

CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO E (IN)ADMISSIBILIDADE DE CLÁUSULAS ANTI RIVAIS

Pelo Prof. Doutor João Zenha Martins⁽¹⁾

I. As cláusulas anti rivais apareceram ao abrigo do princípio da liberdade contratual. São um *deus ex machina*, omnipresente no desporto profissional, designadamente no universo do futebol. Com estas estipulações procura-se, no essencial, evitar que um atleta venha a celebrar um contrato de trabalho desportivo com uma ou mais entidades empregadoras identificadas e/ou identificáveis.

A análise destinada à definição da admissibilidade deste tipo de cláusulas coloca em evidência o entrechoque entre, por um lado, o princípio da liberdade de trabalho e, por outro, o princípio da autonomia privada⁽²⁾, encontrando-se, em fundo, uma tendência historicamente arraigada para, em função do apelo à particularidade das razões desportivas e às especificidades da competição, matizar a aplicação do enquadramento genericamente aplicável a quem exerce uma atividade profissional de natureza desportiva, cujo

⁽¹⁾ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

⁽²⁾ Ao referirmo-nos à autonomia privada fazemo-lo por identidade com a autonomia negocial (mesmeidade de conceitos), uma vez que a autonomia privada não é plenamente identificável com uma ideia de liberdade jurídica. Como fez notar JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, 49-51, ela é uma competência para a auto vinculação, *i. e.*, para a criação, por ato de vontade própria, da regra jurídica a que o sujeito fica submetido. Por isso, o seu operador necessário é o negócio jurídico, confluindo na ideia de que autonomia privada e autonomia negocial são a mesma coisa.

enquadramento primeiro se encontra no núcleo fundamentante da (designada) Constituição Laboral⁽³⁾.

Ora, se esta tendência levou, no extremo, a que, durante décadas, fosse denegada a qualificação laboral da atividade desportiva desenvolvida pelos praticantes⁽⁴⁾ — apenas com a passagem do desporto-recreação para o desporto-espetáculo⁽⁵⁾ foi superada a polaridade antinómica em que o jogo e o trabalho eram colocados⁽⁶⁾ (existindo um interesse do credor digno de tutela jurídica e uma atividade licitamente desenvolvida, sob a autoridade e direção de outrem⁽⁷⁾, havia naturalmente uma situação laboral) —, a necessidade de um diploma específico para o contrato de trabalho desportivo espelha a necessidade de encontrar critérios que quadrem com institutos especificamente enraizados, de que são exemplos expressivos (i) a estabilização do contrato, (ii) a inexistência de um direito à reintegração do praticante desportivo em caso de despedimento ilícito, (iii) a intermediação lucrativa por parte dos empresários desportivos (operação lucrativa historicamente reprimida pelo Direito do Traba-

⁽³⁾ Sobre este conceito, ver, entre outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, Separata “A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho” in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFDL, Lisboa, 2000.

⁽⁴⁾ Diante dos auxiliares disponíveis, a delimitação do conceito de desportista profissional só começa a ganhar contornos definidos com a criação de ligações entre categoria profissional e determinadas áreas de competição (e respetivas modalidades), processo que, com intermitências várias, apenas logrou consolidação no último quartel do século XX. Foi uma evolução lenta e arrastada: o tratamento do desporto como ócio ou recreação, e não como um setor de produção, criou resistências à admissão de contratos de trabalho no mundo desportivo, prolongando-se, entre os ideólogos do desporto, a querela amador-profissional, bem ilustrada em ARNALDO CONSTANTINO FERNANDES, Responsabilidade civil e responsabilidade criminal em matéria de desporto”, ROA, ano 5, n.ºs 1 e 2, 1945, 211.

⁽⁵⁾ Com o inerente desvanecimento da figura do atleta-*homo ludens* e com a emergência do atleta-*homo faber* — cf. GIUSEPPE PRISCO, “Il vincolo tra atleti e società. Secondo convegno giuridico nazionale promosso dal Panathlon Club di Milano”, *Rivista di Diritto Sportivo* 1966, n.ºs 1-2, 94.

⁽⁶⁾ Primacialmente devido ao facto de o jogo, em razão da sua relação com o ócio, ser visto como a antítese do trabalho, como sustentava SILVIO LIMA, *Desportismo Profissional*, Coleção Desportos e Sociedade, n.º 57, MEC/DGD, Minerva, Lisboa, 1939, 16-31. Só que, independentemente da verificação da artificialidade de um tal quadro binário, a própria Lei n.º 2104, de 30.05.1960, ao oficializar a atividade desportiva nas modalidades de futebol, ciclismo e pugilismo, havia cortado cerce com a visão de que a atividade desportiva constituía um objeto desvalioso para efeitos de celebração de um contrato de trabalho. E, a partir do momento em que se reconhece que uma atividade desportiva pode constituir o *objectum* de uma relação laboral, tal reconhecimento tem de lograr aplicação a todas as relações que, com semelhantes contornos, fossem constituídas pelo desenvolvimento de uma atividade desportiva, com irrelevância do *tipo* de modalidade coenvolvida.

⁽⁷⁾ CARLO MASERA, “Il vincolo tra atleti e società. Secondo convegno giuridico nazionale promosso dal Panathlon Club di Milano”, *Rivista di Diritto Sportivo* 1966, ano XVII, n.ºs 1-2, 92. Com desenvolvimentos, permita-se a remissão para JOÃO ZENHA MARTINS, “A cronografia do contrato de trabalho desportivo”, *Estudos em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes — Vol. I* (coord. Bernardo Lobo Xavier, et al.), Ed. NovaCausa, Porto, 2017, pp. 624-651.

lho)⁽⁸⁾, (iv) a inaplicabilidade do princípio da igualdade retributiva ou (v) o eventual pagamento pós-contratual de uma compensação a título de promoção ou valorização dos praticantes⁽⁹⁾.

Assim, embora o recurso ao conceito de especialidade dos contratos de trabalho como via explicativa para a diversificação tipológica pareça desconhecer a mesmidade de causa típica entre todos os contratos de trabalho [a troca do trabalho, qual *prestação personalíssima*⁽¹⁰⁾, por uma retribuição é invariável nos diferentes tipos contratuais laborais⁽¹¹⁾ e a pessoalidade que inere à disposição da *energia laborativa* colocada na execução da prestação por parte de um atleta encontra-se, para todos os efeitos, compreendida no halo do Direito do Trabalho], a verdade é que, tornando-se necessário compreender a relação entre o conteúdo normativo e a realidade social para que este intente, há uma “consciência organizativa”⁽¹²⁾ *a se (ipsum esse subsistens...)* no universo laboral desportivo que logra tradução na *bateria negocial* que os sujeitos, ao longo de décadas, foram construindo.

Mas esse conjunto de instrumentos, sem que se desconheça que os praticantes desportivos não estão envolvidos pelas limitações à livre dis-

⁽⁸⁾ Entre nós, ler ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “O Pluralismo do Direito do Trabalho”, *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (org. António José Moreira), Almedina, Coimbra, 2001, 278, cabendo não perder de vista que a situação, enquanto tal, é diferente da que envolve as empresas de trabalho temporário, dado que aqui não se chega a estabelecer qualquer vínculo jurídico-laboral entre o empresário desportivo e o praticante.

⁽⁹⁾ Sobre os traços essenciais da figura, introduzida pelo art. 22.º do Decreto-Lei n.º 305/95, de 18.11, e reconfigurada na sequência do Acórdão *Bosman* pelos arts. 18.º e 21.º da Lei n.º 28/98, de 26.06, ver, antes da Lei n.º 54/2017, de 14.07, JOÃO LEAL AMADO, «O novo regime do contrato de trabalho desportivo e as “indenizações de transferência”», *QL*, Ano v, 1998, 226, ss.; *idem*, *Vinculação versus Liberdade. O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 462, ss., e *Contrato de Trabalho Desportivo — Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho Anotada*, Almedina, Coimbra, 2017, 110, e JOÃO ZENHA MARTINS, “A realidade laboral desportiva e as indemnizações por promoção ou valorização”, *Estudos de Homenagem a Vítor Ribeiro — Prontuário de Direito do Trabalho especial*, CEJ, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 291-357.

⁽¹⁰⁾ Assim: JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 48.

⁽¹¹⁾ Nestes termos, sufragando-se, na sequência de ICHINO, uma noção de causa como função económico-social abstrata do contrato, v. FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, “Lavoro (Contratto di)”, *Digesto Italiano IX*, Utet, Turim, 1963, 501 e CARLO CESTER, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Vol. II (Diritto del lavoro: Commentario diretto da F. Carinci), 2.ª ed., Utet, Turim, 2007, 333-4. Por isso, e para lá da pessoalidade que trespassa o vínculo, a relação de trabalho é uma relação de natureza creditícia e patrimonial, conflitual, sinalagmática e de natureza continuada.

⁽¹²⁾ Na difundida expressão de TEUBNER, *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation* (traduit de l'allemand par Nathalie Boucquoy avec la collaboration de Gaby Maier), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 203.

posição das margens intra subjetivas de autorregulação de interesses que caracteriza o Código do Trabalho, só é possível dentro dos limites fixados na lei e, antes do mais, na Constituição da República Portuguesa.

Os problemas surgem a partir do momento em que, sem metalepse, a principiologia constitucional não tem um conteúdo unitário, encontrando-se aí, na impossibilidade de fixação de conteúdos homoganeamente aplicáveis aos diferentes tipos laborais, uma geometria variável que, apesar do *apertus* implicado para a contratação a termo, encontra na necessária temporalidade do contrato de trabalho desportivo uma das suas expressões mais significativas: ao contrário do que se verifica no regime laboral de frequência média (o *principio da segurança do e no emprego* postula a garantia da estabilidade da posição do trabalhador na relação de trabalho, espartilhando a contratação a termo)⁽¹³⁾, o contrato de trabalho desportivo é, como se sabe, e por definição, um contrato sem duração indeterminada⁽¹⁴⁾, em conformação já crivada pela jurisprudência constitucional⁽¹⁵⁾.

Assumindo-se, por um lado, que o “reconhecimento da especialidade de uma relação laboral pode, no caso concreto, suscitar problemas”⁽¹⁶⁾, mas, reconhecendo-se, por outro, que a expressão contratos especiais pode ser fonte de confusões — uma vez que todos os contratos são especiais, não existindo, em rigor, um contrato geral *proprio sensu*⁽¹⁷⁾ —, o corpo

⁽¹³⁾ Por exemplo: Ac. TC n.º 581/95, de 31.10.1995 (ASSUNÇÃO ESTEVES), BMJ 1995, n.º 451, 497, em que se firma «(a) segurança no emprego implica, pois, a construção legislativa de um conjunto de meios orientados à sua realização. Desde logo, estão entre esses meios a excepcionalidade dos regimes da suspensão e da caducidade do contrato de trabalho e da sua celebração a termo. Mas a proibição dos despedimentos sem justa causa apresenta-se como elemento central da segurança no emprego, como a “garantia da garantia”».

⁽¹⁴⁾ Sobre as razões que concorrem para essa estabilização, ver, entre nós, por todos, JOÃO LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade. O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 108, ss., e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Sobre as “cláusulas de rescisão” dos jogadores de futebol», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a.135, n.º 3934 (Set.-Out. 2005), 5-26.

⁽¹⁵⁾ Assumindo a incolumidade constitucional da temporalidade genésica do contrato de trabalho desportivo, ver Ac. TC n.º 199/2009, de 28.04 (SOUSA RIBEIRO) e Ac. TC n.º 170/2019, de 14.03 (LINO RODRIGUES RIBEIRO), sem que, no cotejo com o designado contrato de trabalho comum, se deixe de concluir “nas regras de cálculo, o legislador está obrigado a assegurar ao praticante desportivo o mesmo grau de proteção que dispensa ao trabalhador comum ou, pelo menos, uma proteção que não configure um tratamento desigual em medida significativamente excedente”.

⁽¹⁶⁾ Assim: JÚLIO VIEIRA GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos — primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos”, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Liberdade de Compromisso — Vol. II*, UCP, Lisboa, 2009, 252.

⁽¹⁷⁾ PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS, *Cours de Droit Civil. Les Contrats Spéciaux* (13.ª ed.), 2000, 21. Ainda: PHILIPPE RÉMY, «La Jurisprudence des Contrats Spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil», BFDVC, Vol. LX, 1984, Coimbra Editora, Coimbra, 162-7 e MARCO BIAGI/MICHELE TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.ª ed.), Giuffrè, Milão, 2007, 166-7,

normativo autonomizado pela Lei n.º 54/2017, de 14.07 (doravante: RJCTPD), que abriga o núcleo regulativo do contrato de trabalho desportivo, não tem, nem pode ter, a ambição de esgotar todos os aspetos de regime e/ou albergar todas as previsões legais possíveis.

Eis porque, com vista à delimitação do quadro de análise que as cláusulas anti rivais convocam, se impõe chamar “todo o Direito a depor, com relevo para a Constituição (...) em conjugação com todos os dados normativos relevantes”⁽¹⁸⁾.

Contudo, esse chamamento não pode, nem deve, ignorar a centralidade do RJCTPD (designadamente o art. 19.º), sendo, por isso, necessário testar a compatibilidade das normas do Código do Trabalho com a natureza da relação especial de trabalho em causa.

Esta construção decorre do art. 9.º do Código do Trabalho⁽¹⁹⁾ — em remissão que “não é feita de modo automático e indiscriminado, mas dir-se-ia, de modo condicionado e inteligente”⁽²⁰⁾ —, e outro tanto do RJCTPD, que vem postular que *a aplicação das regras aplicáveis ao contrato de trabalho tem de ser compatível com a especificidade das relações emergentes do contrato de trabalho desportivo*⁽²¹⁾.

Assim, sabendo-se que muitas das soluções características de base média não são ampliáveis e que a tipicidade dos *processos especiais* implica que a solução se encontre no seu âmbito, o recurso ao *modelo de frequência ordinária*⁽²²⁾ atualmente acolhido no CT envolve um juízo prévio sobre a fundamentada insuficiência do quadro normativo especificamente desenhado para o contrato de trabalho desportivo.

Isto significa que, se as questões sobre direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho desportivo ou pactos acessórios não lograrem

acentuando que o recurso ao conceito de especialidade dos contratos de trabalho como via explicativa para a diversificação tipológica do contrato de trabalho parece desconhecer a mesmidade de causa típica entre todos.

⁽¹⁸⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Introdução à edição portuguesa — Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (de Claus-Wilhelm Canaris), Lisboa, 1989, pp. XI-CXII. Naturalmente, também os próprios níveis instrumentais, como o processo, são convocados no momento decisório.

⁽¹⁹⁾ O qual prevê que “ao contrato de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código que sejam compatíveis com a sua especificidade”.

⁽²⁰⁾ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho desportivo — Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho — anotada*, Almedina, Coimbra, 2017, 36.

⁽²¹⁾ A expressão que se encontra em itálico foi aditada, e bem, pelo RJCTPD, vindo ao encontro do que se referia em JOÃO ZENHA MARTINS, «O novo Código do Trabalho e os “contratos de trabalho com regime especial”: pistas para o *enquadramento* do contrato de trabalho desportivo», RMP 2003, n.º 95, 31-71.

⁽²²⁾ O sintagma é de NUNO CABRAL BASTO, “Contratos Especiais de Trabalho: reflexões em torno do sistema positivo vigente”, ESC 1969, n.º 31, 70.

ser resolvidas pelo RJCTPD, impõe-se aplicar o Código do Trabalho, conquanto se proceda à qualificação do contrato de trabalho desportivo na *esfera de sentido* daquele tipo contratual (*genérico*) e se demonstre a relação de compatibilidade que o RCTD hoje (justificadamente) exige⁽²³⁾.

Esta aplicação deve ser realizada caso a caso, assim se firme a necessária *afinidade valorativa*⁽²⁴⁾.

II. A dimensão social que cunha o constitucionalismo moderno recentra a liberdade de trabalho, entre nós contida no art. 47.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), como princípio fundamental.

Esta tem uma dimensão multifacetada que não se esgota na impossibilidade de alguém ser compelido ao trabalho — comumente tripartida na liberdade de constituição, de execução e de extinção a todo o tempo do vínculo laboral —, a qual, como é sabido, conhece limitações operativas importantes no âmbito do contrato de trabalho desportivo em razão da estabilização *ope legis* do prazo: por regra, o contrato não pode ter duração inferior a uma época desportiva nem superior a cinco épocas (art. 9.º), estando-se, diante da impossibilidade de desvinculação sem justa causa aplicável aos sujeitos, perante um prazo estabilizador e não limitativo⁽²⁵⁾, cuja inexecução, em atenção ao *nemo ad factum praecise cogi potest*, é insuscetível de cumprimento laboral coercivo, mas que, em razão das

⁽²³⁾ Não se quer, todavia, significar que a legislação genérica se encontre condenada a conhecer uma aplicação estritamente residual e que se afaste um conjunto de princípios que dimensionam a unicidade do Direito do trabalho. Sabe-se que os preceitos incorporam intrinsecamente conexões de sentido e relações de interdependência que impõem a realização de um *tour d'horizon* por todas as regulações a fim de captar o sentido do preceito que se trata de interpretar. Por isso, o afastamento da aplicação mecanicista do CT e da legislação que sobre ele se molda (aplicação formalista que descarta a materialidade do problema e desatende à realidade subjacente) não significa renunciar à procura de uma simplificação da complexidade do Direito que reconduza os critérios decisórios a “pontos de vista unitários”. Pelo contrário. O estudo comparado das realidades jurídicas que desempenham, embora em planos diferentes, funções similares obriga a uma concretização dos princípios estruturantes do ordenamento laboral e a uma conceptualização jurídico-dogmática que viabilize a revelação das conexões que apontam para a coerência do todo. E o contrato de trabalho desportivo é, em todo o caso, um contrato que incide sobre a disposição da energia laborativa de um homem a favor de outrem. Mas, no que especificamente ao processo de preenchimento de lacunas diz respeito, importa evitar o recurso ao diploma cuja lacuna de previsão em relação ao vínculo assumido pelos praticantes desportivos justificou a consagração do RCTD, garantindo-se, com isso, a força normática dos princípios que contribuem para a inconfundibilidade desse modelo com o modelo de frequência média.

⁽²⁴⁾ GIOVANNI IUDICA/PAOLO ZATTI, *Linguage e regole del Diritto Privato* (2.ª ed.), Cedam, Pádua, 2001, 28.

⁽²⁵⁾ Cf. RAÚL VENTURA, “Extinção das relações jurídicas de trabalho”, ROA 1950, 252-5, e, especificamente, JOÃO LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade*, Coimbra Editora, 2002, 97, ss., e JOÃO ZENHA MARTINS, *Da mobilidade dos futebolistas profissionais. Contributo para o estudo do contrato de trabalho desportivo* (tese mestrado n.p.), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003, 84, ss.

especificidades subjacentes à atividade desportiva com natureza competitiva, também não convive com o direito à reintegração⁽²⁶⁾.

Esta estabilização contratual, seja qual for o valor atribuível à regulamentação emitida⁽²⁷⁾, aparece conformada pelas ‘federações internacionais’, cujo exemplo mais saliente é encontrável no Regulamento do Estatuto e Transferência de Jogadores da FIFA, justificando-se, no essencial, com base na tutela das competições desportivas.

Mas a liberdade de trabalho também postula, por definição, que todos possam livremente ativar a sua força de trabalho (a capacidade para trabalhar, em sentido dinâmico, significa a possibilidade concreta, para qualquer cidadão, de realizar a própria capacidade profissional)⁽²⁸⁾, designadamente através da escolha do respetivo trabalho⁽²⁹⁾.

Esta liberdade concreta é essencial ao livre desenvolvimento da personalidade (tutelado pelo art. 70.º do Código Civil e, desde 1997, objeto de acolhimento constitucional expresso⁽³⁰⁾, com o n.º 1 do art. 26.º)⁽³¹⁾, sendo possível reconduzi-la ao feixe de direitos de personalidade⁽³²⁾, enquanto

⁽²⁶⁾ O n.º 2 do art. 27.º do RCTD ora revogado previa a reintegração do trabalhador em caso de despedimento ilícito, desde que, naturalmente, a ilicitude do despedimento fosse judicialmente proferida antes do termo previsto para o contrato. Em clara desconsideração pela matriz pluralista do Direito do Trabalho, havia-se optado pelo acolhimento de uma figura que, embora destinada a afastar uma tutela estritamente ressarcitória em caso de despedimento (fundada no art. 53.º da CRP), desconsiderava as razões que estão na génese da solução que vigora no âmbito do contrato de serviço doméstico e que também conformavam a inexistência de um direito à reintegração em caso de despedimento sem justa causa prevista na convenção coletiva aplicável aos treinadores de equipas profissionais de futebol (BTE, 1.ª Série, n.º 27, de 22 de Julho de 1997, 1219, ss.).

⁽²⁷⁾ Sobre o ponto, e sem que se esqueça que o reconhecimento dessa normatividade a se encontra a sua base de legitimidade (i) na legislação ordinária, (ii) na atuação da denominada administração pública desportiva e (iii) no princípio da unicidade regulamentar (uniformização, à escala mundial, da disciplina sobre uma determinada modalidade), permita-se a remissão para JOÃO ZENHA MARTINS, “A natureza jurídica de algum Direito do desporto: reflexões sobre a diversidade de fontes e o sistema português”, *Themis* 2015, ano XVI, n.ºs 28/29, 71-121.

⁽²⁸⁾ PIERA FABRIS, *Il patto di non concorrenza*, Giuffrè, Milão, 1976, 62-3.

⁽²⁹⁾ Assim, falando em princípio de “liberdade de actividade da força de trabalho”, v. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 279-280.

⁽³⁰⁾ Embora o Tribunal Constitucional já o houvesse extraído do princípio da dignidade da pessoa humana: Ac. TC n.º 6/84, de 18.01 (MAGALHÃES GODINHO), proc. n.º 42/83, DR II Série, de 02.05.1984, considerando, ademais, que o art. 26.º da DUDH, no seu n.º 2, estabelecia a plena expansão da personalidade humana e que o art. 22.º consagrava que todo o homem como membro da sociedade tem direito à realização dos direitos indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

⁽³¹⁾ O preceito implica, nas palavras de CATARINA SAMPAIO VENTURA, “Os direitos fundamentais à luz da quarta revisão constitucional”, BFDUC 1998, Vol. LXXIV, 501, um raio de proteção das “singularidades da pessoa humana, naquilo que a caracteriza como diferente ou igual às demais, conferindo-se a cada um o direito de optar pelo seu próprio projecto de vida”.

⁽³²⁾ Como cedo fizeram notar COSTANTINO MORTATI, “Il lavoro nella Costituzione”, *Il Diritto del*

“imediate extrinsecação da personalidade”⁽³³⁾ e como manifestação do espírito ou do intelecto⁽³⁴⁾.

Também por isso, verificando-se a composição da liberdade de trabalho como um princípio de ordem pública⁽³⁵⁾, a sua aplicação não depende da vontade dos sujeitos e, embora com limitações iminentes (também convencionais), há de lograr aplicação, mesmo que os sujeitos se manifestem em sentido diverso⁽³⁶⁾.

III. Convocando-se a liberdade de trabalho, é neste contexto que se coloca a admissibilidade das cláusulas anti rivais, em cenário que, sem prejuízo das especificidades do desporto⁽³⁷⁾, não deve outro tanto fazer perder de vista a proteção da livre concorrência, contida, designadamente, no art. 81.º [al./f)] e no art. 99.º [als. a) e c)], ambos da CRP.

Constituindo um exemplo vivo da prática rica e inventiva que os sujeitos laborais foram criando, as cláusulas anti rivais tanto podem vir inseridas num contrato de trabalho desportivo (A convencionam com T que este não poderá jogar *post contractum* ao serviço de B), quanto num acordo de revogação do contrato de trabalho (A convencionam com T, ao momento da cessação do contrato de trabalho, que este não poderá jogar *post contractum* ao serviço de B) ou mesmo em pacto celebrado entre clu-

Lavoro, Vol. XXVIII, Roma, 1954, 150 e MANLIO MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milão, 1956, 57 e, entre nós, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), cit., 278.

⁽³³⁾ As palavras são de MANLIO MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milão, 1956, 58.

⁽³⁴⁾ SPAGNUOLO VIGORITA, “Professione e Lavoro (Libertà di)”, *Novissimo Digesto Italiano XIV*, Utet, Turim, 1967, 15.

⁽³⁵⁾ Sobre o conceito, entre nós, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A ordem pública no domínio dos contratos”, *Ars Iudicandi — Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II — Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 260-2.

⁽³⁶⁾ ASSIM, GÉRARD LYON-CAEN, *Les clauses restrictives de la liberté du travail (Clauses de non-concurrence ou de non réembauchage)*, DS 1963, n.º 2, 87.

⁽³⁷⁾ Destaca-se, neste plano, a redação trazida pelo Tratado de Lisboa ao art. 165.º do TFUE (ex-art. 149.º TCE), que configura como objetivo da ação da União “desenvolver a dimensão europeia do desporto, promovendo a equidade e a abertura nas competições desportivas e a cooperação entre os organismos responsáveis pelo desporto, bem como protegendo a integridade física e moral dos desportistas, nomeadamente dos mais jovens de entre eles”, em enquadramento que, desde cedo, foi sendo sinalizado pela Comissão Europeia, avultando, neste âmbito, o *Relatório de Helsínquia sobre o Desporto* (= *Relatório da Comissão ao Conselho Europeu* de 10.12.1999), onde se lia que “a aplicação das regras de concorrência do Tratado ao sector do desporto deve ter em conta as especificidades deste, nomeadamente a interdependência entre a actividade desportiva e as actividades económicas que dela decorrem, o princípio da igualdade de oportunidades, a incerteza dos resultados”. Com desenvolvimentos: RICHARD PARRISH, “Sources and origins of EU sports policy”, *Research Handbook of EU Sports Law and Policy*, edited by J. Anderson, R. Parrish, B. García, Cheltenham-Northampton 2018, 24-45.

bes (A e B convencionam que não contratam T, ou então que T, após a cessação do contrato de trabalho com B, não vai poder jogar por C).

Neste primeiro patamar de análise os elementos juridicamente relevantes são (i) o instrumento que cria uma barreira à contratação de T e (ii) a intervenção, ou a sua ausência, do trabalhador na limitação criada através de vontade livremente manifestada.

Já num segundo patamar de análise, que só terá lugar caso se logre franquear os obstáculos relativos à admissibilidade destas cláusulas, é necessário valorar o tipo inibitório presente (v. g. compensação monetária, “direito de recompra”, preferência ou opção), o conteúdo e o alcance da prestação (v. g. 5 ou 50), a incidência da cominação (v. g. A/A, B e C/todos os clubes de determinado campeonato ou país) e a eventual existência de diferenças quanto à causa de cessação do contrato de trabalho desportivo que funciona como referência pressuposta do fator juridicamente relevante destinado a impedir ou a dificultar a transferência do atleta (v. g. resolução com justa causa, despedimento com justa causa, denúncia convencional ou revogação do contrato de trabalho).

A relevância conformativa da causa de cessação do contrato de trabalho na invocabilidade de determinadas obrigações encontra projeção no RJCTPD — sirva de exemplo o afastamento da obrigação de pagamento da compensação a título de promoção ou valorização quando o contrato de trabalho desportivo é resolvido com justa causa pelo praticante ou quando este é despedido sem justa causa (n.º 7 do art. 19.º) —, o mesmo acontecendo no âmbito do CT, com o n.º 3 do art. 136.º a fazer depender a invocabilidade da limitação da atividade prevista na cláusula de não concorrência da elevação da compensação devida ao trabalhador até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato de trabalho, ou ainda com o art. 137.º, que na leitura dominante afasta a necessidade de pagamento de quaisquer despesas com a formação do trabalhador sempre que o contrato de trabalho cesse através de uma resolução com justa causa ou quando o trabalhador é despedido sem justa causa.

IV. Assumindo-se inviável, perante a diversidade causal e regimental das cláusulas anti rivais, a adoção de uma posição apriorística de aprovação ou rejeição liminares, impõe-se ponderar os argumentos subjacentes a cada um dos enquadramentos, numa combinação dialógica que entrecorra as diferentes perspetivas e que se mostre consentânea com os vetores materiais que no desenho concreto da cláusula sejam chamados.

Esta análise deve começar pelos termos em que o ordenamento laboral consente um pacto de não concorrência, procurando saber-se se as cláu-

sulas anti rivais são qualificáveis como tal, e, em caso afirmativo, se não de valer nos termos e com os efeitos desenhados no art. 136.º do CT.

A figura aparece, não raro, assimilada às cláusulas de não concorrência que o art. 136.º do CT, enunciando genericamente a sua proibição, parametriza, admitindo, embora com restrições, a sua estipulabilidade.

De forma breve, o CT admite que um trabalhador possa autolimitar a sua liberdade de trabalho. Esta renúncia, que deve outro tanto ser analisada enquanto “poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo”⁽³⁸⁾, tem como limite dois anos⁽³⁹⁾, contanto que o trabalhador emita a sua vontade de forma livre, consciente e esclarecida.

Exigindo-se a redução a escrito da autolimitação (formalidade *ad substantiam*), a proibição de atividade subsequente tem de se mostrar apta a causar um prejuízo ao empregador, convocando-se, neste domínio, a noção de prejuízo sério, noção que não deve/pode prescindir de uma relação de interdependência entre a limitação assumida pelo trabalhador e o interesse que a justifica⁽⁴⁰⁾: por um lado, não há interesse se não houver utilidade para o empregador ou uma suscetibilidade de provocação de alterações negativas no complexo da sua situação económica; por outro, a limitação só é validamente assumível pelo trabalhador se houver um interesse, reconhecido pelo sistema, que a justifique, e cuja apreciação é viva e dinâmica, já que o interesse acompanha a vida da renúncia, não se confinando ao momento inicial.

Assim, apenas releva, como tal, o exercício de uma atividade, que face à experiência profissional acumulada no âmbito do contrato de trabalho, seja idónea à privação ou à diminuição do gozo de bens, à sujeição a encargos (que não, naturalmente, a compensação que o empregador tem de prestar ao trabalhador) ou à frustração de aquisição ou acréscimo de valores.

⁽³⁸⁾ Utilizamos a definição de JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais”, *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I* (org. Jorge Miranda), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 271.

⁽³⁹⁾ Excecionalmente, o n.º 5 do art. 136.º, tratando-se de *trabalhador afecto ao exercício de actividades cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência*, possibilita que, em razão do *tipo de trabalhador* e dos interesses especificamente conexos com o conteúdo da obrigação gerável, a obrigação de não concorrência seja prolongada até três anos.

⁽⁴⁰⁾ RENATO CORRADO, “Il lavoratore nell’organizzazione dell’impresa”, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*. Vol. II (dir. L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni), Cedam, Pádua, 1971, 267.

Mas o prejuízo sério que uma atividade pós contratual pode causar não é desligável do conceito de concorrência diferencial.

Na sua essência, o conceito traduz a especial vantagem de que um trabalhador é portador⁽⁴¹⁾. Se, neste quadro, importará atentar aos conhecimentos específicos adquiridos pelo trabalhador no decurso da permanência ao serviço do anterior empregador, não serão, contudo, quaisquer conhecimentos: terão de ser conhecimentos sobre a estratégia ou a situação económica da empresa, que impliquem informações sobre a clientela, sobre fornecedores ou mesmo sobre as técnicas organizativas utilizadas, já que a inverificabilidade de conhecimentos sobre estes elementos privará o pacto de não concorrência de qualquer “interesse útil”, noção que, no nosso sistema, se assimila à idoneidade para a provocação de um prejuízo aos interesses económicos do empregador.

Por último, o pacto de não concorrência é, por definição, um acordo oneroso que, face à posição ocupada pelos sujeitos e às implicações jurídicas fundamentais que traz consigo, não se coaduna com a gratuidade.

A compensação prevista na al/c do n.º 2 do art. 136.º do CT, embora a lei não forneça critérios operativos quanto à sua quantificação, tem como função compensar *ex ante* o trabalhador pela não fruição plena do seu direito ao trabalho⁽⁴²⁾, assegurando o sinalagma⁽⁴³⁾. Trata-se, em afloramento, de salvaguardar a necessidade de compensar o trabalhador de uma lesão a um direito fundamental⁽⁴⁴⁾, necessidade que, em quadrantes diver-

⁽⁴¹⁾ Essa vantagem substancia-se nos conhecimentos das características técnicas e comerciais da empresa e nos laços criados com a clientela daquela. Nas palavras de JÚLIO VEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 612 cuida-se de “concorrentes particularmente perigosos”, em razão (i) do estreito contacto com a clientela; (ii) do acesso a informações sigilosas e exclusivas e (iii) da aquisição de know-how próprio da empresa, lá onde se constrói semiologicamente a designada concorrência diferencial. Ler ainda ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho* (19.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2019, 359.

⁽⁴²⁾ A contrapartida atina com a titularidade de um *status* que, a manter-se, era suscetível de dar ao trabalhador o direito a um ganho, face à não compressão da liberdade de trabalho, sendo, pois, uma consequência direta dessa compressão, sem que, *summo rigore*, exista a frustração de um ganho.

⁽⁴³⁾ Construção que, *grosso modo*, é sustentada no ordenamento transalpino para sustentar a onerosidade de um *pactum de non recedendo* — assim: ALBERTO RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milão, 2004, 96 —, mas cuja razão de ser é extensível a qualquer convenção que, nas margens do sistema, opere uma limitação da liberdade de trabalho.

⁽⁴⁴⁾ Ver LÉA BENBOUAZIZ, *L’économie générale du contrat de travail*, Université Paris II Pantheon-Assas, 2011, 89 e MATHILDE SCAGLIA, «La QPC et la “règle” jurisprudentielle, à propos de la clause de non concurrence», RDT 2013, n.º 4, 269-272, com enquadramento genérico sobre o acórdão da *Cour de Cassation*, de 28.11.12, que atinou com a questão prioritária de constitucionalidade (QPC) relativa à interpretação jurisprudencial sobre a desconsideração parcial (= não escrita) de uma disposição inscrita numa cláusula de não concorrência que previa uma diminuição da contrapartida financeira

tos e em ordenamentos diversos, não tem sustido, no âmbito do Direito da concorrência, a equiparação dos pactos de não concorrência aos acordos de negociação exclusiva, em que uma empresa se compromete a negociar exclusivamente com um fornecedor por um determinado período⁽⁴⁵⁾.

V. Com base no que vai dito, encontra-se falha de razão a qualificação de uma cláusula anti rivais subscrita pelo trabalhador como uma cláusula de não concorrência para os efeitos previstos no art. 136.º do CT.

Em primeiro lugar, a aplicação do art. 136.º do CT desconsidera a existência do art. 19.º do RJCTPD, cuja razão de ser inviabiliza o recurso subsidiário à secção do CT sobre os pactos de limitação à liberdade de trabalho.

O art. 19.º do RJCTPD estabelece que “(s)ão nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual”, proibindo expressamente quaisquer cláusulas que limitem, direta ou reflexamente, a liberdade de trabalho do praticante.

Fá-lo, com redação idêntica ao que dispunha o art. 18.º do RCTD⁽⁴⁶⁾, uma vez que o “interesse sério da empresa”, que contribui para a sustentação deste tipo de acordos, é, por natureza, inverificável: o afastamento da suscetibilidade de desvio da clientela e/ou a colocação dos conhecimentos adquiridos pelo trabalhador ao serviço de um concorrente não logram, pela essência da atividade, fundamento neste domínio⁽⁴⁷⁾.

a cargo do empregador em caso de demissão do trabalhador e que, no juízo da *Cour de Cassation*, se revelou inatendível, face à absolutidade da função de compensar a lesão à liberdade de trabalho que caracteriza a contrapartida devida pelo empregador, posição que, contudo, não é unânime: ALEXANDRE CHARBONNEAU, “La contrepartie financière d’une clause de non-concurrence: indifférence du mode de rupture du contrat quant à son montant. Séc. 25 février 2012, n.º 10-11.590”, RDT 2012, n.º 4, 217.

⁽⁴⁵⁾ A avaliação da natureza anticoncorrencial deste tipo de acordos tem-se processado a partir do equilíbrio de poder verificável ao longo de todo o processo negocial — destaca-se, semiologicamente, a importância do *quantum* compensatório — e da suscetibilidade de aproveitamento da situação de inferioridade que envolve um dos sujeitos, face à economia de riscos subjacente. Com desenvolvimentos: LOLA DAMSTRA/AMBROISE DESAMPS, “How do non-poaching agreements distort competition?” (06.2019), <https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/how-do-non-poaching-agreements-distort-competition/#_ftn10> (consulta em 19.04.2021).

⁽⁴⁶⁾ O n.º 1 do art. 18.º da Lei 28/98, de 26.06, estabelecia, para o efeito, que “são nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual”. Cf. JOÃO LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade*, cit., 126.

⁽⁴⁷⁾ RAFFAELE GUIDOLIN, “Da Bosman a Ronaldo: I Trasferimenti in Pendenza di Contratto”, RDS 1998, n.ºs 1-2, 92. Entre nós: MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho”, QL 2014, n.º 42, 243.

Sem que se possa esquecer o conceito de *património profissional pessoal*⁽⁴⁸⁾ (lá onde não se pode associar qualquer possibilidade de prejuízo ao exercício de uma atividade que se funde na utilização de processos técnicos ou métodos criados pelo trabalhador ou que se ampare nas suas qualidades profissionais intrinsecamente consideradas)⁽⁴⁹⁾, a carreira de um desportista profissional é, além do mais, de curta duração, a atividade laboral subjacente efémera, e qualquer vedação concorrencial pós contratual que impeça o praticante de competir durante determinado período pós contratual comprometeria irremediavelmente o seu direito ao trabalho⁽⁵⁰⁾, esvaziando também o sentido de realização pessoal que vai implicado pelo conceito de trabalho⁽⁵¹⁾.

Por último, não se vislumbra a exigência de qualquer compensação a atribuir ao atleta na sequência da cessação do contrato de trabalho para que este não se vincule laboralmente a uma ou mais entidades, compensação que, no que se refere a um pacto de não concorrência, tem uma componente indemnizatória *ex lege*, visando a reparação do dano suposto pelo sacrifício à liberdade de trabalho. No âmbito desportivo nem poderia ser de outra forma: a integridade das competições poderia ficar comprometida se um atleta, competindo ao serviço de um clube, recebesse durante esse período uma compensação abonável por outro clube, provavelmente competidor direto.

VI. Em geral, uma obrigação assumida pelo trabalhador que limite a sua liberdade de trabalho só logra reconhecimento sistemático⁽⁵²⁾ se

⁽⁴⁸⁾ JOHN HULL, *Commercial secrecy: law and practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1998, 243 e HUGH COLLINS, *Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 157.

⁽⁴⁹⁾ Conforme fazem notar MARCO BIAGI/MICHELE TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.ª ed.), Giuffrè, Milão, 2007, 602-3, esta distinção entre conhecimentos relativos à bagagem profissional do trabalhador e conhecimentos que atinam com o património empresarial é outro tanto fundamental para a delimitação do dever de reserva do trabalhador após a cessação do vínculo laboral. Entre nós, há mais de meio de século, já RAÚL VENTURA, “Extinção das relações jurídicas de trabalho”, ROA 1950, n.ºs 1-2, 1950, 359, embora reconhecendo dificuldades em destrinçar o segredo comercial e industrial da simples aquisição de conhecimentos profissionais por banda do trabalhador, não deixava de enfatizar que “os segredos comerciais e industriais de que teve conhecimento por virtude do trabalho (...) não devem ser divulgados, depois de finda a relação de trabalho”.

⁽⁵⁰⁾ Também aqui, trata-se, como fazia notar PIERA FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milão, 1976, 77, de “não consentir a criação de uma situação que constringe o trabalhador a mudar de atividade ou a renunciar à sua própria carreira profissional”, garantindo-se que o direito ao trabalho remanesce com um núcleo intangível, face à indissociação entre capacidade humana e liberdade.

⁽⁵¹⁾ O reconhecimento do valor ético subjacente à prestação do esforço humano e a sua importância na realização autoconstituente de cada um não constitui referência estritamente discursiva, encontrando reflexo na al./b do n.º 1 do art. 59.º da CRP, relativa à realização pessoal do trabalhador.

⁽⁵²⁾ Falamos em reconhecimento sistemático, uma vez que as consequências jurídicas produ-

(i) for livremente decidida ou consentida (recorte de quadro dual: restrição estabelecida por lei em observância do art. 18.º da CRP ou um acordo individualmente subscrito, envolto por garantias materialmente idênticas às que envolvem uma restrição *ex lege*⁽⁵³⁾, (ii) for portadora de um interesse sério (aptidão para a tutela dos interesses da empresa), (iii) for limitada no tempo, estando precluída a assunção de obrigações perpétuas. A não perpetuidade da limitação, sendo obtível através da fixação de um prazo máximo de duração ou da revogabilidade a todo o tempo da obrigação, encontra, no âmbito dos pactos legalmente típicos, satisfação nos dois vetores característicos, reforçando a tutela do trabalhador⁽⁵⁴⁾.

Este princípio, de que *não é possível estabelecer qualquer limitação à liberdade de trabalho sem o consentimento expresso, livre e esclarecido de um trabalhador*, encontra-se contido no art. 138.º do CT. Por outras palavras: as entidades empregadoras não podem proteger-se da concorrência através de acordo em que não intervenha o trabalhador visado, vulnerando, com isso, a sua liberdade de trabalho⁽⁵⁵⁾.

Se nesse conjunto de hipóteses se está diante de uma limitação heterononamente efetivável e o conceito de *autolimitação* implica nominológica e substantivamente o conceito de *autonomia*, o desvalor subjacente a uma limitação em que o trabalhador não intervenha encontra-se evidenciado no art. 138.º, naufragando, em razão da axiologia constitucional, a admissão de regulamentações que, sem adequação sistemática, limitem heterononamente o direito ao trabalho, de que é exemplo histórico a que o regulamento das manufaturas de Amiens (1666) albergava⁽⁵⁶⁾.

zidas pelo ato de vontade individual só o são se o ordenamento reconhecer “expressa ou implicitamente, tal capacidade”, como faz notar JORGE REIS NOVAIS, “Renúncia a direitos fundamentais” (1998), *cit.*, 274 (nota 16).

⁽⁵³⁾ Designadamente, racionalmente adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, tendo em conta os objetivos prosseguidos e os interesses sacrificados.

⁽⁵⁴⁾ Embora a temporalidade dos pactos seja a caução da liberdade do trabalhador, o trabalhador é livre de, a todo momento, exercer a sua liberdade de trabalho, traço que, convocando o n.º 2 do art. 81.º do CC, torna a renúncia constitucionalmente admissível. A revogação do pacto, ou, na letra da lei, a “desobrigação”, é um corolário da caracterização da liberdade de trabalho como um direito de personalidade.

⁽⁵⁵⁾ Aspeto comum à generalidade dos ordenamentos: NORTON ROSE FULBRIGHT, “A comparison of Laws in Selected EU Jurisdictions Relating to Post-Contractual, Non-Competition Agreements Between Employers and Employees”, NORTON ROSE FULBRIGHT, <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/9807eea3/a-comparison-of-laws-in-selected-eu-jurisdictions-relating-to-post-contractual-non-competition-agreements-between-employers-and-employees>> (consulta em 08.03.2021).

⁽⁵⁶⁾ Em análise do regulamento, *v.*, entre nós, ANTÓNIO AVELÁS NUNES, *Uma volta ao mundo das ideias económicas*, Almedina, Coimbra, 2008, 85, respigando a previsão de que “nenhum mestre poderá tomar um operário que venha de outro mestre para trabalhar em sua casa sem saber se o primeiro mestre está contente com o operário”.

Sem prejuízo da referencialidade simbólica subjacente ao art. 138.º do CT e do alargamento da sua latitude por comparação com o n.º 4 do art. 36.º da LCT⁽⁵⁷⁾, trata-se, porém, e em rigor, de uma disposição legal que é tecnicamente imprecisa e potencialmente desnecessária, pois o direito ao trabalho implica não só uma liberdade de diligenciar a obtenção de trabalho mas também uma proibição de terceiros quanto à provocação de ofensas à liberdade de trabalho e ao exercício do trabalho⁽⁵⁸⁾.

A imprecisão técnica, que se inicia com a epígrafe (a designação “limitação da liberdade de trabalho” falha o objeto da regulação, isto é o *quid* suscetível de produzir essa limitação, vislumbrando-se maior acerto, ante o conteúdo do preceito, na utilização da epígrafe “proibição de acordos de limitação de trabalho”), é reiterada, em fundo, pelo desvalor atribuído à obrigação de pagamento de uma indemnização, já que esse desvalor não se cinge à obrigação de pagamento de uma indemnização, abrangendo outrossim qualquer prestação que se funde num acordo que proíba a admissão do trabalhador⁽⁵⁹⁾.

Além disso, se, com propriedade, só caberia tratar de uma eventual indemnização se houvesse uma obrigação incumprida — o que, face à nulidade que fulmina o acordo, jamais poderia existir —, vislumbra-se, com clareza, que o preceito, não obstante a formulação utilizada, não se confina aos acordos que incidam sobre trabalhadores que “prestem ou tenham prestado” trabalho aos outorgantes, contemplando igualmente o esconjuro de trabalhadores que a eles nunca tenham prestado serviço⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ O n.º 4 do art. 36.º da LCT apenas se referia a *limitações recíprocas*, tendo o Código abandonado esta restrição subjetiva. Identicamente, estabelecia o n.º 4 do art. 36.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27.05.1966, que “(s)ão proibidos e fazem incorrer na multa prevista na alínea *h*) do art. 123.º quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de reciprocamente limitarem a admissão de trabalhadores que a eles tenham prestado serviço”.

⁽⁵⁸⁾ RAIMUND WALTER, ANN, *Berufsfreiheit im Alter: verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Schranken tarifvertraglicher Altersgrenzenregelungen*, Duncker und Humblot, Berlim, 1989, 115 e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), *cit.*, 278-9 (nota 665).

⁽⁵⁹⁾ Contemplam-se, também por isso, as decisões de uma associação de empresas ou uma prática concertada entre empregadores, sendo grande o *simile* com o art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8.05, onde se estabelece a proibição de “acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam”, e, para o que ora interessa, em “subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

⁽⁶⁰⁾ Sob esta perspetiva, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 536, assinala que a limitação da atividade profissional do trabalhador podia ser tentada através de acordo entre empregadores, pelo qual estes procurariam proteger-se mutuamente do fator de concorrência que resulta do aproveitamento de pessoal de uns dos outros, enquadramento que naturalmente vale para o aproveitamento de pessoal extrínseco.

Cuidando-se de situação que não integra a previsão do preceito, a sua abrangência é imposta pelos valores em presença, dado que, por um lado, o princípio da liberdade de atividade da força de trabalho determina a ilicitude das “ofensas às possibilidades de obtenção de trabalho de outrem”⁽⁶¹⁾ e, por outro, o desvalor subjacente à criação de um instrumento destinado a adular a concorrência mantém-se *de pleno* nos casos em que, com destinatários definidos, os empregadores se comprometem a criar uma barreira de acesso ao mercado de trabalho, mesmo que não tenha havido uma relação laboral prévia e independentemente de qualquer acordo formal.

Ultrapassada a absolutidade do princípio da liberdade de contratação laboral⁽⁶²⁾, é, aliás, essa a orientação genericamente seguida não só em domínios onde existem outros valores em jogo — *v. g.* as regras da *New South Wales Rugby Football*, que vedavam as transferências de jogadores entre os clubes participantes na competição, foram julgadas inválidas⁽⁶³⁾ —, como também em ordenamentos onde o princípio da liberdade de trabalho não assume a fundamentalidade que traveja o ordenamento português: no Reino Unido, no caso *Kores Manufacturing Co Ltd v Kolok Manufacturing Co Ltd* [1957]⁽⁶⁴⁾, tendo-se cuidado de um acordo entre duas companhias, produtoras de carbono, que substanciava o compromisso de ambas em não contratarem qualquer trabalhador que houvesse laborado para qualquer das empresas nos cinco anos antecedentes, o tribunal considerou o acordo imposto pelas duas empresas aos respetivos trabalhadores eivado de nulidade. Mas o simples acordo entre empresas, efetivado à margem da vontade dos trabalhadores, não deixará igualmente de ser nulo⁽⁶⁵⁾: se após o caso *TSC Europe UK Ltd v Massey* [1999]⁽⁶⁶⁾ ficou claro que toda e qualquer restrição acordada entre empregadores quanto à contratação de trabalhadores que não cuide de atender à sua experiência e aos seus conhecimentos técnicos é nula por ofender injustificadamente as

⁽⁶¹⁾ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), *cit.*, 280.

⁽⁶²⁾ Por exemplo, JEAN-PIERRE LE CROM, “La liberté du travail en droit français. Essai sur l'évolution d'une notion à usages multiples”, *DRA* 2006, n.º 15, 155 ou GIUSEPPE FERRARO, *Diritto dei contratti di lavoro*, Il Mulino, Bolonha, 2011, 59, referindo que o interesse público relativo à procura e à oferta do mercado de trabalho deu historicamente vida a um sistema de intervenção na fase propedêutica de constituição do trabalho com o escopo de comprimir alguns aspetos da autonomia privada.

⁽⁶³⁾ Veja-se o caso *Buckley v Tutty* (1971) 125 CLR, 353 e 371-380, sinalizado em JAMES MACKENS/PAUL O'GRADY/CAROLYN SAPPIDEN/GEOFF WARBURTON, *The Law of Employment*, Lawbook Co., Sydney, 2002, 85.

⁽⁶⁴⁾ 3 ALL ER 158.

⁽⁶⁵⁾ NORMAN SELWYN, *Law of Employment* (5.ª ed.), Oxford University Press, Oxford, 2008, 491-2.

⁽⁶⁶⁾ IRLR 22.

regras de concorrência, foi com o caso *Hanover Insurance Brokers Ltd v Schapiro* [1994]⁽⁶⁷⁾ que se registou um avanço significativo na argumentação mobilizada⁽⁶⁸⁾: esteve em análise uma cláusula que proibia um trabalhador de contratar quaisquer trabalhadores pertencentes ao seu (ora antigo) empregador nos 12 meses subsequentes à cessação da sua relação laboral; o tribunal, perante uma injunção requerida pelo ex-empregador, e uma vez que o ex-trabalhador tinha organizado a sua atividade em termos comerciais, denegou a pretensão da *Hanover Insurance Brokers Ltd*, firmando o princípio de que um trabalhador tem o direito de trabalhar para quem quiser e de contratar quem lhe aprouver: uma vez que os trabalhadores não são comparáveis ao *stock in trade* ou ao *goodwill*, não podem ademais ser objeto de quaisquer tipo de acordos celebrados por terceiros que comprimam os seus direitos⁽⁶⁹⁾.

Nesta sequência, é aqui que, para lá da imprecisão técnica assinalada, cabe sinalizar a potencial desnecessidade de um preceito como o art. 138.º do CT: o acordo entre empregadores, além de conflitar com os princípios de uma concorrência sã e de condicionar o mercado de trabalho mediante o afastamento *ab initio* de um ou mais trabalhadores do perímetro em que a contratação laboral opera, colide com a eficácia vinculativa do princípio da igualdade nas relações entre sujeitos que intervenham ou possam vir a intervir numa situação laboral.

Não parece para tanto probante a invocação de que a não contratação opera de acordo com um fundamento material válido, acomodando-se ao princípio da liberdade de comércio e indústria ou, *in extremis*, que não obriga, enquanto tal, o trabalhador⁽⁷⁰⁾: se o facto de o trabalhador não se

⁽⁶⁷⁾ IRLR 82.

⁽⁶⁸⁾ Cf. DEBORAH J. LOCKTON, *Employment Law* (4.ª ed.), Palgrave Law Masters, Londres, 2003, 355.

⁽⁶⁹⁾ Contudo, mais recentemente, abriu-se as portas à admissibilidade das *non-solicitation clauses*, colacionando-se, paradoxalmente, o caso *Hanover Insurance Brokers Ltd v Schapiro* [1994], IRLR 82: rejeitando-se liminarmente cláusulas que proíbem a contratação de todos os trabalhadores de uma determinada organização produtiva — sem se atender à sua posição ou experiência —, este tipo de cláusulas é de admitir, conquanto estejamos perante trabalhadores altamente especializados e/ou que exerçam funções de marcada confiança e desde que estes apareçam concretamente identificados. Foi assim no caso *Alliance Paper Group plc v Prestwich* [1996] e, de forma muito similar, no caso *Ingham v ABC Contract Servives Ltd* [1994], onde também se fez menção ao investimento que a empresa havia feito na especialização/formação dos respetivos trabalhadores e à intensa competição que marca o respetivo sector de atividade, conforme dão nota JAMES HOLLAND/STUART BURNETT, *Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 19.

⁽⁷⁰⁾ Sobre este argumentário: MARIEKE CASTRONOVO, “Clause de clientèle et clause de non-concurrence”, *RDT* 2010, n.º 2, 507. Em França, como dá nota a Autora, estes acordos entre empresas, vulgarmente designados por “cláusulas de não solicitação de clientela”, foram já admitidos pela *Cour de Cassation*. Mau grado o seu polimorfismo — contempla-se tanto a cláusula em que as empresas-

encontrar obrigado por este tipo de cláusulas é analisável em sentido inverso como uma limitação que lhe é imposta à margem da sua vontade e o juízo de desvalor acerca do conteúdo de um ato ou de um negócio jurídico tem outrossim um âmbito próprio que está para lá dos sujeitos intervenientes, as restrições convencionais incidentes sobre a concorrência entre os agentes laborais são excepcionais.

São-no em razão (i) da rigidificação do mercado de trabalho, (ii) da introdução de ineficiências, (iii) do desestímulo ao empreendedorismo e à inovação, (iv) do desencorajamento à criação de incentivos remuneratórios destinados a garantir a permanência dos trabalhadores, (v) da criação de impedimentos à transferência de competências e conhecimentos, (vi) da utilização de instrumentos, que exponenciando o primado da liberdade contratual em detrimento da liberdade de concorrência⁽⁷¹⁾, colidem com o princípio de que a assunção ou a manutenção de posições no mercado se deve processar com base no mérito e na eficiência das prestações⁽⁷²⁾, sendo por isso passíveis, sempre que assumam a natureza de acordos horizontais de não contratação de trabalhadores, de desrespeitar a Lei da Concorrência [designadamente als. a) e c) do art. 9.º] e, se aplicável, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (designadamente o art. 101.º).

Aqui apenas se admite espaços para a auto regulação nos casos em que o ordenamento jurídico reconhece uma justificação válida, que se ancore em fundamentos de tal sorte importantes, cujo congraçamento com os princípios da liberdade de trabalho e da liberdade de concorrência seja fazível⁽⁷³⁾.

Ora, pelos fundamentos mobilizados, este tipo de operações jamais se conciliará com práticas que viabilizem a rotulagem de trabalhadores e que,

-clientes se comprometem a não contratar um trabalhador durante um determinado período como aquela em que o compromisso se dirige à não contratação de qualquer trabalhador que tenha trabalhado para qualquer empresa que presta serviços —, o argumento mobilizado é o de que estas cláusulas, por contraste com as cláusulas de não concorrência, obrigam um potencial empregador e não o trabalhador. Não se impedindo o trabalhador de trabalhar para uma empresa concorrente, mas tão somente de trabalhar para as empresas-clientes, admite-se a validade destas cláusulas sem limites nem justificação, utilizando-se, para tanto, um argumentário *per confrontationem* com as cláusulas de não concorrência, que, no mínimo, parece discutível.

⁽⁷¹⁾ Cf. YVES PICOD, “Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle”, *La concurrence déloyale*, Dalloz, Paris, 2001, 11, sendo que, no ordenamento francês, merece realce a decisão do Conselho Constitucional n.º 81-132, de 16.01.1982, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 1997, 441, que atribuiu à liberdade de concorrência um valor superior ao da liberdade contratual.

⁽⁷²⁾ Eis porque JEAN PÉLISSIER, “La liberté du travail”, *DS*, 1990, n.º 1, 19, não teve pejo em considerar a validade das cláusulas de não concorrência “juridicamente inaceitável, socialmente injusta, economicamente absurda”.

⁽⁷³⁾ Nestes termos: GIANNANTONIO GUGLIELETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Cedam, Pádua, 1961, 62.

independentemente de qualquer vinculação anterior, amparem situações que não encontram respaldo em qualquer interesse coletivo⁽⁷⁴⁾, utilizando, para tanto, um critério que, estando para lá da capacidade ou da disponibilidade para trabalhar, é suscetível de censura jurídica⁽⁷⁵⁾.

Tendo-se como certo que o “princípio da igualdade não pode ser visto em sentido retilíneo, encarando-o com antolhos”⁽⁷⁶⁾, trata-se, *in casu*, de uma restrição concorrencial (uni)direcionada, que afasta do mercado de trabalho quem não é parte no acordo, e cujo fundamento sócio-normativo mobilizado não se acomoda ao art. 18.º da CRP, apresentando-se falho de qualquer interesse coletivo e, portanto, desprovido da relação de adequação social que poderia concorrer para a sua atendibilidade⁽⁷⁷⁾.

Assim, se este tipo de acordos ofende não só o princípio da liberdade de trabalho — que postula a existência de condições que o tornem factível e implica a proibição de “qualquer obstáculo externo ao exercício de uma atividade laboral (liberdade dirigida contra os entes públicos e contra as entidades particulares)”⁽⁷⁸⁾ —, como também os vetores do sistema que se

⁽⁷⁴⁾ Cf. JEAN PÉLISSIER/ALAIN SUPIOT/ANTOINE JEAMMAUD, *Droit du Travail* (20.ª ed.), Dalloz, Paris, 2000, 284-7. Nesta linha, se o art. 385.º, n.º 1 do CT, na senda do art. 57.º da LCCT, dispõe que “(q)uando cesse o contrato de trabalho, o empregador é obrigado a entregar ao trabalhador um certificado de trabalho, indicando as datas de admissão e de saída, bem como o cargo ou cargos que desempenhou”, já o n.º 2 do preceito, em razão da *não rotulagem*, estabelece que “(o) certificado não pode conter quaisquer outras referências, salvo pedido do trabalhador nesse sentido”.

⁽⁷⁵⁾ Se sem igualdade não há liberdade (incluindo naturalmente a liberdade de trabalho) — *si aequa non est, ne libertas quidem dici potes* (Cícero) —, como faz notar M.ª DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Almedina, 2005, 51, “(e)stando em causa (...) um determinado tratamento jurídico de situações, o critério que irá presidir à qualificação de tais situações como iguais ou desiguais é determinado diretamente pela *ratio* do tratamento jurídico que se lhes pretende dar, isto é, funcionalizado pelo fim a atingir com o referido tratamento jurídico. A *ratio* do tratamento jurídico é, pois, o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério”.

⁽⁷⁶⁾ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Igualdade de tratamento no direito laboral: a aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal”, *DJ* 1997, Tomo II, 89 (83-94).

⁽⁷⁷⁾ Ainda PHILIPPE WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié — Du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Liaisons, Paris, 2003, 191, aludindo, nesse contexto, a restrições *prima facie* atendíveis: positivas — idade, diploma, ou obtenção de um título específico; negativas — ausência de condenação penal, de doença ou incapacidade física.

⁽⁷⁸⁾ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa da República Anotada. Artigos 101.º a 107.º* (4.ª ed.), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 763-4. Conforme vimos, de forma exegeticamente dual, e sem prejuízo da unidade operativa do princípio da igualdade e da significância que irradia do art. 13.º da CRP, enquanto *ante* encontramos a igualdade de oportunidades relativa ao acesso ao emprego, carreira e formação profissional que flui dos arts. 47.º, 50.º e 58.º da CRP, topando-se *ex post* com uma modelação expressiva da igualdade quanto aos direitos dos trabalhadores no n.º 1 do art. 59.º da CRP, que aprofunda o art. 13.º da CRP e que contém, do mesmo modo, um catálogo não taxativo de fatores de discriminação, substanciando um conjunto de “categorias suspeitas” (a expressão é de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Principia, Estoril, 2007, 15) e suscitando uma indagação decomponível em dois planos: (i) um juízo comparativo, dirigido à

destinam a garantir um mercado de trabalho concorrencial, a discriminação, que há de ser analisada por referência à *ordem constitucional de valores e à situação fáctica em presença*⁽⁷⁹⁾, não deixa aliás também folga para a admissão de acordos que se fundem em razões que briguem com a garantia constitucional do direito ao trabalho.

Este direito, não pressupondo o direito à obtenção de um concreto posto de trabalho, implica o direito dos cidadãos ao afastamento de obstáculos ou condicionamentos desnecessários ao exercício de uma atividade laboral (dimensão negativa) e o direito ao desenvolvimento de uma atividade que corresponda às suas preferências e à sua própria capacidade profissional (dimensão positiva), demandando a eliminação de todo e qualquer obstáculo à sua fruição.

Ora, se, de um ponto de vista substantivo, e em razão dos princípios constitucionais envolvidos, não haveria espaço para, ante a inexistência do art. 138.º, sufragar solução diversa da que proíbe o afastamento de trabalhadores do mercado de trabalho, a (eventual) utilidade subjacente à disposição estaria no sancionamento da prática que é expressamente interdita.

Mas, por contraste com o art. 431-1 do Código Penal Francês⁽⁸⁰⁾ — que, protegendo criminalmente o princípio da liberdade de trabalho, abrange estas práticas⁽⁸¹⁾ —, a aplicação do preceito mostra-se claramente fruste, já que a gravidade das condutas reconduzíveis à sua previsão não logra cobertura específica em sede contra ordenacional, ao contrário do que se verificava com o n.º 4 do art. 36.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27.05.1966⁽⁸²⁾, em formulação próxima da contida no Anteprojeto Pessoa Jorge⁽⁸³⁾. Sendo o acordo nulo, nada impede que a limitação se aplique *de facto*, não se assegurando qualquer direito ao trabalhador que se veja

determinação dos factos ou situações que são (des)iguais e (ii) um juízo valorativo, preordenado por razões de justiça, que há estabelecer, em função do conjunto de fatores mobilizados, um tratamento uniforme ou diferenciado, consoante as circunstâncias. Ainda: MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade* (2005), cit., 16.

⁽⁷⁹⁾ Entre vários: Ac. TC n.º 209/94, de 02.03.1994 (VITOR NUNES DE ALMEIDA), proc. n.º 414/91.

⁽⁸⁰⁾ Na redação atribuída pela *Ordonnance* n.º 2000-916, de 19.09.2000.

⁽⁸¹⁾ PHILIPPE WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié* (2003), cit., 189.

⁽⁸²⁾ A redação era a seguinte: “(s)ão proibidos e fazem incorrer na multa prevista na alínea h) do art. 123.º quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de reciprocamente limitarem a admissão de trabalhadores que a eles tenham prestado serviço”.

⁽⁸³⁾ Estabelecia o n.º 3 do art. 30.º do Anteprojeto que “(s)ão proibidos e envolvem responsabilidade por violação das leis do trabalho, quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de reciprocamente limitarem a admissão de trabalhadores que a elas tenham prestado serviço”. Cf. FERNANDO PESSOA JORGE, “Contrato de Trabalho — Anteprojeto de Diploma Legal”, ESC 1965, n.º 13, 264.

discriminado em razão do acordo entre empregadores que entretanto seja julgado inválido (i. e., o acordo é inválido, mas o trabalhador não é contratado, tudo se passando, ao cabo e ao resto, como se o acordo produzisse efetivamente os efeitos que o ordenamento esconjura).

Afastando-se, em razão da liberdade de iniciativa económica, uma obrigação de contratar por parte dos empregadores que forjem o acordo, está-se em crer que, *de iure condendo*, e para lá do sancionamento contra ordenacional equacionável, não deve ser afastada a ponderação de uma indemnização a atribuir ao trabalhador visado, uma vez que a nulidade que atinge o acordo, trazendo consigo a insusceptibilidade de produção de qualquer efeito, dificilmente deixa margem para que o trabalhador possa ser ressarcido.

Mas será possível que tal aconteça no âmbito laboral desportivo, ainda que não se trate de uma proibição, mas tão somente de uma previsão convencional que dificulta o pleno exercício da liberdade de trabalho? Vejamos: Tratando-se de arredar a possibilidade de estabelecer como beneficiário direto da auto limitação assumida pelo trabalhador alguém que não seja sujeito da relação laboral (=homologia de sujeitos), é igualmente possível reassumar, como princípio geral, a proibição de limitações à liberdade de trabalho estabelecidas por outros sujeitos que não o trabalhador.

Aqui, de forma porventura mais saliente, existem preocupações vinculadas quanto à necessidade de uma concorrência livre e leal entre todos os agentes do fenómeno desportivo.

Por um lado, a liberdade de trabalho, em função da efemeridade da carreira de um atleta e da existência de prazos estabilizadores, já se encontra parcialmente rarefeita, importando, sob este prisma, evitar o surgimento de instrumentos atípicos que agravam as limitações endogenamente associadas ao sistema laboral desportivo.

Por outro, um clube que procura controlar a sua concorrência através de ónus, encargos ou previsões que limitam a liberdade de trabalho dos seus anteriores praticantes não tem qualquer incentivo à “melhoria” ou à construção de um plantel competitivo, circunstância que, indo de par com o propósito de diminuir as possibilidades de sucesso desportivo dos seus competidores, não traduz, bem pelo contrário, qualquer vantagem para o espetáculo desportivo.

A criação de assimetrias competitivas, como revela a *empiria*, afasta plateias e destrói o fascínio do espetáculo. Sem o equilíbrio de condições desportivas qualquer sistema desportivo falece. Sendo a “incerteza do resultado” uma característica axial de qualquer competição desportiva

(ainda o *par conditio/uncertainty of outcome*)⁽⁸⁴⁾, é o equilíbrio de condições que justifica (i) a categorização dos campeonatos (ainda o sistema de promoção-despromoção), e (ii) a existência crescente de medidas destinadas à prevenção e combate de produtos ou métodos dopantes, procurando-se que seja no “recinto de jogo”, e de forma inicialmente paritária, que o êxito desportivo seja alcançado⁽⁸⁵⁾: a chave de leitura do espetáculo desportivo está incerteza do resultado e na disputa pela vitória.

Por isso, da mesma forma que os clubes não podem obrigar-se a não concorrer entre si — tríade: equilíbrio de forças/competição/espetáculo desportivo⁽⁸⁶⁾ —, também não podem, por via de acordos virtualmente aptos a afetar a incerteza associada às competições e que facilitam outros comportamentos conluídos⁽⁸⁷⁾, estreitar as condições subjacentes à celebração de um contrato de trabalho desportivo se o praticante assim o desejar⁽⁸⁸⁾.

Cuidando-se de evitar que se falseie, restrinja ou impeça o livre jogo concorrencial que marca o mercado (laboral) desportivo⁽⁸⁹⁾ — o mercado é, enquanto tal, um sistema de interação social caracterizado por um *enquadramento institucional* específico, isto é, por um *conjunto de regras* que define certas restrições sobre o comportamento dos praticantes no mercado, de modo a garantir-se pluralidade de opções e a liberdade das pessoas chamadas a optar⁽⁹⁰⁾ —, a tal não obsta o facto de a transferência

⁽⁸⁴⁾ STEFANO BASTIANON, “Sport, Antitrust ed equilibrio competitivo nel diritto dell’Unione Europea”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 3/2012, 503, ss.

⁽⁸⁵⁾ Neste contexto analítico, tendo em vista a tutela (i) da autenticidade (*par conditio*) das competições e (ii) da “integridade e autonomia do desporto”, importa não perder de vista que, com referência ao futebol, a posse de percentagens do passe de jogadores por terceiros e a influência de terceiros na política de transferências dos clubes são práticas proibidas pelos regulamentos da FIFA desde 2015.

⁽⁸⁶⁾ WALTER TOKARSKI/DIRK STEINBACH, *Spuren — Sportpolitik und Sportstrukturen in der Europäischen Union*, Edition Sport & Freizeit (Band 6), Meyer & Meyer Verlag, Aachen, 2001, 97-104.

⁽⁸⁷⁾ *A cartelização*, materializada na existência de regras de comportamento tendentes a limitar ou suprimir a mútua concorrência, é, por princípio, inadmissível, ao menos quando não esteja predestinada a corrigir desajustamentos entre operadores.

⁽⁸⁸⁾ VÍCTOR HUGO VENTURA, *O regime do contrato de trabalho desportivo*, AAFDL, Lisboa, 2020, 312.

⁽⁸⁹⁾ Mercado desportivo que, nesta aceção, significa o complexo da oferta e da procura respeitantes ao jogador considerado; é no mercado que se verifica o encontro ou ajustamento entre a oferta e a procura, através da formação dos *preços* de transferência, sem que, nesta referência discursiva, se desconsidere a quiddidade da força de trabalho.

⁽⁹⁰⁾ Para lá da perspectiva estritamente juslaboral, importa ter presente que, por um lado, e de acordo com art. 2.º da Lei da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8.05, ficam abrangidas “todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo”, e que, por outro, nos termos do art. 3.º do RJC “empresa, para efeitos da presente lei, [é] qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou

do praticante independender do cumprimento da cláusula ou de qualquer pagamento que esta preveja.

Na verdade, tomando como exemplo o futebol, a satisfação da prestação prevista na cláusula anti rivais, tantas vezes designada como “prémio de transferência acrescido”, não é condição de validade ou tão pouco condição de eficácia da inscrição com transferência nacional (inscrição de um jogador que se encontrava inscrito por outro clube filiado na FPF) ou da inscrição com transferência internacional (inscrição de um jogador amador ou profissional que se encontrava inscrito por um clube de uma federação congénere), esta processável através do *Transfer Matching System* (TMS), que é o sistema *online* de transferências internacionais de jogadores profissionais⁽⁹¹⁾.

Mas a irrelevância da cláusula nesse plano, embora a omissão da referência à sua existência já tenha merecido censura⁽⁹²⁾, não apaga os efeitos que esta produz no que diz respeito à liberdade de trabalho: a exigência de determinada prestação ao clube *ad quem* tem o significado de, segundo as regras de experiência comum, limitar as opções profissionais do praticante desportivo e de lesar a liberdade de trabalho, cujo sentido primeiro “postula a liberdade de escolher o clube/empregador”⁽⁹³⁾.

Se a distinção entre liberdade de trabalho e liberdade de vinculação não implica separação ontológica entre as duas esferas (*distinguer pour unir*), o praticante, querendo assinar contrato de trabalho com um clube coberto pela cláusula anti rivais, sabe de antemão que esse clube terá de pagar um acréscimo pecuniário ao clube *a quo*, condicionando a sua opção.

serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”. A qualificação do desporto como uma atividade económica não oferece dúvidas desde o sobreanalisado Acórdão Bosman (proc. C-415/93, CJ 1995-12, I, 5040, ss.), o mesmo sucedendo com os praticantes desportivos que, para o Direito da União Europeia, são trabalhadores como outros quaisquer, assim como os clubes, que, para os devidos efeitos, são empresas, em confirmação seguidamente feita nos Acórdãos *Delliège*, de 11.04.2000, e *Lehtonen*, de 13.04.2000, proc. C 176/96.

⁽⁹¹⁾ Processo associado à emissão do Certificado Internacional de Transferência (C.I.T.), que, consubstanciando o documento emitido por uma federação nacional, permite a um jogador ser inscrito noutra federação por um clube nela associado e participar nas competições por ela organizadas.

⁽⁹²⁾ De acordo com o art. 1.º do Anexo 3 ao *FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players* (RSTP), em interpretação seguida pelo *FIFA Disciplinary Committee* e reiterada pelo *FIFA Appeal Committee* (24.06.2020), a transparência que deve marcar as transferências internacionais implicará a necessidade de referência à existência de cláusulas anti rivais e o detalhe das prestações subjacentes. Ver *FIFA — Manual on “TPI” and “TPO” in football agreements*, Zurique, 2020.

⁽⁹³⁾ Assim: JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho desportivo — Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho — anotada*, cit., 85, acrescentando que esta “postula, *inclusive*, a liberdade de escolher um clube que ofereça piores condições remuneratórias; e, por maioria de razão, pressupõe também a liberdade de, em igualdade de condições, optar por aquele que entenda”.

Em perspetiva dual: (i) a prestação a solver perante o clube *inicial* repercutir-se-á nas condições contratuais oferecidas ao praticante (designadamente retração salarial)⁽⁹⁴⁾, embora não seja possível, diante da multiplicidade das variáveis (infixáveis) que é necessário tratar para explicar a determinação e a variação de cada uma delas, o conhecimento, com rigor aritmético, do valor descontado no *quantum* salarial oferecido ao praticante (*discount rate*); caso não se verifique essa degradação das condições contratuais oferecidas ao praticante por força da cláusula anti rivais (qual “contrato em desfavor de terceiro”), (ii) o clube que assume as vestes de empregador, perante duas propostas de transferência idênticas, optará pelo cenário que o isenta do pagamento de qualquer prestação prevista na cláusula anti rivais, face ao tríptico negocial subjacente: a transferência do praticante não opera com a simples revogação do contrato de trabalho desportivo, seguindo-se ainda, no contexto típico das transferências *decursus contractus*, um acordo entre o clube com quem o contrato é revogado e o clube onde o praticante, caso este expresse a sua anuência, vai jogar⁽⁹⁵⁾.

VII. Em leitura que vem conhecendo saliência a partir da forma como o *Court Of Arbitration For Sport* (CAS) tem aplicado o art. 18bis do *FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players* (RSTP), é corrente o entendimento de que o *preço de transferência* de um atleta é essencialmente conformado pela *falta de homogeneidade do produto económico* em causa (= atividade desportiva)⁽⁹⁶⁾. A singularidade do praticante associa-se a falta de unicidade do produto, verificando-se, atenta a ausência de um paradigma de concorrência perfeita, a existência de um *oligopsónio*

⁽⁹⁴⁾ Efeito tipicamente produzível por este tipo de acordos: ELISE GOULD/WILL KIMBALL, “Right to Work” *States Still Have Lower Wages*, Economic Policy Institute (22.04.2015), <https://www.epi.org/publication/right-to-work-states-have-lower-wages> (consulta em 22.02.2021).

⁽⁹⁵⁾ De resto, no seio deste tríptico negocial, e não obstante a aparente irrelevância da cronologia, o acordo entre clubes pode anteceder a revogação do contrato operada entre o clube *a quo* e o praticante, caso em que a existência de vício que afete aquele acordo pode afetar outrossim toda a cadeia negocialmente estabelecida. Mau grado os contratos serem distintos entre si, segundo a intenção dos contraentes, existe um nexo funcional que conforma a respetiva disciplina — nas palavras de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações* (7.ª ed.), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 71, “(...) os contratos são também distintos mas já não autónomos. As partes querem-nos como um conjunto económico, que envolve um nexo funcional”.

⁽⁹⁶⁾ Sobre este ponto, FRANCO ROMANI/UMBERTO MOSETTI, “Il diritto nel Pallone: spunti per un’analisi economica della sentenza Bosman”, RDS, ano 48, n.º 3, 1996, 436-457. F. CARMICHAEL/D. THOMAS, “Bargaining in the Transfer Market: Theory and Evidence”, *Applied Economics*, 993, n.º 25, 1467-1476. Não existindo a *homogénéité du travail* de que fala ERIC LECLERCQ *Les théories du marché du travail*, Éditions du Seil, Paris, 2002, 26, falha, em consequência, um dos pressupostos da *unicidade do mercado de trabalho*.

(= número restrito compradores)⁽⁹⁷⁾, o qual deriva, em parte, da diferente dimensão dos clubes, largamente conformada pela sua dimensão de base (poderio desportivo/pergaminhos/massa de adeptos).

Aqui, a procura é desenvolvida segundo lógicas muito diferentes, sendo a dimensão e a instabilidade do mercado que explicam, em certa medida, a prioridade que os agentes podem atribuir aos custos, valores que, aliás, não são absolutamente controláveis, já que a competição entre os clubes apoia-se sobre a procura social do mesmo tipo de utilidades: melhores praticantes = potencial sucesso desportivo.

Ora, a competição existe quando a oferta global é superior à procura total, uma vez que a procura se torna um bem raro, sendo, por isso, mais disputada⁽⁹⁸⁾. Há cambiantes ligadas à carreira, à idade e até mesmo à nacionalidade dos praticantes que moldam a procura ativa e que, mais pronunciadamente, conformam o poder negocial dos atletas, encontrando-se aí o fator que, na prática, constitui a chave para qualquer decisão sobre o seu futuro profissional.

Estas variáveis, quando cruzadas com o facto de nem todos os clubes terem o mesmo *poder de influência sobre o mercado* (sob o ângulo da procura), implicam a existência de *price makers*, sendo recorrente a perspetiva de que “*labor issues in sports may seem distant from the rest of the economy, since they often seem to pit millionaire players against billionaire players*”⁽⁹⁹⁾, devendo reconhecer-se, em fundo, que essa será uma das dimensões associadas à natural peculiaridade económica do desporto⁽¹⁰⁰⁾.

Aceitando-se este postulado, considera-se, em extrapolação jurídica, que as cláusulas apenas afetam a liberdade de trabalho se influírem negati-

⁽⁹⁷⁾ Isto, sem que se excluam outras análises associadas à teoria económica dos mercados — como seja a possibilidade alternativa de monopsonio (pela permanência no mercado de um clube desportivo), ou de concorrência monopsonística (tipo de mercado similar ao da concorrência perfeita, salvo no aspeto da falta de fluidez, ou na diferenciação dos produtos, já que um bem pode ter vários mercados: pense-se no mercado dos refrigerantes, em que existem mercados próprios para cada uma das marcas conhecidas; a referida diferenciação de produtos tem como efeito a criação de *custos de venda*, que constituem verdadeiras barreiras à entrada de novos produtores, permitindo, pois, a existência de um poder de mercado). Na verdade, pode não ser rara a existência de concorrência monopsonística, dado que o desportista profissional pode ter à sua disposição vários mercados (v. g. várias ligas profissionais de futebol).

⁽⁹⁸⁾ Sobre o assunto, cf. G. DE VIVO, “Labour markets”, *The New Palgrave — A Dictionary of Economics*, Vol. 3, John Eatwell, Murray Milgate & Peter Newman (eds.), 86-8 e FERNANDO VIANELLO, “Labor theory of value”, *The New Palgrave — A Dictionary of Economics*, Vol. 3, *cit.*, 107-113

⁽⁹⁹⁾ Cf. LAWRENCE M. KAHN, “The Sport Business as Labor Market Laboratory”, *JEP*, Vol. 14, n.º 3, Summer 2000, 91.

⁽¹⁰⁰⁾ Essencial: “Transfers, contracts and personhood — an anthropological perspective”, *Sweet and Maxwell’s International Sport Law Review* I/2003, 3-8. A Autora retoma o título do *paper* de WALTER NEALE publicado na *Sport, Culture, and Society* (ed. Lo and Kenyon, Macmillan, 1969).

vamente na decisão de contratar do clube *prima facie* abrangido pelo seu âmbito (= *ability to influence*); não sendo o caso, a liberdade de trabalho permanece intocada, falhando qualquer interesse de ordem pública mobilizável para determinar a sua nulidade.

Tratando-se de uma simplificação redutiva facultada pela dogmatização do conceito de influência a partir do art. 18bis do FIFA RSTP (proibição de percentagens do passe de jogadores por terceiros e da influência de terceiros na política de transferências dos clubes), nesta via de análise tendente à admissão de um determinado tipo de cláusulas anti rivais tão pouco será de exigir um interesse sério ou legítimo, uma vez que a cláusula apenas vincula os clubes, estando, por isso, ausente qualquer ato renunciativo por banda do trabalhador; o mesmo é dizer: não há nenhuma compressão direta de qualquer direito de que o atleta/trabalhador seja titular.

Por conseguinte, as cláusulas anti rivais serão válidas se o anterior empregador extrair uma utilidade com a limitação aplicável ao futuro empregador ou se prevenir a provocação de alterações negativas no complexo da sua situação económica e competitiva através do exercício, por parte do praticante, de um direito que o sistema lhe atribui.

Com vista à sustentação da sua inatacabilidade, procura-se, com este enquadramento, acomodar as cláusulas anti rivais ao *interesse do credor digno de proteção legal* que, entre nós, se encontra acolhido no n.º 2 do art. 398.º do Código Civil: se apenas se podem constituir validamente obrigações quando a prestação corresponder a um interesse do credor sério, razoável e com relevância jurídica — o que implica necessariamente uma operação destinada à inserção do tipo de conduta assumível nas exigências de relacionamento social reguladas pelo Direito⁽¹⁰¹⁾, tarefa que, especificamente em Direito do trabalho, pressupõe uma análise da relação de interdependência entre a limitação que incide sobre o trabalhador e o interesse que a justifica⁽¹⁰²⁾ —, no caso, tratar-se-ia apenas de aferir se a liberdade económica individual do devedor se encontra salvaguardada⁽¹⁰³⁾, procurando-se garantir que a criação da limitação à liberdade de trabalho, em função do valor pecuniário envolvido, não ultrapassa a justa medida da proteção reclamada pelos interesses económicos e desportivos do (ex) empregador beneficiário da cláusula.

⁽¹⁰¹⁾ Classicamente: JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*. Vol. I (8.ª ed.), Almedina, Coimbra, 1994, 108-9.

⁽¹⁰²⁾ RENATO CORRADO, “Il lavoratore nell’organizzazione dell’impresa”, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*. Vol. II (dir. L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni), Cedam, Pádua, 1971, 267.

⁽¹⁰³⁾ Assim, com referência específica às cláusulas de não concorrência, SOPHIE LE GACH-PECH, *Le principe de proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, 192.

De forma simples: a cláusula é reconhecida pelo sistema se não permitir que um determinado clube *inflencie* a transferência de um praticante, condicionando, por essa via, as condições em que há de operar a sua (livre) mobilidade laboral⁽¹⁰⁴⁾. Sendo essa a interpretação seguida pelo *Court Of Arbitration For Sport* e pelo *FIFA Disciplinary Committee* não haverá por isso razão para, em esforço de nota, desconsiderar a *praxis* dos agentes desportivos e das instâncias associativas, encontrando-se aí, na prática dos agentes e dos órgãos associativos, uma polarização de sentido que tem de ser ratificada pelos cânones legais e (jus)científicos.

VIII. Embora a pré-compreensão sistemática habilite o intérprete-aplicador ao ensaio de um modelo dogmático, não se pode perder de vista que o significado do “dever ser” não poder ser traduzido na linguagem que se refere ao domínio dos factos⁽¹⁰⁵⁾. E aquela construção encontra obstáculos de monta, tanto no que respeita às suas premissas, quanto no que se refere às suas consequências.

Em primeiro lugar, a fundação da admissibilidade de uma cláusula anti rivais na aferição do alcance do efeito inibitório que esta produz quanto à celebração de um contrato de trabalho entre sujeitos previamente identificados parece dar por demonstrado aquilo que carece de demonstração. Ou seja, assume-se a atendibilidade dos interesses que concorrem para sua estipulação, quando a necessidade de proteção do clube *a quo* e a razoabilidade da restrição, que seriam um *posteriorus* da verificação da legitimidade do interesse do empregador na restrição pós-contratual estabelecida, são hoje uma parte do pressuposto relativo à legitimidade dos interesses desportivos e comerciais que a cláusula pressupostamente visa salvaguardar: onde não há razoabilidade, não haverá legitimidade, falhando a atendibilidade do interesse que, em abstrato, poderia emprestar justificação a uma cláusula que cria um obstáculo pós contratual à celebração de um contrato de trabalho⁽¹⁰⁶⁾, mesmo que, na aparência, esse obstáculo se cinja ao clube (primeiramente) *ad quem*.

⁽¹⁰⁴⁾ Em exemplo, veja-se o resumo da decisão do FIFA Disciplinary Committee relativa a cláusula que envolvia o Arsenal, PAOK e Frosinone em *FIFA — Manual on “TPI” and “TPO” in football agreements*, Zurique, 2020, 54.

⁽¹⁰⁵⁾ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. portuguesa de José Lamego, 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, 275.

⁽¹⁰⁶⁾ Este enquadramento, embora não apareça centrado na realidade laboral desportiva, é acolhido por HUGH COLLINS, *Employment Law* (2008), *cit.*, 151 e JOHN DYSON HEYDON, *The restraint of trade doctrine*, Butterworths, Londres, 1999, 29 e 35.

Se a legitimidade das *non-poaching clauses* tem sido crescentemente questionada⁽¹⁰⁷⁾ e suscitado a intervenção das autoridades nacionais com competência para a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência⁽¹⁰⁸⁾ (entre nós, avulta a atuação recente da Autoridade da Concorrência)⁽¹⁰⁹⁾, o princípio da liberdade de atividade da força de trabalho determina a ilicitude das “ofensas às possibilidades de obtenção de trabalho de outrem” quando ultrapassem os limites da adequação social e não se justifiquem pela defesa de um interesse jurídico igual ou superior⁽¹¹⁰⁾.

Em atenção às coordenadas do sistema e à fundamentalidade dos princípios da liberdade de trabalho e da liberdade de concorrência, não se vê como admitir um acordo que, tocando diretamente no princípio da liberdade de trabalho, se ancora num interesse puramente privado, de natureza egoística, sem densidade bastante para, face aos valores em jogo, se alçar à categoria de interesse coletivo⁽¹¹¹⁾.

Sem prejuízo da pluralidade de ordenamentos jurídicos e da internormatividade que atravessa as esferas associativas e estatais — o n.º 2 do

⁽¹⁰⁷⁾ Em amostra: JOELLEN RILEY, *Employee Protection of Common Law*, The Federation Press, Sidney, 2005, 183 e DAVID CABRELLI/LOUISE FLOYD, “New Light through Old Windows: Restraint of Trade in English, Scottish and Australian Employment Laws — Emerging and Enduring Issues”, *IJCL-LIR* 2010, Vol. 26, n.º 2, 167-8.

⁽¹⁰⁸⁾ Por exemplo MATTHEW PERLMAN, “Delrahim Says Criminal No-Poach Cases Are In The Works”, *LAW360.COM*, 2018, em <<https://www.law360.com/articles/1003788/delrahim-says-criminal-no-poach-cases-are-in-the-works>> (consulta em 22.03.2021). No Direito norte-americano, veja-se ainda a nota conjunta do *Department of Justice* e a *Federal Trade Commission* quanto à abertura de inquérito criminal contra as empresas e/ou as pessoas singulares (dentro das organizações) que acordem não contratar ou não solicitar, entre si, trabalhadores. Estas práticas falseiam o mercado e substanciam restrições à livre concorrência, sendo para tanto desnecessário analisar os seus efeitos concretos no mercado.

⁽¹⁰⁹⁾ Recentemente, em 13.05.2021, a AdC emitiu uma acusação (Nota de Ilícitude) por um acordo de não-contratação de trabalhadores, tendo como visada a Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP) e 31 empresas desportivas (clubes) participantes na edição de 2019/2020 da Primeira e Segunda Ligas de Futebol Profissional: <http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_202106.aspx> (consulta em 20.05.2021).

⁽¹¹⁰⁾ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade* (1995), *cit.*, 280. Em geral, qualquer direito de personalidade, como assinala o Autor, obriga todos os sujeitos a absterem-se de praticar atos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida.

⁽¹¹¹⁾ É também assim em áreas sistemáticas diversas e em ordenamentos caracterizáveis por uma grande amplitude nas convenções firmáveis, já que as liberdades de concorrência e de comércio, sendo erigidas a uma espécie de *rule of reason*, tolhem a autonomia privada dos sujeitos em áreas como a dos direitos reais, onde a liberdade de conformação contratual não apresenta os espartilhos que historicamente conformam a área laboral: MICHAEL J. TREBILCOCK, *The Common Law of Restraint of Trade: A Legal and Economic Analysis*, Carswell, Toronto, 1986, 312-3.

art. 79.º da CRP reconhece-o no âmbito do desporto, verificando-se que há quadros normativos de base associativa que se impõem ao Estado como um verdadeiro “facto necessário”⁽¹¹²⁾ —, uma coisa é a interpretação de um regulamento associativo (no caso: art. 18*bis* do FIFA RSTP), outra, que com aquela não se confunde, é o conjunto de implicações jusfundamentais e (anti)concorrenciais que determinadas práticas produzem e cuja (re)solução deve operar em concretização dos vetores sistemáticos do ordenamento nacional e das mensagens substantivas que estes, tantas vezes para lá de regulação legal específica, fornecem⁽¹¹³⁾.

IX. Em segundo lugar, a aferição da (in)admissibilidade de uma cláusula anti rivais a partir da influência que esta exerce efetivamente na liberdade de trabalho do praticante desportivo — em termos simples: tudo está em saber se o praticante conserva a liberdade necessária para definir o seu futuro profissional — significa o acolhimento de um *posterioris* estocástico, que não deve/pode interferir na análise, necessariamente estática, da ausência de fundamento válido para o reconhecimento destas cláusulas, tornando contingentes as preocupações subjacentes a este tipo de acordos.

Ligando-se, através de correlações que servem de base à formulação de previsões com determinado grau de probabilidade, a causa a um conjunto de juízos de probabilidade, não há qualquer critério que permita determinar a influência que a cláusula produz quanto à opção profissional do praticante desportivo. Sem que aqui, ao contrário do que se verifica com o prazo máximo que o art. 136.º do CT prevê para as cláusulas de não concorrência, exista qualquer baliza temporal que conforme a aplicação das cláusulas anti rivais, suscita-se ainda a questão de saber se, de forma necessariamente infixa, a influência é mensurável a partir da retribuição auferida ou auferível pelo praticante desportivo, a partir do valor envolvido pela sua transferência ou mesmo a partir da situação económico-financeira do clube (potencialmente) contratante.

Não há um parâmetro com conteúdo material que sirva de arrimo à aplicação do conceito de influência, falhando, também por razões de segu-

⁽¹¹²⁾ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, 778, invocando, nesse contexto, os arts. 24.º e 28.º da LBSD, na versão da Lei n.º 16/96, de 25.06, e também o art. 39.º do RJFD.

⁽¹¹³⁾ No âmbito especificamente laboral, MERINO MERCHÁN, “Valor jurídico de la cláusula de rescisión de Ronaldo”, *La Ley*, n.º 4, 1997, D-221, 1311, referia, a propósito, que “as estruturas desportivas internacionais (F.I.F.A, U.E.F.A) permanecem estanques no posicionamento estatutário arcaico e incompleto que sustenta um ordenamento autónomo, fechado e vinculativo para todos os seus membros, desconexo com o sistema geral de fontes do ordenamento nacional e europeu”.

rança jurídica, a possibilidade de recurso a um instrumentário apreensível que, a partir de diferentes graus de afetação da liberdade profissional do praticante, viabilize um modelo de decisão praticável. E a existência de regras de comportamento tendentes a limitar ou suprimir a mútua concorrência, é, por princípio, inadmissível, seja qual for o sector de atividade implicado, mesmo que apareçam sob as vestes de “direitos de recompra”, com a configuração de um direito de opção⁽¹¹⁴⁾ ou de preferência⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Trata-se de um direito de opção após a cessação do contrato de trabalho e não de um direito de opção com vista à extensão do contrato. Embora a validade genérica do pacto de opção esteja longe de ser consensual — sobre os termos da questão, veja-se, mais recentemente, ANA TERESA RIBEIRO, “Da (in)admissibilidade dos pactos de opção unilaterais nos contratos de trabalho desportivos”, RD 2020, n.º 5, 80-7, VÍCTOR HUGO VENTURA, *O regime do contrato de trabalho desportivo, cit.*, 313-325 e JOÃO LEAL AMADO, “O estranho caso das cláusulas de opção”, RD 2021, n.º 7, 40-9 —, temos para nós que o direito de opção atribuído à entidade empregadora desportiva com vista à prorrogação do contrato não infringe, verificadas determinadas condições, o art. 19.º do RJCTPD ou o art. 53.º da CRP: o direito de opção não assume, neste plano, a natureza de um direito potestativo extintivo, *qua tale*, resultante de uma cláusula de resolução *ad libitum*. A declaração emitida por um dos sujeitos, comunicando ao outro a vinculação a partir da data da expiração do prazo inicial, tem um *logos* constitutivo: determina a extensão do contrato e já não a extinção prematura do mesmo, dado que, com a verificação do termo final, o contrato caduca sem necessidade de qualquer intervenção. O evento futuro, que condiciona a vigência do contrato com o prazo inicialmente apostado, não é a opção de um dos sujeitos, mas antes a data de expiração do prazo inicial: o vínculo extingue-se por mero decurso do prazo, que opera como elemento autónomo. Considerando-se como *um único contrato aquele que seja objeto de renovação*, é fundamental, sem prejuízo da inelutabilidade operativa de uma repartição de ónus, riscos, sacrifícios e vantagens que um tal esquema contratual implica, obviar a que sejam postos a cargo do praticante sacrifícios e riscos maiores do que aqueles pelos quais pareceu correto ao legislador *responsabilizá-lo*. Por isso, como sustentámos em “A vinculação laboral desportiva e os pactos de opção”, *Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, UCP, Lisboa, 2009, 321-377, deve ter-se como disfuncional a efetivação da opção (i) nos casos em que o praticante não compete ou se encontrou, se não durante todo o período inicialmente acordado ao menos durante grande parte, cedido a uma terceira entidade empregadora desportiva, (ii) nas situações em que o pacto de opção, pelos contornos que concretamente conformam o exercício do direito de opção (v.g. *exiguidade do pré-aviso*), se revela conflituante com os princípios da estabilidade de trabalho e com as margens de previsibilidade que devem existir, (iii) nos casos em que o pacto de opção, por combinação com outras cláusulas (v.g. *cumulação com direito de preferência*), produz um resultado desvalioso à luz das coordenadas gerais do regime do contrato de trabalho desportivo (= afetação desproporcionada da liberdade de trabalho do praticante), (iv) nos casos em que o período sobre o qual incide a opção é igual ou superior ao período em que o contrato de trabalho desportivo vigora desde início e (v) nas situações em que o estado de vinculação contratual comportável pelo pacto de opção ultrapassa a duração máxima permitida por lei (cinco anos). Por último, com vista ao afastamento de um dano para o praticante, considera-se inválido um pacto de opção em que não exista qualquer contrapartida para o praticante (sinalagma genético e funcional, *do ut des*), enquanto indício da função socialmente útil deste *negotio*, por analogia com a compensação que o CT estabelece para os pactos de não concorrência.

⁽¹¹⁵⁾ Pactos de preferência, cuja construção, como salientava JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Manual dos Direitos de Preferência*, Vol. I, Coimbra, 1944, 16-8, se deveu em muito ao facto de o direito de preferência encontrar as suas raízes históricas no direito de opção. A sua (in)atendibilidade é, sob este ângulo, similar à traçada para os pactos de opção, repudiando-se qualquer direito de preferência pós contratual.

X. Em terceiro lugar, o art. 19.º do RJCTPD estabelece que “(s)ão nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade de trabalho do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual”, proibindo expressamente quaisquer cláusulas que limitem, direta ou reflexamente, a liberdade de trabalho do praticante.

É claro que uma cláusula anti rivais procura criar dificuldades à contratação de um atleta *a latere* da proibição convocada pelo art. 19.º do RJCTPD para as cláusulas previstas no contrato de trabalho que condicionem ou limitem esse direito fundamental. Paralógicamente, este tipo de cláusulas permite que o beneficiário da limitação, procurando restringir ou condicionar a liberdade de trabalho do atleta, não tenha de suportar qualquer custo compensatório, ao contrário do regime subjacente ao art. 136.º do CT.

Na prática, o clube transferente procura, com feições parasitárias, afastar a concorrência à margem da proibição contida no art. 19.º do RJCTPD. Saber se esse afastamento ou condicionamento se processa *de facto* com base no conceito de influência, não prejudica a sua inaceitabilidade *de jure*, diante da pressuposta aptidão causal para a produção desse resultado.

O conceito de causalidade aparece ligado à noção de bem jurídico (em rigor: a liberdade, o trabalho e a personalidade e já não o direito fundamental substanciado pela liberdade de trabalho, uma vez que não são os direitos fundamentais que enquanto tal são protegidos, mas antes os bens objeto de proteção jusfundamental, como o trabalho, a personalidade ou a liberdade)⁽¹¹⁶⁾, enquanto interesse juridicamente valioso que é lesável ou colocável em perigo por um determinado acordo. E, para lá do enquadramento cabível no plano no Direito da concorrência, o efeito pretendido pela cláusula anti rivais, a par da diminuição probabilística de contratação de um praticante desportivo, substancia o critério operativo que permite aferir a verificação do resultado danoso à liberdade de trabalho.

Tendo o art. 19.º do RJCTPD como finalidade proibir quaisquer cláusulas que possam limitar a liberdade de trabalho, e sabendo-se que “interpretar consiste evidentemente em retirar desse texto um determinado sentido ou conteúdo de pensamento”⁽¹¹⁷⁾, já se vê que uma cláusula anti rivais

⁽¹¹⁶⁾ JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, 292, ss.

⁽¹¹⁷⁾ Utilizamos as palavras de JOÃO BAPTISTA MACHADO *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (23.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 2019, 173.

contraria a materialidade instituinte da proibição, convocando-se, no limite, o instituto da fraude à lei, perante a fuga à “intencionalidade normativa que justifica aquela imperatividade”⁽¹¹⁸⁾.

Determinada, independentemente de qualquer dolo ou intuito de violação do conteúdo negocial⁽¹¹⁹⁾, a nulidade da cláusula por fraude à lei, este desfecho é igualmente obtível através de percurso hermenêutico diverso, mas finalisticamente convergente: não permitindo o RJCTPD que o atleta, mediante o recebimento de uma compensação, possa (auto)limitar a sua liberdade de trabalho, demanda a lógica que essa (hetero)limitação a um direito fundamental com implicações concorrenciais não possa ser feita por outro sujeito que não o atleta/trabalhador. Na prática, e em concretização do “melhor dos dois mundos”, o clube que produz essa restrição concorrencial à custa da liberdade profissional do atleta não só não suporta qualquer compensação, como se posta ainda como beneficiário da compensação que a cláusula anti rivais preveja.

XI. Em quarto lugar, e sem prejuízo de as regras laborais do *jogo desportivo* encontrarem composição preferencial no RJCTPD, impõe-se não perder de vista a necessária “captação racional da adequação de conexões de valores jurídicos”, encontrando uma solução que não escape ao “controlo teleológico dos elementos sistemáticos utilizados”⁽¹²⁰⁾.

O CT admite no art. 136.º que, mediante a verificação de um conjunto de condições, o trabalhador veja limitada ou condicionada a sua liberdade de trabalho após a cessação do contrato de trabalho. O art. 19.º do RJCTPD proíbe-o expressamente, seja qual for a circunstância verificável ou a prestação prevista.

Ou seja: o CT, ao contrário do RJCTPD, abre espaço para que os pactos de não concorrência funcionem como o (único) tipo legal apto a permitir tais limitações pós contratuais. Não o faz quanto a outro tipo de acordos que, prescindindo da intervenção do trabalhador, limitam a liberdade de trabalho. Estes são nulos, em tradução da necessidade de preservação do “direito ao livre exercício da atividade humana”⁽¹²¹⁾ e da exigível manifes-

⁽¹¹⁸⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I* (2002), cit., 489-496.

⁽¹¹⁹⁾ Assim, sobre a fraude à lei: FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II: A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 451.

⁽¹²⁰⁾ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Ciência do Direito* (trad. Menezes Cordeiro), 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, 71 e 187.

⁽¹²¹⁾ As palavras são de EDITH DELEURY, “Une perspective nouvelle: le sujet reconnu comme

tação de vontade do trabalhador para que o acordo possa ser reconhecido pelo sistema (art. 138.º), em construção que, com argumentário idêntico, também o *Bundesgerichtshof* (BGH) já extraiu do § 75f do *Handelsgesetzbuch* (HGB)⁽¹²²⁾.

Consentir que uma cláusula anti rivais, seja qual for a sua feição, possa valer no sistema laboral desportivo significa um *oxímoro*, uma vez que competição pressupõe rivalidade: *no jogo, procura-se ganhar e sofre-se com o receio de perder, mas se não houvesse receio de perder e se existisse a certeza de ganhar, não havia jogo*⁽¹²³⁾.

Implicaria ainda admitir que, em contraste com a abertura do CT quanto aos pactos de não concorrência, a vedação de cláusulas anticoncorrenciais com incidência laboral contida no art. 19.º do RJCTPD viabilizaria a produção de um resultado que nem o CT, onde as cláusulas de limitação da liberdade de trabalho são permitidas, consente. *Actus a principio nullus, nullum producit effectum*.

objet du droit”, *Les Cahiers de droit* 1972, Vol. 13, n.º 4, 550, que, sem prejuízo da autonomia analítica que cada liberdade demanda, agrega naquela categoria as liberdades físicas, morais e profissionais.

⁽¹²²⁾ BGH 30.4.2014-I ZR 245/12: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=68900&pos=0&anz=531>>.

⁽¹²³⁾ Como referia JOÃO PEREIRA BASTOS, *Desporto Profissional*, col. Desporto e Sociedade, DGD, Lisboa, 1986, 26.