

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 2589/13.5TBGDM.P1

Relator: MIGUEL MIGUEL DE MORAIS

Sessão: 03 Junho 2019

Número: RP201906032589/13.5TBGDM.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA

RESPONSABILIDADE CIVIL

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

ACTIVIDADE PERIGOSA

Sumário

I - Nas situações de concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual assiste ao lesado a faculdade de invocar indistintamente a modalidade de responsabilidade que mais convenha ao efeito que ele pretende alcançar.

II - Essa opção não significa apenas a possibilidade de escolha entre uma e outra, mas inclusive a admissibilidade de instauração cumulativa da ação contratual e extracontratual.

III - Para efeitos do disposto no nº 2 do artigo 493º do Código Civil, actividade perigosa é aquela que possui uma especial aptidão produtora de danos, um perigo especial, uma maior susceptibilidade ou aptidão para provocar lesões de gravidade e mais frequentes.

IV - Essa perigosidade deve ser aferida a priori e em abstracto e não em função dos resultados danosos.

V - A essa luz o jogo de paintball, quando praticado com observância das respectivas regras de segurança, não constitui uma actividade perigosa, sendo que na densificação desse conceito não pode ser levado em linha de conta o comportamento (negligente) do participante que não cumpra essas regras.

Texto Integral

Processo nº 2589/13.5TBGDM.P1

Origem: Tribunal Judicial da Comarca do Porto, Porto – Juízo Central Cível,
Juiz 3

Relator: Miguel Baldaia Morais

1ª Adjunta Desª. Maria de Fátima Andrade

2ª Adjunta Desª. Maria Fernanda Almeida

*

Sumário

.....
.....
.....

*

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

I - RELATÓRIO

B... intentou a presente acção declarativa com processo ordinário contra C..., Unipessoal, Lda e Companhia de Seguros D..., S.A., peticionando a condenação destas a pagarem-lhe a quantia de €93.370,35, bem como a indemnização a liquidar em ulterior execução de sentença em função da incapacidade definitiva que lhe vier a ser fixada em consequência dos danos, lesões e sequelas decorrentes do acidente a que se reportam os presentes autos, incluindo o custo que vier a ter de suportar com todos os tratamentos, incluindo cirúrgicos de que vier a carecer em consequência do mesmo facto, tudo acrescido de juros legais desde a data da citação.

Para substanciar tal pretensão alega que, em 10/6/2010, sofreu um acidente quando participava num jogo de paintball, actividade organizada pela 1ª Ré, que celebrara um contrato com o Autor e vários amigos, mediante o qual lhes disponibilizou todo o equipamento, material e local para a prática desse jogo. Acrescenta que foi atingido por uma bola de tinta no olho direito quando saía da zona de jogo, em virtude de a sua máscara ter começado a embaciar ao ponto de não conseguir ver o caminho e como tinha de percorrer diversos compartimentos e corredores para ficar fora da zona de jogo, para o poder fazer teve de retirar, momentaneamente, a máscara de protecção para rapidamente a limpar. No entanto, mal a retirou e antes mesmo de ter oportunidade de a limpar, foi atingido num olho, tendo-lhe sido causadas lesões e sequelas que lhe determinaram variados danos, quer de ordem patrimonial, quer de ordem não patrimonial.

Acrescenta que a 1ª Ré nunca advertiu os participantes da necessidade do uso

de lenços de papel que forneceu para procederem à limpeza interior das viseiras em consequência do embaciamento de que padeciam e que por isso eram inadequadas à prática desse jogo, nem era exigível ao Autor que tivesse agido de modo diverso daquele que adoptou perante o embaciamento da viseira, sendo exigível à 1ª Ré que disponibilizasse viseiras de qualidade necessária e adequada a não embaciarem para o exercício e exploração do jogo a que se dedica e pelo qual é remunerada.

Referiu ainda que houve incumprimento pela 1ª Ré das obrigações de informar os participantes das regras de segurança e incumprimento da obrigação de manter o equipamento em condições de assegurarem o fim a que se destina, de prevenir e evitar acidentes como o dos autos, sendo a actividade a que se dedica a 1ª Ré uma actividade perigosa, enquadrável no disposto no art. 493º nº 2 do Cód. Civil.

Atribui responsabilidade à 2ª Ré por ter sido transferida a responsabilidade da 1ª Ré, por contrato de seguro, pelos danos sofridos por terceiros em consequência da actividade por aquela desenvolvida.

As Rés apresentaram contestação separadamente.

A 2ª Ré- Companhia de Seguros D..., SA, impugnou os factos alegados pelo Autor, atribuindo-lhe a culpa em exclusivo na produção do acidente, por ter tirado a máscara de protecção numa zona de jogo, sendo, por isso, atingido no olho, violando uma das regras de jogo mais relevantes e primeira norma de segurança, que havia sido comunicada pela 1ª Ré previamente ao início do jogo, tendo a 1ª Ré fornecido equipamento adequado e em bom estado de funcionamento e regulamento de segurança devidamente explicado aos participantes antes do inicio do jogo, delimitando as zonas de jogo e de segurança.

Conclui que, ainda que se considere o evento em causa uma actividade perigosa, o acidente não foi produzido pela 1ª Ré, por acção ou omissão, mas por culpa do próprio lesado, aplicando-se o art. 570º nº 2 do Cód. Civil.

Por seu turno, a 1ª Ré- C..., Unipessoal, Lda, também impugnou os factos articulados pelo Autor, tendo alegado que é falso que as máscaras embaciem ao ponto de impedir a visão, foram explicadas as regras do jogo, tendo sido os participantes várias vezes advertidos de que é absolutamente proibido retirar as máscaras.

Refere que, apesar de tais advertências, o Autor, depois de eliminado, saiu da divisão onde se encontrava para o corredor central sem a máscara colocada, altura em que foi atingido, tendo o acidente ocorrido porque o Autor incumpriu com as mais essenciais regras de segurança, que lhe foram explicadas, resultando os danos por aquele alegados a conduta da sua inteira responsabilidade, tendo a 1ª Ré cumprido com todos os deveres de cuidado e

regras de segurança normais na actividade em questão.

Foi dispensada a realização da audiência prévia, tendo sido proferido despacho saneador, com fixação do objecto do litígio e temas de prova.

Procedeu-se a julgamento com observância do formalismo legal, vindo a ser proferida sentença que absolveu as rés do pedido.

Não se conformando com o assim decidido, veio o autor interpor o presente recurso, que foi admitido como apelação, a subir nos próprios autos e com efeito meramente devolutivo.

Com o requerimento de interposição do recurso apresentou alegações, formulando, a final, as seguintes

CONCLUSÕES:

.....
.....
.....

*

As rés apresentaram contra-alegações, pugnando pela improcedência do recurso.

*

Após os vistos legais, cumpre decidir.

II - DO MÉRITO DO RECURSO

1. Definição do objeto do recurso

O objeto do recurso é delimitado pelas conclusões da alegação do recorrente, não podendo este tribunal conhecer de matérias nelas não incluídas, a não ser que as mesmas sejam de conhecimento oficioso - cfr. arts. 635º, nº 4, 637º, nº 2, 1ª parte e 639º, nºs 1 e 2, todos do Código de Processo Civil[1].

Porque assim, atendendo às conclusões das alegações apresentadas pelo apelante, são as seguintes as questões solvendadas:

determinar se o tribunal *a quo* incorreu num *error in iudicando*, por deficiente avaliação ou apreciação das provas e assim na decisão da matéria de facto;

apurar se o jogo de "paintball" é (ou não) uma actividade perigosa para os efeitos do nº 2 do art. 493º do Código Civil;

da culpa do autor/lesado na produção dos danos.

2. Recurso da matéria de facto

2.1. Factualidade considerada provada na sentença

O tribunal de 1ª instância considerou *provada* a seguinte matéria de facto:

1. A R. C... tem por objecto social a "animação turística, comércio e representações de vestuário, calçado e acessórios de moda, material e equipamento para desporto, formação profissional, gestão de instalações

desportivas, actividades de manutenção e bem estar físico, aluguer de equipamento desportivo, arrendamento de espaços nomeadamente para actividades de desporto, actividades desportivas”;

2. A C... celebrou com a COMPANHIA DE SEGUROS D..., segunda R., um contrato de seguro titulado pela apólice nº, pelo qual esta seguradora assumiu a responsabilidade que lhe foi transferida pelo pagamento dos danos que fossem causados a clientes e terceiros pelos quais fosse responsável a C... no exercício da respectiva actividade, nos termos do clausulado da respectiva apólice;

3. O contrato de seguro vigorava à data do acidente dos autos, sendo o capital seguro de €50.000,00, existindo uma franquia de 10% do valor de cada sinistro, no mínimo de €250,00 a cargo da segurada;

4. O paintball é um jogo (individual ou em grupos) de simulação de combate, em que usando um marcador (uma espingarda ou pistola de ar comprimido) se atinge o adversário - demais praticantes - com bolas de tinta colorida, sendo o objectivo do jogo atingir o oponente, marcando-lhe as roupas com tinta sem causar danos ou lesões;

5. O A. nasceu em 16.04.1992;

6. A R. C... é uma sociedade comercial, com escopo lucrativo, promotora e organizadora de jogos de Paintball, sendo que, além de publicitar, organizar e promover o jogo em questão, indica o terreno (local de entre uma lista de possibilidades à escolha) bem como faculta, cede o uso e fornece todo o material e equipamento aos clientes e necessários para a execução do referido jogo;

7. Na sequência da publicidade da 1ª Ré, em 10/06/2010, o ora A., acompanhado de diversos amigos, celebrou com esta demandada um contrato pelo qual a C... lhes disponibilizou todo o equipamento, material e local para o desenvolvimento e prática do jogo de Paintball, concretamente nas antigas instalações do denominado sanatório G...;

8. Antes de ser iniciado o jogo, os representantes da 1ª Ré, presentes no local, forneceram e entregaram a todos e cada um dos participantes, incluindo o próprio A., todo o equipamento necessário e destinado à prática do paintball, nomeadamente colete, calças, botas, luvas, protecção de pescoço e máscara, para além do marcador - pistola de ar comprimido - e balas - bolas de tinta -, tendo-lhes sido também entregue uma folha de papel, com indicação que se destinava a limpar a máscara, a qual embaciava no decurso do respectivo uso;

9. Esta foi a primeira vez que o A. jogou paintball, assim como a primeira vez que esteve no sanatório G...;

10. O jogo em questão decorreu em duas fases: uma no exterior do sanatório G...; outra no interior do edifício, edifício esse que se encontra praticamente

em ruínas e desabitado;

11. Já no interior do Sanatório G..., após ter sido atingido, sem qualquer dano, nas roupas por uma bola de tinta (o que segundo as regras, faz com que o jogador seja eliminado do jogo e só possa reentrar quando aquele “combate” terminar), o A, em cumprimento das regras do jogo definidas pela 1ª Ré, dirigiu-se para fora da área adstrita aquela actividade;

12. Para chegar a uma “área segura” - zona neutra de “combate” - e ficar fora da área do jogo, o A. tinha, forçosamente que sair do edifício G...;

13. Para o que tinha de percorrer um corredor onde havia “linhas de fogo” dos demais participantes no jogo;

14. O A. retirou a máscara de protecção, numa zona de jogo e, foi atingido por uma bola de tinta no olho direito;

15. Todos os intervenientes receberam fato, colete de protecção, colete tático (para colocar os carregadores), luvas, neck (protecção para o pescoço), máscara, marcador ar comprimido e botas paintball, tudo em bom estado de funcionamento;

16. O local escolhido para o jogo foi um edifício abandonado e em ruínas, onde houve um sanatório, bem como o respectivo espaço exterior, na serra G..., tratando-se de zona muito utilizada por empresas que organizam esses eventos, incluindo a 1ª Ré, que o faz há mais de dez anos;

17. Em regra, formam-se duas equipas, de vários elementos cada uma, que disputam um objectivo durante o tempo de jogo (cerca de dez a doze minutos), ganhando a primeira equipa que o alcançar;

18. Durante o jogo os adversários vão sendo eliminados à medida que são atingidos por pequenas bolas de tinta disparadas por marcador ou arma de ar comprimido;

19. Cada membro, além da arma de ar comprimido, é identificável por uma peça de roupa, normalmente o camuflado;

20. Antes do início do jogo, a 1ª Ré fez um briefing, com a participação dos seus colaboradores Srs E... e F..., que deram a conhecer a todos os intervenientes, incluindo o A., as regras do jogo e indicaram a todos, incluindo o A., as “áreas de jogo” e “área morta”;

21. Entre essas regras encontra-se a obrigação do uso de máscara em todos os locais de jogo, precisamente para protecção da vista, que é das partes moles do corpo a que pode vir a ser afectada pelas bolas;

22. Iniciado o jogo, a máscara não pode ser retirada de modo algum na área de jogo e só pode ser retirada na “zona de segurança” (ou zona morta);

23. A máscara é a primeira regra de segurança constante do respectivo Regulamento, explicado aos participantes antes do início do jogo: é de uso obrigatório em todos os locais de jogo;

só pode ser retirada na Zona de segurança;
durante o decorrer do jogo em nenhuma situação ela pode ser retirada,
mesmo que fique suja de tinta ou embaciada;
o jogador deverá usar a máscara até chegar à Zona de Segurança/Zona Morta;

24. Quando se encontrava em pleno tempo de jogo e na “área de jogo” o A. retirou a máscara;

25. A 1ª Ré forneceu equipamento adequado e em bom estado de funcionamento, bem como explicou aos participantes antes do início do jogo o regulamento de segurança, e delimitou as zonas de jogo e de segurança;

26. No exercício da sua actividade, a Ré organiza jogos de “Paintball”, a solicitação de clientes;

27. Caso estes assim o solicitem, a Ré fornece ainda os materiais e equipamentos necessários à prática daqueles jogos;

28. No dia 10 de Junho de 2010 de manhã, a Ré organizou um jogo de “Paintball” para um grupo de 21 pessoas;

29. O jogo decorreu no 1º andar do interior do edifício do Sanatório G...;

30. O A. integrava o grupo que participou nesse jogo;

31. A Ré é uma empresa com mais de sete anos de existência, o que faz dela uma das mais antigas do país neste ramo de actividade;

32. No entanto, o sócio-gerente da Ré é pessoa com mais de uma década de experiência no “Paintball”;

33. Para fiscalizar o decurso do jogo, encontravam-se no local dois colaboradores da Ré, os Srs. E... e F..., pessoas com anos de experiência na organização destes jogos;

34. Os participantes no jogo em questão reuniram com os dois “árbitros” no átrio do edifício do Sanatório, ainda no exterior do mesmo;

35. Aí foram entregues a cada um dos participantes uma máscara, uma arma de ar comprimido e as respectivas munições (bolas de tinta), um fato, luvas, um colete táctico e um colete de protecção;

36. Foi-lhes explicado o manuseamento das armas;

37. E foi-lhes fornecido uma máscara para protecção integral da face;

38. Finalmente, foi-lhes fornecido uma folha de papel (de rolo) para também limpar o exterior da máscara caso fosse atingida com uma das bolas de tinta;

39. A bola de tinta, ao impactar no corpo de um dos participantes, projecta a tinta que contém;

40. Quando o participante é atingido na máscara, é frequente a tinta tapar a visão;

41. Foi explicado aos participantes as regras do jogo (objectivos, comportamentos, etc.);

42. Ao longo desta explicação, os participantes foram por várias vezes advertidos de que é absolutamente proibido retirar as máscaras;
43. Quando qualquer um dos “árbitros” detecta um jogador em dificuldades ou sem máscara, de imediato interrompe o jogo;
44. Qualquer um dos jogadores apenas necessita de gritar para que os “árbitros” interrompam o jogo;
45. Sendo todos os jogadores audíveis, por pelo menos um dos “árbitros”;
46. Isto porque o espaço onde o jogo se desenrola é limitado;
47. O sanatório G... é um edifício grande e devoluto, mas a área de jogo é circunscrita a uma ala do edifício;
48. Naquele dia, as duas equipas colocaram-se, respectivamente, nas pontas da referida ala, avançando ao encontro uma da outra;
49. A ala é composta por inúmeras divisões contíguas;
50. As referidas divisões situam-se de ambos os lados de um corredor central, em linha recta, ao longo dos quais os jogadores passam, assim “ganhando terreno”;
51. O corredor apenas tem duas saídas, nas respectivas pontas, que são indicadas aos jogadores;
52. É nesse local que se encontram os “árbitros”;
53. Pelo que o jogador que é atingido apenas tem que caminhar em linha recta, ao longo de um corredor com mais de dois metros de largura, ao encontro da saída e de um dos árbitros;
54. É também ao longo desse corredor que, normalmente, existe maior intensidade de tiros e fogo cruzado entre jogadores, uma vez que estes se escondem ao longo das divisões existentes em ambos os lados do corredor;
55. No dia em questão, o A. foi eliminado (atingido por outro jogador) numa divisão que se encontra a poucos metros do local onde se encontrava um dos monitores;
56. Depois de o Autor ter sido atingido no olho, os “árbitros” interromperam o jogo, tendo o A. sido levado para o exterior;
57. Não foi chamada uma ambulância, tendo o Autor saído pelo seu próprio pé do local do jogo;
58. O A. sabia que podia interromper o jogo a qualquer momento, bastando para tal gritar a um dos árbitros;
59. O A. desde os três anos de idade sofre de astigmatismo e hipermetropia;
60. O A. foi imediatamente socorrido pelo irmão e um outro participante e, transportado aos serviços de urgência do hospital W..., onde, por ausência de serviços de urgência da especialidade de oftalmologia, não foi efectuado qualquer registo clínico;
61. Seguindo, de imediato, para os serviços de urgência do Hospital H... na

cidade do Porto, onde foi efectuado exame de TAC;

62. Sucede que, por ser dia feriado nacional, não estava garantida a exequibilidade dos exames necessários, nomeadamente oftalmológicos, pelo que foi, de imediato contactada a Clínica I..., S.A na cidade do Porto e para onde foi o Autor transportado, sendo de seguida observado e submetido aos tratamentos necessários;

63. Desde o momento do impacto da “bala” no globo ocular direito, o A. queixava-se de uma dor muito intensa e impossibilidade de abrir o olho devido a fotofobia, o que levou a uma suspeita de descolamento de retina e hemorragia do vítreo, diagnóstico que, infelizmente, se veio a comprovar, já que foi confirmado o descolamento de retina, com aumento da espessura da coróide, agravado por formação de catarata traumática e subluxação do cristalino;

64. Com efeito, tendo o A. sido observado logo em 10.06.10 na citada Clínica I..., S.A., foi sujeito aos tratamentos adequados sendo que no exame no pólo anterior, sempre do olho direito, foi constatado edema palpebral e efectuada diálise da íris das 7h às 11h com desvio nasal da pupila, tensão ocular de 2 mmHg, hemorragia de vítreo com reiterada suspeita de descolamento da retina, sendo medicado com “Rosilan”, “Gentadexa” e “Atropocil”;

65. Em nova consulta, na mesma Clínica, ocorrida em 12.06.10, foi constatada a permanência, no pólo anterior e sempre com referência ao olho direito, de edema palpebral, subluxação do cristalino, sendo efectuada diálise da íris e verificada a tensão ocular de 10 mmHg com hemorragia de vítreo, mantendo-se a suspeita de descolamento de retina;

66. Na subsequente consulta, com exame clínico, realizada em 15.06.2010 no pólo anterior e sempre com referência ao mesmo olho direito, foi constatado o início de formação de catarata traumática e subluxação do cristalino, tensão ocular de 4 mmHg, bem como, no fundo ocular, descolamento plano da retina com aumento de espessura da coróide, pelo que foi clinicamente proposto tratamento cirúrgico;

67. Em 18 de Junho de 2010, o A. foi sujeito a uma intervenção cirúrgica na Ordem J... no Porto, dirigida pelo Exm^o Snr. Dr. K..., para reinserção da íris, faco emulsificação do cristalino sem implante de lente intra-ocular, indetacção circular com banda de silicone, vitrectomia e introdução de óleo de silicone;

68. O implante da lente intra-ocular ficou agendado para uma ulterior intervenção cirúrgica, atenta a impossibilidade clínica de ser imediatamente efectuado, face à extensão das lesões, momento para o qual foi relegado ser retirado o referido óleo (banda) de silicone e o implante da lente intra-ocular;

69. Atenta a particular gravidade e delicadeza das lesões e sequelas de que ficou o Autor afectado, foi sugerido que a sua situação clínica fosse observada

e, eventualmente, confirmada pelo Centro L... em Barcelona, Espanha; Para tanto, foi marcada a respectiva consulta para o dia 5 de Outubro de 2012 com o Clínico Dr. M...;

70. Atento o estado clínico do Autor e por não ser medicamente aconselhável o transporte em avião, teve o demandante de se deslocar a cidade de Barcelona em veículo automóvel, trajecto que efectuou deitado no banco traseiro e com a cabeça para baixo;

71. Em 28.10.2010, foi o Autor submetido a nova cirurgia da especialidade de oftalmologia, desta feita no N..., S. A., sob a direcção do Prof. Dr. O... e em consequência do descolamento da retina com vitrectomia e segmentação, delaminação sendo opinião deste insigne Mestre da cirurgia e mundialmente reputado, não ser clinicamente adequado, até ao momento, a realização do previsto implante da lente intra-ocular;

72. Em consequência das descritas lesões e sequelas, esteve o A. afectado, desde 10/06/2010 a 19/06/2010 e entre 28/10/2010 e 29/10/2010 de incapacidade total, e com uma incapacidade parcial temporária desde 20/06/2010 até 28/10/2010, data da segunda cirurgia realizada no N..., S. A. e entre 30/10/2010 e 14/4/2011;

73. Fruto das lesões e respectivas sequelas está o A afectado de um deficit funcional permanente da integridade físico-psíquica de 25 pontos;

74. As lesões sofridas, pela sua extensão e gravidade, demandaram que o Autor fosse sujeito a várias consultas de especialidade, nomeadamente em Espanha, assim como a duas intervenções cirúrgicas, cujos encargos teve de suportar e no que excedeu os complementos de que beneficiou ao abrigo do contrato de seguro de doença de que é beneficiário e que celebrou com a P..., no total de €951,19, tendo o Autor suportado:

i - Cirurgia realizada na Venerável Ordem J... no Porto, no valor de €431,69;

ii - Cirurgia realizada no N..., S. A. em Coimbra, no valor de €459,50;

iii - Consultas em Coimbra: €60,00;

75. O Autor suportou e custeou:

i. - Deslocações e combustível a Coimbra no valor de €630,41;

ii. - Alimentação €259,58;

iii - Lentes receitadas e adquiridas (Q...) €610,00;

v - Para consulta e exame em Barcelona em 5/10/10 o Autor suportou e custeou:

i. Portagens no valor de €96,35;

ii. Combustível no valor de €236,63;

iii. Alimentação no valor de €131,95;

iv. Hotel no valor de €215,50;

76. Anteriormente ao acidente, o A. era uma pessoa jovem, saudável, alegre,

amante dos prazeres da vida activa, dado ao convívio social com colegas e familiares e sem qualquer tipo de limitações, sendo que, após o acidente e em consequência das lesões e sequelas de que padece irreversivelmente, se transformou num jovem triste, receoso, angustiado, isolado, retraído, diminuído, e desgostoso não só pela visível desfiguração do seu olho direito, como pela limitação visual de que é portador;

77. A lesão afectou os seus estudos, não lhe tendo sido possível realizar, na primeira fase, os exames finais de 12^o ano;

78. No ano lectivo de 2010, em consequência das lesões sofridas no acidente a que se reportam os presentes autos, não pode efectuar os exames regulares da época de Julho, o que só logrou efectuar na 2^a fase, por não poder manter-se na posição de sentado e apenas poder ler na posição de deitado e com a cabeça para baixo, pelo que só pôde efectuar o exame da disciplina de português, tendo optado pelo curso universitário S1..., em que se inscreveu na Universidade S..., na cidade do Porto;

79. O A. sempre sonhou inscrever-se e concluir o curso superior S2... e na referida S... era possível a candidatura e inscrição no curso S1... apenas com o exame de língua portuguesa;

80. Desde o primeiro ano de faculdade, a progressão académica do A. vem sendo seriamente afectada, já que todos os tratamentos e cirurgias bem como a grave diminuição da visão no olho direito do A. forçam uma pressão exagerada no olho esquerdo, o que tudo lhe impõe um maior número de horas de estudo e de descanso, como forma de minorar a irreversível limitação de que é portador;

81. Em consequência das lesões sofridas no acidente em causa nos presentes autos, o Autor não mais pôde dedicar-se, como se dedicava, à prática desportiva de qualquer modalidade, nomeadamente de ténis, bem como não mais pode frequentar discotecas ou festas nocturnas, não tolerando qualquer luz que incida directamente nos olhos.

*

2.2. Factualidade considerada não provada na sentença

O tribunal de 1^a instância considerou *não provados* os seguintes factos:

1. Antes de ser iniciado o jogo, os representantes da 1^o Ré, presentes no local, receberam do A. e dos demais participantes o preço acordado e correspondente custo estipulado pela participação do ora A. para a prática desportiva acordada;

2. Quando o Autor saía da zona de jogo - combate -, a máscara de protecção que usava (cedida e propriedade da 1^a R.) começou a embaciar ao ponto de o A. não conseguir ver o caminho;

3. Para chegar a uma “área segura” - zona neutra de “combate” - e ficar fora

da área do jogo, o A. tinha, forçosamente, de percorrer diversos corredores e compartimentos, assim como atravessar todo o recinto á volta, visto que, em todo o perímetro de jogo definido pela 1ª Ré, não existe qualquer área de segurança ou outra forma de abandonar a zona de “combate” nomeadamente pela ausência de percursos alternativos;

4. Sucede que tendo a máscara de que era portador o Autor ficado embaciada, como única forma de este poder sair do recinto teve de retirar, momentaneamente, a máscara de protecção para, com o lenço fornecido pela 1ª Ré, rapidamente a limpar e, dessa forma, poder ter a visão indispensável para ver o caminho e qual a direcção a seguir;

5. A R. C... não só nunca advertiu os participantes no jogo de paintball que explora e que com eles contratualizou, como antes referiu a necessidade do uso dos lenços de papel que forneceu para procederem a limpeza interior das viseiras em consequência do embaciamento de que padeciam e que, por isso, eram inadequadas à prática do jogo em concreto;

6. A velocidade de impacto das bolas de tinta, v.g. marcadores ou balas, é superior a 20 Km/h no percurso inicial de 20 metros;

7. O equipamento fornecido pela 1ª R. aos utentes do jogo, nomeadamente em 10.6.2010, não era adequado a prevenir e evitar acidentes como o descrito nos autos, nomeadamente por as viseiras fornecidas pela 1ª Ré embaciarem com tal frequência, que a própria exploradora do jogo ao proceder à sua entrega aos clientes, logo fornecia pacotes de lenços de papel para que os utentes procederem à limpeza e desembaciamento das protecções dos olhos;

8. O A. foi reencaminhado para o Hospital T... por ser o competente em razão do domicílio do Autor;

9. No decurso dos exames efectuados pelos melhores especialistas ao serviço da referida clínica, foi constatado a inconveniência de realização da segunda cirurgia para efectivação do implante intra-ocular, antes sendo determinado que fosse o A. submetido a nova cirurgia mas para retirada do óleo (banda) de silicone;

10. O implante da lente intra-ocular apenas deverá ocorrer em momento futuro e quando clinicamente estiverem reunidas as condições adequadas;

11. É previsível, com elevado grau de probabilidade, que venha a ser necessária a realização de ulterior intervenção cirúrgica para colocação de lente intra-ocular, o que só será possível determinar em função da evolução clínica futura;

12. O Autor suportou e custeou a consulta em Barcelona no valor de €225,00;

13. É hoje e desde os seus joviais 18 anos, o A. um rapaz sem confiança para se aproximar e conviver com os seus pares, em especial do sexo oposto, o que seria o normal e natural para um jovem da sua idade;

14. O Autor ficou impedido, definitivamente, de entrar no curso superior de S2...;

15. Só ter podido efectuar o exame da disciplina de português, impediu o Autor de entrar no ensino público e, mesmo no privado, com limitação das opções já que apenas pôde optar pelo curso universitário S1...;

16. Como consequência das lesões e sequelas de que é o A. portador, mesmo após a conclusão do curso S1... que vem frequentando, maugrado o regular aproveitamento que vem obtendo, as respectivas saídas profissionais estão, igualmente limitadas, nomeadamente por impossibilidade de ingresso nos órgãos de investigação criminal e para que é tal curso apto;

17. Sendo previsível que com o andar dos tempos venha a ficar impedido de conduzir, especialmente à noite;

18. As bolas de paintball são feitas de uma gelatina biodegradável que não mancha a roupa e, ao atingir um corpo, produz um splash que é o sinal de embate, não produzindo agressões físicas relevantes;

19. A área de jogo era de cerca de 2.000 m²;

20. Depois de eliminado, o A. saiu da divisão em questão para o corredor central sem a máscara colocada, onde foi atingido.

2.3. Apreciação da impugnação da matéria de facto

Nas conclusões recursivas veio o apelante requerer a reapreciação da decisão de facto, em relação a um conjunto de factos julgados provados, com fundamento em erro na apreciação da prova.

Como é consabido, o art. 640^o estabelece os ónus a cargo do recorrente que impugna a decisão da matéria de facto, nos seguintes termos:

“1. Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição:

a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados;

b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida;

c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

2. No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte:

a) Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes;

b) Independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal,

incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e, se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes.

3. [...]”

O presente regime veio concretizar a forma como se processa a impugnação da decisão, reforçando o ónus de alegação imposto ao recorrente, prevendo que deixe expresso a solução alternativa que, em seu entender, deve ser proferida pela Relação em sede de reapreciação dos meios de prova.

Recai, assim, sobre o recorrente, face ao regime concebido, um ónus, sob pena de rejeição do recurso, de determinar com toda a precisão os concretos pontos da decisão que pretende questionar - *delimitar o objeto do recurso* -, motivar o seu recurso através da transcrição das passagens da gravação que reproduzem os meios de prova, ou a indicação das passagens da gravação que, no seu entendimento, impunham decisão diversa sobre a matéria de facto - *fundamentação* - e ainda, indicar a solução alternativa que, em seu entender, deve ser proferida pela Relação.

No caso concreto, realizou-se o julgamento com gravação dos depoimentos prestados em audiência e o apelante impugnou a decisão da matéria de facto, com indicação dos pontos de facto impugnados, prova a reapreciar e decisão que sugere, mostrando-se, assim, reunidos os pressupostos de ordem formal para proceder à reapreciação dessa decisão.

Tal como dispõe o nº 1 do art. 662º a Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto “ [...] *se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa*”, o que, na economia do preceito, significa que os poderes para alteração da matéria de facto conferidos ao tribunal de recurso constituem apenas um remédio a utilizar nos casos em que os elementos constantes dos autos imponham inequivocamente (em termos de convicção autónoma) uma decisão diversa da que foi dada pela 1ª instância.

No presente processo a audiência final processou-se com gravação da prova pessoal prestada nesse ato processual.

A respeito da gravação da prova e sua reapreciação, haverá que ter em consideração, como sublinha ABRANTES GERALDES[2], que funcionando o Tribunal da Relação como órgão jurisdicional com competência própria em matéria de facto, nessa reapreciação tem autonomia decisória, devendo consequentemente fazer uma apreciação crítica das provas, formulando, nesse julgamento, com inteira autonomia, uma nova convicção, com renovação do princípio da livre apreciação da prova.

Assim, competirá ao Tribunal da Relação reapreciar as provas em que

assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações do recorrente e recorrido, sem prejuízo de oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que hajam servido de fundamento à decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados.

Decorre deste regime que o Tribunal da Relação tem acesso direto à gravação oportunamente efetuada, mesmo para além dos concretos meios probatórios que tenham sido indicados pelo recorrente e por este transcritos nas alegações, o que constitui uma forma de atenuar a quebra dos princípios da imediação e da oralidade suscetíveis de exercer influência sobre a convicção do julgador, ao mesmo tempo que corresponderá a uma solução justificada por razões de economia e celeridade processuais[3].

Cumprindo ainda considerar a respeito da reapreciação da prova, que neste âmbito vigora o princípio da livre apreciação, conforme decorre do disposto no art. 396º do Cód. Civil.

Daí compreender-se o comando estabelecido na lei adjetiva (cfr. art. 607º, nº 4) que impõe ao julgador o dever de fundamentação da materialidade que considerou provada e não provada.

Esta exigência de especificar os fundamentos decisivos para a convicção quanto a toda a matéria de facto é essencial para o Tribunal da Relação, nos casos em que há recurso sobre a decisão da matéria de facto, poder alterar ou confirmar essa decisão.

É através dos fundamentos constantes do segmento decisório que fixou o quadro factual considerado provado e não provado que este Tribunal vai controlar, através das regras da lógica e da experiência, a razoabilidade da convicção do juiz do Tribunal de 1ª instância.

Atenta a posição que adrede vem sendo expressa na doutrina e na jurisprudência, quando o Tribunal da Relação é chamado a pronunciar-se sobre a reapreciação da prova, no caso de se mostrarem gravados os depoimentos, deve considerar os meios de prova indicados pela partes e confrontá-los com outros meios de prova que se mostrem acessíveis, a fim de verificar se foi cometido ou não erro de apreciação que deva ser corrigido[4]. Tendo presentes estes princípios orientadores, cumpre agora dilucidar se assiste razão ao apelante, neste segmento recursório da impugnação da matéria de facto, nos termos por ele sufragados.

Como deflui das respetivas conclusões recursivas, o recorrente argumenta ter sido incorretamente apreciada a materialidade plasmada nos pontos nºs 12, 14, 15, 22, 23, 24, 25, 35, 42, 44, 45, 46 e 56 dos factos provados, preconizando que deve: i) dar-se como não provada a facticidade constante dos pontos nºs 12 e 22; ii) ser eliminado o ponto nº 35 (por contradição com o ponto nº 8); iii) ser alterada a redacção dos demais pontos de facto objecto de

impugnação.

Vejam os.

O ponto nº 12 dos factos provados tem a seguinte redacção: «*Para chegar a uma “área segura” - zona neutra de “combate” - e ficar fora da área de jogo, o autor tinha forçosamente que sair do edifício do sanatório*».

O apelante argumenta que esse facto deve ser dado como não provado, na medida em que as testemunhas inquiridas no julgamento (v.g., V... e E...) não confirmaram que o autor, ou qualquer jogador, para ficar fora da área do jogo tinha forçosamente que sair do edifício do sanatório.

A referida afirmação de facto corresponde exactamente à alegação do autor vertida no artigo 16º da petição inicial[5], sendo que a essa matéria foi ouvido na audiência final o legal representante da 1ª ré, U..., que em depoimento de parte confessou essa realidade, motivando, assim, a sua redução a escrito conforme consta da assentada exarada na ata de 15 de janeiro de 2018 (que não foi alvo de qualquer reclamação, mormente pelo ora apelante).

Perante tal confissão judicial (escrita), dado o valor desta, não pode, naturalmente, ser desvirtuada a sua força probatória independentemente da prova testemunhal que tenha sido prestada em sentido divergente do que foi confessado pelo legal representante da ré.

Com efeito, em consonância com o disposto no nº 1 do art. 358º do Cód. Civil, a confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente, o que significa, portanto, que as partes (e o tribunal) ficam vinculadas à confissão, a qual, aliás, é irrevogável (cfr. art. 465º, nº 1).

Inexiste, pois, fundamento para a requerida alteração do sentido decisório (para não provado) referente à aludida proposição factual.

*

Os pontos nºs 15 e 25 dos factos provados têm a seguinte redacção:

“Todos os intervenientes receberam fato, colete de protecção, colete tático (para colocar os carregadores), luvas, neck (protecção para o pescoço), máscara, marcador de ar comprimido e bolas paintball, tudo em bom estado de funcionamento” (ponto nº 15);

“A 1ª ré forneceu equipamento adequado e em bom estado de funcionamento, bem como explicou aos participantes antes do início do jogo o regulamento de segurança, e delimitou as zonas de jogo e de segurança” (ponto nº 25).

O apelante advoga que a redacção dos aludidos pontos de facto deve ser alterada, ficando a deles constar, respectivamente, que “O facto, colete de protecção, colete tático (para colocar os carregadores), luvas, neck (protecção para o pescoço), marcador de ar comprimido e bolas paintball, estavam em bom estado de funcionamento, sendo que a máscara fornecida pela ré C... embaciava no decurso do jogo perturbando a visão” (ponto nº 15) e que “A 1ª

ré forneceu equipamento adequado e em bom estado de funcionamento, sendo que a máscara fornecida pela ré C... embaciava no decurso do jogo, perturbando a visão, bem como explicou aos participantes antes do início do jogo o regulamento de segurança, e delimitou as zonas de jogo e de segurança” (ponto nº 25).

A alteração sugerida pelo apelante traduz-se, pois, no aditamento aos referidos pontos de facto da expressão que “a máscara fornecida pela ré C... embaciava no decurso do jogo perturbando a visão”.

Sustenta, para tanto, a requerida alteração no facto de U..., V... e E... (sendo que este último desempenhou as funções de monitor/árbitro no ajuizado jogo de paintball) aquando da sua inquirição na audiência final terem referido que as máscaras fornecidas embaciavam, dificultando a visão.

Procedeu-se à audição do registo fonético contendo os depoimentos prestados pelas referidas pessoas, constatando-se terem efectivamente referido que as máscaras embaciam. No entanto, também acrescentaram que é habitual as máscaras embaciarem, sendo que, como afiançou a testemunha E... - que trabalha nesta área há mais de dez anos - “não há modelos [de máscaras] que não embaciem” (cfr. registo fonográfico do seu depoimento a partir do minuto 18 e 05 segundos), no que foi secundado pela testemunha F... (que no jogo desempenhou igualmente as funções de monitor/árbitro). Adiantaram, de igual modo, que apesar desse embaciamento o jogador não fica impedido de ver o que se passa em sua volta (numa distância não superior a três metros, conforme referiu, designadamente, a testemunha E...), deixando claro que as máscaras que foram entregues aos participantes no jogo estavam em bom estado de funcionamento.

Significa isto que o facto reconhecido pelas pessoas inquiridas na audiência final de as máscaras embaciarem (embaciamento esse que será maior ou menor em função de diversos factores variáveis, mormente a humidade e temperatura registadas no local onde a actividade de paintball se desenvolve) não implica - ao invés do que defende o apelante - que as mesmas não estivessem em bom estado de funcionamento como foi afirmado pelas indicadas pessoas e o tribunal de 1ª instância deu como provado, sendo que o reconhecimento da ocorrência do embaciamento das máscaras no decurso do jogo resulta já do que consta do facto provado nº 8.

Inexiste, por isso, razão válida para a impetrada alteração da redacção dos mencionados pontos de facto.

*

O ponto nº 22 dos factos provados tem a seguinte redacção: “*Iniciado o jogo, a máscara não pode ser retirada de modo algum na área de jogo e só pode ser retirada na zona de segurança (ou zona morta)*”.

Por seu turno o ponto nº 23 desse mesmo elenco de factos tem a seguinte redacção: *“A máscara é a primeira regra de segurança constante do respectivo Regulamento, explicado aos participantes antes do início do jogo: é de uso obrigatório em todos os locais de jogo; só pode ser retirada na Zona de segurança; durante o decorrer do jogo em nenhuma situação ela pode ser retirada, mesmo que fique suja de tinta ou embaciada; o jogador deverá usar a máscara até chegar à Zona de Segurança/Zona Morta”*.

O ponto nº 42 tem a seguinte redacção: *“Ao longo desta explicação, os participantes foram por várias vezes advertidos de que é absolutamente proibido retirar as máscaras”*.

Advoga o apelante que o ponto nº 22 deve ser dado como não provado, o ponto nº 42 deverá ser eliminado por constituir duplicação do ponto nº 23, cuja redacção deve ser alterada ficando, tão - somente, a dele constar que *“A máscara é a primeira regra de segurança constante do respectivo Regulamento, explicado aos participantes antes do início do jogo: é de uso obrigatório em todos os locais de jogo; o jogador deverá usar a máscara até chegar à Zona de Segurança/Zona Morta”*.

Em abono desse posicionamento argumenta que a proibição de retirada da máscara é *“uma regra de impossível cumprimento e mesmo inexecutável”* estando em contradição com o facto (reconhecido) de as máscaras embaciarem, embaciamento esse que obrigará à retirada da máscara.

Ora para além de não indicar os concretos meios probatórios em que se filia para sustentar a requerida alteração, facto é que (como já anteriormente se deu nota) as testemunhas que foram ouvidas sobre a matéria em causa (v.g. E..., X... e V...) adiantaram que apesar de as máscaras embaciarem, perturbando a visão, isso não impedia os participantes no jogo de se deslocarem para a zona de segurança, tendo-lhes sido fornecida uma folha de papel destinada a proceder à limpeza da máscara em caso de embaciamento, ou de ser atingida por um bola de tinta, sendo que todos afiançaram que antes do início do jogo foi claramente vincado que em nenhuma situação a máscara podia ser retirada na *“área de jogo”*, mesmo que ficasse suja de tinta ou embaciada.

Consequentemente não há razão para operar a requerida alteração do sentido decisório referente às mencionadas proposições factuais.

*

No ponto nº 24 deu-se como provado que: *“Quando se encontrava em pleno tempo de jogo e na área de jogo o autor retirou a máscara”*.

Defende o apelante que a redacção deste ponto de facto deve ser alterada (e por inerência deve ser eliminado o facto elencado em 14, por constituir uma duplicação do mesmo), passando a dele constar que “Em pleno tempo de jogo, quando se encontrava no interior de um quarto com uma janela que permite uma linha de fogo da equipa inimiga, ainda que expressamente proibido, o autor retirou a máscara sendo atingido no olho direito”.

Registe-se, desde logo, que a alteração de redacção sugerida pelo apelante não diverge substancialmente do que ficou a constar do ponto nº 24, sendo que, na sua economia, o que essencialmente releva é que o autor (e os outros participantes no jogo), apesar de ter sido avisado que não poderia retirar a máscara no local onde o jogo se desenvolvia, acabou por fazê-lo, vindo, então, a ser atingido por uma bola de tinta no seu olho direito.

Isso mesmo foi atestado por V... (única testemunha que presenciou essa realidade, por se encontrar na divisão exactamente em frente daquela onde se encontrava o autor), o qual relatou a forma como o “acidente” ocorreu, tendo afirmando que quando o autor foi atingido por uma bola de tinta (o que, de acordo com as regras do jogo, implicava a sua eliminação), disse “morto” e, depois limpou a máscara, tirando-a da cara, sendo logo após atingido por uma bola de tinta no olho.

Significa isto, portanto, que da prova adrede produzida resulta que o autor, quando se encontrava numa divisão (um quarto) que integrava a “área de jogo” foi atingido por outro jogador com uma bola de tinta no olho num momento em que não tinha a máscara colocada no rosto por a haver retirado, realidade essa que obteve acolhimento no ponto de facto impugnado, não se vislumbrando, assim, fundamento para a sua alteração.

*

O ponto nº 35 dos factos provados tem a seguinte redacção: “*Aí foram entregues a cada um dos participantes uma máscara, uma arma de ar comprimido e as respectivas munições (bolas de tinta), um fato, luvas, um colete táctico e um colete de protecção*”.

O apelante defende que o referido ponto de facto deve ser eliminado em virtude de constituir mera duplicação da materialidade já acolhida no facto provado nº 8.

Ora, malgrado a afirmação de facto vertida no ponto nº 35 se encontre parcialmente contida no facto provado nº 8, não se vê um real interesse na sua eliminação do elenco dos factos provados, sendo certo que, neste conspecto, a pretensão do apelante não constitui sequer fundamento de impugnação da matéria de facto à luz do regime adjectivo consagrado no art. 640º.

*

Nos pontos de facto nºs 44, 45, 46 e 56 deu-se, respectivamente, como provado que:

“Qualquer um dos jogadores apenas necessita de gritar para que os árbitros interrompam o jogo” (ponto nº 44);

“Sendo todos os jogadores audíveis, por pelo menos um dos árbitros” (ponto nº 45);

“Isto porque o espaço onde o jogo se desenrola é limitado” (ponto nº 46);

“Depois de o autor ter sido atingido no olho, os árbitros interromperam o jogo, tendo o autor sido levado para o exterior” (ponto nº 56).

Pretende o autor que a redacção dos aludidos pontos seja alterada, de molde a que deles conste:

“Sendo suposto que os jogadores apenas necessitam de gritar para que os árbitros interrompam o jogo” (ponto nº 44);

“Nenhum dos árbitros ouviu o recorrente gritar morto” (ponto nº 45);

“Apesar de o espaço onde o jogo se desenrola ser limitado” (ponto nº 46);

“Depois de o autor ter sido atingido no olho, os demais jogadores interromperam o jogo, mesmo antes de os árbitros terem acorrido ao local onde se encontrava o B..., tendo o autor sido levado para o exterior” (ponto nº 56).

No sentido de justificar a impetrada alteração de redacção dos mencionados pontos de facto convoca o depoimento das testemunhas E..., F... e V... que referiram não ter ouvido qualquer grito ou sinal de alarme por parte do autor. Da audição do registo fonográfico dos mencionados depoimentos verifica-se que as testemunhas E... e F... (que eram os “árbitros” no jogo) adiantaram que não ouviram qualquer grito ou sinal de alarme por parte do autor, tendo sido alertados para a situação de dificuldade em que este se encontraria em resultado dos “berros” dos outros participantes no jogo, sendo que nesse momento o jogo já estava interrompido; já a testemunha V... (que, na ocasião, era quem estava mais próximo do demandante) referiu que o autor gritou “morto” depois de ter sido atingido por uma bala de tinta, tendo depois disso retirado a máscara sendo, então, atingido no olho, gerando-se alarido que motivou que a interrupção do jogo.

Ora, o que está em causa nos referidos pontos de facto é a forma como o jogo poderia ser interrompido numa situação de emergência o que - como adiantado, designadamente, pelas testemunhas E... e F... - pressupunha que o jogador em dificuldade gritasse para impedir a continuação do mesmo, e não propriamente gritar a palavra “morto”, que no contexto do jogo significava que o jogador atingido por uma bola de tinta foi eliminado.

Daí que, sob este enfoque, ponderando os meios probatórios que foram produzidos relativamente à factualidade objecto de impugnação, não se

verifique razão bastante para divergir do sentido decisório que foi acolhido na sentença recorrida, já que a argumentação expendida pelo apelante não tem, quanto a nós, o condão de desconstruir a motivação adrede tecida nesse ato decisório, afigurando-se-nos que a prova produzida não *impõe* (como é suposto pelo nº 1 do art. 662º) decisão diversa, porquanto, como se deixou evidenciado, a decisão de considerar provadas as proposições factuais plasmadas nos pontos nºs 38, 44, 45, 46 e 56 nos moldes deles constantes é, nos termos expostos, perfeitamente racional e lógica.

3. FUNDAMENTOS DE DIREITO

O autor intentou a presente ação declaratória visando ser ressarcido dos danos que lhe foram provocados quando participava num jogo de “paintball” organizado pela 1ª ré (com quem havia contratado para esse efeito), tendo então sido atingido por uma bola de tinta no olho direito.

A sua pretensão indemnizatória ancora-se, pois, num facto simultaneamente violador de uma relação de crédito quer de vínculos jurídicos gerais, existindo assim uma situação susceptível de preencher os requisitos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e da extracontratual.

Como é consabido, tem sido discutido o problema da equação, em tais casos, do concurso das duas espécies de ilícito civil.

E numa *fattispecie* assim configurada considera-se doutrinariamente assistir ao lesado a possibilidade de optar por uma ou outra via, com consequências diversas previstas em normas distintas, isto é, noutra formulação, a faculdade de invocar indistintamente a modalidade de responsabilidade que mais convenha ao efeito que ele pretende alcançar[6], se bem que ultimamente tem sido defendida a prevalência nessas situações das regras da responsabilidade contratual em detrimento das da extracontratual[7].

De qualquer modo, a opção não significa apenas a possibilidade de escolha entre uma e outra, mas inclusive a admissibilidade de instauração cumulativa da acção contratual e extracontratual, como se nos afigura suceder no caso *sub judicio* na medida em que o autor filia a sua pretensão de tutela jurisdicional convocando ambas as formas de responsabilidade.

Assente, assim, a possibilidade de o autor demandar a 1ª ré (que havia celebrado com a 2ª ré contrato de seguro nos termos do qual assumiu esta a responsabilidade pelo pagamento dos danos que fossem causados a clientes e terceiros pelos quais fosse aquela responsável no exercício da sua actividade comercial), ainda que a título de imputação diverso, resta, por conseguinte, determinar se se mostram reunidos os necessários pressupostos normativos (cfr. arts. 483º e 798º, ambos do Cód. Civil) para fazer despoletar a consequente responsabilidade civil, sendo certo que, neste conspecto, na

decisão recorrida o juiz *a quo* conclui pela negativa face à inexistência de culpa na atuação da 1ª ré, afastando quer a presunção consagrada no nº 1 do art. 799º do Cód. Civil, quer a presunção[8] estabelecida no nº 2 do art. 493º do mesmo diploma legal por considerar - quanto a esta - que, *in casu*, o “paintball” não é uma actividade perigosa.

O apelante rebela-se contra esse sentido decisório argumentando, fundamentalmente, inexistir razão válida para a não aplicação do regime vertido no último normativo citado, no qual se dispõe que “[Q]uem causar danos a outrem no exercício de uma actividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.

Para tanto sustenta que, ao invés do posicionamento do juiz de 1ª instância, o jogo de “paintball” reveste natureza de actividade perigosa para os efeitos do inciso transcrito, sendo que, afirmando-se no caso essa perigosidade, deverão as rés ser responsabilizadas nos termos impetrados, posto que a 1ª ré não logrou demonstrar que tenha empregado *todas as providências exigidas pelas circunstâncias* com o fim de prevenir os danos que o autor acabou por sofrer em resultado da prática dessa actividade.

Quid juris?

Conceitualmente a norma acima transcrita não define o que seja uma actividade perigosa, referindo apenas a “*actividade perigosa, por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados*”.

Estamos, pois, em presença de um conceito indeterminado, cuja interpretação e densificação deve ser feita - como sustenta OLIVEIRA ASCENSÃO em relação a este tipo de conceitos[9] - tendo por base o “critério valorativo fixado na cláusula geral”, sendo efectivamente necessário atender ao caso concreto.

Tornando-se necessária uma apreciação casuística, tendo em conta as circunstâncias, serve, contudo, de orientação a definição proposta por VAZ SERRA[10], segundo a qual devem ser como tal consideradas as actividades que criam para terceiros um estado de perigo, isto é, a possibilidade ou, ainda mais, a probabilidade de receber um dano, uma probabilidade maior do que a normal derivada de outras actividades.

A jurisprudência[11], à semelhança da generalidade da doutrina pátria[12], têm acolhido a posição de Vaz Serra convergindo na afirmação de que é actividade perigosa, para o efeito, aquela que possui uma especial aptidão produtora de danos, um perigo especial, uma maior susceptibilidade ou aptidão para provocar lesões de gravidade e mais frequentes, e que essa perigosidade deve ser aferida *a priori* e em abstracto e não em função dos

resultados danosos, em caso de acidente, muito embora a magnitude destes possa evidenciar o grau de perigosidade da actividade ou risco dessa actividade.

Portanto, na prática, o que interessa é que, na qualificação de uma actividade como perigosa, seja tida em conta a sua *especial aptidão* para produzir danos, aptidão que há de resultar da sua própria natureza ou da natureza dos meios utilizados, cabendo ao julgador concretizar o conceito em face do próprio caso, posto que, em última análise, uma actividade é ou não casuisticamente perigosa, consoante o circunstancialismo concreto em apreciação.

Assim, no caso vertente, tudo está em saber se a forma como se desenvolve o jogo de “paintball” constitui (ou não) uma actividade perigosa no apontado sentido, isto é, se a sua prática implica uma especial aptidão para produzir danos.

Como é consabido, esse jogo ou actividade[13] consiste, em termos gerais, na simulação de “jogos de guerra”, cuja finalidade última é a eliminação dos jogadores da equipa adversária; para tanto, cada jogador está munido de uma arma de ar comprimido (“tipo pistola metralhadora”) que dispara munições constituídas por bolas de tinta; as bolas de tinta são projectadas, em modo de rajada ou em tiros isolados, e, quando atingem o alvo, rebentam, deixando marcas; a força com que as munições são projectadas exige o uso de protecções faciais e de pescoço, bem como é aconselhável o uso de vestimenta adequada.

Recorrendo a experiência jurisprudencial nesta matéria registamos a existência de um acórdão que se pronunciou sobre a questão, concretamente o acórdão da Relação de Coimbra de 5.11.2013[14] (que o apelante invoca abundantemente em arrimo da sua pretensão recursiva), no qual se considerou que “o jogo do paintball consubstancia uma actividade perigosa, em particular devido à força com que as munições são projectadas”, acrescentando que tal perigosidade é “tanto maior quando o jogo é praticado nas circunstâncias descritas nos autos, ou seja, sem que haja uma zona em que os jogadores que já terminaram de jogar e continuam a assistir ao jogo e demais pessoas que assistam ao evento possam estar resguardados de qualquer bola perdida que as possa atingir”.

Contudo, cotejando o quadro factual apurado nestes autos com a materialidade que foi considerada no referido acórdão, verifica-se inexistir identidade no respectivo substrato fáctico, posto que, no caso vertente - e ao invés do que sucedia na hipótese considerada nesse aresto -, no local onde o jogo decorria existia uma “zona de segurança” ou “zona morta”, que não faz parte da área do jogo e para a qual os jogadores se devem retirar após terem sido “eliminados” (por terem sido atingidos por uma bola de tinta). Na

situação analisada pelo Tribunal da Relação de Coimbra o lesado foi atingido já após ter terminado o jogo e quando se foi sentar num alpendre (depois de ter entregado as protecções do corpo), não existindo aí qualquer “zona de segurança”. Não é essa a realidade em apreciação no presente processo, porquanto, *in casu*, o autor foi atingido no olho direito em plena “área de jogo” quando decidiu retirar (sem que se tivesse apurado o motivo porque o fez, nem sequer o esclareceu em tribunal aquando da sua audição no julgamento, onde declarou - conforme ficou exarado em ata - “não ter qualquer memória do dia em que ocorreu o sinistro”) a máscara de protecção, o que estava expressamente proscrito, como, aliás, fora previamente alertado antes do início do jogo.

É facto que, como se referiu, na actividade em causa são disparadas bolas de tinta que, potencialmente, podem provocar danos, dada a intensidade do disparo, que visa possibilitar o rebentamento da bola e a libertação da tinta que se encontra no seu interior.

Questão que então se coloca é a de saber se essa realidade é, *per se*, razão bastante para qualificar a prática do *paintball* como actividade perigosa para os efeitos da supra citada dimensão normativa.

Como emerge das considerações supra expendidas, a qualificação de uma actividade como perigosa não se compadece com uma construção apriorística, devendo antes emergir do facto concreto, não dispensando um juízo de prognóstico posterior, sendo certo que, como bem enfatiza VAZ SERRA[15], a perigosidade da actividade deve existir no exercício da actividade considerada *in abstracto*, sem se atender à inexperiência de quem a exerce, pois, sempre que tal não suceda, a solução invariavelmente passará por aplicar a regra geral do art. 483º, nº 1 do Cód. Civil.

Ora, como deflui da materialidade apurada, a actividade em causa não pode ser desenvolvida sem que os participantes estejam devidamente equipados (nomeadamente com colete, calças, botas, luvas, protecção de pescoço e máscara), equipamento esse (que, como se provou, foi efectivamente fornecido pela 1ª ré e que se encontrava em bom estado de funcionamento) que se destina, precisamente, a evitar lesões que poderiam resultar dos disparos, o que significa, pois, que o risco de potenciais lesões mostra-se afastado sempre que os participantes no jogo observem as regras de segurança e que, no caso, passariam pela proibição de retirada de qualquer parte do equipamento que lhes foi disponibilizado (*maxime* a máscara, destinada, exatamente, a proteger os olhos - cfr., facto provado nº 21) enquanto estiverem em plena “área do jogo”, somente podendo fazê-lo na área a tanto reservada, concretamente na “área de segurança” ou “zona morta”.

Afigura-se-nos, assim, que a actividade de *paintball*, quando praticada com

observância das respectivas regras de segurança, não constitui uma actividade perigosa para efeitos do preenchimento da previsão normativa do citado nº 2 do art. 493º do Cód. Civil, sendo que na densificação desse conceito não pode, naturalmente, ser levado em linha de conta o comportamento (negligente) do participante que não cumpra essas regras. Transpondo esse entendimento para o caso *sub judicio* (na justa medida em que a 1ª ré disponibilizou todo o equipamento necessário para evitar que qualquer dos participantes no jogo pudessem sofrer lesões), não se antolha em que medida a referida actividade, nos moldes em que era desenvolvida, constituísse, em concreto, uma actividade perigosa.

Afastada, deste modo, a aplicação do regime plasmado no citado art. 493º, nº 2 do Cód. Civil, resta dilucidar se a 1ª ré ilidiu a presunção consagrada no nº 1 do art. 799º do Cód. Civil[16], essa sim com inequívoca aplicação na espécie. Apelando ao quadro factual que adrede se provou (cfr., *v.g.*, pontos nºs 8, 15, 20, 21, 22, 23, 25, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 41e 42), dele resulta claro que a ré logrou tal desiderato, porquanto cumpriu pontualmente as obrigações que sobre si impendiam na sequência do contrato (de prestação de serviço) que celebrou com os participantes no jogo, fornecendo todo o equipamento necessário para a prática regular do mesmo (em espaço dotado de “zona de jogo” e de “zona de segurança ou zona morta” que expressamente delimitou), equipamento esse em bom estado de funcionamento, tendo ainda (*rectius*, os seus monitores, que igualmente desempenharam as funções de “árbitro”) explicado as regras do jogo antes do seu início, alertando, por diversas vezes, os participantes que era “absolutamente proibido retirar as máscaras”. Significa isto, portanto, que, no caso, se mostra deslocado convocar sequer a regra plasmada no art. 570º do Cód. Civil, que tem o seu âmbito material de aplicação limitado às situações de concausalidade e de concurso de culpas, o que não é manifestamente o que se verifica na situação sob análise, posto que, como emerge das considerações que vêm sendo tecidas, o ajuizado “acidente” teve na sua génese única e exclusivamente o comportamento (imprudente) do próprio autor, que, contra as regras previamente estabelecidas, decidiu retirar a máscara protectora do rosto em plena “área do jogo” sendo, então e por isso, atingido no olho direito, não revelando o tecido fáctico apurado, como se deixou evidenciado, qualquer comportamento (por ação ou omissão) da 1ª ré suscetível de permitir a emissão de um juízo de censura passível de a fazer incorrer em responsabilidade civil (seja ela contratual ou extracontratual). O presente recurso de apelação terá, por conseguinte, de improceder *in totum*.

III- DISPOSITIVO

Pelos fundamentos acima expostos, acordam os Juízes deste Tribunal da Relação em julgar a apelação improcedente, confirmando-se a decisão recorrida.

Custas a cargo do apelante (art. 527º, nºs 1 e 2).

Porto, 3.06.2019

Miguel Baldaia de Moraes

Fátima Andrade

Fernanda Almeida

[1] Diploma a atender sempre que se citar disposição legal sem menção de origem.

[2] In Recursos no Novo Código de Processo Civil, pág. 225; no mesmo sentido milita REMÉDIO MARQUES (in A ação declarativa, à luz do Código Revisto, 3ª edição, págs. 638 e seguinte), onde critica a conceção minimalista sobre os poderes da Relação quanto à reapreciação da matéria de facto que vem sendo seguida por alguma jurisprudência.

[3] Isso mesmo é ressaltado por ABRANTES GERALDES, in Temas da Reforma de Processo Civil, vol. II, 3ª ed. revista e ampliada, pág. 272.

[4] Assim ABRANTES GERALDES Recursos, pág. 299 e acórdãos do STJ de 03.11.2009 (processo nº 3931/03.2TVPRT.S1) e de 01.07.2010 (processo nº 4740/04.7TBVFX-A.L1.S1), ambos acessíveis em www.dgsi.pt.

[5] Onde expressamente alegou que “Para chegar a uma “área segura” - zona neutra de “combate” - e ficar fora da área do jogo, o A. tinha, forçosamente que sair do edifício do sanatório”.

[6] Cfr., por todos, ANTUNES VARELA, Das Obrigações em geral, vol. I, pág. 637; ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, págs. 499 e seguintes e, do mesmo autor, O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual, Ab uno ad omnes, pág. 560 e seguintes; MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, II - Direito das Obrigações, tomo 3º, págs. 398 e seguintes; TEIXEIRA DE SOUSA, O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões, págs. 156 e seguintes; ROMANO MARTINEZ, Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada, págs. 245 e seguintes e CARNEIRO DA FRADA, Contrato e deveres de protecção, págs. 152 e seguintes.

[7] Cfr., neste sentido, ROMANO MARTINEZ, ob. citada, págs. 249 e

seguintes e ALMEIDA COSTA, *O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual, Ab uno ad omnes*, pág. 563 e seguinte.

[8] Registe-se que tradicionalmente se vem considerando que o regime do nº 2 do art. 493º consagra uma presunção de culpa do titular da actividade [cfr., por todos, na doutrina, ANTUNES VARELA, ob. citada, pág. 594 e seguinte e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 2009, pág. 588; na jurisprudência, *inter alia*, acórdãos do STJ de 5.07.2012 (processo nº 1451/07.5TBGRD.C1.S1), de 28.10.2014 (processo nº 1593/07.7TBPVZ.P1.S1) e de 9.07.2015 (processo nº 385/2002.E1.S1), acessíveis em www.dgsi.pt]. Alguns autores, todavia, vêm sustentando que essa presunção de culpa é, simultaneamente, uma presunção de ilicitude e de causalidade (da conduta) - neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII - Direito das Obrigações, 2014, pág. 589 e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade vs Responsabilidade: A precaução como fundamento da interpretação delitual?*, 2006, pág. 377.

[9] *In O Direito - Introdução e Teoria Geral*, págs. 248 e seguinte.

[10] *In Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades*, BMJ nº 85, págs. 377-378.

[11] Cfr., *inter alia*, acórdão do STJ de 1.07.2014 (processo nº 6607/09.3TVLSB.L1.S1) e acórdão da Relação de Lisboa de 8.05.2014 (processo nº 1780/11.3TBPDL.L1-2), acessíveis em www.dgsi.pt.

[12] Cfr., por todos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *in Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª edição revista e actualizada, pág. 495, ALMEIDA COSTA, *in Direito das Obrigações*, pág. 588 e MASCARENHAS ATAÍDE, *in Responsabilidade civil por violação de deveres de tráfego*, 2015, págs. 490 e seguintes.

[13] Que até ao presente não obteve, entre nós, expressa regulamentação pela via legal.

[14] Proferido no processo nº 1001/09.9TB AVR.C1, acessível em www.gdsi.pt.

[15] Op. citada, pág. 378.

[16] Também neste domínio se vem discutido a natureza dessa presunção, que majoritariamente se tem qualificado como presunção de culpa, não faltando, no entanto, quem a catalogue, simultaneamente, como presunção de ilicitude, culpa e nexa - cfr., sobre a questão e por todos, MARIA DA GRAÇA TRIGO/RODRIGO MOREIRA, *in Comentário ao Código Civil - Direito das Obrigações*, Universidade Católica Editora, 2018, pág. 1110.