

# De LEGIBUS

7

2024

## A ASSUNÇÃO DO RISCO NOS DESPORTOS COLETIVOS: BREVE REFLEXÃO CRÍTICA À LUZ DO DIREITO PENAL E CIVIL

THE ASSUMPTION OF RISK IN TEAM SPORTS: A BRIEF CRITICAL  
REFLECTION IN LIGHT OF CRIMINAL AND CIVIL LAW

RODRIGO CARDOSO REIS

REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

# A ASSUNÇÃO DO RISCO NOS DESPORTOS COLETIVOS: BREVE REFLEXÃO CRÍTICA À LUZ DO DIREITO PENAL E CIVIL

THE ASSUMPTION OF RISK IN TEAM SPORTS: A BRIEF CRITICAL  
REFLECTION IN LIGHT OF CRIMINAL AND CIVIL LAW

---

---

RODRIGO CARDOSO REIS\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Delimitação do objeto de estudo; 3. As lesões desportivas no direito penal; 3.1. A intervenção do direito penal no desporto; 3.2. A causa de justificação penal; 3.3. O consentimento no desporto; 3.4. A autonomia do consentimento e a heteronomia desportiva; 3.5. O objeto do consentimento; 3.6. A teoria da ação; 3.7. Crítica à teoria da ação; 3.8. A teoria do risco; 4. As lesões desportivas no direito civil; 4.1. A causa de justificação civil; 4.2. A assunção do risco desportivo no direito civil; 4.3. A assunção do risco e as cláusulas de exclusão da responsabilidade civil; 4.4. A assunção do risco e a culpa do lesado; 5. Violação das regras de jogo-ataque à ética desportiva ou algo inerente à competição?; 5.1. Interpretação restritiva das regras de jogo; 5.2. Interpretação extensiva das regras de jogo; 6. O conceito de risco desportivo; 7. Considerações finais.

**RESUMO:** Partindo do trágico acidente que teve lugar no passado outubro de 2023, quando Adam Johnson, atleta da NHL, faleceu no hospital na sequência de ter sido atingido na garganta por um golpe desferido pelo patim de um adversário, a seguinte investigação toma como objeto o conceito do risco desportivo nos desportos coletivos. Visa delimitar o leque de lesões que se podem subsumir àquele conceito e cujo risco é assumido pelo atleta aquando da sua participação na modalidade. Pelo meio, tentaremos decifrar qual a causa de justificação idónea para tratar das lesões desportivas, desconstruindo, para tal efeito, as opiniões doutrinárias mais relevantes do direito penal e civil português, olhando brevemente para algumas das decisões jurisprudenciais nacionais e internacionais mais relevantes dos últimos tempos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consentimento, assunção do risco desportivo, regras desportivas, desportos “uns contra os outros”, princípios ético-desportivos, habilidades constitutivas, habilidades restaurativas.

---

\* Licenciado em Direito pelo ISMAT e Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Lusófona. rodrigoluisreis@gmail.com

**ABSTRACT:** Starting from the tragic accident that took place in October 2023, when Adam Johnson, an NHL athlete, passed away in the hospital after being struck in the throat by a blow delivered by an opponent's skate, the following investigation focuses on the concept of sporting risk in team sports. It aims to delineate the range of injuries that can be subsumed under that concept and whose risk is assumed by the athlete when participating in the sport. Along the way, we will attempt to decipher the most appropriate justification for the treatment of sports injuries, deconstructing, for this purpose, the most relevant doctrinal opinions in Portuguese criminal and civil law, while briefly examining some of the most significant national and international judicial decisions of recent times.

**KEYWORDS:** Consent, assumption of sporting risk, sporting rules, sports 'against each other,' ethical-sporting principles, constitutive skills, restorative skills.

## 1. INTRODUÇÃO

Na data em que escrevemos o presente texto, passou exatamente um mês desde o centésimo nono aniversário das “Tréguas de Natal”. O final do mês de dezembro de 1914, com o advento da Primeira Guerra Mundial, assistiu a milhões de homens enterrados nas trincheiras, chacinados impiedosamente, num conflito bélico nunca antes visto que violou todas as regras do *jus in bello*. Foi então que, na véspera de Natal de 1914, os soldados rivais, na frente ocidental, improvisaram um cessar-fogo que, embora não respeitado universalmente, viu soldados britânicos e germânicos saírem das trincheiras e a reunirem-se na “terra de ninguém”, para comemorar com trocas de presentes, cantar, beber e... jogar futebol.

Em bom rigor, a Europa, refém de confrontos belicistas e revoluções permanentes, foi sempre encontrando espaço no seu calendário para os demais campeonatos e competições desportivas, que foram forçando a sua entrada na vida das pessoas, como uma linguagem universal que todos falavam e da qual podiam fazer parte, independentemente da religião, raça ou convicção política. Como escreveu Costa Andrade, “o desporto comunica a todos um sentido de objetividade, racionalidade, igualdade de oportunidades e induz um sentimento generalizado de pertença e de igualdade”. A álea associada às práticas desportivas

“generaliza a certeza de que qualquer atleta, qualquer equipa pode ganhar, independentemente das condicionantes de ordem económica ou política”<sup>1</sup>.

A vitória portuguesa no Euro 2016, o triunfo da seleção de hóquei no gelo dos Estados Unidos sobre a União Soviética nos Jogos Olímpicos de Inverno de 1980, a conquista do Open da Austrália de 2017 no ténis por Serena Williams, que descobriu estar grávida apenas dois dias antes do torneio iniciar. As histórias multiplicam-se.

No passado mês de outubro de 2023, numa partida de hóquei no gelo a contar para a NHL, Adam Johnson, um dos jogadores em competição, foi atingido na garganta por um patim do adversário, tendo vindo a falecer mais tarde no hospital em virtude dessa lesão. Na sequência do acontecimento, algumas vozes na comunicação social já falam em homicídio<sup>2</sup>. Este caso veio corroborar o nosso interesse nesta temática, transportando-nos para o campo de um dos conceitos jurídicos mais fascinantes que já estudámos – *o consentimento do lesado*<sup>3</sup>.

Na presente investigação, pretendemos refletir acerca da possível aplicação desta figura às lesões desportivas causadas entre atletas, nos desportos de competição coletivos, aludindo à tão falada assunção do risco desportivo.

A segunda parte da nossa investigação, por sua vez, passará pela densificação da noção de risco desportivo nos desportos coletivos. Tentaremos apurar qual o leque de lesões que se podem subsumir àquele conceito.

1 Também neste sentido, nas palavras de Weis, “no desporto produzem-se sentidos, reduz-se a complexidade e representa-se com uma clareza única, um mundo sagrado e ideal de prestações e recompensas. Acredita-se que aqui se cumprem integralmente os princípios da objetividade, igualdade de oportunidades, mensurabilidade, comparação, compreensão generalizada das prestações, transparência das diferenças entre prestações e consequentes classificações”. Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2003), 687.

2 Notícia disponível em: <https://observador.pt/2023/11/14/corte-na-garganta-com-patim-virou-caso-de-policia-foi-detido-um-homem-por-suspeitas-de-homicidio-involuntario-de-adam-johnson/>

3 O consentimento do lesado envolve uma panóplia de problemáticas que, no nosso entendimento, tornam o estudo deste instituto jurídico, teoricamente falando, num dos mais fascinantes e complexos do direito. Sendo certo que o seu regime jurídico, como iremos ver, está relativamente estabilizado, não faltam questões para as quais a doutrina diverge nas respostas. A dicotomia entre o conceito de consentimento e dissentimento, no âmbito do consentimento para atos sexuais, a questão do consentimento informado na prática de atos médicos, uma área com uma investigação jurídico-científica vastíssima (abarcando os casos de violência obstétrica que cada vez mais se multiplicam), e a velha problemática do objeto do consentimento nas ofensas à integridade física negligentes são apenas alguns exemplos.

Este é o objetivo nuclear da investigação, que não parece recolher, para nossa surpresa, pelo menos no âmbito da doutrina portuguesa, particular interesse. É indispensável conferir um tratamento mais exaustivo do conceito de risco desportivo, com especial destaque para a temática da ética desportiva e violação das regras de jogo.

A violação de uma regra é uma conduta ilícita suscetível de gerar responsabilidade penal e civil ou um risco normal inerente ao desporto? As regras de jogo esgotam exaustivamente a materialidade adjacente aos princípios de ética desportiva? Ou são meras diretrizes gerais suscetíveis de concretização, admitindo condutas que, embora violem as regras escritas, sejam socialmente adequadas à prática desportiva? Todas estas questões são de máxima relevância prática, exigindo um tratamento aprofundado. Naturalmente não o iremos fazer em meras dez páginas. Contudo, acreditamos estar aptos para fornecer um importante contributo para a definição do risco desportivo no presente trabalho.

## 2. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

Em face do que antecede, importa delimitar o objeto da presente investigação. Com efeito, adotaremos a tipologia tripartida de Costa Andrade<sup>4</sup>, que apresenta três grupos distintos de atividades desportivas, consoante a natureza, intensidade e frequência do contacto físico na sua prática.

Num primeiro grupo, o autor enumera os *desportos praticados “lado a lado”*, por atletas que, de uma forma individual e em competição com os adversários, utilizam o mesmo local para realizar de forma separada ou concorrente as suas prestações. É o caso do ténis, ciclismo, o atletismo, a natação, entre vários outros.

Neste grupo de modalidades é possível encontrar várias decisões jurisprudenciais que frequentemente aplicam a presunção de culpa do organizador do evento desportivo do n.º 2 do art.º 493.º do CC, justamente pelo exercício de uma atividade perigosa. Temos, a título de exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30-04-2020 (Processo n.º

---

4 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 680 e ss.

1415/18.3T8VFR.P1)<sup>5</sup> que considerou o ciclismo uma atividade perigosa, para efeitos daquele preceito legal, e confirmou a decisão da primeira instância, que condenava o organizador da prova na sequência de um choque de um dos atletas com uma viatura automóvel que circulava na pista desportiva em sentido contrário. Entendeu a douta jurisprudência que o réu não ilidiu a presunção de culpa<sup>6</sup>.

Posteriormente, o autor conimbricense elenca os *desportos praticados “uns contra os outros”*. São desportos coletivos onde, não sendo a sua finalidade a lesão à integridade física do adversário, o contacto físico é normal e inevitável, tornando o dano à integridade física um cenário previsível. É o caso do futebol, andebol, basquetebol, futsal ou rãguebi.

No âmbito do futebol, salta à vista uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-05-2016 (Processo n.º 108/09.7TBVRM.L1.S1.)<sup>7</sup>. Estava em causa uma partida de futebol amador, ainda que federado, onde um dos atletas veio a ser atingido pela bola na cara, no seguimento de um remate desferido pelo adversário. Na sequência da bolada na cabeça o autor ficou com uma incapacidade permanente total para o trabalho e passou a estar dependente de uma terceira pessoa para sobreviver de forma condigna. O Supremo veio confirmar o acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, não enquadrando o futebol no conceito de atividade perigosa do n.º 2 do art.º 493.º CC, e aplicando a assunção do risco como causa de exclusão da ilicitude<sup>8</sup>.

Em sentido contrário se pronunciou uma outra decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-06-2004, que afastou a aplicação do consentimento a uma lesão que ocorreu durante a prática desportiva pois “só com

---

5 Consultável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

6 Iguais decisões se verificaram, por exemplo, em casos de provas desportivas de viação ou karting. Vejam-se, a título de exemplo, o Ac. STJ, de 17-11-2005, P.º 04B4372, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e o Ac. Rel. Évora, de 28-06-2018, P.º2540/12.0TBLL.E1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

7 Consultável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

8 Como referiu o respetivo Ac. Rel. Lisboa, de 09-07-2015, P.º 108/09.7TBVRM.L1-7, “A lesão do autor, embora mais grave do que as que normalmente acontecem, era uma hipótese que não podia ser posta de parte. E ele sabia disso e, apesar de tudo, aceitou participar no jogo. E não é pelo facto de a lesão ser superior às que ocorrem frequentemente que se justifica solução diferente (...) O autor assumiu o risco de sofrer uma lesão, provocada no decorrer de uma jogada normal, quer em consequência de uma falta do adversário, quer, simplesmente, como aconteceu, numa jogada ocasional.”

muita imaginação argumentativa se pode afirmar que alguém desejaria sofrer um pontapé que o constrange a uma intervenção cirúrgica”<sup>9</sup>.

Costa Andrade alude ainda a uma terceira categoria de *desportos praticados “atleta contra atleta”*, que engloba maioritariamente desportos de combate como o MMA, o boxe, o kickboxing, jiu jitsu brasileiro, entre muitos outros, onde o atleta visa provocar lesões à integridade física do adversário, muitas delas irreversíveis, sendo a ocorrência de lesões de tal natureza necessária para a sua prática.

No contexto da fenomenologia apresentada pelo autor, debruçar-nos-emos sobre o segundo grupo de modalidades, já que o primeiro grupo, no nosso entendimento, não acarreta uma perigosidade significativa. Por outro lado, os desportos de combate, dada a sua natureza e finalidade particular, exigem um tratamento autónomo, o qual reservaremos para uma ocasião futura.

### **3. AS LESÕES DESPORTIVAS NO DIREITO PENAL**

#### **3.1. A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NO DESPORTO**

No desenrolar da prática desportiva, como nos demonstrou o trágico falecimento de Adam Johnson, são comuns condutas cuja prática fora do contexto desportivo seria visada pela ordem jurídica penal. Isto conduz-nos a uma realidade antagónica. Por um lado, temos a elevada frequência com que ocorrem comportamentos criminalmente ilícitos no desporto. Por outro, a escassez com que estas infrações são levadas às instâncias penais<sup>10</sup>.

O percurso que nos propomos a caminhar terá obrigatoriamente como primeiro degrau a discussão atinente ao campo de intervenção do direito no desporto, balizada por duas posições distintas.

---

9 Para uma análise mais detalhada do acórdão, consultar analisado mais detalhadamente em André Dias Pereira, “Responsabilidade Civil em Eventos Desportivos”, in *Revista Jurídica do Desporto*, (Ano III, n.º 14, 2008), 227-266.

10 Ângela Filipa Batista, “Ofensas à Integridade Física no Desporto”, in *Direito Penal Hoje - Novos Desafios e Novas Respostas* (Coimbra: Coimbra Editora, 2009), 81.

Uma primeira perspetiva olha para o desporto como um subsistema autónomo e autopoietico<sup>11</sup>, cujo funcionamento ocorre independentemente da intervenção do direito penal, com recurso às suas próprias regras disciplinares, em conformidade com o princípio da *ultima ratio* penal. A aplicação de uma sanção disciplinar desportiva transmite aos espectadores um sentido de justiça e satisfação que contribui para o afastamento da reprovação penal da conduta e conseqüente mitigação da necessidade de tutela penal<sup>12</sup>.

Por sua vez, uma segunda posição argumentaria no sentido da aplicação do direito penal de forma plena ao desporto, conferindo às ofensas que aí ocorrem um tratamento semelhante ao que confere a qualquer outro domínio da vida social.

Evidentemente, defender uma separação absoluta dos dois redundaria numa perigosa desproteção de bens jurídicos com dignidade penal, como a integridade física do atleta. Abdicar de qualquer ponto de contacto abriria portas à possibilidade de instrumentalização da própria modalidade desportiva para um ataque ao atleta adversário. Não é pela intervenção do direito penal no desporto não ser tão extensiva como nas demais situações que “sob capa do desporto, possam ser violados bens jurídicos de importância acrescida e conseqüentemente as suas correspondentes normas penais”<sup>13</sup>.

Contudo, também será de fácil entendimento que uma intervenção penal no desporto semelhante à que existe em outros domínios da vida inviabilizaria a prática da atividade desportiva. O intuito competitivo do desporto confere-lhe um carácter conflituoso, que acarreta um normal risco de lesão para a integridade física do atleta. Procurar limitá-lo é uma tarefa delicada, que arrisca colocar em causa o normal desenrolar da prática desportiva.

Neste limbo jurídico em que nos encontramos, urge encontrar um ponto de equilíbrio onde, por um lado, o direito penal não deixa de interferir na atividade desportiva para assegurar uma adequada proteção dos bens jurídicos em jogo; e por outro, onde ao desporto é reconhecida uma autonomia

11 Termo criado na década de 1970 pelos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, para denominar um sistema fechado, autorregulador, construído e disciplinado pelas suas componentes próprias, sem qualquer intervenção de normas alheias a ele próprio.

12 Ângela Filipa Batista, “Ofensas à Integridade Física no Desporto”, 81.

13 *Ibidem*, 83.



necessária, para que a sua atividade se possa desenrolar nos seus moldes competitivos naturais. Para já, parece-nos seguro afirmar, tal como fez Rössner, que a “fronteira entre as lesões corporais intoleráveis e a prática permitida do desporto também no direito penal se situa a um nível mais elevado do que sucede na vida social, em geral”<sup>14</sup>. Esta parece também ser a solução adotada pela Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto<sup>15</sup>.

### 3.2. A CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO PENAL

Na doutrina penal alemã não faltam vozes que remetem para a figura do consentimento um papel preponderante no âmbito das ofensas à integridade física em atividades desportivas. Nesta linha de pensamento, defende Günther que “é o consentimento *que torna possível manter o direito penal em grande medida fora da área do desporto*”<sup>16</sup>. Também Noll e Hansen subscrevem tal entendimento. Já na doutrina portuguesa, Miguel Mestre é uma das poucas vozes que atribui ao consentimento (no risco, como iremos ver) um papel preponderante em sede da justificação das lesões desportivas<sup>17</sup>. É uma linha de ideia que conta, particularmente na doutrina alemã, com uma ampla concorrência de diversas outras construções doutrinárias. A saber, a do *risco permitido* de Eser, a *adequação social* da conduta desportiva para a qual remetem Zipf ou Dölling, o *dever de cuidado quanto à competição* de Rössner, a *renúncia ou abandono ao bem jurídico* defendida por Ensthaler ou a lesão de interesses de Frisch. Por sua vez, na defesa da *heterocolocação em risco consentida* por parte do atleta como causa de exclusão da tipicidade, temos Niedermair<sup>18</sup>.

14 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 682.

15 Conforme dispõe o n.º 4 do art.º 18.º “as decisões e deliberações disciplinares relativas a infrações à ética desportiva, no âmbito da violência, da dopagem, da corrupção, do racismo e da xenofobia *não são matérias estritamente desportivas.*”

16 Manuel da Costa Andrade, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª Edição (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 451.

17 Havendo a criação de um risco não proibido não há imputação objetiva, Alexandre Miguel Mestre “Causas de exclusão da Ilicitude Penal nas Atividades Desportivas”, in *Revista Jurídica*, n.º 22, (1998), 496 *apud* Ângela Filipa Batista, “Ofensas à Integridade Física no Desporto”, 92.

18 Para uma exposição mais aprofundada da respetiva divergência doutrinária, consultar Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 696.

Esta última construção doutrinária, levada a cabo por Claus Roxin abrangge, nas suas palavras, as “situações em que uma pessoa não empreende ações com as quais se coloca a si mesma em perigo nem enfrenta um risco já existente, mas se expõe, com plena consciência do risco, a uma situação de perigo que é obra exclusiva de terceiro”<sup>19</sup>.

Na doutrina penal portuguesa, Costa Andrade pugna pela tese do *risco permitido*<sup>20</sup>. Já Faria Costa, opta pela via do *exercício de um direito*<sup>21</sup>, opção que também parece defender Germano Marques da Silva<sup>22</sup>. A favor da tese da *adequação social da conduta desportiva*, temos Paula Faria<sup>23</sup>.

### 3.3. O CONSENTIMENTO NO DESPORTO

Indubitavelmente, o consentimento é, no confronto com os demais institutos jurídicos listados, aquele que conta com um regime jurídico mais estabilizado<sup>24</sup>. Possui pressupostos mais estáveis, possíveis de identificar com um

19 Cfr. Manuel da Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista* (Coimbra: Coimbra Editora, 1991), 272, recorrendo a alguns exemplos de escola, de facto, é distinta a situação em que João desafia Bruno para uma corrida de motas, conduzindo cada um a sua, estando ambos embriagados; daquela em que João aceita ser transportado num automóvel conduzido por Bruno, estando este último embriagado.

No primeiro caso, o agente tem o domínio total do facto, não só quanto à decisão de se expor ao perigo, mas também quanto à medida ou extensão em que se quer expor ao mesmo. Pode, portanto, a todo o tempo, controlar ou interromper a exposição ao risco em causa.

No segundo caso, aquele não tem o domínio do momento, antes tolera a exposição a um perigo criado por outrem, que o deixa à mercê, por um lado, de um eventual desenvolvimento aleatório e imprevisível do perigo em causa, e por outro, da destreza de outra pessoa para agir em situações perigosas.

20 Manuel da Costa Andrade, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 453. Em sentido convergente Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 718.

21 José de Faria Costa, *Direito Penal* (Lisboa: Imprensa Nacional, 2017), 317-319. O autor contextualiza juridicamente as lesões desportivas na alínea b) do n.º 2 do art.º 31.º do CP. Ressalva, no entanto, que o exercício do direito tem de se conter dentro dos limites da sua permissão. Nas palavras do autor, “aquele que exerce um direito não pode agir contra o direito”. Ainda parafraseando o autor, “o exercício de um direito tem no seu abuso o limite da legitimidade desse mesmo exercício”.

22 Germano Marques da Silva, “A responsabilidade penal no desporto. A causa de justificação desportiva”, in *Revista de Direito do Desporto*, n.º 13 (Lisboa: AAFDL / FPF Portugal Football School, 2023), 7 e ss.

23 Paula de Faria, *A adequação social da conduta no direito penal – ou o valor dos sentidos sociais na interpretação do direito penal* (Porto: Publicação Universidade Católica, 2005), 490 ss.

24 No Código Penal Português, para além da consagração na Parte Geral do consentimento como uma causa de justificação da ilicitude – alínea d), n.º 2 do art.º 31º do CP, bem como nos arts. 38º

maior grau de segurança e que colhem crédito de um maior desenvolvimento axiológico, quer a nível doutrinal quer jurisprudencial. Destarte, não é surpreendente a ampla defesa desta tese no domínio das lesões desportivas, já que, igual mérito não pode ser reivindicado por várias das alternativas referenciadas que, carecendo de um regime legal expresso, encontram-se ainda em vias de afirmação e amadurecimento.

Por conseguinte, não haverá ilicitude quando, na existência de um dano provocado a um direito de outrem, este último tenha consentido na lesão daquele interesse. A participação do atleta no evento desportivo vale como uma manifestação concludente do seu consentimento nas lesões que possam eventualmente ocorrer.

Contudo, esta linha de pensamento tem vindo a merecer duras críticas por parte da doutrina, que apresenta duas objeções fundamentais à aplicação do consentimento às lesões desportivas, no âmbito dos desportos coletivos. Primeiramente, alude-se a uma eventual subversão forçada do regime do consentimento para que possa caber no âmbito do desporto. Em segundo lugar, procura-se desconstruir o conteúdo psicológico da postura e atuação do atleta para demonstrar que nele não se verificam os pressupostos do consentimento<sup>25</sup>.

### 3.4. A AUTONOMIA DO CONSENTIMENTO E A HETERONOMIA DESPORTIVA

Consoante defende Zipf, “a conformação geral do desporto não é conciliável com a essência do consentimento”<sup>26</sup>. O carácter heterónimo da

---

e 39º – conta ainda, no âmbito das ofensas à integridade física, com presença na parte especial no art.º 149º. A tendência do direito comparado, como é o caso do direito penal alemão, austríaco ou espanhol, é de dispor o consentimento no capítulo da PE (Parte Especial) respetivo às lesões à integridade física. Todavia, o legislador penal foi mais longe e consagrou este instituto jurídico na PE e na PG (Parte Geral). Poder-se-á assim questionar se o Código Penal português não incorreu numa redundância. Sobre esta questão, consultar Manuel da Costa Andrade, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 418, onde, segundo o mesmo, o preceito do art.º 149º não é redundante, pois possui um “conteúdo normativo próprio”, que se desdobra, por um lado, na consagração expressa do princípio da disponibilidade da integridade física e, por outro, na densificação axiológica do significado e alcance da cláusula dos bons costumes.

25 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 706.

26 *Ibidem*, 705.

disposição do bem jurídico no desporto deixa pouco espaço ao exercício da autonomia individual do atleta.

Recapitulando aquilo que já aprendemos, a validade do consentimento está condicionada, em primeiro lugar, à existência de um bem jurídico disponível e da sua conformidade aos bons costumes e ordem pública, nos termos do n.º 1 do art.º 38.º do CP. Em segundo, da existência de uma vontade livre, séria e *esclarecida* do titular do bem jurídico, conforme resulta do n.º 2 do art.º 38.º do CP, bem como do conhecimento do consentimento por parte daquele, como dispõe o n.º 4 do mesmo artigo. Ora, de acordo com o art.º 149.º CP a integridade física é um bem livremente disponível para efeitos de consentimento.

O que importa reter é que o consentimento do lesado deve refletir a autonomia individual do titular do bem jurídico vilipendiado. O que estamos a tentar dizer é que a lesão em causa deve dar-se no seu próprio interesse. Como está no exercício da autonomia individual, e sendo este um instituto jurídico que configura, nas palavras de Figueiredo Dias, um “ato de autorrealização”<sup>27</sup>, quem consente deverá ter a faculdade de fixar livre e autonomamente a área do consentimento. Isto abrange a delimitação das lesões em que consente, bem como das circunstâncias concretas em que as consente. Dito de outra forma, aquele define o *sujeito*, o *tempo*, o *lugar*, o *modo da conduta* e o *quantum* da lesão que se dispõe a tolerar.

Todavia, esta exigência é incompatível com a natureza desportiva, particularmente no caso dos desportos coletivos. Em tais modalidades, o universo de lesões possíveis é de tal modo vasto e indeterminado que exigir que cada um dos atletas demarque o leque de lesões em que consente, bem como as circunstâncias em que as consente, redundaria em um “policentrismo de áreas de consentimento” do qual advém uma complexidade inviabilizadora do normal desenrolar da prática desportiva<sup>28</sup>.

Para entendermos melhor esta ideia, viremos momentaneamente as nossas atenções para o direito civil, justamente para o princípio da liberdade contratual do art.º 405.º do CC. As partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, incluindo nestes as cláusulas que entenderem,

27 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Parte Geral*, 3.ª Edição (Coimbra: Gestlegal, 2019), 567.

28 No mesmo sentido Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 710-711.

dentro dos limites legais. Ora, de forma analogicamente semelhante, de igual faculdade dispõe aquele que consente numa lesão a um bem jurídico do qual é titular. Em princípio, o seu titular tem uma legitimidade e uma reserva absoluta para delimitar o conteúdo do consentimento. Isto abrange o *que*, o *quando*, o *onde*, o *como* e o *quem* do consentimento.

Transpondo tal lógica para a prática desportiva, encontraríamos um obstáculo claro, particularmente nos desportos coletivos, onde, como salienta Costa Andrade<sup>29</sup>, a cada um dos 22 jogadores de futebol em campo deveria assistir a capacidade de demarcar a área do consentimento, de forma autónoma e singular. Isto inclui as lesões em que consentem, bem como as circunstâncias em que as consentem. Tal não seria possível sem a inviabilização da prática desportiva. Atletas diferentes consentiriam em lesões diferentes. E ainda que consentissem nas mesmas lesões, consenti-las-iam em circunstâncias distintas<sup>30</sup>.

Por isto mesmo, nos desportos coletivos, metaforicamente falando, estaríamos perante uma lógica mais próxima de um contrato de adesão, onde a liberdade contratual apenas se espelha no momento de adesão ao contrato. No desporto, *mutatis mutandis*, a autonomia individual apenas se espelha na decisão de participar na modalidade desportiva. Também Costa Andrade reconhece a existência de um momento inicial de consentimento, que se reporta à livre decisão de participação e aceitação das regras<sup>31</sup>.

Porém, posteriormente a esse momento inicial, na prática desportiva, dificilmente se poderá fazer subsistir o carácter individualizador e autónomo da vontade de quem consente que, como é do nosso conhecimento, exige que o consentimento tenha de ser prestado perante uma agressão concreta, determinada, prevista e de autoria identificável.

Dito de outra forma, ao portador do bem jurídico, neste caso o atleta, deve ser reservado um domínio sobre a ação consentida. Domínio esse que

29 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 710.

30 “(...) uns podem dar consentimento outros não; uns podem revogá-lo outros não; os que revogam podem fazê-los em momentos diferentes. O que (...) significaria a autonomização e dispersão do universo de sentidos, de modelos de ação, papéis e expectativas que suportam o meio de comunicação que é o futebol. (...) a complexidade resultante do policentrismo de áreas de consentimento impossibilitaria, na prática, a modalidade desportiva”, *ibidem*, 710-711.

31 *Ibidem*, 713.

é vilipendiado pelo grau tão indeterminado das lesões suscetíveis de ter lugar<sup>32</sup>. Ao invés, na atividade desportiva, estamos antes perante uma *imposição heterónoma de um leque muito abstrato e indefinido de danos possíveis à vontade do agente*, que não lhe permite demarcar com liberdade a área do consentimento, reservando pouco espaço ao exercício da sua autonomia individual.

A obrigação em consentir toma o lugar da possibilidade de consentir. Dito de outra forma, o “poder consentir” passa a um “ter de consentir”<sup>33</sup>, impondo ao desportista “que ele quis o que a ordem jurídica lhe quer impor”<sup>34</sup>.

Já nos desportos de combate, como são praticados individualmente e cuja finalidade é a ofensa à integridade física, o universo de lesões possíveis, embora potencialmente mais graves, possui um grau de determinabilidade maior. Ao contrário dos desportos coletivos, aqui o atleta entra em competição com a plena convicção de quem é o agente da possível lesão, da sua natureza e sabe que, em princípio, pode contar com aquela, pois a sua ocorrência é praticamente inevitável, já que coincide precisamente com o objetivo do desporto em si.

Por isto mesmo, não faltam vozes que, embora negando, tal como nós, a relevância do consentimento nos desportos coletivos, a sustentam no campo dos desportos de combate como a instância idónea para tratar das lesões à integridade física que aí têm lugar<sup>35</sup>.

Em síntese, a aplicação do regime do consentimento ao desporto redundaria na paralisação do desporto, ou obrigar-nos-ia a tratar como consentimento

---

32 A lesão desportiva nos desportos coletivos é indeterminada quanto ao agente, que pode ser qualquer um dos atletas da equipa adversária, como também, e sobretudo, quanto ao *se*, à natureza, ao modo e ao *quantum* da sua ocorrência. Observação semelhante é levada a cabo por Hansen – Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 710.

33 A aplicação do consentimento ao desporto “equivaleria a converter (...) a mera possibilidade de consentimento num ter de consentir” – Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, 311. Também neste sentido se pronuncia Ensthaler, para quem se passa de um “*einwilligenkönnen*” para um “*einwilligenmüssen*”, em Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 710.

34 Consultar Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 710, onde o autor contrapõe a “lógica generalizadora” do desporto à “lógica individualizadora e centrífuga das concretas cristalizações da autonomia individual”.

35 Neste sentido se pronunciam Rössner e Dölling. Em sentido divergente, rejeitando também aqui a relevância do consentimento, *ibidem*, 711.

aquilo que seriam, em bom rigor, meras ficções de consentimento<sup>36</sup>, fazendo intervir aquele instituto como um *deus ex machina* para solucionar casos que não expressam verdadeiramente a autonomia individual do titular do bem jurídico, neste caso o desportista.

### 3.5. O OBJETO DO CONSENTIMENTO

Acresce ainda a dificuldade em afirmar que o atleta realmente consente na produção de um resultado lesivo à sua integridade física, dificilmente se identificando os pressupostos do consentimento na sua postura.

O caso do boxe, e dos desportos de combate no geral, ajudam-nos a entender esta ideia mais facilmente. Neste tipo de modalidades, dificilmente se poderá interpretar a postura do agente como aquela de quem consente na ocorrência de uma lesão à sua integridade física. O pugilista pretende *exclusivamente* ferir o adversário, fazendo tudo ao seu alcance para não ser ferido pelos golpes desferidos por aquele, procurando afastar a todo o custo a possibilidade de sofrer uma lesão. Igual lógica se pode estender às restantes modalidades desportivas. No desporto em geral, *o atleta espera e confia terminar a competição sem qualquer lesão*<sup>37</sup>.

Olhemos, por exemplo, para a formulação de Rössner: “Apesar da reconhecida perigosidade do desporto, todo o jogador espera acabar jogo sem sair lesionado. Adscriver ao consentimento uma lesão que, até ao limite do possível, se procura evitar é uma suposição artificial, que passa ao lado da realidade.”<sup>38</sup>

Esta linha de argumentação, que na doutrina penal alemã foi igualmente levada a cabo por Eb. Schmidt e Schaffstein<sup>39</sup>, já foi anteriormente consagrada

36 Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, 320.

37 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 706.

38 *Ibidem*, 707.

39 Nas palavras deste último, “Nem o acompanhante do automobilista embriagado, nem os passageiros do barqueiro teriam confiado nos seus transportadores se tivessem previsto que a viagem terminaria com a própria morte. O mesmo valerá para o futebolista ou o boxeur (...) que seguramente não consentirão nas lesões graves ou mortais que frequentemente os atingem (...)”, Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, 294.

pelo Supremo Tribunal de Justiça português em matéria de responsabilidade civil, salientando precisamente que o n.º 3 do art.º 340.º do CC exige que a lesão se dê no interesse do lesado, de acordo com a sua vontade presumida e que “só com muita imaginação argumentativa se pode afirmar que alguém desejaria sofrer um pontapé que o constrange a uma intervenção cirúrgica”<sup>40</sup>. Também o Supremo Tribunal alemão (10/02/1976) já argumentou neste sentido, afastando a invocação do consentimento, considerando-a, tal como Rössner, uma mera “suposição artificial” quando levada a cabo no contexto das lesões desportivas<sup>41</sup>.

Argumenta Eb. Schmidt que o erro dos defensores da aplicação da tese do consentimento às lesões desportivas reside na confusão entre o “*Wollen des Risikos*” e o “*Wollen des Verletztwerdens*”<sup>42</sup>.

Chegados a este ponto, a discussão atinente a este argumento tem o seu destino inevitável no campo da problemática do *objeto do consentimento* na negligência.

### 3.6. A TEORIA DA AÇÃO

Nas ofensas dolosas, o consentimento tem de estender-se ao resultado, pois carece de um alcance que coincida com o propósito do lesante. Facilmente se entenderá o porquê. Tanto o desvalor da ação como o desvalor do resultado têm um peso significativo na formação do juízo de ilicitude. Naturalmente, o consentimento terá de acompanhar ambos, entre os quais o resultado. Caso

---

40 Falamos do Ac. STJ, de 17-06-2004, segundo o qual “só com muita imaginação argumentativa se pode afirmar que alguém desejaria sofrer um pontapé que o constrange a uma intervenção cirúrgica... Nem mesmo se verifica o consentimento tácito, já que a lesão cai ‘fora das regras do jogo’”. Para uma análise mais detalhada do acórdão, consultar André Dias Pereira, “Responsabilidade Civil em Eventos Desportivos” 227-266.

41 Pode ler-se na sua fundamentação que dificilmente se poderá sustentar “que o participante num jogo de futebol consinta na sua própria lesão (...). Pelo contrário, todo o futebolista espera e confia poder acabar o jogo sem sofrer qualquer lesão”, Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 707.

42 Para o autor, os praticantes de boxe “demonstram da forma mais clara e unívoca a sua vontade contrária: através da sua defesa, eles fazem tudo para evitar ser feridos. Cada um quer exclusivamente ferir o outro para, o mais depressa possível, afastar a possibilidade de serem eles próprios a sofrer uma lesão”. Dito por outras palavras, e sintetizando, o “querer do risco” é distinto do “querer do resultado”. *ibidem*, 707.



contrário não há consentimento, pois o titular do bem jurídico não sabe em que lesão está a consentir.

Contrariamente, na negligência, onde a produção do resultado não coincide com o propósito do agente, resultando antes da violação de um dever de cuidado, dificilmente se poderá exigir que a concordância do ofendido tenha o mesmo alcance que aquele. Por outras palavras, se nem o próprio autor da ofensa previu a sua ocorrência, torna-se pouco plausível exigir que o ofendido a tenha em mente para efeitos de consentimento.

Dessarte, exigir o consentimento num resultado produzido de forma negligente coloca óbvias dificuldades práticas, pois, em princípio, a vítima (e o próprio lesante) não quer o resultado lesivo da ação negligente<sup>43</sup>. Para Hirsh ou Schaffstein, como o desvalor da ação assume, na negligência, uma relevância predominante sobre o desvalor do resultado, então é precisamente ao primeiro a que o consentimento se tem de reportar. Dito de outra forma, se o desvalor da ação é o alicerce axiológico do ilícito negligente, a concordância com aquele, isto é, com a ação perigosa, em princípio afastará tal juízo de ilicitude<sup>44</sup>.

Daqui nasce a teoria da ação, segundo a qual o consentimento apenas tem de abarcar a *ação violadora do dever de cuidado* (e não também o resultado). O resultado, por outro lado, tem um valor secundário. Consentido o lesado na ação perigosa, este assume o risco da lesão, tendo de aceitar todas as suas consequências ou resultados lesivos produzidos de forma negligente, mesmo que tenha esperado ou confiado que não viessem a acontecer.

Consequentemente, quem consente numa ação perigosa não poderá depois vir alegar a desfavorabilidade do resultado. *Mutatis mutandis*, quem participa na atividade desportiva, assumindo o seu perigo, não poderá posteriormente invocar que o fez contando evitar a produção daquele resultado desvalioso.

43 Como explica Hirsh, estender o consentimento ao resultado levaria à “negação fáctica da possibilidade do consentimento do facto negligente, já que o resultado do facto negligente não é, por regra, querido pela vítima”, in Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 708.

44 Cfr. Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, 323, “o primado do desvalor da ação permite-lhe (...) encarar a ação como objeto exclusivo do consentimento justificante da conduta negligente”.

### 3.7. CRÍTICA À TEORIA DA AÇÃO

Embora reconhecendo o devido mérito a esta posição, não nos parece que, na esteira dos ensinamentos de Costa Andrade, tal deva ser acolhida. O triunfo de tal teoria conduziria à imposição coerciva de todos os resultados possíveis de serem desencadeados pela perigosidade da ação à vontade do agente.

O seu consentimento abrangeria não apenas as lesões mais previsíveis e determináveis, que o atleta teve em mente quando decidiu participar na atividade desportiva, como também as resultantes de um desenrolar imprevisível e aleatório do seu risco, as quais dificilmente poderia ter representado ou pretendido e que, se soubesse que iriam ocorrer, dificilmente teria participado na atividade desportiva.

Um atleta de futebol, naturalmente, tem em mente que àquela modalidade lhe está associada um risco inerente, o qual se poderá concretizar numa lesão à sua integridade física. Todavia, é com relativa segurança que afirmamos que nenhum atleta têm em mente a possibilidade de sofrer uma lesão irreversível do foro cerebral durante uma partida de futebol, na sequência de uma bolada na cara, tal como no caso tratado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-05-2016 (Processo n.º 108/09.7TBVRM.L1.S1.)<sup>45</sup>.

Como ilustra Costa Andrade, quem se dispõe a caminhar por uma rua de “reconhecida má fama”, certamente não está a dar o seu consentimento à ocorrência eventual de um crime de furto ou roubo<sup>46</sup>.

Note-se ainda que, como no âmbito da teoria da ação o resultado não está abrangido pelo consentimento, manifestando-se este último *a priori*, se o primeiro vier atingir um bem jurídico indisponível como a vida, tal será irrelevante, já que não é sobre o resultado lesivo da vida que o ofendido consentiu, mas sobre a ação que provocou o respetivo dano. O que estamos a tentar dizer é que a indisponibilidade da vida não é um obstáculo para o consentimento nas ofensas negligentes, ao abrigo da teoria da ação.

<sup>45</sup> Consultável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>46</sup> Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, 330.

### 3.8. A TEORIA DO RISCO

Da doutrina e jurisprudência penal alemã consta ainda a tese do consentimento no risco desportivo, que conta com o apoio de Hansen<sup>47</sup> e, na doutrina portuguesa, de Miguel Mestre<sup>48</sup>. Nas palavras deste último, o consentimento “complementado pela teoria do risco é a verdadeira e adequada causa de justificação para excluir o ilícito penal nas atividades desportivas”.

O titular do bem jurídico não consente no resultado, mas no risco da sua ocorrência. A teoria do risco dá um passo à frente da anterior pois, em princípio, apenas será de aceitar o consentimento que abranja um risco determinado e previsível, como salienta Hansen<sup>49</sup>, ultrapassando-se assim as críticas impostas ao consentimento na ação. O atleta consente apenas no risco normalmente previsível inerente àquele desporto.

Contudo, esta posição encontra um obstáculo crónico. O risco aceite pelo agente dificilmente se poderá conceber de forma autónoma ao resultado. Como aponta Costa Andrade<sup>50</sup>, a aceitação do risco por parte do agente implica a sua concordância com o resultado. Ao aceitar o risco, o agente tem em mente o resultado previsível e determinado daquele, o qual também terá de aceitar.

Dito de outra forma, este apenas aceitará o risco se aceitar também o seu resultado previsível e determinado. Caso contrário, cairíamos no mesmo problema apontado à teoria da ação, ou seja, àquela vontade seriam impostas lesões que o agente não quis ou teve em mente.

Contudo, como vimos anteriormente, dificilmente se pode falar num consentimento no resultado por parte do atleta, pois este espera acabar a competição desportiva sem qualquer lesão. Tal raciocínio devolve a discussão novamente para o seu ponto inicial, reforçando a necessidade de existir um consentimento no resultado por parte do atleta, e onde reside o principal

47 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 696.

48 Alexandre Miguel Mestre, “Causas de exclusão da Ilícitude Penal nas Atividades Desportivas”, in *Revista Jurídica* (nº22, 1998), 496, *apud* Ângela Filipa Batista, “Ofensas à Integridade Física no Desporto”, 92.

49 Costa Andrade, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, 352.

50 *Ibidem*, 351.

entreve à aplicação da doutrina do consentimento no desporto. Isto acontece, pois, no que toca a lesões produzidas de forma negligente, como as que ocorrem durante o jogo, em regra, o resultado do facto negligente nunca é querido pela vítima. Por outras palavras, a exigência de um consentimento no resultado culmina na “negação fáctica da possibilidade do consentimento, já que o resultado do facto negligente não é, por regra, querido pela vítima”<sup>51</sup>.

Em bom rigor, e como iremos ver mais à frente, na atividade desportiva *não há um consentimento no risco, que pressupõe uma concordância do atleta na produção do facto lesivo, mas antes uma assunção do risco, onde o atleta, embora se dispondo a tolerar a lesão, espera que aquela não aconteça.*

#### 4. AS LESÕES DESPORTIVAS NO DIREITO CIVIL

No âmbito da matéria da responsabilidade civil, olhando justamente para o pressuposto da ilicitude, sem prejuízo da necessidade do preenchimento dos demais requisitos, são duas as diferentes modalidades previstas no n.º 1 do art.º 483.º do CC. A saber, a violação de um direito de outrem e a violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Parece-nos ainda relevante salientar um terceiro “comportamento antijurídico capaz de determinar a obrigação de indemnizar”, ao qual já anteriormente fizemos alusão. Falamos da figura do abuso de direito, que o CC consagra no art.º 334.º<sup>52</sup>.

É na primeira modalidade de ilicitude que cabe a violação dos direitos da personalidade, entre os quais se enquadra o direito à integridade física.

Os direitos da personalidade, como aprendemos, correspondem a “um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”<sup>53</sup>, cuja violação desencadeia a responsabilidade

51 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 708.

52 Estendendo a exemplificação, temos ainda os factos ofensivos do crédito ou bom nome das pessoas nos termos do art.º 484.º CC, os conselhos, recomendações ou informações geradoras de danos no art.º 485.º do CC, e as omissões nos termos previstos no art.º 486.º do CC. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 9.ª Edição, (Coimbra: Almedina, 1996), 567-571.

53 Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição Atualizada (Coimbra: Coimbra Editora, 1996), 207.

civil do infrator, como resulta do art.º 70.º do CC. São direitos inatos e originários, de que todas as pessoas são titulares, que lhes advêm como um conteúdo inerente necessário da sua personalidade jurídica (art.º 66.º do CC). Têm um carácter geral, extrapatrimonial e absoluto, de onde resulta a sua inalienabilidade e irrenunciabilidade.

Contudo, “a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a relevância do consentimento do lesado”<sup>54</sup>. O art.º 81.º do CC prevê a possibilidade da limitação voluntária dos direitos de personalidade, desde que seja conforme aos princípios da ordem pública.

Este princípio encontra um dos seus mais relevantes corolários na admissão do consentimento livre, esclarecido e informado como uma causa de justificação da ilicitude. Com base legal no art.º 340.º do CC, o consentimento do lesado traduz uma “aquiescência do titular do direito à prática do ato que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respetivo interesse”<sup>55</sup>.

O direito subjetivo corporiza um interesse jurídico específico que a lei reconhece e coloca à disposição do seu respetivo titular, justificando a indemnização do art.º 483.º do CC. Por sua vez, esta indemnização pressupõe a ocorrência de um dano sem ou contra a vontade do titular daquele interesse. Ora, consentindo este na lesão do interesse jurídico, cessa o motivo da indemnização, salvo nos casos em que o consentimento verse sobre proibições legais ou seja contrário aos bons costumes (n.º 2 do art.º 340.º do CC).

#### 4.1. A CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO CIVIL

Seguindo esta linha de pensamento, grande parte da doutrina civil portuguesa entende que será de aplicar o consentimento do lesado às lesões desportivas ocorridas durante a prática da modalidade entre atletas, nos termos do art.º 340.º do CC. É assim o entendimento de Almeida Costa,

54 Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 211.

55 João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 9.ª Edição, (Coimbra: Almedina, 1996), 581.

Antunes Varela<sup>56</sup> Jorge Ribeiro de Faria<sup>57</sup>, Menezes Cordeiro<sup>58</sup> ou Orlando de Carvalho<sup>59</sup>, defendendo a existência de um consentimento tácito por parte do atleta lesado na produção daquele resultado lesivo da sua integridade física. Nas palavras de Almeida Costa, “a simples participação nas mencionadas atividades envolve, necessariamente, o consentimento do lesado, excluídos os casos de dolo do lesante e inobservância das regras de jogo”<sup>60</sup>. Isto é, a sua participação vale como um consentimento tácito nas lesões que possam eventualmente ter lugar. “Ao decidir-se pela participação no evento desportivo, o atleta assume o risco das lesões, o que vale como uma manifestação concludente de consentimento nas lesões”<sup>61</sup>. Também Mota Pinto defende o consentimento do atleta no desporto, embora só se pronunciando neste sentido quanto aos “jogos desportivos violentos”<sup>62</sup>.

Inclusive na jurisprudência se encontram decisões que afastam a responsabilidade civil do lesante com recurso à tese do consentimento do atleta lesado. Assim, pode ler-se no sumário do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16-03-2000 (Processo n.º 39/00)<sup>63</sup> que “não havendo violação das regras do futebol, tem que se concluir situar-se a lesão dentro do tolerado pela comunidade num jogo de futebol no âmbito do consentimento do ofendido”.

56 Consultar João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 582, onde o autor situa as lesões que ocorrem no decorrer da prática desportiva no campo do “consentimento presuntivo do jogador relativamente às lesões que sofra em certas práticas desportivas, desde que não haja dolo do causador do dano”.

57 Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações I*, (Porto: UCP-Reitoria, 1987), 450.

58 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil VIII - Direito das Obrigações* (Coimbra: Almedina, 2017), 502.

59 Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil* (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 216. Segundo o autor estamos perante um “consentimento tolerante, na forma de consentimento tácito (por ato concludente: uma vez que o desportista participe voluntariamente do jogo e esteja perfeitamente cónscio das suas regras e dos seus riscos)” desde que “não se excedam as regras e os normais riscos do jogo”.

60 Há, nesses casos, para o autor, uma “efetiva formação e manifestação da vontade, ao invés do que sucede com o consentimento presumido, que é ficcionado em função das circunstâncias concretas e da vontade hipotética do lesado”. Segundo este, nas atividades desportivas estamos antes perante uma “conduta concludente” - Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9.ª Edição, Revista e Aumentada, (Coimbra: Almedina, 2003), 529.

61 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 705.

62 “Já, porém, se pode ter por admissível, dentro de certos limites, uma limitação voluntária à integridade física: consentimento para intervenções médicas (...) para participar em jogos desportivos violentos, etc.”, Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 212.

63 Sumário consultável em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

## 4.2. A ASSUNÇÃO DO RISCO DESPORTIVO NO DIREITO CIVIL

Caminhando nas pegadas deixadas por Brandão Proença, o instituto da assunção do risco traduz, essencialmente, “a atitude do lesado de se expor conscientemente a um perigo típico ou específico conhecido, sem a isso ser obrigado, mas conservando a esperança de o perigo não se concretizar em dano”<sup>64</sup>. Ana Prata caracteriza o conceito como uma “exceção oponível pelo lesante ao lesado (...) que se traduz na *invocação de uma tácita aceitação das eventuais consequências danosas por parte deste último, deduzida da sua voluntária associação ou participação na atividade que deu causa ao dano*”<sup>65</sup>. A assunção do risco, possuindo um campo de aplicação mais geral, permite assim ultrapassar as dificuldades práticas da aplicação do consentimento no desporto, já que aí, os danos à integridade física não são nem previsíveis nem desejados<sup>66</sup>.

Ambas as figuras partem de premissas semelhantes. A assunção do risco encontra na sua génese o princípio *volenti non fit injuria*, tal como o consentimento do lesado. Pressupõem também a limitação livre e voluntária dos direitos da personalidade que não seja contrária à ordem pública ou aos bons costumes. Porém, ao contrário do consentimento, que é prestado perante uma agressão concreta, prevista, determinada e de autoria identificável, a assunção do risco abrange lesões prováveis, indeterminadas e de autoria indefinida<sup>67</sup>.

Por outro lado, ao abrigo do consentimento o indivíduo aceita o dano atual, enquanto na assunção do risco aquele aceita meramente expor-se a um dano eventual<sup>68</sup>.

64 José Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, (Coimbra: Almedina, Coleção Teses, 1997), 615.

65 Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual - Regime geral*, (Coimbra: Almedina, 1985), 155. Ainda sobre a assunção do risco, segundo a autora estamos perante uma “vontade tácita ou presumida de aceitação dos eventuais danos que comporta o risco conhecido, inerente à atividade em que o potencial lesado participa espontânea e livremente”.

66 Tal como salienta André Dias Pereira, “Assunção do Risco em Atividades Desportivas no Direito Português”, in *Revista Jurídica do Desporto*, (Ano III, n.º 9, 2006), 426.

67 *Ibidem*.

68 R. Verdera Server, “Una aproximación a los riesgos del deporte”, in *InDret*, n.º2 (2003), 9, <https://indret.com/una-aproximacion-a-los-riesgos-del-deporte/>

No direito civil português, para além de Brandão Proença, também André Dias Pereira<sup>69</sup>, Carla Câmara<sup>70</sup>, Cunha Gonçalves<sup>71</sup> e, entre nós, Constantino Fernandes<sup>72</sup> sustentam esta figura doutrinária como aplicável no campo desportivo.

A assunção do risco, produto de uma construção originária da *common law*, embora tendo sido abandonada por ordenamentos jurídicos como o francês, têm vindo a assumir uma relevância significativa para efeitos da determinação da ilicitude de uma conduta desportiva em alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, espanhol ou norte-americano (“*assumption of risk*”).

Uma das críticas apontadas a esta figura assenta na ausência de uma consagração legal expressa. No que a isto concerne, quem apoia a assunção do risco entre a doutrina portuguesa defende o seu enquadramento na norma geral do art.º 81.º do CC<sup>73</sup>. Não obstante, é de notar que a figura da assunção do risco também não é codificada expressamente no direito espanhol, mas isso não impede a existência de uma longa tradição jurisprudencial de aplicação deste instituto dogmático às lesões desportivas preconizada pela respetiva jurisprudência.

Nos tribunais espanhóis, o *leading case* relativo a uma decisão do STS de 22/10/1992, versava sobre uma lesão ocorrida durante um jogo de *pelota a palo*, onde a dada altura a bola foi contra o ombro esquerdo de um dos participantes, o que fez com que o atleta ferido viesse requerer uma indemnização de cerca de 60 mil euros ao seu adversário e à seguradora. O Supremo Tribunal veio absolver ambos os demandados, entendendo que a lesão provocada resultou de um ressaltado da bola, que é um risco normal assumido pelo atleta que se dispõe a participar na atividade<sup>74</sup>.

69 André Dias Pereira, “Assunção do Risco Em Atividades Desportivas no Direito Português”, 426.

70 Carla Câmara, “A Responsabilidade Civil do Organizador de Evento Desportivo”, in *Desporto que os tribunais praticam*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 159.

71 Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil, Volume XII* (Coimbra: Coimbra Editora, 1937), 776.

72 “os desportistas (...) sujeitam-se voluntariamente aos riscos da competição que conhecem” - Arnaldo Constantino Fernandes, “Responsabilidade Civil e Criminal em Matéria de Desporto”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, (Ano 5, n.º 1 e 2, 1945), 202 e ss.

73 André Dias Pereira, “Assunção do Risco em Atividades Desportivas no Direito Português”, 426.

74 “em matéria de desportos de este tipo a ideia de risco que cada um deles pode implicar está íncita nos mesmos e consequentemente quem se dedicar ao seu sacrifício assumem-nos (os riscos), sempre, claro está, que as condutas dos participantes não saiam dos limites normais” - R. Verdura Server “Una aproximación a los riesgos del deporte”, 5.



#### 4.3. A ASSUNÇÃO DO RISCO E AS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de avançar, importa não confundir a figura da assunção do risco desportivo com as cláusulas de exclusão da responsabilidade. Atualmente, é bem clara a distinção doutrinal entre as convenções exoneratórias da responsabilidade extracontratual e o consentimento do lesado. Diferenciação semelhante pode ser feita também no confronto daquela figura com a assunção do risco desportivo.

As convenções de irresponsabilidade extracontratual resultam de uma solução convencionada entre os potenciais lesante e lesado, renunciando antecipadamente o último a fazer valer o seu direito secundário de indemnização. A cláusula que isenta o lesante de indemnizar assenta no pressuposto de que existe uma conduta ilícita. Como ensina Pinto Monteiro, tal convenção afasta meramente a responsabilidade do lesante, mas não a ilicitude do ato<sup>75</sup>. A partir daqui, fica clara a diferença entre as figuras. É que, por outro lado, o consentimento do ato lesivo (*volenti non fit injuria*) retira ao facto a sua ilicitude, tal como a assunção do risco desportivo.

A existência de uma cláusula de exclusão da responsabilidade não obsta a que se pratique um facto ilícito. Já o consentimento e a assunção do risco eliminam a ilicitude do ato<sup>76</sup>. Dito de outro modo, existindo consentimento ou assunção do risco desportivo o comportamento do lesante não é ilícito, enquanto na cláusula de exclusão da responsabilidade existe a prática de um facto ilícito sem que o lesado possa responsabilizar o lesante, por força dessa convenção<sup>77</sup>.

Note-se ainda que, no contexto da atividade desportiva, pouco sentido fará falar-se em cláusulas de exclusão da responsabilidade civil. Sem prejuízo de estarmos perante uma solução convencionada pelos contraentes no exercício da sua autonomia individual, “a ordem jurídica não se demite de uma necessária função tuteladora, ao condicionar a validade do acordo à observância de

---

75 António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, (Coimbra: Almedina, 1985), 131.

76 Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual - Regime geral*, 151-152.

77 António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 132.

certos requisitos objetivos”<sup>78</sup>. Embora a doutrina tenha vindo a entender, no plano geral, a admissibilidade destas cláusulas em determinadas condições<sup>79</sup>, a lei das Cláusulas Contratuais Gerais proíbe na alínea a) do art.º 18.º as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade resultante de danos causados à vida ou integridade física do lesado. Deste modo, nas palavras de Capelo de Sousa “não serão lícitas as convenções limitativas e de exclusão de responsabilidade civil quando os danos previstos, mesmo que causados não dolosamente, possam constituir grave lesão do corpo de um dos contraentes”<sup>80</sup>.

#### 4.4. A ASSUNÇÃO DO RISCO E A CULPA DO LESADO

Mais complexa será a distinção feita entre a figura da assunção do risco desportivo e da culpa do lesado. Importa ressaltar que esta é uma distinção que exige um tratamento bem mais exaustivo do que aquele que, *brevitatis causae*, será conferido no presente trabalho.

Contudo, por agora, não será inoportuno salientar que uma das principais críticas associadas à assunção do risco se prende com a ténue linha que a separa da culpa do lesado. Historicamente, remontando ao pensamento clássico, a separação estrutural entre o consentimento do lesado e a assunção do risco da culpa do lesado nem sempre foi clara. Essa tendência está bem patente na sistemática levada a cabo por Cunha Gonçalves que tratava o consentimento da vítima no capítulo da “culpa comum”<sup>81</sup>. Tal diluição entre as zonas do consentimento, assunção do risco e da culpa do lesado pode observar-se também nas metodologias de Vaz Serra e Pereira Coelho<sup>82</sup>.

---

78 José Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, 606.

79 Sobre a admissibilidade das cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil, consultar António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 234 ss. onde o autor limita a sua eficácia aos danos resultantes de uma conduta com culpa leve.

80 Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, (Coimbra: Coimbra Editora, 1995), 405-406. No mesmo sentido se pronuncia António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 234 e ss.

81 Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, 600.

82 José Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, 613.

Porém, consoante refere Brandão Proença, “ao consentir na lesão danosa é o próprio lesado que valora juridicamente a sua vontade dispositiva, dotando-a de um sentido legitimador da lesão efetiva de interesses seus, mas sem poder ser identificada com uma ‘conduta culposa’ concorrente para o dano e, muito menos, com uma interferência numa esfera alheia potencialmente perigosa”<sup>83</sup>. Esta ideia torna-se clara quando falamos numa assunção do risco num contexto desportivo, onde dificilmente se afigura a culpa contributiva de um atleta atingido para a produção daquela lesão. No plano geral as vozes mais críticas desta figura, para justificar a existência de uma ténue linha que separa a assunção do risco da “*contributory negligence*” e de forma a descredibilizar o estatuto dogmático daquela figura, pressupõem a existência da omissão de um determinado dever de cuidado do lesado, perante um perigo para o qual este foi expressamente advertido<sup>84</sup>. Porém, a exposição ao risco desportivo e a participação do lesado no desporto certamente não podem ser vistas como uma conduta culposa. Aliás, estamos perante o exercício de um direito constitucional (art.º 79.º da CRP)<sup>85</sup>.

Posto isto, e regressando ao curso principal da nossa investigação, ainda que se defenda o *consentimento* no risco desportivo em prol da *assunção* do risco desportivo, algo que não concedemos, mas que admitimos em benefício da discussão, reconhecemos, ainda assim, que é uma querela com uma utilidade prática limitada. Em bom rigor, trata-se de uma discussão com um maior interesse académico do que propriamente prático. Nos capítulos que se seguem trataremos precisamente da distinção entre o conjunto de lesões cujo risco é assumido pelo atleta aquando do momento da sua decisão em participar na competição, das que são suscetíveis de desencadear a responsabilidade penal ou civil do atleta infrator.

83 José Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, 611.

84 Neste sentido, António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 403.

85 Em sentido divergente, entendendo a assunção do risco em sentido amplo como uma “construção fictícia e por isso perigosa”, chamando à atenção a dificuldade de demarcação existente entre esta construção dogmática com a culpa do lesado e concluindo pela irrelevância deste instituto, juntamente com a figura da *Handeln auf eigene Gefahr*, Ana Prata, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual - Regime geral*, 155 ss. Em sentido tendencialmente convergente com a autora, temos também António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, 132, para quem a assunção do risco, não tendo um valor autónomo, apenas releva para efeitos da culpa do lesado.

Como chama à atenção o Supremo Tribunal espanhol, e como sustenta Orlando Carvalho “a exposição a uma situação de perigo não implica disposição do direito à integridade física”<sup>86</sup>. Naturalmente, a assunção do risco desportivo não é absoluta. Tal como o consentimento, está sujeita a uma série de limites. Não é por um atleta participar numa competição que se dispõe a tolerar todas as lesões possíveis. Na segunda parte desta investigação, é precisamente a essa questão que nos iremos dedicar: *em que consiste o risco desportivo? Quais os limites da assunção do risco desportivo? Que lesões são suscetíveis de abarcar esse leque de riscos assumidos pelo atleta com a sua participação na competição? Que lesões podem desencadear a responsabilidade penal e civil do atleta infrator?*

## **5. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DE JOGO - ATAQUE À ÉTICA DESPORTIVA OU ALGO INERENTE À COMPETIÇÃO?**

### **5.1. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS REGRAS DE JOGO**

Uma visão formalista da ética desportiva assenta numa *interpretação restritiva* do sentido das regras de jogo. De acordo com este entendimento as regras de jogo esgotam exaustivamente o conteúdo dos princípios ético-desportivos. Disto resulta que qualquer violação das regras que acarrete um dano físico será ilícita, não se admitindo as faltas intencionais – *o desporto não vai para além das regras*. Como a atividade é prescrita por aquele conjunto de preceitos, ao agir fora deles, o atleta está a atuar num campo exterior à prática do desporto<sup>87</sup>. Como o sentido do jogo é definido taxativamente pelas suas normas constitutivas, a sua violação é também um ataque ao mesmo, pois estas não podem ser separadas *per se*, da finalidade do jogo.

Assim sendo, o atleta apenas assume o risco das condutas praticadas em conformidade com as regras do jogo. A partir da inobservância das regras

---

86 Orlando Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, 216.

87 Warren Fraleigh, “Intentional Rules Violations - One More Time”, in *Journal of The Philosophy of Sport XXXII*, vol. 30, (2003), <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00948705.2003.9714642>

desportivas, a respetiva conduta não integra o risco desportivo assumido pelo atleta e é suscetível de gerar responsabilidade penal e civil.

Diga-se, de passagem, que esta parece ser a posição maioritária entre a doutrina portuguesa. Antunes Varela defende que a aceitação dos riscos desportivos apenas envolve os acidentes que ocorrem na observância das regras de jogo<sup>88</sup>. Também Brandão Proença<sup>89</sup> e Almeida Costa<sup>90</sup> entendem que a assunção do risco e o consentimento tácito, respetivamente, encontram os seus limites na inobservância das regras de jogo, embora exijam uma outra particularidade, justamente a ausência de condutas dolosas. Parecem pugnar pela ideia de que uma conduta que não viole as regras de jogo pode, ainda assim, ser ilícita se for dolosa.

Entretanto, na doutrina penal alemã, tanto Noll como Hansen entendem que o consentimento apenas abrange as lesões resultantes de ações conformes às regras de jogo. Nas palavras do segundo, “se o sentido do desporto está em alcançar os resultados desportivos na observância das correspondentes regras, então o desportista individual não pode de maneira nenhuma estar de acordo com o risco de violações negligentes das regras de jogo”<sup>91</sup>.

## 5.2. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DAS REGRAS DE JOGO

Uma reação normal ao argumento formalista alude à necessidade de olhar ao contexto social da modalidade, pugnando por uma *interpretação extensiva* das regras de jogo. Há que complementar aquela perspetiva mais formal das regras de jogo com o contexto social dos costumes e práticas desportivas. Reveste extrema importância o contexto social e os seus *usus* e costumes para uma melhor compreensão do conceito de ética desportiva, podendo uma violação de uma norma fazer parte do jogo se for socialmente adequada.

88 João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 582.

89 José Brandão Proença (Coord.), *Comentário ao Código Civil - Parte Geral* (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014), 807.

90 Cfr. Mário Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 529.

91 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 698, anotação n.º 44.

Citando Paula de Faria, “o valor das regras é puramente interpretativo de um sentido social mais lato”<sup>92</sup>.

As regras escritas não esgotam a ética desportiva inerente à modalidade. É necessário uma interpretação e compreensão extensiva do jogo, essencial para a definição do conceito de ética desportiva. Há que distinguir condutas manifestamente proibidas pelas regras de meras faltas estratégicas. A sanção prevista pelas regras para uma falta intencional não radica numa proibição daquela determinada conduta, mas antes numa mera consequência ou preço a pagar pela escolha daquela estratégia permitida<sup>93</sup>.

Por este prisma, a assunção do risco vai para além das regras de jogo, abrangendo condutas que as violem, desde que sejam socialmente adequadas. André Gonçalo Dias, por exemplo, reitera que, embora o respeito pelas regras seja decisivo, estarão abrangidas pelo risco desportivo as “ligeiras infrações às regras”, nomeadamente as que se insiram no âmbito da prática desportiva e não constituam um “ataque doloso à pessoa do adversário por ocasião do jogo”. Por outro lado, já cairão fora deste as violações grosseiras das regras<sup>94</sup>.

No ramo do direito penal, também Costa Andrade e Ângela Batista<sup>95</sup> sublinham que o limiar do risco desportivo permitido se situa num patamar mais elevado do que sucede nas demais áreas ou domínios da vida, sendo suscetível de abranger um leque de lesões resultantes da violação das regras. Conclui o autor conimbricense que a violação das regras não realiza necessariamente o risco permitido. Tal apenas sucederá quando “pela sua violência e desproporcionalidade e pela gravidade das lesões produzidas, perde a conexão de sentido com o jogo, mesmo o jogo jogado com o mais exasperado e agónico empenhamento”<sup>96</sup>.

92 Paula de Faria, *A adequação social da conduta no direito penal - ou o valor dos sentidos sociais na interpretação do direito penal*, 512.

93 Cfr. Robert Simon, “The Ethics of Strategic Fouling: A Reply to Fraleigh”, in *Journal of The Philosophy of Sport XXXII*, vol. 32, (2005), <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00948705.2005.9714672>. Também neste sentido, Paula de Faria, *A adequação social da conduta no direito penal - ou o valor dos sentidos sociais na interpretação do direito penal*, 512.

94 André Dias Pereira, “Assunção do Risco em Atividades Desportivas no Direito Português”, 433.

95 Ângela Filipa Batista, “Ofensas à Integridade Física no Desporto”, 101.

96 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 719. No mesmo sentido, Ângela Filipa Batista, “Ofensas à Integridade Física no Desporto”, 100 e ss.

Na doutrina alemã, ainda dentro do direito penal, também Mahling e Jescheck estendem o consentimento às lesões resultantes da violação negligente das regras<sup>97</sup>. Günther, por sua vez, amplia o domínio do consentimento para as faltas intencionais<sup>98</sup>. Entre os defensores da tese da adequação social como Zipf, esta apenas abrange as lesões produzidas na observância das regras de jogo, admitindo, no entanto, que em certos desportos será socialmente adequada a negligência ligeira na violação das regras. Em sentido significativamente distinto vai Dölling, que estende a adequação social às lesões causadas por violações dolosas das regras<sup>99</sup>.

Quanto a nós, parece-nos de meridiana evidência que as regras de jogo, no contexto dos desportos *uns contra os outros*, têm uma dupla axiologia. Por um lado, visam que o risco de lesão à integridade física não ultrapasse o mínimo inevitável. Por outro, impedir e sancionar condutas que possam prejudicar o desenrolar e a fluidez do jogo. Note-se, no entanto, que não é possível dividir as regras de jogo de uma forma linear e concisa, traçando uma linha clara e objetiva sobre quais as regras que visam proteger o atleta e quais as que visam proteger o sentido do jogo, como procuram fazer Cesar Torres ou Warren Fraleigh e, no nosso entendimento, com pouco êxito<sup>100</sup>.

Ambos fazem distinção entre *regras constitutivas*, que regulam as habilidades constitutivas do desporto, onde, no seu entender, se situa a verdadeira essência da aptidão do atleta, como um remate ou um cabeceamento no futebol, um lançamento ou drible no basquetebol, ou uma receção no rãguebi; e *regras restaurativas*, relativas às habilidades restaurativas, que entram em cena quando o plano central do jogo foi interrompido, designadamente quando foi violada uma regra constitutiva, ditando o modo de devolver a normalidade ao jogo. O batimento de um canto, uma bola ao ar ou um penáti no

97 *Ibidem*, 698-699.

98 *Ibidem*, 699.

99 Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 700. Olhando à posição de Dölling, se, num jogo de futebol, o avançado A se dirige com a bola controlada para a baliza adversária e o defesa D, sabendo que já não pode chegar à bola, derrubar A com o propósito de evitar o golo, provocando-lhe uma fratura, não deverá este último ser punido pelo crime de ofensas corporais.

100 Warren Fraleigh, “Intentional Rules Violations - One More Time”, 168 e ss. e Cesar Torres “What Counts As Part of a Game? A Look At Skills”, in *Journal of the Philosophy of Sport*, vol. 27, (2000), <https://doi.org/10.1080/00948705.2000.9714591>

futebol, um lançamento livre no basquetebol, ou um livre de sete metros no futsal são alguns exemplos.

Argumentam os autores que é no primeiro grupo de habilidades onde radica a essência do desporto e o verdadeiro teste à perícia do atleta. Assim sendo, qualquer violação das regras, ao empurrar a prática desportiva para o campo do segundo grupo de habilidades, estaria a desvirtuar o seu sentido e finalidade principal. A prática perfeita do desporto não envolveria o uso de habilidades restaurativas e, como tal, a violação das regras.

Todavia, tal distinção assenta em premissas perfeitamente contestáveis. Em primeiro lugar, as habilidades restaurativas, como o batimento de um penálti, exigem por vezes uma habilidade superior às restantes. Em segundo, em algumas ocasiões este tipo de habilidades têm uma natureza verdadeiramente constitutiva, isto é, não entram em cena somente para devolver a normalidade ao jogo. No futebol ou no futsal, por exemplo, quando termina o jogo empatado, por vezes, segue-se para penalties. Aqui, não estamos perante habilidades restaurativas, mas verdadeiras habilidades constitutivas, pois constituem, nessa fase respetiva do decorrer do jogo, o núcleo essencial da sua prática, influenciando diretamente o resultado da partida<sup>101</sup>.

Assim sendo, esta linha ténue permite que por vezes possam ser socialmente adequadas certas violações de regras que resultem em danos à integridade física do atleta, desde que mantenham com o sentido ou a finalidade do jogo uma conexão. Considerar qualquer violação das regras como ilícita é, no nosso entender, construir um regime demasiado rígido e paternalista que não permite que a atividade desportiva se desenrole nos seus moldes naturais.

A falta de coerência de tal posição acentua-se se tomarmos em consideração o carácter fungível e reversível dos papéis de vítima e agente destas faltas – *qual é o atleta que nunca provocou uma falta intencional?* A jurisprudência alemã, a propósito dos desportos por equipas, alude precisamente

---

101 Veja-se Robert Simon, “The Ethics of Strategic Fouling: A Reply to Fraleigh”, 91, onde o autor recorre ao exemplo dos penalties no hóquei no gelo. As habilidades “restaurativas” que aí têm lugar não são de algum modo fáceis, simples e repetitivas. Pelo contrário, os penalties, seja no hóquei, no futsal ou futebol, são das partes mais excitantes e interessantes do jogo, exigindo em algumas situações grandes habilidades, quer do ponto de vista físico e técnico, quer do ponto de vista psicológico. Podem até assumir, muitas das vezes, estas habilidades restaurativas, níveis de dificuldade bem maiores que aquelas que têm lugar no exercício normal da partida.



à “conduta contraditória” do lesado que requeira uma indemnização, apesar de ter consciência de que também ele poderia ter sido o causador da lesão<sup>102</sup>. Estaríamos aqui perante um abuso de direito – *venire contra factum proprium*.

Concluindo este ponto, hão de ser lícitas, e não geradoras de responsabilidade penal ou civil, todas as lesões causadas por ações conformes às regras de jogo, *inclusive o dano morte*<sup>103</sup> e, por outro lado, as lesões que, violando as regras do jogo, se possam reconduzir ao “*Sportimmanentes Risikoverhalten*”<sup>104</sup>, independentemente do tipo de culpa em causa.

## 6. O CONCEITO DE RISCO DESPORTIVO

A conduta do atleta deve possuir cumulativamente uma *conexão temporal*, uma *conexão espacial*, uma *conexão subjetiva* e uma *conexão axiológica* com o sentido e finalidade da respetiva modalidade para não ser objeto de responsabilidade penal ou civil.

Numa primeira missiva, o atleta assume o risco de condutas que mantêm uma *conexão temporal* com o sentido do jogo, isto é, praticadas *durante o tempo de jogo*. Excluem-se, portanto, as ações que têm lugar depois do apito final, no intervalo ou entre o momento em que o árbitro apita uma falta até que a bola seja colocada em jogo novamente.

De seguida, deve existir uma *conexão espacial* com a finalidade do desporto. Para tal, a ação deve ter lugar *dentro do recinto desportivo*. Caso seja provocada na sequência de agressões no balneário, a título de exemplo, não cai no âmbito do risco desportivo<sup>105</sup>.

Em terceiro lugar, deve exigir-se uma *conexão subjetiva* ao sentido do jogo. Com efeito, a conduta deverá ocorrer de *atleta para atleta*, ambos ao serviço

102 José Brandão Proença, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, 633.

103 Em sentido convergente, embora no ramo do direito penal, Manuel da Costa Andrade, “As lesões corporais (e a morte) no desporto”, 702.

104 Comportamentos de risco inerentes ao desporto.

105 Cfr. resulta da alínea n) art.º 3.º da Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto, deve entender-se recinto desportivo como “o local destinado à prática do desporto ou onde este tenha lugar”.

das respetivas equipas, ficando de fora as agressões causadas por adeptos<sup>106</sup>, árbitros ou até por outros atletas que não estejam a jogar, como aqueles que se encontram no banco de suplentes.

Pensemos, por exemplo, naquele que muitos denominam como “o dia mais negro da NBA”<sup>107</sup> em 19/11/2004, onde um jogo regular da respetiva liga se tornou uma autêntica batalha campal entre os atletas e os adeptos, que se envolveram em múltiplas agressões<sup>108</sup>. Tendo sido uma ocorrência sem precedentes, resultou em algumas das maiores suspensões impostas pela liga a jogadores, em casos não relacionados com *doping*. Um dos adeptos propôs, inclusive, uma ação a peticionar uma indemnização contra Jermaine O’Neal, um dos atletas, alegando que, fruto dos confrontos, sofreu de enxaquecas, perda de memória, dificuldade para dormir, entre outros sintomas. Não obstante, o tribunal veio entender que o atleta agiu em legítima defesa<sup>109</sup>.

Por último, a conduta em causa deve possuir uma *conexão axiológica* com a finalidade e sentido do jogo. Com efeito, e como se poderia adivinhar, o grau de dificuldade da averiguação deste requisito afigura-se mais complexo. Prosseguindo com as considerações tecidas no final do último título, cabe agora distinguir as condutas desportivas que, violando as regras de jogo, se podem reconduzir ao “*Sportspezifischer Verhaltensstandard*”<sup>110</sup>, das que ultrapassam o sentido e as finalidades da respetiva modalidade.

Primeiramente, a ação deve ter em vista a *obtenção de uma vantagem tática dentro do jogo*. Pensemos, por exemplo, na situação em que um jogador comete uma falta para parar um contra-ataque. Perante uma violação das regras sem este intuito, da qual resulta uma lesão grave à integridade física do

---

106 Em 2019, em Inglaterra, num jogo de futebol a contar para a 36.ª Jornada do Championship entre o Aston Villa e o Birmingham, um adepto entrou em campo para agredir Jack Grealish, o capitão da primeira equipa, com um soco por detrás. O adepto veio a ser sentenciado a 14 semanas de prisão, mas foi libertado ao fim de quatro. Notícia disponível em: <https://www.record.pt/internacional/paises/inglaterra/detalhe/adepto-que-agrediu-jack-grealish-em-campo-foi-encontrado-morto>

107 *National Basketball Association* - Associação Nacional de Basquetebol

108 O respetivo acontecimento foi apelidado de “*Malace at the Palace*”. Notícia disponível em: <https://www.zerozero.pt/historia/malice-at-the-palace-o-dia-mais-negro-da-nba/12112>

109 Notícia disponível em: <https://www.espn.com/nba/news/story?id=2632680>

110 Padrão de conduta específica do desporto.

adversário, será manifestamente desproporcional a relação entre a vantagem obtida pelo atleta infrator e o sacrifício imposto ao atleta lesado.

Porém, este requisito não é suficiente. Se num jogo de andebol um defesa desferir um soco na face do adversário, em bom rigor, haverá sempre espaço para que o primeiro, munido de uma boa imaginação argumentativa, alegue que o fez para defender a sua baliza. Não deverão ser aceitáveis todos os modos de obter essa vantagem competitiva.

Fundamental aqui é descortinar a ideia de adequação social. É para lá dos limites da adequação social que se situa a situação de *abuso de direito* (art.º 334.º do CC)<sup>111/112</sup>.

*A assunção do risco desportivo encontra o seu limite no exercício abusivo do direito ao desporto.*

Quando praticado no exercício de um direito, o facto não é ilícito. *Mutatis mutandis*, o atleta, exercendo o direito ao desporto, não deverá responder penal ou civilmente pela lesão causada ao adversário, salvo quando a sua atuação ultrapasse as barreiras daquele direito, que “estão, precisamente, no circunstancialismo dos conteúdos da boa-fé, dos bons costumes ou fins sociais e económicos do direito”<sup>113</sup>.

Não cabe aqui decifrar o sentido epistemológico do preceito do art.º 334.º do CC e da figura do abuso de direito. Todavia, por agora, não será inoportuno observar que, para podermos falar num abuso de direito, não basta que o exercício daquele cause dano a outrem. É necessário que o titular do direito *exceda manifestamente* os limites que lhe cumpre observar, em função da teleologia por detrás da sua concessão pela ordem jurídica<sup>114</sup>.

É fundamental, na esteira do art.º 334.º do CC, apelar à tutela da confiança do atleta. Todo o atleta tem a convicção de que o adversário se comportará de forma coerente com um determinado padrão de conduta que, ainda

111 José de Faria Costa, *Direito Penal*, 320.

112 O legislador civil tipifica naquele artigo que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

113 José de Faria Costa, *Direito Penal*, 318-319.

114 João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 564. No mesmo sentido, Fernando Cunha de Sá, *Abuso de direito* (Coimbra: Almedina, 1997), 104, chamando a atenção para que não é qualquer excesso a tais limites que confere ao exercício do direito um carácter abusivo, mas somente o excesso manifesto.

que torne expectável um certo nível de agressividade que se possa traduzir na ocorrência de faltas, muitas delas com resultados lesivos graves para a sua integridade física, se situe dentro do espírito do jogo, mesmo na sua vertente mais agónica e competitiva. O que o atleta não espera nem pode contar é com uma postura do adversário de total desprezo ou despreocupação para com a integridade física dos demais. Extravasando para esse campo, está a concretizar o exercício do direito ao desporto (art.º 79.º do CRP) para um fim contrário ao que a ordem jurídica lhe confere.

A decisão passará por uma análise casuística que tenha como ponto de referência, em primeiro lugar, a natureza da respetiva modalidade como um indicador das condutas normalmente previsíveis, e, em segundo, a diligência que um atleta medianamente sagaz e prudente (*bonus pater familias*) teria em face do condicionalismo próprio de cada jogada, em conformidade com o n.º 2 do art.º 487.º do CC<sup>115</sup>.

Para tal, conforme aponta Cunha Gonçalves, é indispensável um confronto do caso concreto com os *usos* e costumes de cada desporto, bem como as regras codificadas de cada desporto que, ainda que não esgotem a materialidade adjacente aos princípios ético-desportivos, como vimos, nos fornecem indícios pertinentes acerca dos excessos de brutalidade<sup>116</sup>.

Concretizando esta linha de pensamento, serão lícitas as condutas desportivas que, violando as regras de jogo, não sejam, tendo em conta a perigosidade da natureza do desporto e/ou dos meios nele empregues, manifestamente desproporcionais àquilo que a prática do desporto, inclusive na sua variante mais competitiva e desafiante, exige e frequentemente impõe para a sua prática, tendo em mente um juízo de *razoabilidade*. Por outras palavras, não é de aferir a intensidade causal daquela conduta a realizar a finalidade do desporto. Não se deverá exigir ao atleta que, no calor do momento, tome a melhor decisão possível, somente que seja possível descortinar uma idoneidade *razoável* na sua conduta à realização do fim desportivo em causa.

115 O legislador civil consagrou no n.º 2 do art.º 487.º do CC o critério da *culpa in abstracto*, tal como no n.º 2 do art.º 799.º do CC, no âmbito da matéria da responsabilidade civil contratual. Quer isto dizer que a diligência relevante para a determinação da culpa é a que “um homem normal um atleta normal (*bonus pater familias*) teria em face do condicionalismo próprio do caso concreto”. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 597.

116 Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, 776.

Como dissemos, tanto o objeto como a finalidade do desporto fornecem pistas sobre o que deve ser normalmente previsível pelo atleta.

Num primeiro grupo de desportos como o futsal ou o futebol, onde a bola passa a maioria do tempo no chão, a prática é levada a cabo de forma predominante com os membros inferiores dos atletas. Nestes casos, em princípio, o risco associado a um pontapé desferido pelo adversário violando as regras é assumido pelo atleta, salvo nos casos já salientados. Por outro lado, uma cotovelada ou cabeçada já deverá ser objeto de uma maior sindicância judicial, pois aqui mais dificilmente se descortina um nexo de idoneidade *razoável* à realização do objeto e finalidade de uma modalidade cuja natureza da respetiva prática limita ou condiciona tais condutas.

Já no andebol, basquetebol, rãguebi ou lacrosse, o cenário é o oposto. Como o seu desenrolar implica geralmente que a bola seja transportada pelo praticante com as mãos, são modalidades praticadas predominantemente com os membros superiores. Tendo isso em conta, uma cotovelada é uma conduta que, ainda que viole as regras, se encaixa de forma mais plausível no leque de ações previsíveis.

Dito isto, em face do que antecede, na conduta de um praticante de hóquei no gelo, desporto cuja prática se realiza maioritariamente no chão, que faz subir o seu patim ao nível da cabeça de Adam Johnson, sem qualquer intenção de jogar o disco, que se encontrava na posse de um terceiro atleta, desferindo-lhe um corte na garganta, dificilmente se descortina um intuito de idoneidade razoável à realização do objeto principal do jogo<sup>117</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o consentimento do lesado não é a via mais adequada a conferir tratamento às lesões que ocorrem nos desportos “*uns contra os outros*” com perigo de lesão. Ao concretizar o exercício da autonomia do titular do

---

117 Chegados a este ponto, terminamos por observar que, atendendo ao carácter sancionatório, punitivo e repressivo do requisito da ilicitude da conduta, o tribunal, tomando em consideração o que foi dito, deverá ter em conta, para efeitos do montante da indemnização, entre outros elementos, a duração da lesão, isto é, o tempo de paragem do atleta lesado, durante o qual aquele fica afastado da competição, que pode passar pela figura dos danos futuros prevista no n.º 2 art.º 496.º do CC.

bem jurídico, é um instituto jurídico que obriga a que a lesão se dê no seu interesse.

Porém, nos casos *sub judice*, o atleta não só desconhece *a priori* o conteúdo daquele resultado lesivo, dada a imprevisibilidade e indeterminabilidade do leque de lesões possíveis, como também faz tudo ao seu alcance, no desenrolar da atividade desportiva, para que aquela não tenha lugar. Nenhum atleta pratica um desporto com a intenção de se lesionar, bem antes pelo contrário.

Tampouco se poderá argumentar que o consentimento, não recaindo sobre o resultado lesivo, recai antes sobre o risco de lesão. Dito de outra forma, o atleta não consente na lesão, mas antes no risco da lesão. Também esta via que, na doutrina portuguesa, é defendida, como vimos, por Miguel Mestre, nos parece inviável, dada a dificuldade em autonomizar o risco do resultado. Não há, no desporto, um consentimento no risco, que pressupõe a aceitação daquele resultado lesivo, mas antes *uma assunção do risco* onde o atleta, embora se dispondo a tolerar a lesão, espera que esta não aconteça.

A falta de consagração legal expressa da assunção do risco não nos parece um obstáculo à sua aplicação. Olhemos para o direito espanhol, onde a inexistência de um preceito legal a tipificar aquela figura não impede uma longa tradição jurisprudencial que a aplica recorrentemente às lesões que acontecem durante a prática desportiva<sup>118</sup>.

Quanto à amplitude do conteúdo do risco desportivo, parece-nos de meridiana evidência que as regras escritas não esgotam taxativamente o sentido do jogo, muito menos o conteúdo dos seus princípios ético-desportivos. Daqui resulta que o atleta assume o risco das lesões resultantes de condutas conformes às regras de jogo, *inclusive o dano morte*, bem como das ações que, violando as regras de jogo, não saiam do âmbito do “*Sportspezifischer Verhaltensstandard*”<sup>119</sup>. Independentemente do tipo de culpa em causa, o que verdadeiramente releva aqui é o enquadramento da conduta lesiva no contexto social do desporto. A conduta será conforme àquele valor quando seja praticada durante o tempo de jogo, no recinto desportivo, entre atletas,

118 Em qualquer caso, no limite, é possível enquadrá-la no âmbito do art.º 81.º do CC no direito civil.

119 Padrão de conduta específica do desporto.

não sendo manifestamente desproporcional àquilo que a natureza do desporto frequentemente implica e exige, mesmo na sua variante mais agónica e exasperada.

Há que recorrer aos usos e costumes de cada desporto, conciliados com os seus códigos e regras de condutas, para construir um critério de idoneidade razoável da conduta a prosseguir aquela finalidade. Caso contrário, estaremos perante uma conduta ilícita, que tanto pode integrar o art.º 483.º do CC como uma violação de um direito de outrem, como o direito à integridade física, tal como um abuso de direito (art.º 334.º do CC), assentando no exercício do direito ao desporto (art.º 79.º da CRP). Esta última solução vale tanto para efeitos de responsabilidade civil como de responsabilidade penal. Aliás, na doutrina penal portuguesa, essa é precisamente a posição de Faria Costa<sup>120</sup>, que reconduz as ofensas ilícitas à integridade física com lugar nestas modalidades desportivas ao abuso de direito<sup>121</sup>.

Chegados a este ponto, terminamos por observar que, embora à primeira vista esta possa parecer uma perspetiva algo indulgente, a alternativa seria uma visão paternalista e autoritária que coloca imposições irrazoáveis ao art.º 79.º da CRP, limitando a natureza competitiva do desporto e, naturalmente, a sua prática. O direito deve proteger a integridade física do atleta, mas sem prejudicar o normal desenrolar do desporto.

Data de submissão: Maio de 2024

Data de aceitação: Setembro de 2024

---

120 José de Faria Costa, *Direito Penal*, 319-320.

121 “o exercício de um direito tem no seu abuso o limite da legitimidade desse mesmo exercício (...) Por seu turno, também certas atividades desportivas que produzem ofensas de bens jurídicos - pense-se apenas no futebol ou até no boxe - devem ser ordenadas na causa de justificação do exercício de um direito” in *ibidem*, 317-320.