

Convenção de arbitragem a favor do CAS; violação do direito de acesso à justiça e do direito a uma audiência pública; independência do CAS

1. Dá-se nota do [comunicado de imprensa](#), emitido em 12.07.2022, sobre a recente [decisão do Bundesverfassungsgericht \(BVerfG\), de 03.06.2022](#).

Na origem da decisão do BVerfG, esteve um recurso de constitucionalidade (*Verfassungsbeschwerde*) interposto pela patinadora de velocidade de nacionalidade alemã Claudia Pechstein. O Bundesgerichtshof (BGH) havia [decidido, em 07.06.2016](#), considerar válida a convenção de arbitragem firmada entre a patinadora e a federação desportiva internacional de patinagem (a International Skating Union) a favor do Tribunal Arbitral du Sport/Court of Arbitration for Sport (TAS/CAS). Outro entendimento foi seguido pelo BVerfG, para quem a decisão do BGH teria violado o direito da patinadora ao acesso à justiça consagrado no Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG).

A patinadora participou numa competição em fevereiro de 2009, em Hamar, Noruega, organizada pela International Skating Union, tendo-se comprometido, aquando do envio do formulário de pré-registo na competição, a respeitar as regras antidoping e a aceitar a jurisdição do CAS. Tendo sido detetadas diferenças de valores nas amostras de sangue extraídas no evento, a patinadora foi sancionada pelo Comissão Disciplinar da International Skating Union com uma pena de suspensão por 2 anos e com a anulação dos resultados e dos pontos, prémios de medalhas recebidos. Por seu turno, a federação desportiva alemã Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft também aplicou sanções à patinadora. A patinadora negou ter infringido as regras antidoping e interpôs recurso da decisão da International Skating Union para o CAS, pedindo ainda a realização de uma audiência pública. O CAS rejeitou o recurso e o pedido de audiência pública. Cerca de 1 ano mais tarde veio a demonstrar-se que as variações nos valores do sangue teriam sido causadas, não por dopagem, mas sim por uma anomalia herdada do pai.

Após ter reagido (mas sem sucesso) contra a decisão do CAS para os tribunais suíços, a patinadora apresentou uma [queixa no TEDH](#) invocando, além do mais, que o CAS não seria um tribunal arbitral independente e imparcial (argumento principal que o TEDH não acolheu) e ainda que deveria ter tido lugar no âmbito do CAS uma audiência pública tal como fora por si peticionado (argumento que o TEDH aceitou).

Junto dos tribunais estaduais civis alemães a patinadora intentou depois uma ação pedindo que a sanção de suspensão por 2 anos que lhe fora aplicada fosse considerada ilegal e também que as federações desportivas fossem condenadas a pagar-lhe uma indemnização no montante de 4 milhões de euros. Embora tenham sido suscitadas dúvidas quanto à possibilidade de a ação vir a ser intentada nos tribunais estaduais alemães (atenta a existência de convenção de arbitragem a favor do CAS e o efeito negativo associado), foi a mesma ação considerada admissível, mas apenas pelo Tribunal de Recurso de Munique (Oberlandesgericht München – OLG München), o qual, [em 15.01.2015, entendeu](#) que, apesar da existência de convenção de arbitragem, não estaria vedado o recurso por parte da patinadora aos tribunais estaduais civis alemães.

Porém, a decisão do OLG München foi revertida pelo BGH, na sequência do recurso interposto pelas duas federações desportivas, com base no § 1031 Abs. 1 da ZPO, que considerou inadmissível a ação

intentada pela patinadora nos tribunais estaduais civis alemães. No [entender do BGH](#): o CAS deve ser considerado um tribunal arbitral na aceção do § 1025 Abs. 2 e do § 1032 Abs. 1 da ZPO; não constitui um abuso do seu poder de mercado as federações desportivas condicionarem a participação de atletas à assinatura de convenções de arbitragem a favor do CAS quando está em causa a violação de regras antidoping; as regras processuais do CAS estão dotadas de suficientes garantias para a proteção dos direitos dos atletas (incluindo no que respeita à seleção de árbitros pelas partes a partir de uma lista fechada composta por representantes do Comité Olímpico Internacional, dos Comités Olímpicos Nacionais e das Federações Desportivas Internacionais); e as decisões do CAS podem *inclusive* ser objeto de controlo pelo Supremo Tribunal Federal Suíço. Por assim ser, a convenção de arbitragem também não seria inválida à luz do direito de acesso à justiça (artigo 2(1) do GG), do direito fundamental à liberdade de exercício de profissão (artigo 12(1) do GG) ou do direito a um *fair trial* (artigo 6.º da CEDH).

A patinadora interpôs então recurso da decisão do BGH para o BVerfG, suscitando, além do mais, a violação do direito de acesso à justiça (*Justizgewährungsanspruch*), assegurados pelos artigos 2(1) e 20(3) do GG e pelo artigo 6.º, n.º 1 da CEDH. O BVerfG decidiu em sentido favorável às pretensões da patinadora. No essencial considerou o BVerfG que o referido direito de acesso à justiça (que, além do mais, compreende o direito de acesso aos tribunais estaduais - *Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten* - e a efetividade da proteção jurídica - *Effektivität des Rechtsschutzes*) introduz limitações às convenções de arbitragem, as quais assumem clara relevância quando estejam em causa atletas sem liberdade de escolha e as federações se encontrem numa situação privilegiada em termos de poder de mercado. A falta de previsão nos estatutos do CAS do direito a uma audiência pública não teria sido devidamente ponderada pelo BGH na sua decisão.

O processo irá agora baixar para o OLG München para apreciação das pretensões formuladas pela patinadora na ação intentada contra as federações desportivas.

Previamente à decisão do BVerfG, foram apresentadas várias tomadas de posição sobre o caso. Alguma doutrina alemã chegou a pronunciar-se sobre o assunto procurando, de alguma forma, influenciar o sentido da decisão do BVerfG: por exemplo, Meik Thöne, „Von (Un-)Freiwilligkeit und (Un-)Parteilichkeit in der Sportschiedsgerichtsbarkeit - ein Appell an das Bundesverfassungsgericht“, in: *SchiedsVZ 2020*, S. 176-182.

2. A decisão do BVerfG assume relevância teórica e prática, não apenas no domínio da arbitragem, mas também no âmbito do processo civil e do direito constitucional.

Lendo a decisão do BVerfG, o comunicado de imprensa da decisão e consultados alguns *posts* (v.g., de [Annett Rombach](#)) e algumas notícias na imprensa alemã (v.g., [o comentário de Christoph Becker, de 12.07.2022, no Frankfurter Allgemeine Zeitung](#)), é possível identificar várias questões jurídicas importantes, nomeadamente as seguintes:

Em primeiro lugar, parece suscitarem-se dúvidas acerca da possível violação pela decisão do BGH do direito de acesso à justiça. O BVerfG entendeu que aquela decisão do BGH teria violado o direito da patinadora ao acesso à justiça, assegurado pelos artigos 2(1) e 20(3) do GG, na medida em que desvalorizou a importância do direito à publicidade do processo.

Em segundo lugar, discutiu-se o aparente desrespeito de princípios fundamentais pelos procedimentos arbitrais que decorrem sob a égide do CAS. Em especial, invocou-se a violação do direito dos atletas a uma audiência pública. À partida, no âmbito do CAS uma audiência pública só terá lugar se existir acordo de ambas as partes, uma vez que a mesma não está prevista nos estatutos do CAS. Apesar da mudança ocorrida nas regras do CAS em 2019 no sentido de permitir aos atletas apresentar um pedido de audiência pública, são várias as recusas em processos disciplinares e não raras vezes essas recusas são baseadas em razões pouco claras, quando é certo que o próprio TEDH na sua decisão de 02.10.2018 (que se tornou final em 04.02.2019) já havia antes reconhecido que o CAS teria violado o artigo 6.º, n.º 1 da CEDH, precisamente por considerar que o processo não teria decorrido de forma pública. O BVerfG sublinhou que o princípio da publicidade das audiências orais (*Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen*) seria uma parte essencial do Estado de Direito e que tal princípio extravasa os regimes processuais individuais, correspondendo também ao princípio geral da publicidade da democracia (*allgemeines Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie*). Isto estaria, aliás, de acordo com as garantias previstas no artigo 6.º, n.º 1 da CEDH e com o entendimento sobre essas garantias assumido pela jurisprudência do TEDH (que deve servir de auxiliar interpretativo, tem uma função orientadora que extravasa casos específicos e permite assegurar a aplicação das garantias da CEDH da forma mais ampla possível e evitar a condenação da Alemanha). Embora ressalvando que o artigo 6.º, n.º 1 da CEDH não exige uma audiência pública em todos os casos e que a mesma pode ser dispensada em algumas situações, considerou o BVerfG que essas condições não existiam no caso em apreço. Por isso, adotou a linha da decisão do TEDH anteriormente proferida, na qual se havia entendido que em processos disciplinares a validade de uma convenção de arbitragem entre federações com posições dominantes no mercado e atletas estaria dependente de os atletas poderem obter a realização de uma audiência pública. No fundo, em contrapartida da aceitação da exclusão de recurso por parte dos atletas aos tribunais estaduais, os estatutos dos tribunais arbitrais não podem deixar de observar exigências mínimas, incluindo o princípio da publicidade.

Em terceiro lugar, foi equacionada a questão da sujeição de atletas a convenções de arbitragem celebradas com federações desportivas em posições hegemónicas e foram colocadas dúvidas quanto à autodeterminação dos atletas na celebração dessas convenções. O OLG München já tinha entendido existir uma estrutural predominância das federações (*strukturelles Übergewicht der Verbände*) envolvidas, em contraste com a posição da atleta, e admitiu (tal como o BGH) que daí poderia decorrer a invalidade da convenção de arbitragem caso estivesse comprovada uma prática de abuso de posição dominante. Para o BVerfG, a arbitragem privada não é excluída pelo GG e suporta-se, aliás, na liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*) de acordo com o artigo 2(1) e o artigo 12(1) do GG. Contudo, uma renúncia aos tribunais estaduais pela celebração de uma convenção de arbitragem não pode, no entender do BVerfG, ser vista como irrestritamente possível: tanto o direito à concessão de justiça como a proteção da autonomia privada, assegurados pelo artigo 2(1) do GG, estabelecem limites ao conteúdo de uma convenção de arbitragem. Segundo o BVerfG, o Estado, ao reconhecer legalmente a arbitragem privada e as suas decisões (tal como a sua exequibilidade), tem de assegurar que os procedimentos arbitrais garantem uma proteção jurídica efetiva e observam as exigências mínimas do Estado de Direito. Essas exigências mínimas não podem ser avaliadas, na opinião do BVerfG, desconsiderando a liberdade de escolha da parte sujeita à convenção de arbitragem: assim, se uma das partes contratantes é tão importante que pode unilateralmente determinar o conteúdo da convenção de arbitragem, constitui tarefa do Direito trabalhar no sentido de salvaguardar as posições jurídicas fundamentais de ambas as partes

para evitar que a autodeterminação (*Selbstbestimmung*) de uma das partes se torne numa heterodeterminação (*Fremdbestimmung*).

Em quarto lugar, discutiu-se o facto de as federações desportivas decidirem o conteúdo das convenções de arbitragem e de influenciarem de forma significativa os procedimentos que se desenrolam no CAS, nomeadamente no que respeita à seleção dos árbitros. Ainda que não tenha apreciado a questão de saber se uma estrutural predominância das federações, em particular quanto à nomeação do terceiro árbitro neutral („*neutrale“ dritte Schiedsrichterperson*), também violaria o direito à concessão de justiça, o BVerfG não deixou de referir que a neutralidade e o distanciamento em relação aos envolvidos no processo arbitral constituiriam parte essencial do exercício da função jurisdicional. Não estando essas exigências asseguradas na situação em apreço, não poderia ser excluído ou restringido o acesso aos tribunais estaduais. Embora o BVerfG não tenha propriamente questionado a legitimidade da arbitragem desportiva em geral, e até tenha aceite a ideia de manter um fórum uniforme de resolução de litígios quanto ao desporto profissional, parece ter deixado algumas dúvidas respeitantes à independência do CAS enquanto instituição arbitral.

2022.07.16
Rui Soares Pereira