

OS MENORES NO DESPORTO

THE MINORS IN SPORT

BARBOSA, Mafalda Miranda*

1 INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 122º CC, é menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade. A menoridade que assim se estabelece é fundamento de uma incapacidade de exercício de direitos. Embora os menores sejam titulares de um círculo mais ou menos amplo de direitos e obrigações, isto é, embora tenham capacidade de gozo de direitos, eles não são suscetíveis de atuar juridicamente por ato próprio e exclusivo, adquirindo e exercendo direitos, contraindo e cumprindo obrigações. A movimentação da sua esfera jurídica opera-se por via da atuação dos seus representantes legais, em regra os titulares do poder paternal (modernamente convertido em responsabilidades parentais), que agem em nome do menor.

A simplicidade enunciativa do que aqui vai dito não deve, porém, esconder delicados problemas que surgem quando lidamos com os menores. Em primeiro lugar, há toda uma panóplia de atos para os quais se reconhece, excecionalmente, a sua capacidade, podendo dizer-se que o ordenamento jurídico espelha a progressiva maturação da criança e adolescente, fazendo-a corresponder a uma também progressiva autonomização. Em segundo lugar, importa não esquecer que determinados direitos, pela sua natureza, não podem ser senão exercidos pelo menor - falamos, designadamente, nos direitos de personalidade, incindíveis da

*Doutora em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro integrado do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra. Diretora da **Revista de Direito da Responsabilidade**.

pessoa do seu titular, em relação aos quais, neste contexto, é importante estabelecer uma cisão entre o exercício do direito propriamente dito e a limitação ao direito, que já reclamará uma intervenção daquele representante legal, nos termos dos critérios que têm vindo a ser desvelados pela doutrina quanto ao tema. *In fine*, lembremo-nos que o regime geral, enunciado de forma (propositadamente) abreviada, sofre desvios, quando confrontados com nichos dogmáticos específicos. É o que acontece, a título de exemplo, ao nível do direito do trabalho. Mas, também e para o que agora nos ocupa, ao direito do desporto, que com aquele mantém uma relação estreita, quando perspectivado sob a ótica dos contratos de trabalho desportivo que são celebrados entre os atletas e os clubes.

Pensar nos menores no desporto ou no desporto e nos menores não é pensar, unicamente, no aspeto lúdico que as atividades desportivas convocam. Pelo contrário, é pensar, *mutatis mutandis*, em nervuras problemáticas que não distam sobremaneira das linhas traçadas anteriormente.

Em forma de anúncio, podemos aventar três nichos problemáticos sobre os quais procuraremos refletir.

Em primeiro lugar, somos levados a refletir - uma vez mais - sobre a relação entre a titularidade e o exercício dos direitos de personalidade pelos menores. Em segundo lugar, há que enfrentar, necessariamente, problemas atinentes à responsabilidade civil. Por último, serão as relações contratuais estabelecidas a propósito do desporto que se questionam.

Antes, porém, uma ressalva: os nichos problemáticos que elegemos para guiar as nossas reflexões não esgotam o âmbito de relevância jurídica da relação entre os menores e o direito. A sua eleição resulta não de uma pretensão de exaustividade, mas de uma intenção de acompanhamento das diversas etapas de desenvolvimento dos menores, na sua relação com o desporto, encarado do ponto de vista profissional, para-profissional ou lúdico. Para as iluminarmos, começaremos por traçar as coordenadas básicas da disciplina legal em matéria de capacidade dos menores para a prática desportiva.

2 A CAPACIDADE PARA CELEBRAR CONTRATOS DE TRABALHO DESPORTIVO E CONTRATOS DE FORMAÇÃO DESPORTIVA

2.1 O anterior regime e os problemas que suscitava: a Lei n. 28/1998, de 26 de junho, e a capacidade para celebrar contratos de trabalho de praticantes desportivos e contratos de formação desportiva

A Lei n. 28/1998, de 26 de junho, estabelecia o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo e contrato de

formação desportiva. O primeiro era considerado pelo legislador (art. 2º, “a”, Lei n. 28/1998) o contrato pelo qual o praticante desportivo se obrigava, mediante retribuição, a prestar atividade desportiva a uma pessoa singular ou coletiva que promovesse ou participasse em atividades desportivas, sob a autorização e a direção desta. Já o contrato de formação desportiva vinha definido, no art. 2º, “c)”, Lei n. 28/1998, como o contrato celebrado entre uma entidade formadora e um formando, nos termos do qual aquela se obrigava a prestar a esta a formação adequada ao desenvolvimento da sua capacidade técnica e à aquisição de conhecimentos necessários à prática de uma modalidade desportiva, ficando o formando obrigado a executar as tarefas inerentes a essa formação.

A capacidade requerida por lei para a celebração de cada um dos tipos contratuais referidos não era a mesma. Tratando-se de um contrato de trabalho desportivo, o art. 4º, Lei n. 28/1998, dispunha que só podem celebrá-lo os maiores de dezasseis anos de idade, que reunissem os requisitos exigidos pela lei geral do trabalho.

O Código do Trabalho dispõe, no seu art. 70º, que é válido o contrato de trabalho celebrado por menor que tenha completado dezasseis anos de idade e tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação, salvo oposição escrita dos seus representantes legais. Fora das situações em que o menor tenha completado dezasseis anos, tenha concluído a escolaridade obrigatória e esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação, o contrato de trabalho pode ser válido mediante autorização escrita dos representantes legais. Ao menor é ainda reconhecida capacidade para receber a retribuição devida, salvo oposição escrita dos seus representantes legais.

No que respeita à admissão do menor ao trabalho, dispõe o art. 68º, 1, CT, que só pode ser admitido a prestar trabalho o menor que tenha completado a idade mínima de admissão, ou seja, dezasseis anos (nos termos do n. 3 do mesmo preceito), que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação e disponha de capacidades físicas e psíquicas adequadas ao posto de trabalho. De acordo com o n. 3 do art. 68º, 1, CC, o menor com idade inferior a 16 anos que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação pode prestar trabalhos leves que consistam em tarefas simples e definidas que, pela sua natureza, pelos esforços físicos ou mentais exigidos ou pelas condições específicas em que são realizadas, não sejam suscetíveis de o prejudicar no que respeita à integridade física, segurança e saúde, assiduidade escolar, participação em programas de orientação ou de formação, capacidade para beneficiar da instrução ministrada, ou ainda ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral, intelectual e cultural.

Nos termos do art. 69º, 1, CT, o menor com idade inferior a 16 anos que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação mas não possua qualificação profissional, ou o menor com pelo menos 16 anos de idade mas que não tenha concluído a escolaridade obrigatória, não esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação ou não possua qualificação profissional, só pode ser admitido a prestar trabalho desde que frequente modalidade de educação ou formação que confira, consoante o caso, a escolaridade obrigatória, a qualificação profissional, ou ambas.

A conjugação dos diversos preceitos permitia-nos extrair algumas conclusões. A partir dos 18 anos, o desportista podia livremente celebrar contratos de trabalho desportivo. Antes dos 16 anos, o sujeito não tinha capacidade para firmar este tipo negocial. Entre os 16 e os 18 anos, o menor podia ser parte num contrato de trabalho desportivo, contanto que não tivesse a oposição expressa e escrita dos seus representantes legais e desde que tivesse concluído a escolaridade obrigatória ou estivesse matriculado e a frequentar o nível secundário de educação. Caso o menor não tivesse ainda concluído a escolaridade obrigatória ou não estivesse a frequentar o nível secundário de educação, podia celebrar um contrato de trabalho desportivo desde que houvesse autorização escrita dos representantes. Em qualquer dos casos, o contrato de trabalho devia ser igualmente subscrito pelo representante legal, sob pena de anulabilidade, de acordo com os n. 2 e n. 3 do art. 4º da Lei n. 28/1998, o que significava que, em rigor, estando em causa um contrato de trabalho desportivo, a autorização escrita dos representantes legais acabava por se impor independentemente do preenchimento ou não dos restantes requisitos. Por outro lado, obrigando-se o menor a prestar uma atividade desportiva sob a autoridade e organização de uma pessoa singular ou coletiva, que proveria pelo seu desenvolvimento como atleta e pela própria formação desportiva, estaria cumprido, *a priori*, o requisito imposto pelo art. 69º, CT, para as situações em que o menor não tivesse completado a escolaridade obrigatória e não estivesse a frequentar o ensino secundário. Na verdade, a formação profissional a que se refere a norma do Código do Trabalho podia considerar-se cumprida pela formação que era dispensada, através dos treinos e demais preparações, ao atleta.

Acresce que o art. 4º da Lei n. 28/1998 parecia iluminar-nos no tocante à qualificação da incapacidade concretamente em causa. Na verdade, estabelecendo os 16 anos como a idade mínima para a celebração do negócio e impondo que, depois de ultrapassada a barreira etária, o representante legal do menor subscrevesse o contrato, éramos levados a concluir que se lidava, ali, com a capacidade de gozo, primeiro, e com a capacidade de exercício, depois. Dito de um modo mais direto, o menor de 16 anos não tinha capacidade de gozo de direitos para celebrar

contratos de trabalho desportivo. Na verdade, em causa estava a titularidade do direito, ao ponto de não ser possível suprir a incapacidade que se previa. Adquirida a capacidade de gozo, o menor maior de 16 anos continuava a sofrer de uma incapacidade de exercício, já que não podia agir por ato exclusivo, embora pudesse atuar por ato próprio - ao carecer da autorização dos representantes legais que eram chamados a subscrever o contrato, o menor via-se impedido de atuar autonomamente¹.

Já tratando-se de um contrato de formação desportiva, dispunha o art. 31º, 1, da Lei n. 28/1998, que só podiam celebrá-lo como formandos aqueles que tivessem idade compreendida entre os 14 e os 18 anos e desde que tivessem cumprida a escolaridade obrigatória. Tratava-se de requisitos cumulativos, o que enreda o jurista num problema. Com efeito, a Lei n. 85/2009, que estabelece o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar, determina, no art. 2º, 4, que ela cessa com a obtenção de curso conferente de nível secundário ou, independentemente da obtenção do diploma de qualquer ciclo ou nível de ensino, no momento do ano escolar em que o aluno perfaça 18 anos, o que quer dizer que, em regra, antes dos 18 anos, dificilmente um jovem poderia cumprir o requisito imposto pelo art. 31º, 1, “b)”, Lei n. 28/1998. Simplesmente, o outro requisito que com este se cumulava determinava que o contrato só podia ser celebrado até aos 18 anos. Interpretado o preceito na sua literalidade, atento o segmento “tenham cumprido”, que nos apontava para uma ação já concretizada, ele ficaria privado de âmbito de aplicação, implicando a impossibilidade legal de celebração de contratos de formação desportiva.

Impunha-se, portanto, uma correção da norma. A norma não devia ser interpretada no sentido de exigir que tivesse sido cumprida a escolaridade obrigatória, mas que estivesse a ser cumprida a escolaridade obrigatória. É que, sendo a disciplina do contrato de formação desportiva anterior à regulamentação da escolaridade obrigatória, a norma do art. 31º, 1, Lei n. 28/1998 deixava, com a alteração naquela matéria, de ser concretizável.

Em termos metodológicos, havia, no entanto, que tecer algumas considerações que sustentassem a solução. Em face de um menor com 16 anos que frequentasse o ensino secundário, indagava-se se era ou não possível mobilizar a norma em questão no sentido de dela extrair uma resposta positiva para a dúvida. Confrontando analogicamente os dois problemas (o problema do caso e o problema tipificado pela norma), concluía-se que a “relevância material objetivada pelo problema do caso

¹Para uma distinção entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício, cf. PINTO, C. A. da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 221-ss.

jurídico” (NEVES, 1993, p. 180) era atípica “perante a relevância prevista pela norma na sua problemática pressuposição hipotético-material” (NEVES, 1993, p. 180). Por outro lado,

A consideração do caso, com a sua específica intencionalidade problemático-jurídica, [revelava] já uma insuficiência, já uma incoerência normativo-jurídica da relevância material tipificada na norma, relativamente à intencionalidade problemático-jurídica da mesma norma - ou seja, a relevância tipificada [mostrava-se] inadequada (porque insuficiente ou incoerente) à intenção problemática de que deve (no próprio ponto de vista da norma) ser correlativa. Se aquela atipicidade exige metodologicamente a correção, esta inadequação justifica-a normativo-juridicamente - a intencionalidade problemático-normativa da norma só será realizada, ou o seu sentido normativo apenas será cumprido, se for corrigida aquela inadequação, que a consideração do caso veio manifestar. (NEVES, 1993, p. 180).

Tratar-se-ia, no caso, de uma correção ditada por uma atipicidade diacrónica, “[...] i. é, por uma alteração do tempo da realidade histórico-social ou da situação pressuposta pela norma: a realidade ou situação relevante no tempo do caso é diferente da que foi pressuposta no tempo da norma” (NEVES, 1993, p. 181), ainda que do que se tratasse no caso concreto fosse uma realidade juridicamente conformada.

Simplemente, esta assimilação por correção diacrónica, tal como a assimilação por correção sincrónica, apresenta limites: do ponto de vista da relevância do caso, não podemos dela lançar mão quando não estejamos diante de um caso atípico, mas perante uma verdadeira exceção,

[...] do lado da correlatividade entre a relevância e o sentido problemático-normativo da norma, quando o caso jurídico não revelar simplesmente uma inadequação nessa correlatividade, mas se houver antes de concluir pela sua ausência do âmbito possível da relevância da norma - i. é, quando estivermos perante uma norma obsoleta ou uma lacuna. (NEVES, 1993, p. 180).

Na verdade, estando perante uma norma obsoleta, a conclusão a que haveremos de chegar é que ela não permite a assimilação do âmbito de relevância do caso. Tal ocorre quer quando a realidade social a que a norma vai problemáticamente referida se altera, quer quando a

realidade jurídica a que vai normativamente referida se modifica². Ora, se é certo que a realidade jurídica que o art. 31º, 1, Lei n. 28/1998 pressupunha se modificou, não se tratava aqui de um pedaço do ser - ainda que juridificado - a que a norma se havia de aplicar, mas de um pressuposto de aplicação dela que se tornava incongruente com aquele com que se cumulara. Não se estava, portanto, diante de uma hipótese de obsolescência da norma, mas de incoerência normativo-jurídica, já que a inviabilização da celebração de contratos de formação desportiva com base no não cumprimento da escolaridade obrigatória revelaria um choque com a própria intenção problemática da norma, já que impediria os jovens de obterem a devida formação por, para ela, se exigir um pressuposto que seria de todo o modo irrealizável quando conjugado com o outro requisito.

Do exercício interpretativo que expendemos, resultava que os menores com idade inferior a 14 anos não podiam celebrar contratos de formação desportiva. Isto não significava, porém, que estes menores não pudessem ser inscritos em modalidades desportivas, mas tão só que o vínculo que os unia às entidades formadoras seria diverso. De outro modo não poderia deixar de ser, tanto mais que a Constituição da República Portuguesa garante a especial proteção dos direitos económicos, sociais e culturais dos jovens, entre outros aspetos, na educação física e no desporto. No mais, o acesso ao desporto deve ser encarado como uma forma de exercício do direito ao desenvolvimento da personalidade do menor. Quer isto dizer que, se fosse vedada a prática desportiva antes dos 14 anos, estaria a ser violado este direito fundamental, por um lado, e, por outro lado, entrar-se-ia em contradição com a própria lei de bases do desporto e da educação física. Se é certo que a educação física e o desporto escolar devem ser promovidos no âmbito curricular e de complemento curricular, em todos os níveis e graus de educação e ensino, como componentes essenciais da formação integral dos alunos, visando especificamente a promoção da saúde e condição física, a aquisição de hábitos e condutas motoras e o entendimento do desporto como fator de cultura, não menos seguro é que essa incumbência da escola, quer pública, quer privada, não transforma a oferta desportiva em monopólio daquela.

Se é certo que antes dos 14 anos os jovens podem frequentar determinada modalidade desportiva, isto significa que, do ordenamento jurídico, se desentranham determinados tipos de desporto. A saber: a) desporto de recreação; b) desporto de competição, e c) desporto profissional³.

²NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 180.

³A classificação que se propõe tem em conta os diversos vínculos que podem unir o praticante desportivo à sociedade desportiva ou clube em que o mesmo exerça uma determinada modalidade. Desconsideram-se, assim, outras formas de prática desportiva expressamente contempladas na lei, como, por exemplo, o desporto de alto rendimento - cf. art. 44º, Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto (Lei n. 5/2007).

A classificação que se propõe parte da tripartição etária que temos vindo a acompanhar e do tipo de vínculo que une cada um dos praticantes a uma determinada entidade promotora do desporto.

2.2 A Lei n. 54/2017, de 14 de julho, e o regime consagrado

Alguns dos problemas foram tidos em conta pelo legislador português que, ocupando-se do regime do contrato de trabalho desportivo, não hesitou em alterar algumas regras no tocante à capacidade dos menores, não obstante ter mantido o traçado geral da disciplina. A solução a que conseguimos chegar por via metodológico-interpretativa acaba por corresponder às propostas legislativas que foram submetidas a discussão na Assembleia da República. Se o Projeto Lei n. 168, XIII, 1ª, resolvia o problema prevendo, no seu art. 28º, 1, que podiam celebrar contrato de formação desportiva os jovens que tivessem idade compreendida entre os 14 e os 19 anos, o Projeto Lei n. 297, XIII, 1ª, estabelecia no art. 44º que era formando desportivo o jovem praticante que tivesse concluído a escolaridade obrigatória ou estivesse matriculado e a frequentar o nível básico ou secundário de educação, tivesse idade compreendida entre os 14 e os 18 anos e tivesse assinado o contrato de formação desportiva, tendo por fim a aprendizagem ou o aperfeiçoamento de uma modalidade desportiva. Quer isto dizer que o Projeto do PSD eliminava o requisito da escolaridade obrigatória, e que o Projeto do PS, embora continuasse a manter a referência aos 18 anos e à escolaridade obrigatória, estabelecia entre este requisito e a frequência do nível básico ou secundário de educação uma relação de alternatividade. Em qualquer dos casos, a antinomia normativa a que éramos conduzidos seria eliminada. A entrada em vigor da nova lei constitui, portanto, um marco importante nesta matéria.

Nos termos do art. 5º da Lei n. 54/2017, de 14 de julho, só podem celebrar contratos de trabalho desportivo (definido pelo art. 2º, “a”), como aquele pelo qual o praticante desportivo se obriga, mediante retribuição, a prestar atividade desportiva a uma pessoa singular ou coletiva que promova ou participe em atividades desportivas, no âmbito de organização e sob a autoridade e direção desta) os maiores de 16 anos de idade que reúnam os requisitos exigidos pela lei geral do trabalho. A conjugação do preceito com os arts. 68º, 69º e 70º do CT permite-nos dizer que, a partir dos 18 anos, o desportista pode livremente celebrar contratos de trabalho desportivo. Antes dos 16 anos, o sujeito não tem capacidade para firmar este tipo negocial. Entre os 16 e os 18 anos, o menor pode ser parte num contrato de trabalho desportivo, contanto que não tenha a oposição expressa e escrita dos seus representantes legais e desde que tenha concluído a escolaridade obrigatória ou esteja matriculado e a frequentar o nível secundário de educação. Caso o menor não tenha ainda

concluído a escolaridade obrigatória ou não esteja a frequentar o nível secundário de educação, pode celebrar um contrato de trabalho desportivo desde que haja autorização escrita dos representantes. Em qualquer dos casos, o contrato de trabalho deve ser igualmente subscrito pelo representante legal, sob pena de anulabilidade, nos termos do art. 5º, 2 e 3, Lei n. 54/2017, o que significa que, em rigor, estando em causa um contrato de trabalho desportivo, a autorização escrita dos representantes legais acaba por se impor independentemente do preenchimento ou não dos restantes requisitos. Por outro lado, obrigando-se o menor a prestar uma atividade desportiva sob a autoridade e organização de uma pessoa singular ou coletiva, que proverá pelo seu desenvolvimento como atleta e pela própria formação desportiva, parece-nos cumprido, *a priori*, o requisito imposto pelo art. 69º CT para as situações em que o menor não tenha completado a escolaridade obrigatória e não esteja a frequentar o ensino secundário. Na verdade, a formação profissional a que se refere a norma do Código do Trabalho pode considerar-se cumprida pela formação que é dispensada, através dos treinos e demais preparações, ao atleta.

Já tratando-se de um contrato de formação desportiva (o contrato celebrado entre uma entidade formadora e um formando desportivo, nos termos do qual aquela se obriga a prestar a este a formação adequada ao desenvolvimento da sua capacidade técnica e à aquisição de conhecimentos necessários à prática de uma modalidade desportiva, ficando o formando obrigado a executar as tarefas inerentes a essa formação - art. 2º, “b”), dispõe o art. 28º, 1, Lei n. 54/2017, que só podem celebrá-lo como formandos aqueles que tenham idade compreendida entre os 14 e os 18 anos.

Os menores com idade inferior a 14 anos não podem celebrar contratos de formação desportiva, valendo, porém, aqui as considerações que expendemos por referência ao anterior quadro legal, o que significa que podem ser inscritos em modalidades desportivas, embora o vínculo que os une às entidades formadoras seja diferente.

Importa referir, a este ensejo, que, apesar de os menores com idade inferior a 14 anos poderem aceder à prática desportiva, mesmo fora do contexto escolar, não é de todo indiferente a questão da capacidade para celebrar contratos de formação desportiva. Na verdade, uma coisa é a possibilidade de um dado menor praticar um desporto, outra coisa é perceber se existe ou não um contrato entre ele e uma determinada entidade. As consequências prático-normativas desta linha de fronteira não são, aliás, pequenas.

O problema colocou-se já entre nós, tendo sido sobre ele tomada posição no Parecer n. 7/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 18 de junho de 2001. Em causa estava, a esse propósito, a possível ilegalidade das regras regulamentares de certas federações, que impõem, relativamente ao praticante desportivo

com menos de 14 anos, a obrigação de pagamento de uma compensação pela formação a um clube no caso de mudança para esse outro clube. Em causa, portanto, uma tentativa, por via regulamentar federativa, de alargamento do regime previsto no art. 38º da Lei n. 28/1998⁴ aos menores de 14 anos. Independentemente da questão da possibilidade de tal alargamento ser feito por via de um regulamento federativo⁵, o certo é que, face à inexistência de um contrato de formação desportiva, o preceito não se aplica diretamente aos menores de 14 anos. E, indagando-se acerca da possibilidade de extensão teleológica do preceito - ainda que a mesma não seja prevista num regulamento federativo ou que não se colocasse a questão da fixação da compensação por via de uma convenção coletiva⁶ - teríamos de concluir pela sua inviabilidade. É que, ao proibir

⁴Determinava o citado art. 38º que “a celebração, pelo praticante desportivo, do primeiro contrato de trabalho como profissional com entidade empregadora distinta da entidade formadora confere a esta o direito de receber uma compensação por formação, de acordo com o disposto no art. 18º”. A este propósito, importa tecer alguns esclarecimentos adicionais sobre o que geralmente vem conhecido por indemnização de transferência. Procuremos, assim, dar a palavra a João Leal Amado. João Leal Amado refere, a propósito do DL n. 305/1995, que “ao elaborar este diploma, o legislador não poderia furtar-se a equacionar o problema das chamadas ‘indemnizações de transferência’. Esta figura, fortemente enraizada nos meios desportivos, consiste, basicamente, no seguinte: nos termos da regulamentação aplicável, normalmente elaborada pelas federações desportivas (nacionais e internacionais), mesmo depois de extinto o contrato de trabalho desportivo entre o praticante e a sua entidade empregadora, esta conserva direitos relativamente àquele, máxime o de ser indemnizada por qualquer novo clube que pretenda contratar o praticante; ou seja, o praticante desportivo só poderia mudar de clube (transferir-se), mesmo após a extinção do anterior contrato, caso encontrasse algum clube disposto a pagar a verba reclamada pela sua anterior entidade empregadora. E então, de duas uma: ou a indemnização era de tal modo elevada que afugentava os clubes potencialmente interessados, deixando ao praticante a opção entre continuar ligado ao anterior clube ou abandonar a profissão; ou surgia algum clube disposto a pagar a referida indemnização e a contratar o praticante, caso em que o encargo representado por tal indemnização não deixaria de incidir negativamente nas condições remuneratórias oferecidas a este último” - cf. AMADO, J. Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as “indemnizações de transferência”. **Questões Laborais**, Coimbra, ano V, n. 12, 1998, p. 227 a 231. Explica o autor que, em face do acórdão Bosman, o legislador nacional sentiu necessidade de adaptar o quadro legislativo vigente à nova realidade, tendo então surgido a Lei n. 28/1998. Sobre esta, considera o autor que “o legislador tentou encontrar uma resposta salomónica para esta questão, dando parcial satisfação aos diversos interesses envolvidos. Destarte, ao abrigo do art. 18º, n. 2, da Lei n. 28/98, admite-se o estabelecimento da obrigação de pagamento de uma indemnização, a título de promoção ou valorização do praticante desportivo (tal como sucedia à luz do diploma de 1995), mas agora tal sistema apenas pode ser estabelecido através de convenção coletiva de trabalho (e não também, como antes sucedia, por regulamento federativo). Ou seja, sim às indemnizações de transferência, mas apenas se criadas através da contratação coletiva e nos exatos termos dessa convenção coletiva” - cf. AMADO, J. Leal. O andebol, o hóquei, o profissionalismo e o trabalho desportivo. **Questões Laborais**, Coimbra, ano VII, n. 15, 2000, p. 47-ss. Reforçando este mesmo ponto, cf. AMADO, J. Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as “indemnizações de transferência”. **Questões Laborais**, Coimbra, ano V, n. 12, 1998, p. 233-ss.

⁵Cf. nota anterior. Veja-se, ainda, a fundamentação do Parecer n. 7/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 18 de junho de 2001. Tenha-se ainda em conta que se exige, agora, que haja aprovação por via de uma convenção coletiva.

⁶Repare-se, contudo, a propósito destas, que a explicação de Leal Amado se prende com o contrato de trabalho desportivo.

a celebração do referido contrato a menores de 14 anos, o ordenamento jurídico pretende, e tendo em conta os deveres que oneram o formando, salvaguardar o seu direito ao ensino, num eventual conflito com o direito ao desporto⁷. Dito de outro modo, o legislador não pretende qualquer vinculação contratual da parte do menor, para que ele possa manter a sua plena liberdade enquanto praticante da modalidade desportiva. E se inexistente tal vinculação, deixa também de haver deveres acrescidos (para além dos que resultam da necessidade de oferecer serviços) por parte da entidade formadora, não se justificando a eventual compensação a que a lei faz referência. Se invertermos os polos da argumentação, veremos que a imposição da compensação determinaria a emergência de deveres de ambas as partes, contornando-se a incapacidade que é ditada pelo próprio legislador.

2.3 A impossibilidade de os menores serem representados por intermediários desportivos

Nos termos do art. 37º, 2, da Lei n. 5/2007 (Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto), os menores não podem ser representados, na celebração de contratos, por um empresário desportivo, ou seja, por um intermediário desportivo (estes não podem agir em nome e por conta daqueles). A mesma regra consta do art. 36º, 3, Lei n. 54/2017, que dispõe que é vedada ao empresário desportivo a representação de praticantes desportivos menores de idade.

Entende-se que assim seja. Na verdade, ao contrário do que podemos constatar ao nível da representação legal (que funciona como uma forma de suprimento da incapacidade de exercício do menor), a representação voluntária corresponde a um meio de manifestação da capacidade do sujeito, pelo que, estando ela ausente, não faz sentido admitir-se o recurso a um instrumento de exercício dela. Por isso, também o Regulamento de Intermediários da FPF contém uma regra análoga, de acordo com o art. 5º, 4, do citado diploma.

Já o **FIFA Regulations on Working with Intermediaries** prevê, no seu art. 7º, 8, que os jogadores e os clubes que recorram aos serviços de intermediação quando estão a negociar um contrato de trabalho desportivo ou uma transferência estão proibidos de efetuar pagamentos ao referido intermediário, quando o jogador seja um menor⁸. Por

⁷Cf. Parecer n. 7/2001 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 18 de junho de 2001.

⁸Resulta daqui uma interessante questão: tendo o intermediário representado não o jogador (dado que entre nós essa hipótese está vedada por lei), mas o clube, poderá efetuar-se o referido pagamento?

seu turno, o art. 19º da **FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players** (2018) determina que as transferências internacionais apenas podem ter lugar em relação a jogadores com idade superior a 18 anos, embora o n. 2 do preceito abra a porta a exceções.

3 OS MENORES, O DESPORTO E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

3.1 O direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Do que ficou dito podemos extrair uma conclusão: o regime da prática desportiva por parte dos menores acompanha a gradual maturação destes até atingirem a maioridade. Se do ponto de vista contratual a conclusão é segura⁹, não menos certa ela se afigura do prisma do exercício dos direitos de personalidade.

A chamada à colação desta dupla perspetiva justifica-se: de facto, a inserção dos menores no contexto desportivo não pode ser pensada sem o enquadramento personalístico e a tutela que o ordenamento jurídico lhes dispensa.

Desde logo, importa não esquecer o já referido direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ou seja, daquele direito que nas palavras de Capelo de Sousa pode vir entendido como “a garantia de meios e condições existenciais e convivenciais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver”, ou, e mais concretamente, como “a salvaguarda do poder de autodeterminação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual” (SOUSA, 1995, p. 362). De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, este direito assenta numa conceção da pessoa em que “o ser humano tem o dom, dado por Deus, de poder determinar a sua própria natureza, de ser autoconstituente” (VASCONCELOS, 2006, p. 74-ss.). Poderá, portanto, haver violação do direito em causa se o menor for impedido, contra a sua vontade e a sua vocação, de praticar um determinado desporto. Simplesmente,

⁹Do que ficou dito anteriormente resultou, também, que os menores com idade inferior a 14 anos não se podem vincular contratualmente com uma entidade que promova a prática desportiva, em qualquer uma das suas modalidades. A conclusão deve, contudo, ser compreendida de forma cautelosa. De facto, do que se trata é da impossibilidade de vinculação do menor a uma prestação desportiva. Já não haverá impossibilidade de vinculação contratual naquelas situações em que o menor se inscreve numa associação desportiva, num ginásio ou num clube para a simples prática de uma modalidade, sem se obrigar à prática desportiva e pagando um determinado valor em troca do treino que lhe é proporcionado. Não se trata, aí, de um contrato de formação desportiva. Resta a questão de saber se a parte no contrato é o menor, representado pelos titulares do poder paternal (responsabilidades parentais), ou se são os próprios representantes legais.

haveremos de ser cautelosos, ou dito de outro modo, haveremos de considerar dois aspetos que, em níveis diversos, estabelecem limitações a esse poder de autodeterminação de acordo com a vontade.

Em primeiro lugar, consoante nos explicitam os autores, este direito só subsiste enquanto não colidir com os direitos dos outros, a ordem constitucional e a moral. Pedindo de empréstimo as palavras de Pedro Pais de Vasconcelos,

Quem quiser desenvolver-se e realizar-se com desrespeito pelo outro, seu semelhante, pelos outros que são a sua comunidade, e pelas leis morais será um bruto. (VASCONCELOS, 2006, p. 74-ss.).

Diríamos mais, que só subsiste enquanto não chocar com a axiologia fundamentante do próprio reconhecimento do direito, numa expressão que acaba por ir ao encontro do pensamento do autor citado, que recusa a invocação do direito como argumento para o mais radical egoísmo,

[...] postulando a remoção de todos os regimes jurídicos de proteção geral, desde os mais banais, como a obrigatoriedade de uso de capacete nos motociclos e do cinto de segurança no automóvel, até ao direito ao suicídio. (VASCONCELOS, 2006, p. 74-ss.).

Em segundo lugar, estando em causa um menor, cuja personalidade ainda não se desenvolveu integralmente, em pleno período de maturação do eu, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra limites no exercício do poder-dever de que são titulares os pais. Estes, sendo detentores do poder paternal (ou como modernamente se refere, das responsabilidades parentais), têm a possibilidade de determinar a educação dos filhos menores, estabelecendo proibições ou limitações à prática de determinadas atividades desportivas, desde que, com isso, não ponham de forma arbitrária em causa a própria personalidade do menor. Esta limitação parece, aliás, estar em linha com a própria restrição legal em matéria de capacidade para a celebração de contratos de formação desportiva. Em causa estará, portanto, a necessidade de salvaguardar interesses superiores da criança ou do jovem.

Compreender-se-á, no entanto, que este poder decisório dos pais/representantes legais se vá rarefazendo à medida que a idade do menor aumenta. Capelo de Sousa propõe que, a par de uma análise estática do objeto do direito geral de personalidade, se estabeleça uma análise dinâmica que tenha em conta os diversos “níveis de evolução e

as potencialidades evolutivas humanas como objetos de tutela jurídica específica” (SOUSA, 1995, p. 168-ss.). Ora, a menoridade do sujeito titular dos direitos de personalidade pode conduzir a certas limitações específicas de tais posições jus-subjetivas¹⁰, desde logo porque, enquanto menor, a pessoa está sujeita ao dever de obediência em relação aos seus pais. A específica estrutura deste dever, como contraponto do exercício das responsabilidades parentais, pode implicar, por exemplo, limitações ao direito à privacidade (embora não à sua anulação), ao direito à liberdade de escolha, à liberdade de movimentos, entre outros. Note-se, porém, que os pais devem ter em conta a progressiva maturação do menor, exercendo os seus poderes-deveres em função da crescente autonomização que o amadurecimento potencia e respeitando o integral desenvolvimento da personalidade do filho que, de outro modo, poderia ficar comprometido¹¹. Repare-se, contudo, que isto não é incompatível com a possibilidade que os pais têm de optar por uma de diversas perspetivas educacionais, nem é incompatível com as escolhas dos progenitores que afetam todo o agregado familiar (como, por exemplo, a decisão de mudança de residência; a decisão de participação num evento cultural, religioso ou social etc.). No fundo, há um ponto ótimo no qual se conjugam harmonicamente o poder decisório-educacional dos pais e o respeito pela progressiva autonomização da criança e/ou jovem menor de idade.

O ponto liga-se a uma outra questão problemática, qual seja a de perceber se os menores têm ou não capacidade de exercício quando estejam em causa direitos de personalidade. Em caso de violação ou ameaça

¹⁰Em rigor, não se trata aqui de um limite aos direitos de personalidade (ou ao direito geral de personalidade). Na verdade, a consideração dos estádios evolutivos humanos pode levar, pelo contrário, a um incremento da proteção que é devida ao sujeito. A este propósito, Capelo de Sousa aduz que, “no que toca à dinâmica evolutiva de cada homem, surge-nos desde logo o ser da criança e do jovem menor de idade, enquanto personalidades com uma estrutura física e moral particularmente em formação e, por isso, portadoras de uma certa fragilidade e credoras de respeito e ajuda da família, da sociedade e do Estado, tanto em áreas específicas que o nosso direito tem vindo a identificar como [...] na globalidade do seu ser e com vista ao seu desenvolvimento integral” - cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 168-9. Simplesmente, se a especial vulnerabilidade das crianças pode determinar um recrudescimento da tutela que é dirigida ao ser humano, não menos certo é que os seus direitos de personalidade podem ser confrontados com limitações específicas (cf. p. 171).

¹¹Cf. o art. 1878º, 2, CC: “os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”. A este propósito, *vide*, igualmente: GUICHARD, Raul. Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, Porto, n. 6, 2005. Nas palavras do autor, “na medida da sua aptidão de discernimento, segundo a sua maturidade, haverá que ouvir - para utilizar a linguagem do Children Act inglês: *wishes, feelings, needs* - as requestas ou desejos, os sentimentos e as necessidades do menor. E há-de ele desempenhar, assim, um papel ativo, de envolvimento nas decisões que o afetem, atendendo-se ao seu desacordo, fazendo-o participar ou até chamando-o a tomar por si tais deliberações”. O autor fala de um **direito de interlocução** e de um **direito à participação na comunidade familiar**.

de violação de um desses direitos, a sua defesa em juízo só se poderá concretizar por intermédio dos representantes legais¹². Por outro lado, os menores podem não ter capacidade para consentir a limitação voluntária dos seus direitos de personalidade¹³. Em regra, serão os representantes legais a prestar o consentimento. Em determinadas situações, os menores podem ser chamados a consentir ao lado dos pais. Para tanto, é necessário que tenham maturidade suficiente para entender o alcance do seu ato¹⁴. Noutros casos, o próprio menor pode prestar o consentimento sem ter de ser acompanhado pelos pais¹⁵⁻¹⁶. Consoante entende a doutrina, os direitos de personalidade são exercidos, em princípio, pelo próprio menor

¹²SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 171.

¹³Esta limitação voluntária dos direitos de personalidade, por via do consentimento, não constitui, ela própria, um limite a esses mesmos direitos. Ao invés, traduz-se num meio de exercício do próprio direito. Esta ideia é corroborada por dois dados. Em primeiro lugar, o consentimento pode ser livremente revogado a todo o tempo. Em segundo lugar, o consentimento só é válido se respeitar os limites da ordem pública e dos bons costumes, o que quer dizer que os mesmos limites que decorrem do fundamento do direito de personalidade se tornam atuantes quando esteja em causa a sua restrição voluntária. Uma última nota para frisar que, por referência a certas situações, poderá não se denotar uma diferença significativa entre o mero exercício de um direito de personalidade e a limitação voluntária dele, por via do consentimento. Pense-se no paralelo entre os dois casos seguintes: “A” tira uma fotografia sua, que publica numa rede social; “B” autoriza “A” a tirar-lhe uma fotografia, para que seja publicada numa rede social. Não se pense, porém, que é indiferente a qualificação das diversas situações. *In fine*, há que referir que, em termos definitórios e consequenciais, o consentimento não se confunde com as situações de autocolocação em risco ou de heterocolocação em risco consentido. Sobre o ponto, por referência aos problemas patenteados ao nível da imputação objetiva no quadro da responsabilidade civil extracontratual, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexó de causalidade ao nexó de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncipia, 2013, p. 1009-ss. e demais bibliografias aí citadas, e *infra* o que se dirá.

¹⁴Cf., no ordenamento jurídico austríaco, algumas normas que atribuem ao menor a decisão em determinados aspetos da sua vida pessoal, tendo em conta a sua maturidade, ou que exigem o concurso do seu consentimento ao lado do dos representantes legais. Assim, cf. § 146 “c)” e “d)”, ABGB (consentimento para tratamentos médicos), § 5 RelKEG (decisão sobre a religião, que pertence ao menor a partir dos 14 anos, devendo o mesmo ser ouvido desde os 10 anos) - cf. Raul Guichard (2005, p. 16), onde colhemos estas indicações.

¹⁵Para outros desenvolvimentos sobre o ponto, cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, policopiado, p. 14-ss., considerando que em relação aos múltiplos atos de exercício dos direitos de personalidade do menor basta apenas a mera capacidade natural de entender e de querer deste.

¹⁶No caso específico do consentimento para a realização de atos médicos, veja-se, *inter alia*, ABREU, Catarina Maria Pedro. **As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores**: o significado da *gillick competence* e a possível adoção da figura em Portugal. 2012. 47f. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal)-Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9511/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Catarina%20Abreu.pdf>. Tratando-se de intervenções médicas em benefício próprio, é necessário o consentimento do representante legal mais do ofendido menor, quando tenha condições de entender o alcance do seu ato. Se o menor recusar a intervenção e ela for feita no seu interesse, o médico não deve aceitar a recusa (deve chamar os pais a consentir ou pedir uma autorização em Tribunal). Os pais não podem recusar o tratamento em benefício do filho, porque não podem privar os filhos do direito à saúde. No caso de intervenções em benefício

através de atos jurídicos extranegociais afirmativos da sua personalidade, “dada a imediata ligação dos bens de personalidade à pessoa do seu titular [...]”¹⁷. Quando se questiona a eventual (in)capacidade do menor para o exercício dos seus direitos de personalidade, estamos a centrar-nos quer nas hipóteses de lesão de tais posições subjetivas, quer nas hipóteses de limitação voluntária dos referidos direitos. Ora, se é certo que o consentimento vinculante, ao implicar a disposição negocial de bens integrantes da personalidade, pressupõe a capacidade a que se refere o art. 123º, CC, as hipóteses de consentimento autorizante e tolerante ficam apartadas do mundo negocial. Não obstante, é possível chamar à colação a lição dispensada pelo art. 127º, CC. O preceito em questão consagra exceções à incapacidade de exercício de direitos do menor. Na verdade, embora este não tenha idoneidade para movimentar a sua esfera jurídica por ato próprio ou através de um representante voluntário (procurador), o legislador pátrio considerou que, em determinadas situações, se deveria reconhecer tal capacidade para atuar no tráfego jurídico. Em causa está uma ideia

alheio, dos representantes legais ou do Tribunal (art. 8º, Lei dos Transplantes), mas só em relação a órgãos regeneráveis, já que os menores estão expressamente proibidos de doar órgãos não regeneráveis (art. 6º). Quanto aos órgãos regeneráveis, admite-se o co-consentimento, caso o menor, ainda que de idade inferior a dezoito anos, tenha capacidade de discernimento e de manifestação de vontade.

¹⁷SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, policopiado, p. 16. Veja-se, ainda, na mesma obra a nota 12: “O exercício dos direitos de personalidade, dada a sua absolutez e eficácia *erga omnes*, processa-se normalmente através de atos materiais ou atos jurídicos, sem caráter negocial. Aliás, o exercício normal, direto e imediato da generalidade dos direitos de personalidade reveste caráter pessoal, cabendo por isso aos menores não podendo tais direitos ser diretamente exercidos pelo representante legal, sem prejuízo da legitimidade deste em matéria de reação perante a ofensa ou ameaça de ofensa de tais direitos”. A este propósito, veja-se, ainda, MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 57-ss. Afirma a autora que a clareza da separação entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício se perde quando se entra no domínio dos direitos de natureza puramente pessoal. Nas suas palavras, “quando estão em causa direitos que mais não são do que manifestações da própria personalidade, não tem qualquer sentido útil o reconhecimento da idoneidade para a sua titularidade (capacidade jurídica) desacompanhada do reconhecimento da aptidão para os exercitar (capacidade de agir)”. Cremos, porém, que a autora não terá tido em conta a diferença entre a possibilidade de desfrutar do objeto do direito, no caso, a sua personalidade (sendo reconhecido como um ser de uma ineliminável dignidade, nas suas diversas dimensões), e a possibilidade de, por meio do direito, interagir com terceiros, ou porque interferem ilicitamente com o direito, ou porque pretendem limitá-lo em face desses ou outros terceiros. Se a primeira dimensão é incindível da personalidade do eu, já as outras duas dimensões podem ser exercidas por intermédio dos representantes legais. V., contudo, o que fica inscrito *infra* (nota 41). Cf., ainda, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 188-ss., considerando que a incapacidade de exercício contida no art. 123º se aplica também aos atos de natureza pessoal; e MARTINS (2007, p. 103-ss.), considerando inadequada a ideia de incapacidade geral de agir por menoridade no plano dos atos pessoais. Na obra da autora, cf., ainda, p. 121-ss., onde fala do critério da capacidade de discernimento proposto por alguns autores como critério de capacidade para agir a esfera de direitos estritamente pessoais e que conduziria ao reconhecimento de uma completa e ilimitada capacidade de agir. Rosa Martins, por seu turno, defende um modelo de escalões de capacidade de harmonia com as fases do desenvolvimento do ser humano, durante o período da menoridade (MARTINS, 2007, p. 123).

de progressiva autonomização do menor, optando-se, desta feita, por um modelo gradualista em que o menor, à medida que vai amadurecendo, passa a poder celebrar validamente certos negócios. Ora, embora afastando-nos do domínio patrimonial, podemos considerar que a mesma ideia de progressiva autonomia do menor determinará que se dispense a solução pensada pelo legislador para o mundo negocial aos problemas patenteados pela limitação voluntária dos direitos de personalidade¹⁸. No fundo, o confronto analógico entre os âmbitos de relevância hipotética da norma e concreta do caso mostra-nos que o caso se deve compreender:

[...] de um modo restrito, como uma modalidade restrita ou uma especificação, relativamente à relevância material típica da norma, já que, não satisfazendo aquela primeira relevância material todos os elementos que caracterizam esta segunda [...], nem por isso a relevância material do caso jurídico deixa de realizar na sua relevância o material núcleo de relevância fundamentalmente justificativo (porque correlativo) do sentido problemático-normativo da norma [...].¹⁹

O que ficou dito mostra que a limitação voluntária dos direitos de personalidade dos menores deve respeitar, tanto quanto possível, a autonomia própria do menor²⁰⁻²¹.

¹⁸Neste sentido, cf. OLIVEIRA, Guilherme de. O acesso dos menores aos cuidados de saúde. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 132, n. 3.898, 1999, p. 19, considerando que a disciplina do art. 127º, 1, “b)”, CC, é aplicável por analogia aos atos de natureza pessoal de pequeno relevo, como por exemplo atos de assistência médica que estejam ao alcance da sua capacidade natural.

¹⁹Cf. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 178. Note-se que, estando em causa uma norma excecional, se poderia duvidar da possibilidade interpretativa a que nos referimos em texto. Na verdade, entendia-se tradicionalmente, à luz do disposto no art. 11º CC, que as normas excecionais não são suscetíveis de aplicação analógica. Simplesmente, tal entendimento corresponde a uma visão aproblemática do problema da realização do direito. As modernas correntes metodológicas mostram que, porque a interpretação de uma norma só é possível no confronto com o caso concreto, ela apresenta sempre um cariz analógico, que, aliás, perpassa todo o esquema metódico. Quer isto dizer que a proibição do art. 11º CC é metodologicamente irrealizável. Acresce que esta é uma matéria para a qual o legislador não tem competência. Por outro lado, há boas razões que determinam o afastamento desta visão do problema. Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. NEVES, 1993, p. 183-ss.

²⁰Cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Teoria geral do direito civil*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 16, nota 19, considerando que o dever de obediência aos pais não é absoluto, nem ilimitado, tendo como limites “a ilicitude ou imoralidade do comportamento exigido e se reporta aos específicos poderes-deveres que os pais detêm no exercício do poder paternal [...]”. Pelo que, face ainda ao direito à intimidade da vida privada e ao direito de autonomia dos filhos na organização da sua própria vida, em função da respetiva maturidade, os adolescentes e até os púberes terão, em princípio, um direito à inviolabilidade da sua correspondência amorosa, mesmo face aos respetivos pais”.

²¹Sobre o ponto, cf. GUICHARD, 2005, p. 12, considerando que as normas gerais sobre a incapacidade não se adequam aos atos dos menores de natureza pessoal, e que “a respetiva extensão e adequação devem ser porém repensadas, alargando prudentemente o espaço de autonomia assegurado”.

O que se diz em geral é perfeitamente compatível com o problema em sede de direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua relação com a prática desportiva. Este é exercido pelo menor, porque incindível do seu ser. Eventualmente, poder-se-ão detetar limitações a este direito por força do dever de obediência em relação aos pais. Por outro lado, quando o exercício do direito implique a celebração de um contrato, embora os menores possam ser chamados a agir autonomamente, devem ser acompanhados, nesse exercício, pelos seus progenitores ou, pelo menos, da não oposição daqueles²². Parece, assim, haver um afastamento em relação à regra em matéria de capacidade negocial.

A este propósito importa considerar um dado de particular melindre no seio da regulamentação desportiva. Na verdade, o art. 19º da **FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players** (2018) determina que as transferências internacionais apenas podem ter lugar em relação a jogadores com idade superior a 18 anos. O n. 2 do preceito abre a porta a exceções: a) se os pais do jogador forem viver no país onde o clube para o qual o jogador se vai transferir está localizado, por razões que não estejam ligadas ao futebol; b) a transferência tenha lugar no território da União Europeia ou da Área Económica Europeia, o jogador tenha uma idade compreendida entre os 16 e os 18 anos e o clube cumpra diversos requisitos (garanta ao jogador uma educação futebolística adequada em linha com os mais elevados padrões nacionais; garanta ao jogador uma educação académica ou vocacional em complemento da sua formação ou treino futebolístico, de modo a permitir ao jogador seguir uma carreira diferente do futebol, caso ele abandone a modalidade; garanta as melhores condições de vida ao jogador; faça prova, no momento da inscrição do jogador, que cumpriu as referidas obrigações); c) o jogador não viva a mais do que 50Km da fronteira e o clube para o qual o jogador se pretende transferir esteja também a 50Km da fronteira, de modo a que a distância máxima entre o domicílio do jogador e a sede do clube seja de 100Km.

São evidentes as questões que a partir daqui se podem suscitar: fará sentido o paternalismo da regulamentação da Fifa, quando o detentor das responsabilidades parentais (e representante legal do menor) dê o seu consentimento para a transferência? Importa, aliás, não esquecer que são os pais quem têm a prerrogativa de definição da educação que querem dar aos filhos.

Não poderemos, em alguns casos, estar diante de uma limitação não justificada por interesses superiores do próprio menor ao seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, até porque a lei já estabelece limites suficientemente firmes para a salvaguarda do menor, em termos de capacidade?

²²A regra no mundo contratual é, porém, a da representação legal, e não a assistência.

Acresce que, dependendo das especificidades do caso concreto, podemos ainda enfrentar, em face do impedimento de transferência, situações de violação do princípio da igualdade (*v. g.* a situação em que o menor, filho de pessoas com abundantes rendimentos que decidem viver noutro país para proporcionar a educação desportiva do filho em comparação com aquela outra situação em que os pais emigram e o menor acompanha-os para o país onde se localiza o clube para o qual se quer transferir), que chocam com os princípios fundamentais do direito e do direito internacional.

É certo que a intencionalidade da norma se parece guiar pelo interesse do menor, evitando esquemas de aproveitamento de jovens, mas para lhes fazer face talvez não seja necessária uma proibição genérica, embora maleabilizada com exceções, antes se contornando tais situações com recurso às regras próprias dos negócios jurídicos e das invalidades que os acompanham²³, tanto mais que a proibição genérica acaba por chocar com princípios fundamentais do ordenamento.

3.2 Outros direitos de personalidade

A prática desportiva pelo menor pode gerar, ainda, problemas ao nível de outros direitos de personalidade. Na verdade, embora a prática desportiva em si mesma não envolva necessariamente lesões da integridade física, é bom não esquecer que elas podem ocorrer.

Ora, operando o consentimento do lesado como expediente de limitação voluntária dos direitos de personalidade, valem aqui as considerações pretéritas. Designadamente, vale por boa a doutrina segundo a qual quem deve prestar esse consentimento são os representantes legais, exceto nas situações em que o menor, atenta a sua maturidade e a capacidade natural para entender o alcance do seu ato, esteja em condições de o fazer, ainda que acompanhado pelos pais.

Contudo, nem sempre se poderá falar a este nível de um verdadeiro e próprio consentimento. Em muitas situações, o jurista lidará, apenas, com o que se designa por assunção do risco ou autocolocação em risco.

As noções de autocolocação em risco e de heterocolocação em risco têm suscitado dúvidas entre os autores²⁴. Tornadas célebres pela

²³Há já notícia de uma demanda judicial, envolvendo um menor de 16 anos e a Fifa, a propósito de uma transferência para um clube espanhol.

²⁴Cf. STOLL, Hans. **Handeln auf eigene Gefahr**. Tübingen: Mohr, 1961; BRÜGGEMEIER, Gert. **Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts**. Berlin: Springer, New York: Heidelberg, 2006, p. 590-ss., referindo-se às situações em que o lesado, pela sua própria negligência - *mitverschulden* - ou através de um perigo que controla - *mitgefährdung* -, participa na lesão ou amplia danos que são imputáveis, e aproximando-as da chamada conduta em seu próprio risco (*Handeln auf eigene Gefahr*), para as quais olha como “uma forma invertida de

doutrina penalista, relevaram sobretudo para esclarecer em que medida houve ou não, atento o âmbito dele, preenchimento do tipo legal. Razão bastante para não serem amplamente sistematizadas ao nível civilístico e para, quando o são, darem origem a discrepâncias doutrinárias e jurisprudenciais de que importa dar conta. Originariamente, a sua transposição para o quadro da responsabilidade civil operou-se por via da recondução das figuras para o consentimento do lesado, numa orientação jurisprudencial que haveria de receber o repúdio posterior de autores como Larenz²⁵.

responsabilidade objetiva”, por não ser “contestada a decisão individual e racional de se assumir ou não um risco”, embora se deva aí ter particular atenção à posição dos incapazes; DEUTSCH. *Die Mitspielerverletzung im Sport. Versicherungsrecht*, 1974, p. 1054-ss.; ID. *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl. Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Köln, 1996, p. 375 (considerando que a figura pode ser convocada em três grandes grupos: a) participação em viagens; b) eventos perigosos; c) intromissão em propriedade ou instalações alheias. Para uma análise do *Handeln auf eigene Gefahr* no âmbito da prática desportiva, cf. p. 377-ss.; no âmbito da responsabilidade médica, p. 379. Note-se que o autor propõe a ponderação da analogia com o § 254 BGB, invocando para o efeito a alteração do princípio *Alles-oder Nichts*. Sublinhe-se, ainda, a comparação com o consentimento do lesado - p. 375); ZIMMERMANN. *Verletzungserfolg, Spielregeln und allgemeines Sportrisiko. Versicherungsrecht*, 1980, p. 497-ss.; LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 642-ss., realçando a diferença que separa a *Handeln auf eigene Gefahr* (ação em seu próprio risco) e a *schuldhafte Selbstgefährdung* (autocolocação culposa em risco) e mostrando que a segunda designação é preferível, ao mesmo tempo que indaga se, por via do *Selbstgefährdung*, se exclui a ilicitude (*Rechtswidrigkeitszusammenhang*) ou a culpa; DUNZ. *Reiter wider Pferd oder Versuch einer Ehrenrettung des Handelns auf eigene Gefahr. Juristenzeitung*, 1987, p. 63-ss.; TEICHMANN. § 823 BGB und die Verletzung eines anderen im Sport. *Juristische Arbeitsblätter*, 79, p. 293-ss.; MESSER, Herbert. *Haftungseinheit und Mitverschulden. Juristenzeitung*, 34, Heft 11/12, 1979, p. 385-ss. Não se deve confundir a invocação do critério do comportamento no seu próprio risco (*Handeln auf eigene Gefahr*) com a tentativa de explicação de casos de responsabilidade independente de culpa. Cf., a este propósito, COELHO, José Gabriel Pinto. *A responsabilidade civil baseada no conceito da culpa*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906, p. 99-ss., em análise do pensamento de Unger, que o erige em fundamento da responsabilidade por um dano causado diretamente por uma pessoa a outra, praticando em relação a esta um ato lícito, da responsabilidade por danos causados por uma pessoa indiretamente a terceiro mediante um ato lícito e da responsabilidade pelos danos causados a um terceiro por uma pessoa que atua no interesse de outra - cf., na obra do jurista português, p. 100. Pinto Coelho evidencia que o critério não explica os danos causados por omissão, nem todos os outros casos em que não se realize uma atividade. Acresce que o critério se confunde com o elemento subjetivo da culpa, uma vez que “proceder arriscadamente ou com perigo não é muito diferente de proceder imprudentemente” (p. 102). De Unger, cf. *Handeln auf eigene Gefahr: ein Beitrag zur Lehre von Schadensersatz*, 3. unveränderte Auflage. Jena: Gustav Fischer Verlag, 1904.

²⁵Cf. LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts I. Allgemeiner Teil*. 14 Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1987, p. 467-ss. Dando conta disso mesmo, v. LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 641. Cf., também, DEUTSCH. *Allgemeines Haftungsrecht*. 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl. Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Köln, 1996, p. 375. A este propósito, veja-se, ainda, QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010, p. 491-ss. Falando do efeito da vontade na responsabilidade extracontratual, no quadro do que fala do problema da *faute* da vítima, o autor afirma que a aceitação dos riscos e a *faute* da vítima se distinguem por via da noção de causalidade. É que, em rigor, a aceitação dos riscos não constitui uma explicação do prejuízo, ideia central na teoria da causalidade do autor, pelo que se afigura impossível que, através dela, se possa operar a total liberação da responsabilidade por parte do responsável. Numa outra perspetiva, que ali encontramos, a aceitação do risco

Tal ambivalência doutrinal, associada a uma nem sempre clara eficácia das figuras²⁶, arrasta consigo a questão de saber se a operacionalidade delas se derrama em sede de culpa ou de ilicitude²⁷. Estamos em crer que é por via da imputação que deve ser pensado o problema: não é a culpa que surge diminuída por intermédio da atuação do lesado; não é a ilicitude, polarizada no resultado, que se apaga; mas o nexo de imputação ou nexo de responsabilidade, que permite reconduzir aquele resultado lesivo - em que se consubstancia o juízo de desconformidade com o ordenamento jurídico - ao comportamento do lesante, que se exclui. Sendo a atuação de cada um dos sujeitos intervenientes livre, é uma esfera de responsabilidade - sem a qual a autonomia não vai pensada - que é exercitada, sendo mister descobrir, no confronto entre as duas, qual funciona como polo de atração do evento danoso sobrevindo. Para tanto, entram em jogo os deveres conformadores da liberdade positivamente alicerçada - os deveres do tráfego - para, na análise deles em face das circunstâncias do caso concreto, percebermos qual o seu âmbito e finalidade. Ou seja, quando pudermos reconhecer na conduta do lesado um comportamento livre, há que, em simultâneo, determinar se os deveres do tráfego que preenchem a esfera de responsabilidade do lesante se estendem à obliteração da lesão verificada e, concomitantemente, se os deveres que sobre o lesado impendem para proteção da sua própria esfera foram ou não postergados²⁸.

pelo lesado seria apenas uma ocasião do dano. Para Quézel-Ambrunaz, o problema estabelece pontes de analogia com as cláusulas de limitação da responsabilidade no plano contratual. Para ele, “a vítima, ao aceitar os riscos de uma atividade, admite que o risco que se realiza seja entendido como a consequência da sua participação naquela atividade, e não como aquela do facto do criador do risco”. Em causa estaria a possibilidade de influenciar, pela vontade, a determinação das causas do prejuízo, designadamente pela aceitação de um risco. Nesta medida, aduz o autor que a aceitação dos riscos só pode relevar em casos de surgimento de um evento incerto aquando da sua realização. Os mecanismos em apreço não são chamados a depor em caso de *faute* ou quando o atentado à vítima é voluntário (o dolo surgiria, pois, como limite de operacionalidade do expediente). Sublinhe-se, *in fine*, que o discurso do jurista se integra no âmbito do problema da determinação do *quantum* da reparação.

²⁶Debate-se, na verdade, sob formulações não coincidentes, se a invocação delas determina a exclusão da responsabilidade do lesante ou dá origem à redução da indemnização, de acordo com a contribuição daquele e do lesado.

²⁷Cf., uma vez mais, LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*. 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 643.

²⁸Sobre o ponto, cf. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. **Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables**. Granada: Comares, 2008, p. 211-ss. Vejam-se, ainda, os exemplos apresentados pelo autor a p. 40-ss. Tratando do problema da **cooperação na autocolocação em perigo dolosa**, Montijano aborda alguns casos: “A” aconselha “B” a atravessar um lago coberto de gelo quebradiço e “B” morre, questionando-se se “A” pode ser responsabilizado; “A” encontra-se em perigo e “B” vai salvá-lo, enfrentando, com isso, o perigo. Note-se como, sob uma epígrafe comum, se acolhem hipóteses eivadas de uma intencionalidade problemática diversa. Sobretudo importa frisar que teríamos aqui de lidar com a cisão por nós traçada em texto, que visa determinar em que medida o comportamento do lesado se pode considerar livre. Oportunidade, ainda, para nos falar da **colocação em perigo alheia consentida**, alertando para o facto de a doutrina maioritária procurar a solução do problema no quadro do consentimento do lesado, o que não deixa de concitar dúvidas, porque quem consente no perigo não consente

O que assim fica dito pressupõe um dado entendimento acerca da questão da causalidade, que não podemos desenvolver pormenorizadamente a este ensejo²⁹. Parece-nos, contudo, essencial aflorar as suas linhas básicas de inteligibilidade.

Tradicionalmente, o nexos de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado. Não obstante, os autores acabam por evidenciar - de forma mais ou menos clara - que este liame era chamado a cumprir uma dupla função: ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização. Fruto da boa influência sofrida de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir, mais recentemente, dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexos de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido³⁰; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico. Distinguem, aí, os autores a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*³¹.

no resultado, fazendo este parte integrante da ilicitude. V. p. 45, onde o autor relata o exemplo do contágio com o vírus do HIV: há responsabilidade quando o infetado não alerta o seu parceiro sexual; deixa de se imputar o resultado àquele se o último tem pleno conhecimento do risco e o aceita. Sublinhe-se, então, para além de uma primeira aproximação a certos conceitos, que para a contemplação deles, o autor procura saber em que medida a atuação do lesado foi ou não livre, mostrando-nos, assim, a íntima relação entre a autocolocação em risco e a titularidade de uma esfera de responsabilidade.

²⁹Para outros desenvolvimentos, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexos de causalidade ao nexos de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncipia, 2013, e **Responsabilidade civil extracontratual**: novas perspetivas em matéria de nexos de causalidade. Parede: Príncipia, 2014.

³⁰Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspetiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

³¹Sobre o ponto, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexos de causalidade ao nexos de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncipia, 2013. Cf. TRAEGER. **Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht**. Malburg: Elwert, 1904, p. 219; ESSER; SCHMIDT. **Schuldrecht I Allgemeiner Teil. Teilband 1**. 8. Aufl. 1995, p. 210 (cf. também p. 521, afirmando que o nexos de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ. **Lehrbuch**. I, p. 432; ENNECCERUS; LEHMANN. **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse**. 15. Aufl. Tübingen: Mohr, 1958, p. 60; MAGNUS, Ulrich. Causation in german tort law. Unification of Tort Law: causation. In: SPIER, J. (Ed.). **Principles of European Tort Law**. V. 4. London: European Centre of Tort and Insurance Law, Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 63; BRÜGGEMEIER, Gert. **Haftungsrecht**, p. 545-ss.; FIKENTSCHER. **Schuldrecht**. 9. Aufl. Berlin, New York: De Gruyter, 1997, p. 290-292 (cf., também, FIKENTSCHER; HEINEMANN. **Schuldrecht**. 10. Aufl. Berlin: De Gruyter, 2006, p. 299-ss.); DEUTSCH, Erwin.

Em segundo lugar, a causalidade deixa de poder ser pensada em termos naturalísticos, ainda que normativizados, para ter de ser compreendida à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. Isto significa que, verdadeiramente, o que nos importa não é uma ideia de ligação causa-efeito, mas uma ideia de imputação para a compreensão da qual se tem de convocar o sentido ético-axiológico do direito, assente na pessoa livre e responsável.

Allgemeines Haftungsrecht. 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl. Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Köln, 1996, p. 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de protecção de interesses alheios); LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz.** 3. Aufl. Tübingen: Mohr, 2003, p. 77-ss.; LÖWE, Hennig. **Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine.** Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl, Urteil des Europäischen Gerichtshofs, Peter Lang. Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, 1999/2000, p. 106, 115, 230-ss.; STOLL, Hans. **Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage.** Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 392-ss.; Cees Van DAM. **European Tort Law**, p. 270-ss.; WINIGER, B.; KOZIOL, H.; KOCH, B. A.; ZIMMERMANN, R. (Ed.). **Digest of European Tort Law.** V. 1. Essential Cases on Natural Causation. Wien, New York: Springer, 2007, p. 7, 593-ss.; KRAMER. Schutzgesetze und adäquate Kausalität. **Juristenzeitung**, 31, Heft 11/12, 1976, p. 338-ss., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER. **Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang.** München: Beck, 1977, p. 101-ss.; LINDENMAIER, Fritz. Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seevericherungsbedingungen. **Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht**, Hundertdreizehnter Band (113), 1950, p. 207-ss., em especial p. 214-ss. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); HUBER, Ulrich. Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968. **Juristenzeitung**, 21, 1969, p. 678; CHRISTANDL, Gregor. BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken). Responsabilidade medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco. **Persona e Danno** (www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx); KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. **Deliktsrecht.** 11. neu bearbeitete Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2010, p. 59; FORST, Stephan Philipp. **Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität.** Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung. München, 2000, p. 25-26. No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, FRADA, Carneiro da. Contrato e deveres de protecção. **Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1994, p. 337; Teoria da confiança e responsabilidade civil. Lisboa-Porto: Almedina, 2003, p. 304, e **Direito Civil/Responsabilidade civil: o método do caso.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 100; PROENÇA, Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual.** Coimbra: Almedina, 1997, p. 429-430; GONÇALVES, Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**, XII. Coimbra, 1929, p. 441; FARIA, Ribeiro de. **Direito das obrigações.** V. I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 507, reimpressão; CUNHA, Pitta e. **Omissão e dever de agir em direito civil.** Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão. Coimbra: Almedina, 1999, p. 50; SILVA, Gomes da. **O dever de prestar e o dever de indemnizar.** Lisboa, 1944, p. 65-ss.; OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 67, n. 157 (não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela); ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 143, n. 426 (em sentido crítico); e, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.** V. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 640-ss., 924-ss., nota 1834. Considerando

Na construção de um modelo que responda a estas exigências e faça face às aporias em que nos enredamos quando tentamos resolver o problema causal através das doutrinas tradicionais (*conditio sine qua non*, causalidade adequada ou finalidade da norma), assumimos uma perspectiva diversa. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica, o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa **esfera de risco que se assume**. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o eu, componente da sua individualidade, e o **tu**, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a **esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros** que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a **esfera de risco geral da vida**. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa

que a formulação rigorosa dela suscita problemas, a que não é imune a própria relevância da cisão (v. p. 924-925), vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para Paulo Mota Pinto, a quem devemos, aliás, importantes referências bibliográficas na matéria, a “distinção não é uma determinação da natureza das coisas, mas deve ser adotada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos” (p. 927). E deve sê-lo, porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença que separa a previsão do art. 563º - referente à causalidade preenchedora da responsabilidade - da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no art. 483º (cf. p. 928-ss. e n. 2605). Cf., ainda, p. 640, n. 1834.

atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexa de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de se verificar a **assunção de uma esfera de risco**, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (**impossibilidade do dano**), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de **aumento do risco**.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (**não criação do risco**), quando haja **diminuição do risco** e quando ocorra um **facto fortuito ou de força maior**. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao **comportamento lícito alternativo**. Em termos

práticos, não há unanimidade no tocante ao significado da invocação de um comportamento lícito alternativo. Se muitos advogam a sua procedência, baseando-se para o efeito na ideia de que, nestes casos, a ilicitude não teria cumprido a sua verdadeira função como elemento crucial de edificação do dever de indenizar, outros parecem remeter a relevância dele para o âmbito da finalidade de proteção da norma, ficando a solução concreta dependente desse escopo. Seja como for, e independentemente das posições particulares que vão sendo firmadas, descontadas as tentativas de abordagem do tema à lupa da causalidade hipotética, é na ligação ao requisito da ilicitude que se joga o cerne da problemática. E por isso entende-se que, ultrapassada a visão mais ortodoxa dela, a sua mobilização surja com particular acuidade ao nível da segunda modalidade de ilicitude. A descoberta da falta de relevância da norma violada para a emergência do dano vem mostrar, afinal, que a intencionalidade normativa do caso não é assimilada pela intencionalidade normativa daquela. Do que se trata é de saber se o dano teria tido lugar sensivelmente do mesmo modo, no mesmo tempo e nas mesmas condições, ainda que a preterição do dever não se tivesse verificado. Ou dito de outro modo, pergunta-se em que medida a conduta conforme ao direito teria diminuído de forma significativa o risco de realização do evento lesivo, quebrando-se, em caso de resposta afirmativa, o nexos de ilicitude que se começava a desenharem com a violação normativa. Se nos afastarmos do quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual e nos deixarmos orientar pela ilicitude desvelada por via da lesão de direitos subjetivos absolutos, facilmente nos aperceberemos da dificuldade de mobilização de um comportamento lícito alternativo. Na verdade, se a ilicitude fica confinada à violação do bem jurídico, isto é, ao resultado, não faz sentido falar-se de uma alternativa lícita. Arredado que esteja o formalismo, sabemos que - embora perspetivado na ótica do resultado - o ilícito tem subjacente a si uma conduta, traduzindo-se a ligação entre estes dois elementos no nexos de imputação que estamos a erigir.

Adequadamente compreendida a ação, conformada pela liberdade do sujeito, inseparável da correspondente responsabilidade, a conexão de que falamos não é matizada pela nota da exterioridade, mas predica-se na interioridade do dever. E traduz-se, em termos práticos-normativos, na constatação da assunção de uma esfera de risco, indagando-se, posteriormente, acerca da pertinência do dano àquele círculo de responsabilidade que se encabeça. Se a simples possibilidade é bastante para se integrar a lesão na esfera gerada ou incrementada, então é, em teoria, possível conceber que o lesante venha provar que o mesmo dano teria sido causado mesmo que o comportamento tivesse sido outro. Note-se, obviamente, que em rigor não estaria em julgamento um comportamento lícito alternativo, porquanto, ao não se estabelecer a conexão que buscamos, é o próprio nexos de ilicitude que falece e, conseqüentemente, o

carácter ilícito do resultado. Não se trata de apurar a relevância negativa de uma causalidade hipotética, mas de saber se o lesante logrará afastar a sua responsabilidade ao provar a irrelevância do comportamento para a emergência do dano.

Pressuposta que seja a finalidade primacial do ressarcimento como a reparação, e não esquecido que o sentido pessoalista da responsabilidade não nos pode afastar da determinação do agente, torna-se simples o sentido da solução. Deve-se, de facto, admitir a invocação do comportamento conforme ao direito como expediente de exclusão da imputação que se traça. A este nível colhe a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito, porque, ao mostrar que a lesão surgiria do mesmo modo independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento, consegue-se obter a prova do não incremento do risco. No fundo, o lesante demonstra que o dano que emerge não se conexas funcionalmente com a esfera de responsabilidade atualizada a partir da obliteração dos deveres de conduta. A dificuldade passa, portanto, a ser outra, qual seja a de saber qual a prova que deve ser oferecida pelo obrigado a indemnizar. O julgador só deve recusar a imputação quando haja prova da efetiva causa do dano ou quando haja prova da elevada probabilidade de que a lesão se teria realizado mesmo sem o desvio na conduta. Note-se que o grau de probabilidade de que aqui se fala deve andar próximo da certeza, o que se entende se se considerar que a assunção da esfera de risco coenvolve igualmente o risco processual.

Na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume, importa ter sempre presente que esta é mais ampla que o círculo definido pela culpa, como atrás se constatou. Contudo, pese embora a ideia da extrapolação da vontade que acompanha o resultado, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de **controlabilidade** do dado real pelo agente. Esta controlabilidade há-de, pois, ser entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo. Com isto, exclui-se a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior. No fundo, o que se procura com as categorias é retirar da esfera de risco edificada algumas das consequências que, pertencendo-lhe em regra, pela falta de controlabilidade (inevitabilidade, extraordinariedade, exceção e invencibilidade), não apresentam uma conexão funcional com o perigo gerado. Note-se, porém, que a judicativa decisão acerca da existência ou não de um facto fortuito ou caso de força maior poderá implicar, em vez de uma estanque análise das características elencadas, um cotejo de esferas de risco. De facto, poderá haver situações em que o pretense lesante não tem controlo efetivo sobre a situação que gera o dano, mas pode e deve minorar os efeitos nefastos dela. Com isto, mostramos que não é ao nível da culpa que as duas categorias derramam a sua eficácia. No entanto, isso não nos leva a optar inexoravelmente por uma perspetiva

que as funde no conceito de causalidade. Num dado sentido, o facto fortuito e a força maior retiram do núcleo de responsabilidade do lesante o resultado verificado. Num outro sentido, reclamam a repartição de esferas de risco, convidando-nos a um cotejo entre elas. Abre-se, portanto, o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos.

Contemplando, *prima facie*, a **esfera de risco geral da vida**, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos - indiferenciadamente - estão expostos?

O confronto com a **esfera de risco titulada pelo lesado** impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevem, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar, nestes casos, em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico - mormente o pensamento jurídico transfronteiriço - tenha gizado como critério

guia do decidente o critério da provocação. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido, de que lançamos mão para a compreensão do problema concreto decidido no acórdão em comentário.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda **esfera de risco**, concorrente com aquela, vir **encabeçada por um terceiro**. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento à conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro - independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais - torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito - deveres de evitar o resultado - pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

Compreendida a categoria da autocolocação em risco sob o prisma da imputação, importa sublinhar que, do ponto de vista do direito positivo, este aspeto específico do modelo por nós cogitado recebe

acolhimento ao nível do art. 570º, CC. Na verdade, este preceito não deve ser entendido, segundo a melhor doutrina, em termos de culpa - até pela dificuldade de se falar de culpa em relação a si mesmo - ou em termos de causalidade estrita (sob pena de se tornar incongruente a solução por si consagrada, já que a conduta do lesado ou interromperia ou não o nexo etiológico conducente ao dano, não fazendo sentido falar-se de uma diminuição da indemnização, como consequência daquele comportamento). Pelo contrário, deve ser compreendido à luz de uma ideia de imputação. Por outro lado, se assim é, e tendo em conta a diferença traçada entre o primeiro dano (dano evento ou lesão do direito/interesse, consoante a modalidade de ilicitude concretamente em causa) e o dano subsequente (dano consequência), haveremos de considerar que a conduta “culposa” do lesado releva não só quando em causa esteja o agravamento dos prejuízos sofridos, mas também a potenciação da lesão do direito. Acresce que, embora a solução pensável no quadro da responsabilidade extracontratual - quando concorram várias esferas de risco para a produção do dano - seja a solidariedade obrigacional, estando em causa um concurso entre a conduta do lesado (entendida em termos amplos) e a culpa do lesado, operar-se-á, por via legal, de imediato uma compensação (entendida em termos não técnico-jurídicos), que determinará a possível diminuição da responsabilidade, como alternativa à sua exclusão.

Quer isto dizer que, se adequadamente virmos no comportamento do desportista um caso de autocolocação em risco, a responsabilidade não fica automaticamente excluída. A solução pode ser a sua exclusão ou diminuição, consoante as circunstâncias do caso e o cotejo comparativo da esfera de risco que o lesado assume no confronto com a esfera de risco do lesante.

Já não será assim no caso de consentimento do lesado. Parece ser uma exigência ineludável do direito não considerar desvalioso o comportamento do sujeito que obtém o consentimento deste para agir. Se é certo que nem todas as causas de exclusão da ilicitude podem ser compreendidas neste sentido³², reconduzindo-se algumas a um sentido de imputação que se perde ou se atenua, o consentimento parece reconduzir-se à magna ideia de autorização para agir, não se confundindo com as hipóteses de autocolocação em risco.

Nessa medida, poderá não ser a mesma a solução se, perante um determinado tipo de desporto, se concluir que o lesado efetivamente prefigurou a lesão e aceitou a sua ocorrência. Esta tem sido, aliás, a posição

³²De forma sistemática, podemos dizer que, em geral, se encontram três possíveis fundamentos para as causas de justificação. Assim: 1) excluem o nexo de ilicitude que em concreto se deve erigir, pela transferência do risco para uma esfera diversa da do agente imediato; 2) coenvolvem uma tolerância do ordenamento jurídico; 3) conferem uma verdadeira autorização do ordenamento para agir.

doutrinal e jurisprudencial na matéria, ao cindir o futebol de outras práticas desportivas, como o boxe ou os desportos radicais e motorizados.

Nesse caso, haveria, contudo, de determinar - também consoante as especificidades da situação *sub iudice* - se tal consentimento deveria ou não ser considerado válido.

No tocante aos menores, haveria, portanto, de estabelecer algumas distinções. Estas parecem acompanhar a classificação das modalidades desportivas em causa e as diferenças entre os desportos “lado-a-lado”, os desportos “atletas-contra-atleta” e os desportos “uns-contra-os-outros”³³.

Em primeiro lugar, somos confrontados com os desportos que, pela sua natureza, têm como objetivo a agressão a um adversário, como é o caso do boxe, do *karaté*, do judô, entre outros. Nestas hipóteses, tem entendido a doutrina que deve ser chamado a depor o consentimento do ofendido. Ora, no caso dos menores, este consentimento há-de ser prestado pelos representantes legais, pese embora os menores possam ser chamados a depor na matéria, atendendo ao seu grau de maturidade. Atingida uma determinada capacidade natural para entender o alcance do ato que praticam, devem-se inverter os dados do problema, chamando-se o menor a prestar o consentimento, embora acompanhado pelos pais. Parece ser essa, aliás, a solução que melhor se harmoniza com o problema da capacidade negocial, já que, de outro modo, se criaria uma evidente contradição no sistema. A questão que se coloca é a de saber se, tratando-se de um desporto particularmente violento, tal consentimento pode ser prestado. A invocação das responsabilidades parentais para suprir a incapacidade da criança ou jovem a este nível deve ser balizada pela função pela qual o poder funcional é atribuído. Ou seja, a atuação dos progenitores há-de ter sempre como critério o interesse do menor. Na verdade, nos termos do art. 1877º CC, os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação, competindo então aos pais velar pela sua segurança e saúde, prover pelo seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los ainda que nascituros e administrar os seus bens (art. 1878º, 1, CC). Em causa está, portanto, o exercício, por parte dos pais, de um poder-dever ou poder funcional (direito funcional). Independentemente do debate em torno da natureza da figura, dividindo-se os autores entre aqueles que consideram estarmos diante

³³Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. As lesões corporais (e a morte) no desporto. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 680-ss. Nos desportos “lado-a-lado”, o contacto físico entre os atletas não tem de existir; nos desportos “atleta-contra-atleta”, o desportista visa derrotar o seu adversário por meio de contacto físico com ele, do qual podem resultar lesões; nos desportos “uns-contra-os-outros”, o desporto não se desenrola através da agressão ao adversário, mas o contacto físico acaba por ser inevitável.

de verdadeiros direitos subjetivos e aqueles que consideram que não se integram na categoria em sentido amplo³⁴, o certo é que os poderes a que aludimos não são de exercício livre, num duplo sentido: por um lado, os pais não podem deixar de cumprir o seu poder paternal; por outro lado, o exercício deste é funcionalizado pelo interesse do menor³⁵. Quer isto dizer que, no momento em que prestam, em representação dos filhos, o consentimento para a limitação voluntária dos direitos de personalidade dos menores, os pais devem orientar-se pelo interesse destes e não pelo seu próprio interesse³⁶. Por outro lado, para além dos limites específicos do consentimento do ofendido, há que recordar que, porque os pais devem velar pela segurança dos seus filhos e porque consentem em relação a um ato não próprio, pode haver situações em que a referida forma de limitação do direito à integridade física possa não ser possível.

Em segundo lugar, haveremos de contemplar os desportos que, sendo qualificados lado a lado ou uns contra os outros, não envolvem necessariamente uma lesão, embora pressuponham o risco dela. É por referência a estes que a doutrina tem falado de autocolocação em risco. Não estando em causa a limitação do direito do menor, nem sequer a exclusão prévia da ilicitude da conduta do agente, em caso de lesão do bem jurídico, não se coloca a questão de saber se estamos ou não diante de um comportamento legítimo. Haveremos, sim, de ponderar em que

³⁴Cf., no primeiro sentido, CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral da relação jurídica**. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do segundo ano do curso jurídico de 1980/81. Coimbra: Centelha, 1981, p. 39-ss., e SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 185; e, no segundo sentido, PINTO, C. A. da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 179.

³⁵Cf., em termos normativos, o art. 1882º CC: “os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que elas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adoção”.

³⁶A este propósito, cf. MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 129-ss. A autora sustenta que, no campo dos direitos pessoais, a regra deve ser a da exclusão da representação legal: “esta afirmação não suscita grandes dúvidas quando reportada aos direitos estritamente pessoais tradicionais (v. g. o direito a casar, a reconhecer um filho natural), na medida em que é claro que não pode haver cisão entre a titularidade e o exercício de tais direitos. Existem, todavia, outros direitos pessoais [...] relativamente aos quais a doutrina tradicional admite a representação legal”. Rosa Martins nega tal possibilidade: “tais direitos não podem ser exercidos diretamente pelos pais em substituição do infante e do pré-adolescente, mas reclamam daqueles, como pessoas encarregadas do cuidado destes últimos, uma atuação que tenha por objeto a proteção e promoção dos direitos em causa, muitas vezes sob a forma de atos materiais, simples atos jurídicos ou mesmo negócios jurídicos que se consubstanciam em condições de exercício futuro desses mesmos direitos. A atuação dos pais no interesse do filho encontra o seu fundamento não no direito (estritamente pessoa) deste, mas sim no seu próprio direito-dever de cuidar da pessoa do filho, enquanto e na medida em que este não é capaz de o fazer por si mesmo ou, dito de outro modo, no direito-dever de o educar”. Ora, parece-nos que é também esse poder funcional dos pais que justifica que eles sejam, em primeira linha, os representantes legais dos filhos para a prática de atos de natureza patrimonial. Os arts. 1878º e 1881º CC, depõem nesse sentido. A exclusão contida no art. 1881º CC apenas se refere aos atos puramente pessoais (como, por exemplo, o casamento).

medida ela é ou não apta a afastar ou atenuar a imputação objetiva que se deve estabelecer sempre que emergja um caso de responsabilidade civil. A ponderação a que aludimos só pode ser levada a cabo em concreto. Um dado é, porém, incontornável: atentas as especificidades do desporto em questão e do menor em concreto, deve ser concretizado o dever dos pais de velarem pela segurança dos filhos. É este que determinará uma possível atenuação ou exclusão da responsabilidade. De todo o modo, o que podemos concluir é que a figura opera no quadro de efetivação de uma pretensão indemnizatória.

4 RESPONSABILIDADE DOS MENORES

Se o que ficou dito é bastante para perceber que a prática desportiva por um menor, autorizada pelos seus pais, pode ser de molde a comportar consequências em termos do funcionamento do sistema de responsabilidade civil, importa realçar que, se é certo que o menor pode ser lesado na sua integridade física durante o exercício físico que o desporto em causa envolve, não menos verdade é que o menor pode, também, provocar lesões em terceiros, sejam eles outros participantes na modalidade desportiva, sejam estranhos ao desporto em questão (espectadores, auxiliares, transeuntes etc.).

Não pretendemos, neste ponto expositivo, desenvolver o tópico. Importa, contudo, tecer algumas considerações, que não se dirigem, entendamo-lo, a escarpelizar os problemas referentes à responsabilidade no mundo desportivo, mas a traçar as linhas mestras de compreensão do papel que os menores podem ser chamados a desempenhar a este nível.

Numa hipótese de lesão perpetrada por um menor no âmbito da prática desportiva, haverá, em primeiro lugar, que indagar em que medida o menor é ou não imputável. Sendo-o, haverá responsabilidade, verificados os diversos pressupostos delituais; não o sendo, o menor não será responsável, podendo embora, por motivos de equidade, ser chamado a pagar uma indemnização, nos termos do art. 489º CC³⁷.

Aventa-se, ainda, a possibilidade de os próprios pais serem responsáveis pela lesão gerada pelo menor. O art. 491º CC, estabelece, segundo a doutrina tradicional, uma presunção de culpa³⁸ das pessoas

³⁷Sobre o ponto, cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncípa, 2017, e demais bibliografias aí indicadas.

³⁸Pensamos que a interpretação do art. 491º CC, à semelhança do que acontece por referência aos arts. 492º e 493º CC, não nos pode conduzir à afirmação de uma mera presunção de culpa. Em causa estará, pelo contrário, a consagração, nestes preceitos, de um modelo próximo da *faute*. Neste sentido, cf. Mafalda Miranda Barbosa (2017). Sublinhe-se, porém, que, se é verdade que a presunção da violação de certos deveres faz desencadear, simultaneamente, a presunção de uma atuação contrária ao ordenamento jurídico, não parece que haja - no tocante ao art. 491º CC - autorização do direito positivo para se ir para além da violação de posições dotadas com eficácia *erga omnes*.

que, por lei ou negócio jurídico, sejam obrigadas a vigiar outras por virtude da incapacidade natural destas. Não se trata, portanto, de uma hipótese de responsabilidade objetiva. O preceito presume a culpa *in vigilando* dos sujeitos quando se verifique um dano. A presunção de culpa pode ser ilidida ou pela prova do cumprimento do dever de vigilância, ou pela prova de que os danos se teriam produzido de igual modo ainda que tal dever tivesse sido cumprido. Apesar de os autores invocarem a relevância da causa virtual a este propósito, cremos que o que verdadeiramente está em causa é uma ideia de âmbito do dever violado. A presunção de culpa recai sobre os que têm o dever vigiar aqueles que são naturalmente incapazes. Integram-se aqui os pais, os tutores e todos aqueles a quem, por contrato, seja incumbido tal dever (professores, diretores de estabelecimentos de ensino ou de estabelecimentos médicos de internamento). Essencial é que, por força do contrato, o dever de vigilância tenha sido efetivamente assumido por estes sujeitos³⁹.

Uma questão particularmente interessante é a de saber como deve ser entendida a expressão **naturalmente incapaz** contida na norma. Na verdade, coloca-se o problema de saber se o incapaz a que se refere o art. 491º CC, é o incapaz de exercício de direitos. Cremos que, estando em causa a prática de atos materiais, o jurista não terá de ficar atido a uma categoria técnico-jurídica que tem o seu âmbito de aplicação bem delimitado. Por outro lado, importa não esquecer que há menores que são imputáveis em termos delituais e que as conceções dominantes podem determinar que o dever de vigilância, por exemplo, dos pais em relação a filhos menores que atinjam uma determinada idade (*v. g.* dezasseis anos) se atenua ou esvazie. Pense-se na hipótese do filho menor que vai estudar para fora da cidade onde os pais vivem, ou de determinadas infrações cometidas em domínios onde os pais já não podem controlar a atuação dos filhos, que progressivamente se autonomizam. A resposta à questão passará, portanto, por saber em que medida existe o dever de vigilância e qual o seu âmbito, redundando, portanto, numa indagação imputacional. A este propósito, Maria Clara Sottomayor diz que:

À incapacidade natural nem sempre corresponde a inimputabilidade. O art. 491º, dada a sua fórmula geral, aplica-se [...] quer a menores imputáveis quer a menores inimputáveis. Basta, portanto, para fazer funcionar o regime do art. 491º, a prática, por parte do incapaz, de um facto antijurídico ou objetivamente contrário ao direito (ilícito), causador de danos a terceiro, não se exigindo a culpa daquele. A ser de outro modo, seriam precisamente os que mais carecem de vigilância (os inimputáveis) e que mais perigosos são

³⁹VARELA, Antunes; LIMA, Pires de. **Código civil anotado**. V. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 337.

para os terceiros, aqueles em relação a cujos atos não funcionaria a presunção de culpa das pessoas obrigadas à vigilância de outrem. Quando se trata de um incapaz imputável, este e a pessoa obrigada a vigiá-lo respondem solidariamente, nos termos do art. 497º do CC. (SOTTOMAYOR, 1995, p. 408-409).⁴⁰

Acrescentaríamos, portanto, que não só a incapacidade natural não corresponde à inimputabilidade, como não corresponde à incapacidade de exercício.

Ora, se o problema patenteado pelo art. 491º CC, é, afinal, um problema imputacional, que tem a sua raiz na violação de um dever de vigilância, que se presume, então, nas hipóteses abstratamente consideradas de lesões perpetradas no quadro da prática desportiva, podemos não conseguir responsabilizar os representantes legais, mas, ao invés, responsabilizar o responsável pelo desenrolar do jogo, treinador ou clube no âmbito do qual o menor pratica uma determinada modalidade⁴¹.

REFERÊNCIAS

ABREU, Catarina Maria Pedro. **As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores**: o significado da *gillick competence* e a possível adoção da figura em Portugal. 2012. 47f. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal)-Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9511/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Catarina%20Abreu.pdf>.

AMADO, J. Leal. O andebol, o hóquei, o profissionalismo e o trabalho desportivo. **Questões Laborais**, Coimbra, ano VII, n. 15, 2000.

AMADO, J. Leal. O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as “indenizações de transferência”. **Questões Laborais**, Coimbra, ano V, n. 12, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa. As lesões corporais (e a morte) no desporto. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁴⁰No mesmo sentido, Antunes Varela, Pires de Lima (2010, p. 591).

⁴¹Particularmente interessante pode ser, também, uma reflexão séria em torno de aspetos atinentes à responsabilidade disciplinar. Na verdade, aplicando-se certas sanções disciplinares indistintamente a menores e a maiores, e a todos os menores, independentemente da sua imputabilidade ou não, haveria que se ponderar se tais soluções genéricas fazem sentido ou se os regulamentos desportivos deveriam, ou não, prever regimes sancionatórios especiais para os menores.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Parede: Príncípa, 2013.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Lições de responsabilidade civil**. Parede: Príncípa, 2017.

BRÜGGEMEIER, Gert. Haftungsrecht. **Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts**. Berlin: Springer, New York: Heidelberg, 2006.

COELHO, José Gabriel Pinto. **A responsabilidade civil baseada no conceito da culpa**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.

GUICHARD, R. Sobre a incapacidade dos menores no direito civil e a sua justificação. **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, Porto, n. 6, 2005.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. V. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. **Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXI, 1995.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Teoria geral do direito civil**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. Policopiado.

STOLL, Hans. **Handeln auf eigene Gefahr**. Tübingen: Mohr, 1961.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.