



PRESSUPOSTOS PARA ANÁLISE DA MATERIALIDADE DO DIREITO AO ESPORTE

Felipe Canan (UNIOESTE); João Paulo M. Malagutti (UEM); Carlos Eduardo Pijak Junior (UFPR);
Fernando Augusto Starepravo (UEM)

RESUMO

Cada dimensão de direitos fundamentais exige uma forma diferente de intervenção Estatal para sua garantia. Para sabermos se um direito é fundamental, temos que considerar um aspecto formal e outro material. Objetivamos propor alguns pressupostos para verificação da possibilidade de fundamentalidade material do direito ao esporte. Adotamos uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, tendo como instrumento, a análise de documentos. Compreendemos que a garantia do direito ao esporte poderá se concretizar na prática quando obtivermos uma melhor definição conceitual sobre sua natureza. Para tanto, apontamos como pressupostos materiais de análise, o conceitual, o histórico, o político e o jurídico. Aprofundando-nos em cada um dos pressupostos apresentados teremos condições de compreender a forma de garantia do direito ao esporte por parte do Estado.

Palavras-chave: direito ao esporte; direitos fundamentais; Estado.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais (gênero) são classicamente divididos em três dimensões (ou gerações ou espécies), de acordo, sobretudo, com a ordem cronológica em que foram constitucionalmente reconhecidos: a primeira dimensão abrange os direitos individuais, divididos em civis e políticos. Os civis abrangem a vida, a liberdade de movimentação (ir e vir), a propriedade, etc., enquanto os políticos, base para uma democracia, abrangem a liberdade de exercício político, incluindo votar, ser votado, etc.; a segunda dimensão caracteriza-se pelos direitos sociais e busca tecer concretamente a igualdade entre os cidadãos por via da garantia do mínimo de condições de bem-estar e cidadania a todos, abrangendo direitos como saúde, educação, segurança, etc.; a terceira dimensão refere-se aos chamados direitos de solidariedade, determinados pela titularidade coletiva sobre bens materiais e, sobretudo, imateriais, abrangendo um meio ambiente equilibrado, patrimônio cultural, qualidade de vida, etc. (SARLET, 2008).

Embora haja um título constitucional (título II) destinado a tratar dos direitos e garantias fundamentais, nem todos os direitos de cada dimensão são estabelecidos expressamente neste título. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988), texto inspirado em constituições de outros Estados, estabelece que os direitos fundamentais não se restringem aos expressos na própria CF, podendo ser previstos em outros dispositivos legais, como as leis infraconstitucionais, por exemplo. Aos direitos fundamentais expressos na CF é atribuída o que se denomina “fundamentalidade formal”, enquanto aos não expressos na CF atribui-se a “fundamentalidade material”.

Mais especificamente, segundo Sarlet (2008), a fundamentalidade formal abrange também a presença de limites para modificação do texto que garante o direito e a plenitude ou não da eficácia da norma. Em relação aos critérios de modificação, verifica-se que o inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da CF proíbe emendas constitucionais destinadas a abolir direitos e garantias individuais. Essa proibição, contudo, parece restringir-se aos direitos de 1ª geração. Em relação à eficácia plena, o parágrafo 1º do artigo 5º da CF, outro texto em muito baseado em constituições estrangeiras, estabelece que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (ou seja, não precisam de lei infraconstitucional e/ou de políticas públicas que os regulamente e/ou garanta na prática). No entanto, a opção do constituinte, de inserir tal dispositivo no título II da CF gera incerteza sobre sua abrangência restringir-se apenas aos direitos de primeira dimensão, a todos os direitos afirmados neste título ou estender-se a todo e qualquer direito fundamental, presente ou não na CF (SARLET, 2008).

Quanto à fundamentalidade material, como afirma o autor, mais vale o conteúdo (matéria propriamente dita) do direito do que o instrumento jurídico que o declara. Em outras palavras, nem sempre o aspecto formal abrange o material e a positivação do direito fundamental acaba sendo menos importante do que seu conteúdo, ou seja, das razões materiais, práticas, para que o direito possa ser considerado fundamental.

O direito ao esporte, nessa seara, encontra-se estabelecido no artigo 217, *caput*, da CF, que determina ser dever do Estado fomentar o esporte como “direito de cada um” (BRASIL, 1988), e também na Lei 9.615, que em seu artigo 2º, *caput*, prevê o esporte como direito individual e, no inciso V do mesmo artigo taxa como um dos princípios do esporte nacional, o do direito social (BRASIL, 1998).

A previsão expressa, contudo, do direito ao esporte no texto constitucional, em nosso modo de ver, não lhe garante a fundamentalidade formal, vez que não se encontra no título II, destinado às garantias e direitos fundamentais, e os demais critérios para que e mesma seja estabelecida não são identificados ou são passíveis de dúvida. Em relação à modificação da norma, não temos informação de que o artigo 217 da CF seja cláusula pétrea, ou seja, cláusula não passível de revogação. Ao mesmo tempo, a eficácia do *caput* do mesmo artigo parece não ser plena, vez que não é apresentado qualquer meio para que o direito seja efetivado (garantido) na prática. A Lei 9.615 (BRASIL, 1998), inclusive, disciplina muito mais o esporte profissional do que o esporte enquanto direito, sendo, portanto, assim como a CF, ineficaz para a regulamentação de meios destinados a prestar tal garantia. Verificamos ser o direito ao esporte, dessa forma, uma espécie de direito semi-formal e, em decorrência da insegurança do constituinte em tratá-lo como formal, lançamos um olhar de dúvida também na sua materialidade.

Sendo assim, identificamos haver necessidade de, antes de se pleitear uma atuação Estatal positiva em relação ao direito ao esporte, compreender a natureza material desse direito. Alguns questionamentos no ajudam tanto a compreender o que viria a ser essa “materialidade”, quanto a estruturar a discussão: o esporte efetivamente pode ser considerado um direito fundamental? Por

quê? Como tornou-se um direito? A qual dimensão de direito fundamental pertenceria? Para quem seria um direito? Qual (que tipo de) esporte seria um direito?

Sem a pretensão de dar um argumento cabal a cada uma das questões, traçamos como objetivo propor alguns pressupostos materiais para análise do direito ao esporte. Mais especificamente, buscamos apresentar algumas categorias de análise que possam ajudar a compreender a adequação (conteúdo material) ou não do esporte enquanto direito fundamental e, conseqüentemente, o papel do Estado perante o mesmo.

METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa de abordagem qualitativa, natureza aplicada e objetivo exploratório, pois visou gerar maior familiaridade e compreensão de um problema (tema) pouco explorado, tendo em vista sua aplicação prática (GIL, 1999). O procedimento adotado foi análise de documentos, na forma da legislação federal, documentos internacionais e literatura.

RESULTADOS

Ainda que o esporte esteja expressamente previsto como direito na CF, no que denominamos “semi-formalidade”, esta previsão não especifica a forma como esse direito deve ser materializado. A própria incidência do esporte enquanto direito na CF é possível que tenha se dado mais em função de influência jus-positivista de constituições de outros Estados e de documentos internacionais que caminhavam no sentido de romper com os laços do alto rendimento e passavam a compreender o esporte em um sentido mais lato (TUBINO, 2010), do que por uma ideia concreta do que viria a ser o direito ao esporte e de como poderia se concretizado. O conteúdo do direito ao esporte, ao mesmo tempo, não se apresenta nítido.

A consequência é que, não se sabendo ao certo de que tipo de direito se trata, também acaba-se não se sabendo ao certo como garanti-lo. A título de exemplo, se constatar-se que tal direito aproxima-se mais à primeira dimensão, exigir-se-ia do Estado uma ação negativa, uma abstinência em intervir no campo esportivo. Se compreendermos que enquadra-se melhor na segunda ou terceira dimensão, exigir-se-ia uma prestação, uma ação positiva do Estado.

A partir dessas ponderações pensamos que a questão não está prioritariamente na garantia ou não do direito ao esporte, mas sim, antes, na compreensão de questões que permeiam a compreensão desse direito, sobretudo de ordem histórica, política, jurídica e conceitual, vez que esses seriam os pressupostos materiais de análise que poderiam nos oferecer subsídios para compreender sua fundamentalidade ou não.

O pressuposto conceitual acaba influenciando e sendo influenciado pelos demais, vez que, com as mudanças sociais ao longo do tempo, a própria forma de se conceber as relações do homem com o seu corpo e, conseqüentemente, com o esporte também se modificam. Pensamos que, mais do que a divisão formal do esporte em diferentes manifestações (esporte educacional, esporte de participação e esporte do rendimento) apregoada pela Constituição Federal e pela Lei

9.615 (Brasil, 1988; 1998), que não é suficiente para abranger toda a complexidade de contextos em que o esporte se apresenta, nos parece relevante a compreensão do esporte em seu sentido lato ou seu sentido estrito, a exemplo de Prieto (2011).

Tal discussão não trata-se de mero preciosismo, vez que a forma como se compreende o esporte repercutirá diretamente na forma como se o aplicará. Ao se conceber o esporte em seu sentido estrito, ou seja, em termos de atividade corporal/motora, regrada, competitiva e institucionalizada (PARLEBAS, 2001), ter-se-ia certo tipo de dever (mesmo que negativo) do Estado para seu fomento. Se, por outro lado, fosse compreendido em sentido lato, ou seja, como sinônimo de exercício físico (atividade física planejada e orientada em busca de determinado objetivo), ter-se-ia outra forma de intervenção por parte do Estado.

O pressuposto histórico relaciona-se às mudanças sociais e políticas ocorridas ao longo do tempo, sobretudo no que diz respeito à compreensão do esporte em nível mundial, às próprias relações internacionais e aos sistemas de governo adotados em cada momento em cada Estado. Logicamente a compreensão do papel do Estado, de políticas públicas e do próprio conceito e função do esporte não foi a mesma ao longo dos anos e não é a mesma em um governo populista ou de bem estar social ou neoliberal, por exemplo. Além disso, as relações internacionais e os documentos internacionais relativos às diversas matérias apresentam-se de extrema relevância, principalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, com o surgimento de inúmeras organizações internacionais significativas, em que se iniciou a concretização de um “direito internacional” mais concreto (SARLET, 2008; MAZZUOLI 2012). Destacamos, por ora, como documento introdutório à ideia de direito ao esporte, a Carta Internacional da Educação Física e do Esporte da UNESCO, de 1978 (BRASÍLIA, 2013).

Em relação ao pressuposto político, interessa saber quais os processos, negociações, trocas e acertos que levaram os agentes políticos, em conjunto à sociedade civil esportiva, a compreender o esporte enquanto direito e a inseri-lo desta forma na CF. Para tanto concorre também a forte influência exercida no poder constituinte originário, especificamente na Comissão de Reformulação do Esporte no Brasil (TUBINO, 2010), do movimento internacional de democratização do esporte ocorrido, sobretudo na Europa, e também de textos constitucionais estrangeiros. Em outras palavras, o pressuposto político, conjugando-se com o histórico, demanda o levantamento dos processos políticos ocorridos para positivação do direito em pauta. Tecnicamente, estaríamos tratando da dimensão *politics* relativa à *policy analysis* (FREY, 2000).

A importância de estudarmos o pressuposto político se encontra na busca pelas razões de os agentes políticos terem reconhecido o esporte como direito e na tentativa de compreensão de como o fenômeno esportivo se apresentava naquele momento e, mais importante, como era compreendido pela citada classe. Acreditamos ser necessário, nesse caso, além do estudo da *politics*, aludir o tema por via de duas formas distintas de interpretação constitucional/legal: uma histórica (interpretação à luz da realidade em que foi criado) e outra teleológica (compreensão dos fins do legislador/constituente no momento de criação da lei) (NADER, 2010).

O pressuposto jurídico, por sua vez, destina-se, sobretudo, a compreender a qual dimensão pertenceria o direito ao esporte. Como já apresentado, a positivação do direito ao esporte, além de não estar presente no Título II da CF, reservado aos direitos e garantias fundamentais, classifica-o ora como individual e ora como coletivo (“de todos”), além de atribuir ao Estado o dever de fomento, a balizá-lo pelo princípio do direito social. Dessa forma, primeiramente não se tem certeza sobre a fundamentalidade de tal direito e, mesmo que se o compreenda como tal, resta a dúvida sobre a qual dimensão pertenceria, pois que a positivação perpassa pelas três

Sendo assim, para compreendermos se o Estado cumpre ou não com seu dever constitucional de fomento ao esporte, necessitamos antes, compreender qual é esse dever, se de abstenção para que os particulares pratiquem esporte conforme suas necessidades e possibilidades, em se concebendo o direito ao esporte como individual/civil (1ª dimensão), ou de intervenção direta com oferta de prática esportiva, em caso de se entender o direito como social (2ª dimensão), ou de mero incentivo e, talvez, regulação à iniciativa privada, caso se verifique o direito como coletivo (3ª dimensão).

CONCLUSÕES

O direito ao esporte é reiteradamente reivindicado pela sociedade, sobretudo dentro do meio científico, e o Estado comumente criticado por, supostamente, não garanti-lo. Sem desmerecer as críticas, acreditamos que antes, precisamos tentar compreender qual a natureza do direito ao esporte, pois, somente assim, poderemos ter maior certeza sobre o que e como efetivamente reivindicá-lo. Para tanto, em um esboço metodológico para compreensão do tema, acreditamos que o estudo do conteúdo material desse direito perpassa pela compreensão de alguns pressupostos, dois quais destacamos o conceitual, o histórico, o político e o jurídico.

ASSUMPTIONS FOR ANALYSIS OF MATERIALITY OF RIGHT TO SPORT

ABSTRACT

Each dimension of fundamental rights requires a different intervention form of State to guarantee them. To know if a right is fundamental, we have to consider a formal aspect and a material aspect. We aimed to propose some assumptions to verify the possibility of material fundamentality of right to Sport. We have adopted an exploratory research with qualitative approach, with the document analysis as instrument. We understand that the guarantee of the right to sport can be realized in practice when we get a better conceptual definition of its nature. Therefore, we point as material assumptions to analysis, the conceptual, the historical, the political and the juridical. Deepening us in each of the submitted assumptions we will be able to understand how the State can guarantee the right to sport.

Key words: right to sport; fundamental rights; State.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 mai. 2015.

BRASIL. **Lei 9.615 de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm>. Acesso em 11 mai. 2015.

FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**. v. 1, n. 21, p. 211-259, 2000.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PARLEBAS, P. **Juegos, deporte e sociedad – léxico de praxiología motriz**. Barcelona: Paidotribo, 2001.

PRIETO, L. M. C. Desporte y estado. **Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento**. Monografía num. 8. 2ª edição. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2013.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUBINO, M. J. G. **Estudos brasileiros sobre o esporte – ênfase no esporte-educação**. Maringá: Eduem, 2010.

UNESCO. **Carta Internacional da Educação Física e do Esporte (1978)**. Tradução: LIMA, C. R. Brasília, 2013.