela jurisdicional efectiva depende de três fatores: *custo*, *tempo* e *qualidade*. O custo não pode representar um entrave para quem acede à justiça e aos tribunais; a razoabilidade do tempo de demora até se obter uma decisão final é fundamental para que as decisões tenham efectiva aplicação prática, o qual depende muito da qualidade dos instrumentos processuais e dos meios alocados ao sistema de justiça; por fim a qualidade mede-se pela capacidade de pacificação social que a decisão judicial é capaz de induzir, a qual emerge não só da competência profissional individual mas também da argúcia do legislador na construção do ordenamento jurídico substantivo e processual e do regime estatutário dos julgadores. Quando estes fatores não existem ou são exíguos a provisão judicial só pode ser medíocre e insuficiente, designadamente quanto ao tempo da sua prolação.

Por conseguinte, a morosidade do sistema estadual de administração da justiça não pode servir de fundamento ou justificação para a criação do TAD; bem vistas as coisas reforça até os argumentos de inconstitucionalidade já referidos, designadamente em função da desproporção de custos entre a justiça estadual e a justiça arbitral necessária e dos meios que a uma e outra são alocados, na perspectiva de obtenção de uma justiça que seja ao mesmo tempo económica, célere e eficaz.

Quanto à especialização, não parece que possa ser também invocada como

⁶ "In" *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

fundamento do TAD, tendo em consideração que essa *especialização* constitui hoje, por imposição normativa, uma tendência do sistema de justiça estadual, cuja densificação em maior ou menor grau depende e dependerá sempre de vontade legislativa e política. De resto, é incompreensível essa alusão quando é sabido que o actual sistema jurídico desportivo tem por hábito *recrutar* no meio judicial uma boa parte dos seus *operadores*, para adotar a terminologia "corrente".

6. Ao contrário do referido na Proposta, não parece que a autonomia desportiva seja respeitada em toda a sua extensão, com isso se violando também princípios constitucionais.

O princípio da autonomia desportiva extrai-se da conjugação do n.º 1 do art.º 79.º da Constituição, que garante o direito universal à cultura física e ao desporto, e do n.º 2 do mesmo artigo, que incumbe o Estado de determinadas tarefas com esse objectivo, em colaboração, designadamente, com as associações e colectividades desportivas, com o disposto no art.º 46.º, nomeadamente os n.ºs 1 e 2, que consagram o direito à livre associação e a autonomia da actividade das associações face à ingerência das autoridades públicas.

Este princípio implica, por conjugação com o princípio plasmado no art.º 13.º, n.º 1, que todas as associações desportivas mereçam tratamento igualitário por parte do Estado, proibindo-lhe ingerências despropositadas ou descabidas nas condutas das entidades de cariz associativo que administram o desporto.

Como a justiça desportiva começou por ser produto de uma endógena vontade reguladora e não de hetero-regulação, ao "preservar" a autonomia desportiva o Estado



S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

não está a fazer mais do que respeitar a anterior *devolução* dos poderes de que num dado momento se apropriou.

Assim, se sem fundamento bastante, de modo arbitrário e desproporcionado, o Estado beneficia uma associação ou entidade privada de natureza desportiva através da outorga de uma supremacia jurídica em relação às restantes, não pode deixar de se entender que viola o princípio da igualdade e interfere indirectamente na concretização do princípio da autonomia.

No caso da Proposta está previsto que o TAD seja sediado no COP, entidade a quem competirá a promover a sua instalação e funcionamento (artigo 1º, nº 4); doutro passo, o COP constitui o ponto de ancoragem de todo o sistema de funcionamento, pelo que tendo em conta a estruturação deste organismo desportivo o TAD assumirá, quer se queira, quer não, a natureza de Tribunal Desportivo profundamente ligado às federações, na prática com "pesos" específicos diferenciados entre cada uma delas.

Consequentemente, há um défice de transparência associado a esta solução, ocorrendo aqui lembrar o velho aforismo que não basta à mulher de César ser honesta, é preciso também parecê-lo.

Acresce que se pensarmos que o TAD vai ser "acolhido" e "conformado" por um organismo onde intervêm associações que eventualmente podem vir a estar numa posição processualmente antagónica com uma das partes no processo, facilmente se intuem os perigos que a solução da Proposta governamental encerra. Há, por assim dizer, a suscetibilidade do TAD ser encarado como instância jurisdicional parcial, não independente, degradando precisamente um dos propósitos comuns ao Projecto e à Proposta: o da credibilização da justiça desportiva. Assinale-se a dependência em que ficam os árbitros, sujeitos à boa-vontade do Presidente do COP no que toca à fixação da


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

compensação de despesas e ao quantitativo relativo à senha de presença por cada dia de reunião em que participem (art.º 10.º, n.º 5, da Proposta) e a “porta” que se abre às influências de pessoas e entidades com preponderância no desporto, ao menos em certas modalidades.

E. deste modo, porque a solução que a Proposta encerra introduz fatores de desigualdade e de falta de transparência *objectiva*, somos levados a concluir que a autonomia do sistema desportivo não pode deixar de, indirectamente, ficar em crise, pelos receios e desconfianças quanto a supostos modelos ideais de justiça desportiva que se pretendam implementar, quiçá subliminarmente previstos na atribuição de competência *exclusiva* e *necessária* para “instituir um sistema «uniformizado» e «especializado» de justiça desportiva”.

O que tal sistema quer *efectivamente* significar fica no âmago do pensamento legislativo; o que seria desejável, isso sim, é que respeitando a autonomia desportiva se deixasse a esta o ónus da sua própria credibilização, ao contrário de a cobrir com o manto diáfano da respeitabilidade oriunda de um órgão criado justamente para esse fim.

7. A Proposta pretende justificar, salvo o devido respeito com alguma candura, a criação do TAD com a ideia de que a sua ação disciplinar em matéria de dopagem contribuirá decisivamente para a erradicação deste fenómeno do universo desportivo, como se lhe fosse conferida a varinha mágica que vai incrustar na natureza de *todos* os praticantes desportivos, dirigentes e técnicos, os princípios éticos e morais que os levarão a encarar o doping como algo absolutamente inaceitável.

Sem desconhecer o precedente introduzido no ordenamento jurídico português


S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

através do n.º 5 do art.º 57.º da Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho (que estabeleceu o regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto), que impõe o recurso das decisões proferidas pela ADoP para o Tribunal Arbitral do Desporto de Lausanne, afigura-se-nos ser inegável que no domínio da luta anti-dopagem os procedimentos e decisões administrativas podem suscitar eventuais problemas relacionados com direitos fundamentais.

Ora, pelas razões *supra* referidas e que aqui se reiteram, não parece que seja conforme à Constituição retirar aos tribunais o poder de exercer a sua função jurisdicional em matéria de tal melindre.

*

8. Por fim, no que concerne a situações de inconstitucionalidade, uma outra da Proposta e do Projecto é suscetível de fundadas dúvidas, ao consagrar-se a possibilidade do TAD decretar providências cautelares (de modo exclusivo na arbitragem necessária).

A natureza *agressiva* das providências cautelares, verdadeira ingerência na esfera jurídica de pessoas singulares ou colectivas não coberta por uma decisão judicial que tenha apreciado o fundo da causa com o valor de caso julgado, justifica as cautelas postas na redacção do art.º 20.º, n.º 5, da CRP, que ao prever mecanismos jurídicos destinados a assegurar a tutela efectiva e em tempo útil de direitos subjectivos coloca ênfase nos *procedimentos judiciais* céleres e prioritários, que obviamente e de acordo com este comando constitucional, só podem ser tramitados nos tribunais estaduais.

É certo que se retoma um caminho proposto pela Lei de Arbitragem Voluntária - Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro -, o que todavia não afasta fundadas dúvidas sobre a constitucionalidade da solução adotada, num e noutra caso. Seja como for é

inegavelmente inconstitucional a solução concretamente preconizada no art.º 37.º, n.º 7, da Proposta, ao atribuir ao Conselho de Arbitragem Desportiva a competência para a decisão sobre o pedido de aplicação de medidas provisórias e cautelares, se o processo não tiver ainda sido distribuído ou se o colégio arbitral ainda não estiver constituído.

9. Sem prejuízo de tudo o que se expendeu a propósito das inconstitucionalidades detectadas na Proposta e no Projecto, ainda se dirá que ambos padecem de outras fragilidades jurídicas.

E sem pretender esgotar o seu catálogo, de resto já amplamente debatido em pareceres de outras entidades, acrescentar-se-á o que segue.

10. A definição constante da Proposta para a escolha dos árbitros em caso de divergência na indicação do árbitro da parte plural não é aceitável. Parece resultar dos art.ºs 25.º, n.º 6, e 26.º, n.º 8, que o Presidente do TAD fica investido do poder de designar todos os árbitros, mesmo o da parte em relação à qual não exista discordância e até do presidente do colégio arbitral! Esta solução, por todas as razões relacionadas com a transparência, com a certeza e segurança jurídica e com a própria autoridade da decisão arbitral, merece total discordância.

Seria saudável acolher outras soluções, designadamente o sorteio, que deveria ser o paradigma em todas as situações no que toca à designação dos árbitros na arbitragem necessária.

11. No que concerne às providências cautelares e sem embargo da anterior

S.  R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

pronúncia quanto à inconstitucionalidade da solução acolhida, afigura-se-nos que não parece prudente aglutiná-las a todas sob o regime do procedimento cautelar comum (art.º 37.º, n.º 9), designadamente no âmbito da competência necessária do TAD, na medida em que foram as especificidades associadas aos litígios administrativos e o peso do interesse público em jogo que justificaram que o legislador do CTPA não tivesse comodamente optado pela recepção do direito processual cautelar civil e antes tivesse erigido um instituto próprio, embora em significativa consonância com aquele.

12. No que respeita à execução das decisões do TAD no âmbito da sua competência necessária e pese embora a aplicação subsidiária do CPTA (art.º 57.º), não se esclarece suficientemente quem vai executar as decisões arbitrais necessárias, no caso de não serem acatadas. É o próprio TAD? São os tribunais administrativos, à semelhança do que sucede na LAV? Se for este o caso mal se percebe que se inverta o caminho para a jurisdição estadual, quando a razão da criação do TAD radica, segundo a Proposta, na falta de celeridade e especialização em justiça desportiva da jurisdição administrativa.

13. Por fim, destacadas as questões que nos parecem mais salientes mas que não esgotam a panóplia de fragilidades de que a Proposta e o Projecto padecem, em jeito de sugestão entende este Conselho que as apontadas inconstitucionalidade podem ser superadas se alterar a configuração da arbitragem necessária, consagrando a possibilidade de recurso das decisões do TAD para o Tribunal Central Administrativo em matéria de facto e de direito. Com esta solução garante-se *pelo menos*, de uma forma proporcionada e adequada, em patamares minimamente aceitáveis a nosso ver, a

S. R.
CONSELHO SUPERIOR
DOS
TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

observância do princípio de acesso à justiça e aos tribunais, bem como o da tutela jurisdicional efectiva.

Lisboa, 4 de Dezembro de 2012



BENJAMIM MAGALHÃES BARBOSA

Vogal do Conselho Superior dos Tribunais
Administrativos e Fiscais