



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carlos Eduardo Guerra de Moraes

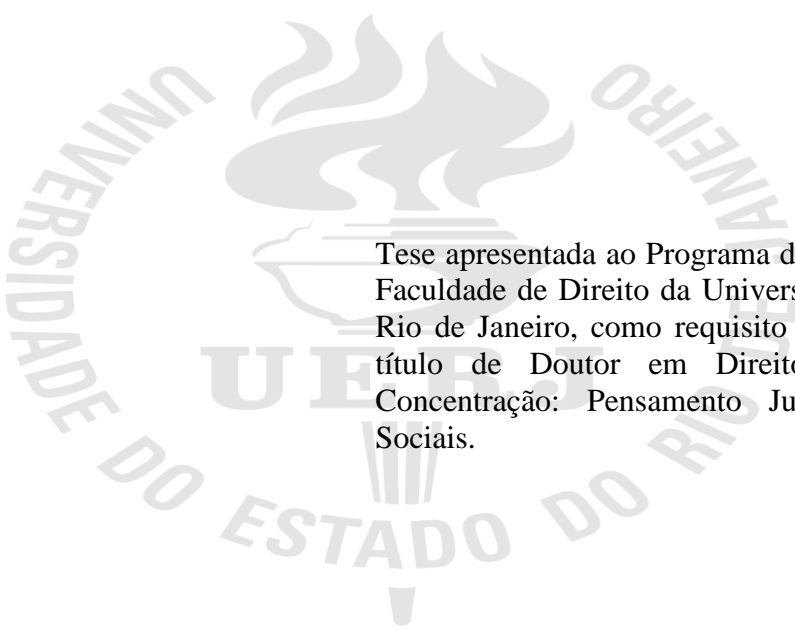
**A teoria da assunção do risco: liberdade, dignidade e risco, a assunção do  
risco como causa de exclusão do nexos causal, uma abordagem na  
perspectiva do direito civil-constitucional**

Rio de Janeiro

2016

Carlos Eduardo Guerra de Moraes

**A teoria da assunção do risco: liberdade, dignidade e risco, a assunção do risco como causa de exclusão do nexos causal, uma abordagem na perspectiva do direito civil-constitucional**



Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito Civil. Área de Concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M827 Moraes, Carlos Eduardo Guerra de.

A teoria da assunção do risco: liberdade, dignidade e risco, a assunção do risco como causa de exclusão do nexos causal, uma abordagem na perspectiva do direito civil-constitucional/ Carlos Eduardo Guerra de Moraes. - 2016.

107 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Responsabilidade (Direito) - Teses. 2.Liberdade –Teses. 3.Dignidade (Direito) – Teses. I.Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Carlos Eduardo Guerra de Moraes

**A teoria da assunção do risco: liberdade, dignidade e risco, a assunção do risco como causa de exclusão do nexos causal, uma abordagem na perspectiva do direito civil-constitucional**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito Civil. Área de Concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 19 de abril de 2016.

Banca Examinadora: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mota

Faculdade de Direito – UERJ

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Rodrigo de Souza Costa

Faculdade de Direito – UERJ

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Antônio D'Elia Júnior

Universidade Federal Fluminense

\_\_\_\_\_  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2016

## DEDICATÓRIA

À minha filha, Júlia, razão do meu esforço e dedicação; a ela esta e todas as demais obras e, principalmente, um futuro lindo.

Aos meus pais, Cyrene e Oséas, por tudo que me propiciaram e representam na minha vida; a eles a minha gratidão e afeto.

À minha esposa, Karina, pela vida em comum; a ela o meu amor.

## **AGRADECIMENTOS**

À todos os funcionários do gabinete da Direção da Faculdade de Direito da UERJ.

Um ser humano é um ser de pouca importância e partilha com o resto dos animais, enquanto criatura da terra, um valor ordinário. Ainda que um ser humano tenha, por seu entendimento, algo mais que eles e possa pôr fim a si mesmo, isso lhe dá apenas um valor extrínseco, por sua utilidade ...

Mas um ser humano, considerado como uma pessoa, ou seja, como um sujeito de uma razão prática moral, eleva-se acima de qualquer preço; pois como pessoa não se lhe pode atribuir valor apenas como um meio para fins de outros, mas como um fim em si mesmo, ou seja, possui uma dignidade (um valor absoluto interno) pelo qual exige respeito para com ele de todos os outros seres racionais do mundo.

*(Immanuel Kant)*

## RESUMO

MORAES, Carlos Eduardo Guerra. *A Teoria da Assunção do risco: liberdade, dignidade e risco, a assunção do risco como causa de exclusão do nexa causal, uma abordagem na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2016. 107f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O presente trabalho analisa a teoria da assunção do risco, que se originou no Direito francês com influência da *commow law*, aplicável na atividade desportiva à luz dos princípios e valores do Direito Civil-Constitucional. O risco é estudado a partir dos conceitos de liberdade e dignidade, demonstrando que a liberdade não é absoluta, limitada pela dignidade. Nesta acepção, surge o risco, inerente à natureza humana, que é fruto da liberdade; portanto, também, pela dignidade. Na atividade desportiva, o risco é inseparável, o atleta na busca pela superação o assume naturalmente. Assim, a teoria da assunção do risco só se legitima se presentes o respeito aos valores e princípios constitucionais, principalmente a dignidade e aceitabilidade social, fatores vitais no estudo dos danos causados na prática desportiva. Por fim, se legitima a aceitação do risco, haverá exclusão do nexa causal.

Palavras chaves: Direito Civil-Constitucional. Responsabilidade Civil. Risco. Assunção, Liberdade. Dignidade. Pessoa Natural. Esporte. Atividade Desportiva. Classificação dos Esportes. Aceitabilidade Social. Vulnerabilidade. Exclusão. Nexa Causal.



## ABSTRACT

MORAES, Carlos Eduardo Guerra. *A Teoria da Assunção do risco: liberdade, dignidade e risco, a assunção do risco como causa de exclusão do nexo causal, uma abordagem na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2016. 107f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This study analyzes the theory assumption of risk, which originated in French law with influence of common law, applicable in the sporting activity based on the principles and values of the civil law-constitutional. The risk is studied based on the concepts of freedom and dignity, showing that freedom is not absolute, limited by dignity. In sports, as the risk is inseparable from the athlete in the pursuit of overcoming the naturally assumed.

Keywords: Civil Constitutional Law. Civil Liability. Risk Assumption. Freedom. Dignity.  
Person. Sport. Classification of Sports. Social Acceptability. Vulnerability.  
Exclusion. Causal Nexus.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
1	<b>DA ASSUNÇÃO DO RISCO</b> .....	13
1.1	<b>Natureza da Teoria da Assunção do Risco</b> .....	13
1.2	<b>Liberdade na Ótica do Direito Civil-Constitucional</b> .....	19
1.3	<b>Considerações Gerais a Respeito da Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	25
1.4	<b>Considerações Gerais sobre o Risco</b> .....	31
2	<b>NEXO CAUSAL</b> .....	35
2.1	<b>Introdução</b> .....	35
2.2	<b>Aspectos Jurídicos da Relação de Causalidade</b> .....	39
2.3	<b>Excludente da Responsabilidade Civil</b> .....	52
3	<b>ASSUNÇÃO DO RISCO E O DIREITO DESPORTIVO</b> .....	55
3.1	<b>Introdução</b> .....	55
3.2	<b>Direito Desportivo</b> .....	55
3.3	<b>Assunção do Risco e a Prática Desportiva: Análise Crítica dos Julgados do Supremo Tribunal da Espanha e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro</b> .....	68
3.4	<b>Golfe</b> .....	70
3.5	<b>Rafting</b> .....	72
3.6	<b>Ciclismo</b> .....	74
3.7	<b>Esqui</b> .....	78
3.8	<b>Futebol Amador</b> .....	80
3.9	<b>Decisões Paradigmáticas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro</b> .....	82
3.10	<b>Aceitabilidade Social</b> .....	83
3.11	<b>Vulnerabilidade da Vítima</b> .....	90
3.12	<b>Circunstâncias Objetivas da Prática Desportiva</b> .....	92
3.13	<b>Conclusão do Capítulo</b> .....	95
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	96
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	99

## INTRODUÇÃO

O advento do Direito Civil-Constitucional, com a alteração na tábua axiológica do Direito Privado levando a dignidade da pessoa humana para o seu cerne, produz na contemporaneidade uma mudança no patamar da responsabilidade civil que, abandonando os preceitos liberais e individualistas, passa a ter como núcleo hermenêutico o princípio da proteção da pessoa humana.

A responsabilidade civil assume nos últimos anos posição de destaque no Direito Civil. A busca pelo ressarcimento da vítima de forma objetiva é o seu fator primordial. Com isso, a responsabilidade objetiva não é mais vista com caráter excepcional. Outro aspecto é o aumento das hipóteses de responsabilidade por ato de outrem. Distingue-se, claramente, o responsável do causador do dano.

No campo doutrinário, uma pequena lacuna apresenta-se: a pouca produção acadêmica acerca do comportamento da vítima, como forma de exclusão da responsabilidade ou pela atenuação do *quantum* indenizatório.

Nesta seara, surge a teoria da assunção do risco por parte da vítima como fator de exclusão do nexa causal – objeto do presente trabalho.

A assunção do risco origina-se da jurisprudência francesa do final do século XIX, teorizada no século XX com grande influência da *common law*. A teoria também recebe o tratamento de aceitação do risco pela vítima e de autorresponsabilidade pelo risco criado por outros. O substrato é a conduta da vítima em assumir, devido a sua conduta voluntária, a possibilidade de sofrer dano, por força de perigo típico e específico. Para tanto, o agente conhece ou deve conhecer o risco o qual assume ou aceita.

No campo positivo, o novo Código Civil Argentino, Lei 26.994/14, em seu artigo 1.719, consagra a assunção do risco como fator de exclusão do nexa causal. Apesar de antiga a teoria, trata-se de uma novidade no continente sul-americano.

A teoria da assunção do risco assume importância em diversas áreas do Direito, mas com certeza seu maior campo de aplicação é o esporte. Isto porque o risco é um elemento nato às práticas desportivas.

Na antiguidade, o esporte era associado à religião, o atleta era um enviado de Deus – um ser distinto dos demais. Diferente é a atual concepção. Todos praticam esporte. O atleta profissional, amador e até mesmo o eventual. Não há discriminação na prática desportiva.

Mulheres, homens, crianças, jovens, idosos, portadores de necessidades especiais, todos estão inseridos ativamente na seara esportiva. O direito ao esporte tem natureza social, consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Além disto, o número de modalidades aumenta. Coabitam modalidades tradicionais, como por exemplo o futebol e a luta olímpica, com novéis – à guisa de exemplos, há *kite surf* e *bungee jumping*. Todos com elevado grau de risco.

Como consequência direta, eleva-se o número de demandas judiciais acerca do tema. Neste trabalho destaca-se, exclusivamente, a responsabilidade civil.

O presente estudo tem como cerne a análise da aplicação da teoria da assunção do risco pela vítima do dano civil, com base nos valores e princípios do Direito Civil-Constitucional.

Como já mencionado, a prática desportiva é marcada pelo risco. O atleta, seja ele profissional ou amador, eventual ou habitual praticante, em qualquer caso deseja a vitória, a superação de recordes ou obstáculos, assumindo, para tanto, risco de lesão ou sofrimento de dano. Assim, a teoria da assunção do risco ganha relevo considerável. Em outras áreas, a aceitação do risco pela vítima também se aplica, como por exemplo nos contratos. Contudo, neste estudo, limitar-se-á o tema à prática desportiva, em razão da importância na atualidade. Neste trabalho, a teoria da assunção do risco, ao ser apreciada sob a ótica do Direito Civil-Constitucional, conduz, se respeitada a dignidade da pessoa humana e seus corolários – como por exemplo a vulnerabilidade e os valores culturais da sociedade – à exclusão do nexo causal.

Assim, o núcleo essencial do presente trabalho é a análise dos conceitos de liberdade, dignidade, risco e nexo causal, tendo o intuito de estabelecer a assunção do risco como fato da vítima, o que conduzirá à inexistência de nexo causal.

Divide-se o trabalho em três partes, que são: 1) os pressupostos da teoria da assunção do risco, principalmente, o binômio liberdade e dignidade; 2) o nexo causal e 3) a análise de casos concretos emanados da experiência espanhola e fluminense.

No primeiro capítulo, examina-se a assunção com os seus pressupostos de incidência no Direito Civil-Constitucional, que são a liberdade e a dignidade.

Inicia-se pela liberdade, como um atributo direto do conceito jurídico de pessoa. A liberdade é analisada desde o seu conceito primitivo à contemporaneidade, que sofre limitação pela dignidade.

No começo, influenciado por Santo Agostinho, o livre-arbítrio, por ser conferido por Deus, é estudado em seu aspecto religioso, mantendo-se a mesma característica durante o

renascimento, com a obra de Pico Della Mirándola. Posteriormente, analisa-se a concepção descartiana, tendo o homem como cerne, único responsável pelo seu destino, abandonando-se por completo a concepção religiosa. Segue-se a apreciação, com as visões de Locke e Hobbes, consagrando-se o individualismo, tendo a liberdade como ponto central. Passando, ainda, ao estudo pela compreensão kantiana.

A partir do século XVIII, com a ascensão burguesa e, posteriormente, com a promulgação do Código de Napoleão, sagra-se a visão de Isaiah Berlin da liberdade negativa – o Estado deve se abster, não constringendo o indivíduo. O Código Civil de 1916 é editado sob este contexto, tendo como axioma o individualismo, com respeito absoluto à propriedade, aos contratos e à família.

Nas últimas décadas, o ambiente jurídico converteu-se abissalmente, passando a Constituição a ser o centro de todo o ordenamento jurídico, não importando se privado ou público. As normas jurídicas devem ser interpretadas conforme os valores e preceitos constitucionais. Assim, não mais se admite a ideia de liberdade negativa, mas sim o livre-arbítrio, cotejado pela dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo, além da análise da dignidade, desde a sua origem etimológica até os dias de hoje, estuda-se o risco. Na sua concepção moderna, tem raízes na ciência exata, precisamente na análise combinatória, podendo, por conseguinte, ser mensurável e planejado – nem tudo o que é improvável encontra-se na seara do risco. Assim, surge como essencial o seu gerenciamento. Neste diapasão, passa-se ao estudo da assunção do risco, que na sua origem dogmática encontra-se nas causas de justificação da ilicitude, junto à legítima defesa, ao exercício regular de um direito e ao consentimento informado.

Por fim, no capítulo primeiro, analisam-se as causas de exclusão do nexos causal e insere-se a assunção do risco como fato da vítima, ao lado da culpa exclusiva.

O capítulo segundo é dedicado ao nexos causal, com análise do conceito filosófico de causa, passando pelas diversas teorias do nexos causal e concluindo com a assunção do risco.

No último capítulo, a atividade desportiva à luz da teoria da assunção do risco assume destaque. Primeiramente, destaca-se que falta ao esporte uma visão jurídica e acadêmica, o que motivou a necessidade de se analisarem o conceito, a evolução história e as classificações pertinentes ao instituto, procurando demonstrar a importância no Direito Civil-Constitucional. Ainda, no capítulo terceiro, investiga-se a história do direito privado, comparada à do esporte.

Diversos são os conceitos de esporte. Neste trabalho utiliza-se, apenas, a baseada na atividade física, descaracterizando-se, por exemplo, o xadrez como modalidade esportiva. Isto

porque é quase impossível a existência de lesão, a qual, ocorrendo, estará fora do conceito científico de risco.

A evolução histórica do esporte é esquematizada em três fases: antiguidade, modernidade e contemporaneidade, aproximando-se com a do Direito Civil que, no primeiro instante, fulcra-se no Direito Romano, havendo posteriormente a fase da codificação, chegando, no presente, ao Direito Civil-Constitucional. Nota-se que tanto o direito ao esporte, quanto o direito civil, apresentam como valores e princípios os elencados na Constituição da República, com destaque para o da dignidade da pessoa humana.

Ainda, no capítulo, coteja-se o Direito Desportivo ao Direito ao esporte, sendo que aquele apresenta certa autonomia – contudo, no tópico relativo ao dano civil, devem ser aplicados os preceitos do Direito Civil-Constitucional.

E, por fim, no capítulo terceiro, analisam-se julgados de dois tribunais: o Supremo Tribunal da Espanha e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Objetiva-se, em primeiro lugar, ter uma precisa materialização do pensamento das duas cortes a respeito da assunção do risco na prática desportiva – apesar de o segundo não utilizar de forma clara a expressão. Um segundo aspecto constitui-se no desenvolvimento do Direito Desportivo na Espanha. Tanto no mundo acadêmico quanto no jurisprudencial, há diversos trabalhos merecedores de análise, afora o fato de o direito espanhol aplicar a teoria da assunção do risco com desenvoltura. Nota-se uma clara distinção entre as cortes. A espanhola aplica a assunção sem considerar valores e princípios constitucionais, como a dignidade, a vulnerabilidade, a aceitação social da conduta do agente e as circunstâncias objetivas do evento desportivo. Fatores esses considerados no tribunal fluminense.

Destarte, tem-se a presente tese, que objetiva na essência a condução da teoria da assunção do risco como fator de exclusão do nexo causal, por fato da vítima, desde que haja respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## **1 DA ASSUNÇÃO DO RISCO**

### **1.1 Natureza da Teoria da Assunção do Risco**

A responsabilidade civil, concebida na contemporaneidade nos preceitos e valores advindos do Direito Civil-Constitucional, tem por cerne o princípio da proteção da pessoa humana. A transformação da tábua axiológica do sistema de reparação do dano produziu, nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes<sup>1</sup>, dois grandes efeitos: elevação qualitativa dos danos ressarcíveis e eliminação da função moralizadora do instituto. Outro marco da atual fase é destacado pela autora<sup>2</sup> ao registrar a presença na responsabilidade civil de “cláusulas gerais” e “conceitos vagos e indeterminados, carecendo de preenchimento pelo juiz a partir do exame do caso concreto”.

Com o propósito de acentuar o caráter de ressarcimento, André Tunc<sup>3</sup> denomina o instituto de “Direito do Acidente”, tendo como principal finalidade o asseguramento às vítimas da indenização adequada a partir da ocorrência de um dano.

O aspecto nuclear da Responsabilidade Civil – ressarcimento da vítima – conduz, muitas vezes, a ignorar a conduta da mesma ou reduzi-la à negligência – culpa exclusiva, como fator de exclusão, ou culpa concorrente, causa redutora do *quantum* indenizatório.

Procura-se, na teoria da assunção do risco, originária da jurisprudência francesa do final do século XIX, e teorizada no século XX – a partir das teses de doutorado de Paul Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, 1931; A. Fontaine, *L'acceptation des risques*, 1941; de Jean Honorat, *L'idée d'acceptation des risques*, 1969<sup>4</sup> e do estudo de Paul Esmeil, 1952, apresentando grande relevo nas doutrinas e jurisprudências portuguesa, espanhola, italiana e, precipuamente, francesa e argentina<sup>5</sup> – o estudo da conduta da vítima dissociada da negligência, imprudência ou imperícia.

Em 1851, a Corte de Cassação francesa, em julgado caracterizado como *leader case*, exclui a responsabilidade na situação fática em que gados de diversos proprietários pastavam no mesmo local por dano que um animal casou a outro. Compreendeu o Tribunal Francês que o proprietário, ao colocar o animal para pastar em pasto comum, assume o risco do dano

---

<sup>1</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, *in* Revista Direito, Estado e Sociedade, volume 9, número 29, página 238.

<sup>2</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de, *ob. cit.* 239.

<sup>3</sup> TUNC, Andre. *La responsabilité civile*, 2 ed. Paris: Economica, 1990, p. 19.

<sup>4</sup> ALCOZ, María Medina, p. 31.

<sup>5</sup> ALCOZ, María Medina. *La assunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 23.

sofrido, havendo, por conseguinte, a exclusão do parágrafo primeiro do artigo 1.385 do Código Civil francês<sup>6</sup>.

Fulcrado na jurisprudência inglesa do início do século XX, Paul Esmein destaca que a assunção do risco não se aplica se há culpa por parte do causador do dano<sup>7</sup>.

No Direito Penal espanhol, Manuel Cancion Meliá<sup>8</sup> utiliza a expressão “autorresponsabilidade pelo risco criado por outros” para se referir ao tema.

Na doutrina portuguesa, a ascensão do risco funda-se na dogmática das causas de justificação da ilicitude que, entre outras, inclui legítima defesa, exercício regular de um direito, consentimento informado e risco permitido<sup>9</sup>.

No mesmo sentido, o Grupo Europeu do Direito da Responsabilidade Civil<sup>10</sup> propõe a assunção do risco como causa de justificação na proposição feita no artigo 7º: 101, 1, d. Igual conclusão é dada pelo *Study Group - an European Civil Code*<sup>11</sup> no artigo 5º do Capítulo 5 do projeto relativo ao Código de Responsabilidade Civil<sup>12</sup>.

A assunção do risco confunde-se, a priori, com o consentimento informado, visto que ambos fundamentam-se na limitação voluntária dos direitos da personalidade.

Contudo, como demonstra Brandão Proença<sup>13</sup>, na primeira (assunção), “o lesado conscientemente expõe-se a um perigo típico ou específico conhecido, sem a isso ser obrigado, mas conservando a esperança de o perigo não se concretizar em dano”.

---

<sup>6</sup> ESMEIN, Paul. L'idée d'acceptation des risques en matière de responsabilité civile. *In*: Revue internationale de droit comparé. vol. 4, n°4, Octobre-décembre 1952, p. 689, disponível em [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc\\_0035-3337\\_1952\\_num\\_4\\_4\\_6941](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1952_num_4_4_6941), último acesso 04/12/2014 às 07:42.

<sup>7</sup> ESMEIN, Paul, pp. 690 e 691.

<sup>8</sup> MELIÁ, Manuel Canción. Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 2001, p. 180.

<sup>9</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, p. 233.

<sup>10</sup> O Grupo Europeu do Direito da Responsabilidade Civil agrupa juristas de diversos países na área da responsabilidade civil. Fundado em 1992, reúne-se regularmente para debates e conclusões acerca do tema. Em seu site ([www.egtl.org](http://www.egtl.org)) encontram-se as conclusões dos juristas.

<sup>11</sup> Grupo de Estudo sobre um Código Civil Europeu, é uma rede de académicos europeus que realiza pesquisa em direito privado, visando à unificação de princípios e regras. Todo o seu trabalho é publicado em seu site: [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net).

<sup>12</sup> O texto original da proposição é: “The same applies if the injured person, knowing the risk of damage of the type caused, voluntarily exposes himself to that risk and is to be regarded as accepting it”, obtido no site [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm), último acesso: 14/07/2011, às 16:05.

<sup>13</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997, p. 619.



Para que a assunção do risco tenha relevo no ordenamento jurídico, são necessários alguns pressupostos, como a relevância, a voluntariedade do ato, a existência de um perigo presumido, a esperança da não concretização e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A assunção do risco pode ser expressa ou implícita, sendo esta subdividida em primária e secundária<sup>14</sup>.

A primeira ocorre por meio de cláusula contratual – a interpretação deve ser restritiva, com o fim de evitar a renúncia de direito fundamental.

Já a implícita dar-se-á em situações fáticas em que o risco é previsível.

Na primária, a atividade comporta um risco inerente e conhecido por todos, enquanto na secundária o risco é criado de forma negligente pela vítima.

A teoria desenvolvida no Direito Europeu esbarra em um problema conceitual ao ser importada para os ordenamentos pátrios.

Nos países ibéricos, na França e na Itália, a regra é a responsabilidade subjetiva. Contudo, no Direito brasileiro, após o advento do Código Civil, a responsabilidade objetiva passa a ganhar relevo.

A assunção do risco, para tornar-se causa de irresponsabilidade, deveria excluir o nexo causal e não o elemento volitivo.

Alude a noção de assunção de risco ao dano ligado a uma conduta da vítima, que o sofre por uma exposição de forma consciente a um perigo típico e específico<sup>15</sup>. Assim, o agente conheceria ou deveria conhecer o risco o qual voluntariamente assume<sup>16</sup>. Destaca-se que a conduta da vítima em associação ao prazer despertado pela prática do ato – como é o caso do atleta vítima de um acidente durante a realização de atividade desportiva de alpinismo, na qual buscava a superação de seu próprio recorde – é o denominado estado de fluxo ou prazer da dor<sup>17</sup>. Aceitar o prazer despertado por um esporte ou outra atividade conduz em contrapartida a assumir maiores riscos, sendo uma das singelas ideias por trás da teoria da aceitação do risco.

No entanto, a tentativa de relacionar a teoria com mecanismos doutrinários e legais clássicos releva incertezas significativas, o que acarreta, muitas vezes, a redução da teoria ou

---

<sup>14</sup> Classificação apresentada por José Piñeiro Salguero *in* Responsabilidade Civil. Práctica Deportiva y Assunción de Riesgos, Madri: Civitas, 2009, pp. 459 e 460.

<sup>15</sup> ALCOZ, María Medina, p. 40.

<sup>16</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil em eventos desportivos, *in* Revista Jurídica do Desporto, Ano V, nº 14, Janeiro/Abril de 2008. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 235.

<sup>17</sup> Prazer da Dor. Folha de S. Paulo, 14 de agosto de 2015, *in* <http://www.pressreader.com/brazil/folha-de-spaulo/20150814/282054800764875/TextView>, último acesso 10/03/2016, às 07:12.

seu uso exacerbado. Daí a grande necessidade de revisitá-la, criando princípios e regras adequados.

Fundamentar a teoria da assunção do risco é tarefa árdua. Apesar de os estudos se originarem no século XIX, não se encontra ainda hoje parâmetro único.

A primeira corrente, que tenta explicar as razões da teoria da assunção do risco, associa a culpa da vítima, normalmente, no elemento negligência. De acordo com essa linha de pensamento, a conduta da vítima é, na verdade, uma negligência na sua atuação. Não há uma assunção, apenas uma conduta comissiva e culposa.

A culpa da vítima e a assunção do risco, em alguns casos práticos, podem se confundir. Contudo, doutrinariamente, são distintos. Note-se que na culpa o ato da vítima é posterior ao início da ação (atividade). Seu procedimento negligente, imprudente ou imperito leva ao dano. Na assunção, o comportamento da vítima é pretérito à atividade. O que há em comum, que leva a confusão, é a exclusão do nexos causal presente nos dois institutos, contudo por meio de fundamentos distintos e, precipuamente, condutas distintas da vítima. Decerto, a assunção da vítima independe de seu comportamento negligente, imprudente ou imperito.

Outra parte da doutrina<sup>18</sup> contempla na cláusula tácita de não responsabilidade o real embasamento da teoria ora estudada. Por força da mesma, na teoria da assunção do risco, haveria uma renúncia tácita por parte da vítima em aceitar uma limitação no valor da indenização ou, simplesmente, a impossibilidade de invocar a responsabilidade direta.

Ocorre que, na maioria dos casos concretos, os danos advindos da Teoria da Assunção do Risco são relacionados à lesão corporal ou à honra, o que na visão de parte da doutrina<sup>19</sup> relaciona-se aos Direitos da Personalidade, o que tornaria irrenunciável tal direito subjetivo; logo reconhece-se a nulidade da cláusula em nome da inviolabilidade do corpo humano ou a honra.

Alguns<sup>20</sup> apontam como base para a teoria o perdão antecipado e, de certa forma, obrigatório, que conduz o exercício da atividade, principalmente na prática desportiva. Por força desse entendimento, o exercício da atividade conduziria a um perdão ao causador do dano, o que justificaria a inexistência do ressarcimento.

Concebe-se, na verdade, a teoria da Assunção do Risco como um instituto próprio, o qual, preenchidos seus pressupostos, acarreta a exclusão do nexos causal, como salienta o atual

---

<sup>18</sup> ESMEIN, Paul. L'idée d'acceptation des risques en matière de responsabilité civile, *in* Revue Internationale de Droit Comparé, Ano 1952, p. 683.

<sup>19</sup> TOURNEAU, Philippe e CADIET, Loïc. Droit de la responsabilité et des contrats. Paris: Dalloz Action, 2002, p 1892.

<sup>20</sup> AGOSTINI E., note ss Civ. 2ème 5 juin 1985, JCP 1987, II, n° 20744.

Código Civil Argentino em seu artigo 1.719: "Assunção do Risco. A exposição voluntária por parte da vítima a uma situação de perigo não justifica o fato danoso nem exime a responsabilidade, a menos que, pelas circunstâncias do caso, ela possa qualificar-se como fato danoso que interrompe total ou parcialmente o nexo causal"<sup>21</sup>.

Seguindo o entendimento doutrinário europeu ocidental, o legislador argentino positiva a teoria da assunção do risco como causa excludente do nexo causal, conduzindo, quando parcial, à diminuição do quantum indenizatório e, se total, à irresponsabilidade do fato. Opta, ainda, por conceito indeterminado, fazendo que o operador do Direito, no caso concreto, analise circunstâncias fáticas conducentes à exclusão, sem contudo balizar em linhas gerais os pressupostos jurídicos de tal exclusão.

Em linha doutrinária semelhante, entretanto, estabelecendo diretrizes para a exclusão, o Grupo Europeu de Responsabilidade Civil editou – seguindo a mesma linha dos Princípios de Contratos do Direito Europeu elaborados pela Comissão Europeia de Contratos, em 2005, após a Conferência em Viena – os Princípios da Responsabilidade Civil no Direito Europeu, agrupando no Título IV, Capítulo 7, as causas de exclusão ou limitação da responsabilidade civil, com destaque no artigo 7:101, alínea d, para a assunção do risco<sup>22</sup>. O inciso 2 do mesmo dispositivo estabelece que “a exclusão da responsabilidade depende da ponderação, por um lado, do peso destas causas de justificação e, por outro lado, dos fundamentos da responsabilidade”.

A exclusão do nexo causal, na visão europeia, baseia-se na ponderação das causas de justificação com os fundamentos da responsabilidade. Como causas de justificação, consideram-se a liberdade no exercício da atividade e o comportamento ordinário da vítima. Nota-se que normalmente a teoria é avocada na prática desportiva, portanto, deve ser avaliada a opção voluntária pela prática desportiva, com o seu claro consentimento informado dos riscos da atividade, e o exercício da atividade esportiva, segundo as regras da modalidade. Por

---

<sup>21</sup> Tradução própria. O texto original tem a seguinte redação: ARTICULO 1719.- Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

<sup>22</sup> O texto original, versão oficial em português, reza que: “Art. 7:101. Causas de justificação. (1) A responsabilidade pode ser excluída se e na medida em que o agente actuou legitimamente. a. em defesa do próprio interesse protegido contra um ataque ilícito (legítima defesa); b. em estado de necessidade; c. devido à impossibilidade de recorrer em tempo útil ao auxílio da autoridade (acção directa); d. com o consentimento do lesado, **ou se este assumiu o risco da lesão**, ou e. em virtude de um poder legalmente conferido, por exemplo, uma autorização”. (grifo do autor)

outro lado, deve ser considerada a dignidade da pessoa humana e o ressarcimento da vítima – fundamentos da responsabilidade.

Para que se possa conceber a teoria como um instituto próprio, torna-se mister o estudo dos elementos básicos da teoria, levando-se em consideração que a teoria da assunção do risco, sob a ótica do Direito Civil-Constitucional, produz, se respeitada a dignidade, à exclusão do nexa causal. Assim, o cerne deste trabalho passa a ser a análise da liberdade, o risco, a dignidade e, por fim, a exclusão do nexa causal.

## 1.2 Liberdade na Ótica do Direito Civil-Constitucional

Nas últimas décadas, intensificou-se o debate a respeito do conceito de liberdade no campo filosófico, político e jurídico, ganhando intensidade no universo acadêmico brasileiro, chegando a mesma a ser negada por alguns, diante de aspectos econômicos e sociais. Possivelmente, a razão central do debate reside “na contestação, proveniente de teóricos neo-republicanos, da concepção de liberdade vinculada à vertente dominante do pensamento liberal contemporâneo”<sup>23</sup>. Nota-se que o conceito de liberdade negativa, fruto de ausência de impedimentos à realização das escolhas por parte dos agentes individuais, deve ser desconsiderado. O ser humano isolado de uma realidade sócio-econômica inexistente, todavia não se pode negar o elemento liberdade, necessitando-se, na verdade, de uma grande releitura.

Deve ser considerado que a liberdade é fruto da própria personalidade, o ser humano livre é uma busca intrínseca da sociedade; negar o instituto ou mesmo não estudá-lo é negar a própria personalidade. Liberdade e Liberalismo são conceitos ligados pelo radical do vocábulo, porém sem ocorrer a igualdade dos conceitos. Note-se que a liberdade na manifestação de pensamento, de locomoção, de crença, do exercício das atividades laboral, esportiva e recreativa, da propriedade, do exercício da atividade econômica, são conquistas da sociedade, porém não podem ser exercidas de maneira absoluta; a função social deve estar presente em todos os exercícios – não apenas na propriedade ou na livre iniciativa. A solidariedade social e a dignidade devem balizá-las, contudo sem negar a existência da

---

<sup>23</sup> SILVA, Ricardo. Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit, *in* [https://www.researchgate.net/profile/Ricardo\\_Silva66/publication/242690286\\_LIBERDADE\\_E\\_LEI\\_NO\\_NEO-REPUBLICANISMO\\_DE/links/55182db60cf29ab36bc4a652.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Ricardo_Silva66/publication/242690286_LIBERDADE_E_LEI_NO_NEO-REPUBLICANISMO_DE/links/55182db60cf29ab36bc4a652.pdf), último acesso 15 de fevereiro de 2016 às 07:44.

liberdade. Sem ela não há convívio social salutar e, principalmente, exercício da soberania popular em todas as suas concepções – política, social, econômica, jurídica e filosófica.

Para que possa ser estudado o instituto da liberdade, torna-se fundamental a análise do conceito de pessoa, que não apresenta uniformidade no campo filosófico<sup>24</sup>. Neste trabalho não se procura buscar o conceito mas, apenas, destacar alguns aspectos intrínsecos, essenciais para a compreensão da liberdade e da dignidade e, por consequência, da assunção do risco.

Kant<sup>25</sup> define pessoa como “um sujeito cujas ações podem lhe ser imputadas. Portanto, personalidade moral não é senão a liberdade de um ser racional sob leis morais”.

Procura, portanto, correlacionar liberdade com ética. Saliencia-se que nenhum outro filósofo deu mais ênfase ao caráter ético do conceito de pessoa com as acepções de liberdade e responsabilidade<sup>26</sup> – que não estão presentes na origem etimológica do termo.

O vocábulo origina-se do latim *persona*<sup>27</sup>, significando a máscara utilizada pelo ator para materializar seu personagem e, ainda, “dos ancestrais que se apresentavam nos cortejos fúnebres”, significando, por conseguinte, a função que o ser humano exercia na sociedade, e não as qualidades que possuía.

Partindo da linha kantiana, Hacker<sup>28</sup>, na contemporaneidade, conceitua o homem como sendo um animal “com um domínio distinto de habilidades”, destacando, ainda, que “um ser humano maduro é um agente autoconsciente, com a habilidade de agir e de reagir em pensamento, sentimento e ato por razões”.

No ordenamento jurídico, distinção relevante ocorre nos termos pessoa e personalidade, que são conexos porém distintos. Pontes de Miranda<sup>29</sup>, sucintamente, enuncia pessoa como “o titular do direito”.

No mesmo sentido, Clovis Beviláqua<sup>30</sup> assevera que a “pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de direitos”.

---

<sup>24</sup> Neste trabalho não se abordarão todas as acepções filosóficas de pessoa. Procura-se, somente, obter o extrato para o desenvolvimento da teoria da assunção de risco, que é a liberdade.

<sup>25</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 254.

<sup>26</sup> HACKER, Peter Michael Stephan, Natureza Humana, tradução: José Alexandre Durry Guerzoni. São Paulo: Artmed, 2010, p. 289.

<sup>27</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque De Holanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 7.0. Curitiba: 5ª edição, 2010.

<sup>28</sup> HACKER, Peter Michael Stephan, p. 15.

<sup>29</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte geral, tomo I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 155.

Desta feita, a personalidade, como ensinava San Tiago Dantas<sup>31</sup>, deve ser concebida por duas acepções: a primeira, essencialmente técnico-jurídica, como a “capacidade de contrair direitos e obrigações”; a segunda, “o conjunto dos atributos humanos”, em que se encontram “honra, integridade corpórea e liberdade”.

A par de uma análise acadêmica, elucidava o professor aos seus alunos como atributo da personalidade a liberdade.

Evidencia-se que, tanto no campo filosófico quanto no jurídico, liberdade e responsabilidade são inerentes ao conceito de pessoa, sendo por conseguinte as raízes da assunção de risco objeto do estudo deste trabalho.

Destaca Maria Celina Bodin de Moraes<sup>32</sup> que “não há filósofo que não se tenha manifestado” acerca da liberdade.

Contudo, inexistiu um conceito uniforme, apresentando diversos significados, como, por exemplo, “autodomínio, ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre-arbítrio e capacidade de autodeterminação”<sup>33</sup>.

Apesar de Santo Agostinho ter sido considerado o primeiro filósofo da liberdade<sup>34</sup>, na Antiguidade Clássica, Aristóteles, no Livro III da *Ética a Nicômaco*, abordava o tema.

Cotejava a escolha com a ação voluntária, salientando que aquela é uma espécie desta, visto que “nem todo ato voluntário é escolhido”<sup>35</sup>.

Neste sentido, definia a escolha como “ação voluntária precedida por deliberação, posto que a escolha envolve o raciocínio e certo processo mental”. Desta forma, conferia ao homem livre a liberdade de suas escolhas.

Santo Agostinho inicia sua obra *Livre-Arbítrio* com a presunção de que Deus é bom, perfeito. Assim, o mal é fruto da ação humana.

Por meio do livre-arbítrio, o homem afasta-se do bem, causando o mal. O livre-arbítrio vem de Deus e, por conseguinte, é restrito. Agostinho não considera a existência de uma liberdade absoluta – como defendiam os pelagianos<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 11ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 138.

<sup>31</sup> DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Programa de Direito Civil, parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 192.

<sup>32</sup> MORAES, Maria Celina de Bodin. Liberdade Individual, Acrasia e Proteção da Saúde, in *Livre-Arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente, o paradigma do tabaco*, p. 320

<sup>33</sup> BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 534.

<sup>34</sup> MORAES, Maria Celina, p. 321.

<sup>35</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução: Edson Bini, 3ª edição. Bauru: Edipro, 2009, p. 94.

O reconhecimento da perfeição e superioridade divina a tornam limitada, como se evidencia nas seguintes palavras<sup>37</sup>: “...ela (a razão) percebe algo de eterno e imutável; é necessário que a dita razão se reconheça, ao mesmo tempo, inferior a essa realidade e que esse Ser seja o seu Deus”.

A visão agostiniana<sup>38</sup> “prenuncia o quadro político que será formado durante o medievo: o reconhecimento da superioridade de Deus”.

Durante o renascimento, Pico Della Mirándola<sup>39</sup> parte, também, da premissa de que a liberdade é uma oportunidade conferida por Deus, reconhecendo que o homem realiza seu projeto existencial. “O perfil de sua personalidade ética quem traça e esculpe é o próprio indivíduo. Neste sentido, o homem é o que decide ser. Tudo vai depender das opções assumidas pelo livre-arbítrio de cada um.”

Outro filósofo importante a tratar do tema foi Descartes<sup>40</sup>. Ao examinar o erro humano, reconhece o concurso de duas causas: o conhecimento e o livre-arbítrio, sendo a primeira limitada e a segunda ilimitada.

Em suas palavras, “sendo a vontade muito mais ampla e mais extensa que o entendimento, eu não a contendo nos mesmos limites, mas estendo-a também às coisas que não entendo e, sendo por si indiferente a elas, ela se perde muito facilmente e escolhe o falso pelo verdadeiro e o mal pelo bem, o que faz que eu me engane e peque”.

Daí a conclusão de que, para o filósofo, o homem é o único responsável por seu destino.

Com a ascensão da burguesia e a reestruturação do Estado, no século XVII diferenciou-se a liberdade natural da civil.

A primeira, anterior ao pacto social; a segunda, fruto da relação do indivíduo com o Estado, que teria o papel de “ordenar a sociedade e garantir o exercício legítimo da liberdade civil”<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> A teoria cristã denominada pelagianismo preceitua que o homem é o único responsável pela sua salvação, dispensando a salvação divina. Desta forma, a liberdade humana é absoluta.

<sup>37</sup> AGOSTINHO, Santo. *Livre-Arbítrio*, tradução: Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995, p. 93.

<sup>38</sup> BARRETO, Vicente de Paulo, p. 535.

<sup>39</sup> MIRÁNDOLA, Giovanni Pico della. *A Dignidade do Homem*, tradução: Luiz Ferracine. São Paulo: Escala, 1985, p. 42.

<sup>40</sup> René, Descartes. *Discurso do método: meditações*, tradução: Roberto Leal Ferreira., 2 edição. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 115.

<sup>41</sup> BARRETO, Vicente, p. 535.

Neste período, por influência de alguns pensadores como John Locke e Hobbes, consagra-se o individualismo, sendo que a restrição estatal à liberdade individual deveria ocorrer em situações excepcionais com respeito ao devido processo legal.

No estudo da liberdade, não se pode desconsiderar a visão kantiana<sup>42</sup>. Na sua obra *Metafísica dos Costumes*, o filósofo define livre-arbítrio como “a escolha que pode ser determinada pela razão pura; a que pode ser determinada somente pela inclinação seria o arbítrio animal”.

Estabelece, ainda, o conceito de liberdade positiva como sendo “a capacidade da razão pura de ser, por si mesma, prática”. Desta forma, Kant consagra a liberdade interna do indivíduo em paralelo à liberdade externa, garantida pelo Direito.

Neste período consagram-se as concepções gerais do iluminismo referentes à autonomia individual, à autonomia racional diante das superstições – que marcaram a Idade Média – e ao progresso racional da humanidade<sup>43</sup>.

Ademais, os ideais do iluminismo, principalmente no que tange à proteção da liberdade individual, foram positivados nas primeiras cartas burguesas acerca dos direitos fundamentais: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia<sup>44</sup> e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa<sup>45</sup>.

Benjamin Constant<sup>46</sup> compara a liberdade dos antigos com a dos modernos – liberdade burguesa, afirmando que “entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os seus assuntos privados”.

---

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, tradução: Edson Bini, 2ª edição. Bauru: Edipro, 2008, p. 63.

<sup>43</sup> BARRETO, Vicente, p. 536.

<sup>44</sup> A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776, considerada a primeira declaração dos direitos fundamentais da era moderna, dispõe em seu primeiro artigo que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros, e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade, e de buscar e obter felicidade e segurança.

<sup>45</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi anunciada ao povo em 26 de agosto de 1789, dispondo em seu artigo 4 que a liberdade consiste em fazer tudo que não perturbe a outrem. Assim, os exercícios dos direitos naturais de cada homem não têm limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o desfrute desse mesmo direito; esses limites não podem ser determinados senão por lei.

<sup>46</sup> CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Revista Filosofia Política n 02, 1985, p. 1, in <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>, último acesso em 23 de abril de 2011 às 19:36h.



Ao passo que a liberdade dos modernos é basicamente privada, consistindo na “segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade às garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios”<sup>47</sup>. Dentre os ditos privilégios, destaca-se a propriedade.

Ainda, na visão consagrada pela ascensão burguesa, Isaiah Berlin consagra a distinção entre a liberdade negativa e a positiva, sendo a primeira relacionada aos direitos civis dos cidadãos – liberdade política – tendo sido a base para o Código Civil de Napoleão, inspirador do Código Civil brasileiro de 1916.

Berlin<sup>48</sup> sintetiza a noção de liberdade negativa afirmando que “normalmente, sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade”, consagrando a liberdade contratual e o direito de propriedade absoluto. Fatores que não coadunam com os novos tempos.

Nos últimos vinte e dois anos, o cenário jurídico sofreu uma abissal transformação, a Constituição torna-se o centro do ordenamento jurídico, seja público, seja privado, como afirma Perlingieri<sup>49</sup>: “Constituição rígida assume a centralidade, com função de garantia da unidade, como parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade”.

Por tal razão, observa Konrad Hesse<sup>50</sup> ser a Constituição “a ordem fundamental jurídica da coletividade”. O texto constitucional não tem como única função a organização do Estado, mas sim a estruturação de toda a sociedade civil, sendo que os institutos jurídicos merecem relevo se atenderem aos anseios sociais.

Neste novo cenário, ganha o acadêmico a função de real protagonista. Salienta Gustavo Tepedino<sup>51</sup> que “o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República”.

O conceito de liberdade deve ser revisto. Não mais se admite a visão de Isaiah Berlin – liberdade negativa.

---

<sup>47</sup> CONSTANT, Benjamin, p. 3.

<sup>48</sup> BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios, tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 229.

<sup>49</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 25.

<sup>50</sup> HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1998, p. 37.

<sup>51</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, *in* Temas de Direito Civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

A liberdade individual deve ser cotejada com outros paradigmas, com destaque para a dignidade da pessoa humana. Roberto Andorno<sup>52</sup> salienta que a “busca de um equilíbrio adequado entre a liberdade e a dignidade da pessoa constitui um dos desafios mais complexos da bioética”<sup>53</sup>.

Salienta, ainda, o filósofo que “a liberdade é uma das faculdades que mais tipicamente caracteriza o ser humano e está na raiz mesma de sua dignidade intrínseca”<sup>54</sup>.

Desta forma, o conceito jurídico primitivo da liberdade, compreendido como uma pretensão de direito subjetivo público conduzindo a um dever omissivo estatal, não pode ser visto como absoluto ou único; trata-se apenas de um ponto de partida, pois pode acarretar como uma verdadeira patologia social.

A liberdade, característica nata da personalidade, deve ser estudada a partir de uma concepção neoconstitucionalista, levando-se em consideração a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana. Nota-se que elementos sociais, econômicos e políticos são considerados, mas nunca com o fim de negar o instituto.

Destarte, para que se possa analisar a assunção de risco faz-se mister a busca do equilíbrio entre a liberdade e a dignidade do praticante.

### 1.3 Considerações Gerais a Respeito da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição da República estabeleceu uma nova concepção e, principalmente, eficácia aos preceitos, valores e institutos do Direito Civil, fazendo que o cerne da tábua axiológica do dito Direito Privado passe a ser o texto constitucional, com os fundamentos da República que são a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

O marco teórico central da Teoria da Assunção do Risco é a escola do direito civil-constitucional. Reconhece a supremacia do texto constitucional e seus efeitos diretos na constitucionalização do direito civil. Recordar-se que a tábua axiológica do Direito Civil passou a ser o texto constitucional. Assim, a interpretação da Constituição conduz a efeitos diretos na regulação das relações privadas, superando-se, por conseguinte, a dicotomia entre

---

<sup>52</sup> ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? *In* Bioética e responsabilidade, organizadores: Judith Martins-Costa e Letícia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73.

<sup>53</sup> Além da bioética, trata-se de um desafio do próprio Direito.

<sup>54</sup> ANDORNO, Roberto, p. 74.

direito público e privado. Isto porque ambos compartilham o mesmo fundamento e possuem, por conseguinte, o mesmo fim.

Em especial, no campo da responsabilidade civil, ganha relevância a funcionalização dos institutos de direito civil, a significar o reconhecimento da proteção da vítima do dano injusto. Consequentemente, altera-se o centro da responsabilidade civil, deixando a subjetividade de ser a regra, passando a sê-lo a responsabilidade objetiva.

A consagração no Direito Brasileiro da escola do Direito Civil-Constitucional, originária do Direito Italiano, introduzida no âmbito nacional por Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes. Nas palavras de Cristiano Chaves<sup>55</sup> essa expressão “quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art.3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º).”

A escola do Direito Civil-Constitucional elimina a concepção liberal e individualista, consagrada no Código de Napoleão, do Direito Civil clássico, apresentando uma nova leitura do Direito Civil à luz da Constituição da República, na concepção de que as normas constitucionais possuem força normativa e de eficácia, não sendo apenas mera regra programática – note que no passado fala-se em normas meramente programáticas, desprovendo as mesmas de eficácia ou mesmo de aplicabilidade. No presente, são normas de direito substancial e, principalmente, sendo Direitos Subjetivos oponíveis a todos, produzindo, no mínimo, o dever de solidariedade.

Diante desse fenômeno da constitucionalização surge uma nova tábua axiológica de valores em matéria de personalidade, negocial, obrigações, contratos, posse, propriedade, filiação e sucessão, ou seja, alcança todos os institutos e partes acadêmicas do Direito Civil. Importantíssimo salientar que o ser humano passa ser compreendido com os seus anseios e vulnerabilidades; a presença do mínimo existencial e patrimonial passa a ser vitais. No que tange ao mínimo existencial, tem-se os elementos marcantes da teoria da assunção do risco, precipuamente na prática desportiva, sua maior abrangência de incidência.

A dignidade é inerente à essência da personalidade jurídica, tanto no aspecto mínimo existencial quanto no patrimonial.

É importante o comportamento humano no cenário do Direito Civil-Constitucional, analisando suas opções e o respeito à dignidade.

---

<sup>55</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Civil - Teoria Geral. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 205, p.29.

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco, inseparável do homem, independentemente de sexo, credo ou condição sócio-econômica.

Não se origina de uma imposição normativa, mas sim da evolução histórica da humanidade, encontrando raízes na antiguidade, no cristianismo e no iluminismo, ganhando destaque e estrutura normativa sólida com a reação ao nazismo na segunda metade do século XX.

Na antiguidade clássica, a dignidade referia-se ao grau de reconhecimento e notoriedade do indivíduo dentro da comunidade em comparação com os outros membros, produzindo uma modulação entre os seres humanos, “no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas”<sup>56</sup>.

No mesmo sentido, tem-se a origem etimológica da palavra dignidade, que advém do latim *dignitate* que, segundo Aurélio Buarque de Holanda<sup>57</sup>, significa, entre outras acepções: “1) cargo e antigo tratamento honorífico; 2) função, honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada”.

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>58</sup> destaca que “foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo”, partindo da premissa de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, base do cristianismo e, principalmente, da concepção do Deus uno, em oposição à pluralidade divina, sendo “dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco”<sup>59 60</sup>.

Na doutrina estoica, sobressai o pensamento de Cícero<sup>61</sup> acerca da dignidade em sentido igualitário, que centra na natureza o respeito que o homem deve ter no interesse de seu semelhante, sendo defesos atos prejudiciais a outrem.

---

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 34.

<sup>57</sup> HOLANDA, Aurélio Buarque. Dicionário .....

<sup>58</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana, uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 77.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, p. 34.

<sup>60</sup> No livro do Gênesis, evidencia-se nas seguintes passagens: 26. E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; domine ele sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais domésticos, e sobre toda a terra, e sobre todo réptil que se arrasta sobre a terra. E, 27. Criou, pois, Deus, o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou.

<sup>61</sup> CÍCERO, Marco Túlio. Dos Deveres, tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 43.

Salienta Ingo Sarlet<sup>62</sup> que se percebe no pensamento do filósofo estoico “a vinculação da noção de dignidade com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus cada ser humano”.

Esta preocupação constata-se em duas passagens da obra *Deveres*. Na primeira, ao analisar a benemerência, afirma que “é preciso ter em mente que a nossa benemerência não humilhe a quem queremos fazer o bem, nem aos demais”<sup>63</sup>.

Na outra, estabelece que o homem só “deve procurar aquilo que seja honesto e digno, sendo indigno dele ceder quer a outro homem, quer à sua paixão, quer à sua fortuna”<sup>64</sup>.

Inspirado na doutrina estoica, Tomás de Aquino, um dos pioneiros a realizar estudo sobre dignidade humana, parte da crítica ao conceito de pessoa adotado por Boécio, o qual considera a pessoa uma substância de natureza racional, com denominação especial de hipóstases ou substâncias primeiras<sup>65</sup>.

A este conceito acrescenta o termo dignidade, justificando a definição dada por alguns de que pessoa é “uma hipóstase distinta por uma qualidade própria à dignidade”<sup>66</sup>.

Desta feita, não se considera apenas a singularidade do homem, mas consagra-se o respeito à dignidade pessoal – princípio fundamental da existência humana.

Pico Della Mirándola<sup>67</sup>, um dos paradigmas do Renascimento, elaborou a obra *Discurso sobre a Dignidade do Homem* tendo por premissa a natureza humana ser uma criação divina – verdadeiro milagre. O autor concebe o homem – centro do universo – como um ser dotado de liberdade para determinar seu destino e cumprir sua natureza, afirmando “Ó, suma liberdade de Deus Pai, ó, suma e admirável felicidade do homem, ao qual é concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer”<sup>68</sup>.

Neste sentido, fulcra a dignidade na criação divina, por ser o homem centro do universo e ter sido criado à semelhança de Deus, com o dever de respeitar o próximo<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, p. 35.

<sup>63</sup> CÍCERO, Marco Túlio, p. 44

<sup>64</sup> CÍCERO, Marco Túlio p.51

<sup>65</sup> AQUINO, Tomás. *Suma teológica, teologia, Deus e trindade*, vol. 1, 3ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2009 P. 523.

<sup>66</sup> AQUINO, Tomás, p. 530.

<sup>67</sup> LOIA, Luís. *Estudo Pedagógico Introdutório à obra Discurso sobre a Dignidade do Homem*, de Pico Della Mirándola, 6ª edição. Lisboa: Edições 70, 2010, p. XLVI.

<sup>68</sup> MIRÁNDOLA, Pico Della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, 6ª edição. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 57.

<sup>69</sup> MIRÁNDOLA, Pico Della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, 6ª edição. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 61.

No século XVIII, desenvolve-se o estudo kantiano, com significada influência na modernidade.

Kant, que tem a pessoa como o cerne de sua teoria, dividiu a razão em duas espécies: pura (teórica) e prática, sendo a última relevante para a compreensão da dignidade da pessoa humana.

Esta compreende um elemento – liberdade – que independe do conhecimento empírico, sendo, por conseguinte, a priori, o que justifica a existência de uma lei moral pretérita à ação humana, que fundamenta a dignidade.

Kant<sup>70</sup> afirma que “o motivo moral puro tem que ser levado integralmente à alma, motivo que, não só pelo fato de ser o único que funda um caráter, mas também ensinando ao homem sentir sua própria dignidade, ele confere ao ânimo uma força...”. Desta forma, o homem é “o sujeito da lei moral, que é santa em virtude da autonomia”<sup>71</sup>.

A dignidade, na visão kantiana, é uma qualidade nata da pessoa humana, que justifica a obediência à doutrina moralista. Desta feita, cada pessoa deve ser tratada por um fim em si e não como um meio, cotejando com as coisas, que têm preço, as pessoas, que possuem dignidade.

Evidencia Roberto Andorno<sup>72</sup> que “a dignidade é uma característica bem real dos seres humanos e não uma mera hipótese metafísica”.

No ordenamento jurídico, a dignidade como primazia da pessoa surge diante da crise do positivismo jurídico, a partir da derrota do nazismo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>73</sup> em 1948 e, logo a seguir, a Constituição alemã de 1949<sup>74</sup>, consagram a dignidade da pessoa humana como cerne da tábua

---

<sup>70</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 535.

<sup>71</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*, p. 307.

<sup>72</sup> ANDORNO, Roberto, p. 81.

<sup>73</sup> O artigo 1º da Declaração reza que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

<sup>74</sup> O artigo 1º da Constituição alemã prevê: A dignidade do homem é intocável. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal.

axiológica dos direitos, sendo a fonte inspiradora de diversos textos constitucionais<sup>75</sup>, a exemplo do brasileiro – artigo 1º, III, e convenções internacionais<sup>76</sup>.

Neste sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro salienta que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano”<sup>77</sup>.

A partir do novo panorama, faz-se mister conceituar e estabelecer o substrato material da dignidade humana.

Apesar da dificuldade enfrentada por parte da doutrina, levando alguns a desconsiderar uma aplicação em virtude da subjetividade conceitual, outros aplicam uma conceituação negativa<sup>78</sup>.

Ingo Sarlet<sup>79</sup> aduz o conceito de dignidade como sendo:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

---

<sup>75</sup> A título de exemplo enumeram-se a Constituição austríaca (artigo 9º), Constituição belga (artigo 23), Constituição boliviana (artigo 8º), Constituição chilena (artigo 1º), Constituição espanhola (artigo 1º), Constituição grega (artigo 2º, I), Constituição italiana (artigo 41), Constituição irlandesa (preâmbulo), Constituição lituana (artigo 21), Constituição paraguaia (artigo 1º), Constituição polonesa (artigo 30) e Constituição portuguesa (artigo 1º).

<sup>76</sup> A título de exemplo há: Convenção de Genebra relativa à proteção de civis em tempo de guerra, de 1949; Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969; Convenção para a erradicação de toda forma de discriminação à mulher, de 1979; e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

<sup>77</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19.

<sup>78</sup> No campo empírico, a violação à dignidade é facilmente perceptível, diferentemente do seu conceito. Concluir que a tortura, o genocídio e o tratamento degradante violam a dignidade é tarefa fácil; conceituá-la, contudo, é tarefa árdua. Por isso, muitos tratam a dignidade a partir de sua violação – conceituação negativista.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo, p. 73.

Do conceito supra, destacam-se algumas características essenciais da dignidade, a saber: a) qualidade intrínseca de qualquer ser humano; b) obrigação imposta ao Estado e a toda a comunidade; c) condição existencial mínima.

Unem-se a estas características os substratos materiais elencados por Maria Celina de Moraes<sup>80</sup>, que são: sujeito moral, respeito à integridade psicofísica de que é titular, vontade livre e garantia de não ser marginalizado.

No plano acadêmico, discute-se a natureza da dignidade como direito, regra ou princípio. A partir da consagração no plano positivo e de sua conceituação, caracteriza-se a dignidade como “fonte de todos os direitos”<sup>81</sup>, possuindo, por conseguinte, a natureza de princípio<sup>82</sup> como fundamento dos direitos.

No ordenamento jurídico e filosófico, concebe-se a dignidade sob duas visões: como faculdade e como restrição.

A primeira é a clássica, inserida em diversas normas jurídicas nacionais e internacionais, identificando-se “com a capacidade para atuar de modo autônomo e com o direito do indivíduo àquelas condições que favorecem o pleno desenvolvimento de sua personalidade”<sup>83</sup>. Tem-se aí a própria liberdade.

A segunda, fruto da bioética, estabelece “limites à liberdade individual”<sup>84</sup>. Em princípio, há visões opostas às duas acepções, contudo o acadêmico deve harmonizá-las, como constata Roberto Andorno<sup>85</sup>: “não há nenhuma dialética entre a dignidade como fonte das prerrogativas individuais e a dignidade como exigência de proteção contra práticas desumanas ou degradantes”.

Assim, os atos emanados da liberdade individual só serão legítimos quando se coadunarem com a dignidade.

No plano da assunção do risco, esta é a essência. O indivíduo tem a liberdade de assumir o risco e ser responsabilizado por tal, contudo só haverá legitimidade jurídica se feita com respeito à dignidade.

Desta forma, a presença do respeito à dignidade é essencial no risco assumido pela vítima.

---

<sup>80</sup> MORAES, Maria Celina, p. 85.

<sup>81</sup> ANDORNO, Roberto, p. 81.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo, p. 79.

<sup>83</sup> ANDORNO, Roberto, p. 86.

<sup>84</sup> ANDORNO, Roberto, p. 86.

<sup>85</sup> ANDORNO, Roberto, p. 87.



#### 1.4 Considerações Gerais sobre o Risco

John Adams<sup>86</sup> ressalta que “todas as pessoas são verdadeiras especialistas em risco no sentido original do termo”, por ser inerente ao ser humano, conduzindo o empirismo ao gerenciamento do mesmo.

O desenvolvimento da capacidade humana para lidar com a incerteza e, conseqüentemente, administrá-la, inicia-se na infância e desenvolve-se na fase adulta. Entretanto, é uma capacidade nunca dominada por completo, pois o homem sempre busca novos desafios, assumindo novos riscos, ou na crença de sua “boa sorte”.

É comum um esportista detentor de um recorde buscar superá-lo, expondo-se a um risco muitas vezes irracional.

Registra Antônio Geraldo da Cunha<sup>87</sup> a origem etimológica obscura da palavra risco<sup>88</sup>, podendo ser apontados à guisa de exemplo o latim *risicu*, *riscu*, o espanhol *riesgos*, penhasco alto e escarpado, e o italiano arcaico *risicare*.

Aponta a origem para duas acepções: perigo – ou possibilidade de perigo – e probabilidade – situação em que há probabilidades mais ou menos previsíveis de perda ou ganho<sup>89</sup>. Na órbita acadêmica, principalmente a não jurídica, a última visão é a mais utilizada.

Uma das primeiras citações da palavra risco como probabilidade deu-se no *Talmud*<sup>90</sup>, livro sagrado que retrata debates entre rabinos ocorridos no período dos 200 e 500 d.C, na conclusão da impossibilidade da extinção do matrimônio em virtude da alegação de adultério pretérito às núpcias.

A justificativa seria uma dupla dúvida. Caso a mulher não fosse virgem ao se casar, surgiria a primeira incerteza, que se encontra na possibilidade de o marido ser o responsável.

Superado o impasse, surgiria outro: o ato ocorreu por violência ou livre vontade? Haveria vinte e cinco por cento de chance para a materialização do adultério anterior ao casamento – o marido não deveria ter sido o responsável, e o voluntarismo do ato. Por força

<sup>86</sup> ADAMS, John. Risco, tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009, p. 33.

<sup>87</sup> CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 565;

<sup>88</sup> CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 565;

<sup>89</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque De Holanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio.

<sup>90</sup> Babylonian Talmud: Tractate Kethuboth, folia 9A, in [http://www.come-and-hear.com/kethuboth/kethuboth\\_9.html](http://www.come-and-hear.com/kethuboth/kethuboth_9.html), último acesso às 15:35 do dia 8 de julho de 2001.

da pequena probabilidade, assumiria o marido o risco da condição feminina no momento das núpcias<sup>91</sup>.

A concepção moderna de risco “tem suas raízes no sistema de numeração indo-arábico”<sup>92</sup>, origem da análise combinatória – peça importante para o estudo científico de probabilidade – apesar de o estudo ter sido desenvolvido a partir do Renascimento, no qual se revisitam os valores culturais da antiguidade clássica na busca de um ideal humanista e naturalista.

É uma época de turbulência religiosa e ascensão da burguesia – fatores primordiais para o desenvolvimento do risco. O futuro passa a ser mensurável e planejado, diferente do passado, em que se atribuía apenas ao acaso ou a forças divinas a existência dos fatos.

O gerenciamento do risco pelo homem comum passa a ser fundamental. Desta forma, Mary Douglas<sup>93</sup> admite ser o risco uma forma moderna de avaliação com base na probabilidade. Surge no século XVII com os jogos de azar; desenvolve-se no século XVIII no contrato de seguro marítimo.

No campo científico, destaca-se como ponto de partida o trabalho realizado pela *Royal Society* britânica, que no início dos anos oitenta institui um grupo de estudos acerca do risco, sendo publicado em 1983 um relatório denominado *Risk Assessment: a Study Group Report*, definindo o risco como a “probabilidade de que um determinado evento adverso ocorra durante um período de tempo definido ou resulte de um determinado desafio”.

Assim, por ser uma probabilidade, obedece à teoria estatística – precipuamente, à análise combinatória.

Ainda, o grupo de estudos da *Royal Society* estabeleceu uma definição para detrimento, em cotejo com o risco, que vem a ser uma medida numérica do dano ou perda, que se espera associada a um evento adverso, geralmente o produto integrado do risco e do dano, expresso em dinheiro, perda de anos esperados de vida ou perda de produtividade, analisado pelo risco-benefício.

John Adams<sup>94</sup> salienta que a definição de detrimento feita pela *Royal Society* está contida no conceito de risco comumente apresentado pela doutrina e, ainda, pelo homem comum.

---

<sup>91</sup> BERNSTEIN, Peter. Desafio aos deuses: a fascinante história do risco, 23ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 17.

<sup>92</sup> BERNSTEIN, Peter, p. 3.

<sup>93</sup> DOUGLAS, Mary. Risk and blame - essays in cultural theory. London: Routledge, 1992, p. 37.

<sup>94</sup> ADAMS, John, p. 40.

O relatório de 1983 apresenta duas espécies de risco: objetivo e subjetivo.

O primeiro é o risco real e mensurável, que obedece às leis formais da estatística. Já o subjetivo é o percebido pelo leigo de forma imprecisa, sem base científica, muitas vezes sentido por impressões pessoais ou conhecimentos empíricos<sup>95</sup>.

Em 1992, a *Royal Society* britânica retoma o estudo do tema, elaborando um relatório denominado *Risk: Assessment, Perception and Management*, em que revisita o estudo de 1983, mantendo a distinção entre o risco objetivo e o risco subjetivo (percebido). Nos primeiros capítulos, por meio de tabelas estatísticas, aborda o risco objetivo e seu gerenciamento.

Na mesma linha, em 1983, o Conselho de Pesquisa Nacional, principal órgão operacional da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos, junto com a Academia Nacional de Engenharia norte-americana, publicou um relatório intitulado *Risk Assessment in the Federal Government: Managing the Process* que, além de manter a distinção entre risco subjetivo e objetivo, aborda a decisão sobre o risco sob aspectos científicos e políticos.

O estudo refere-se ao risco em sentido macro, preocupando-se com as decisões estatais e dos grandes aglomerados sobre o tema, não aprofundando o aspecto individual.

Ao analisar o risco a partir de uma perspectiva subjetiva, Gerald Wilde<sup>96</sup> estabelece que todos têm propensão a correr risco, que varia de um indivíduo para outro, influenciado por possíveis recompensas.

Assim, a busca pela recompensa é o cerne da assunção de risco. Em outras palavras, o ser humano assume risco em busca de um fim – a recompensa. Destaca, ainda, que as decisões individuais para assunção de risco constituem um equilíbrio entre a percepção e a propensão para assumi-lo.

Dostoiévski<sup>97</sup> ratifica a recompensa como a qualidade essencial da assunção do risco, desde que a vontade seja independente.

Aqui encontram-se os fatos motivadores da assunção do risco: a vontade independente e a recompensa legítima. Desta forma, o risco é um fenômeno interativo.

A materialização do risco ocorre de diversas formas. Tem-se o risco econômico, social, esportivo, físico, profissional, jurídico, o que torna impossível sua mensuração exata, apesar de alguns cientistas, como os integrantes da *Royal Society*, tentarem elaborar uma fórmula.

---

<sup>95</sup> ADAMS, John, p. 40.

<sup>96</sup> apud, ADAMS, John, p. 48.

<sup>97</sup> apud, ADAMS, John, p. 53.

Evidencia-se que a mensuração varia conforme o discernimento da pessoa e, ainda, por aspectos subjetivos – idade, sexo, formação educacional – e objetivos – condições climáticas, estabilidade econômica.

Frank Knight<sup>98</sup> distinguiu risco de incerteza, afirmando que no primeiro caso o ser humano conhece as probabilidades da existência do acontecimento. Já na incerteza há absoluta ignorância da probabilidade.

Centrou a probabilidade no risco, dando um aspecto científico ao mesmo. Contudo, a distinção não é técnica, carecendo de base etimológica ou científica, sendo no cotidiano as duas palavras intercambiadas.

Ademais, diante de uma primeira ocorrência não haverá estatística pretérita, contudo haverá o risco. Outro problema na incerteza concebida por Knight encontra-se no campo da subjetividade do julgamento, desprezando-se os critérios objetivos.

Desta forma, o risco deve ser estudado cientificamente, com fulcro no binômio probabilidade e perigo. Neste diapasão, desponta a teoria da assunção do risco, que alude aos danos sofridos pela intervenção especial da vítima em eventos arriscados produzidos por outrem.

## 2 NEXO CAUSAL

### 2.1 Introdução

A ocorrência de um dano produz o dever de indenizar, com o claro intuito de garantir o ressarcimento da vítima e o retorno a uma situação jurídica pretérita. Aguiar Dias<sup>99</sup>, nesse sentido, afirma que “o interesse em estabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil”, portanto, adotando-se a teoria do ressarcimento do dano e nunca o dito dano punitivo, apesar de que, nos tribunais brasileiros, aponta-se como fundamento do dano moral a figura do caráter punitivo-pedagógico. Contudo, tais decisões apenas citam a expressão “punitivo-pedagógico”, sem fundamentação acerca do

---

<sup>98</sup> apud, ADAMS, John, p. 60.

<sup>99</sup> DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil . 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 42.

tema. Pontes de Miranda<sup>100</sup> igualmente considera o dano, ou seja, a desvantagem patrimonial ou extrapatrimonial, como a origem primordial do direito à indenização.

As clássicas distinções entre responsabilidade objetiva e subjetiva, e contratual e extracontratual, procuram, principalmente, garantir o ressarcimento, apontando o responsável pela indenização, mesmo que não tenha sido o causador direto do dano.

O Código Civil de 1916 fundamentava a responsabilidade civil a partir de uma conduta culposa ou dolosa, omissiva ou comissiva, causadora de dano. Procurava-se, num modelo liberal-racionalista, inspirado no Código Civil de Napoleão, garantir o ressarcimento diante de uma situação jurídica subjetiva do agente causador do dano. Daí a regra ter sido a da responsabilidade subjetiva.

Com o advento da Constituição da República, com alteração da tábua axiológica do Direito Civil valorando os preceitos constitucionais, os pilares de sustentação da responsabilidade civil, que exaltavam o subjetivismo e, por consequência, os elementos subjetivos da conduta, foram severamente abalados com a nova era. O novo enfoque da contemporaneidade, na visão de Luiz Edson Fachin, “instiga a possibilidade de reconhecer que o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir”<sup>101</sup>. A desconstrução do individualismo exacerbado e o reconhecimento da solidariedade social afetaram a responsabilidade civil, pois, segundo Altheim “as relações indenizatórias não têm apenas o caráter individualista de reparar o dano causado à vítima. São atualmente comuns indenizações fixadas com caráter pedagógico, principalmente quando se trata de danos extrapatrimoniais”<sup>102</sup>. A responsabilidade civil, inserida neste contexto, passa a tratar de danos, não importando origem lícita ou ilícita do ato, elevando ao cerne da responsabilidade a vítima, gerando no atual cenário a elevação dos casos de responsabilidade objetiva. A responsabilidade resulta, desta forma, diretamente do dano injusto, que gera a obrigação de indenizar em decorrência de uma

---

<sup>100</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo XXII. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 181.

<sup>101</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01.

<sup>102</sup> ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: Superação da teoria tradicional da responsabilidade civil. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. p. 50. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/5950>, último acesso em: 10/2/2016 às 23:42.

imputação<sup>103</sup>, desconsiderando-se a culpa ou dolo na conduta do causador ou responsável pelo dano.

Na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, a responsabilidade pode ter uma boa noção advinda da visão de Silvio Neves Baptista<sup>104</sup>, como "a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever o agente causador ou o terceiro a quem a norma imputa a obrigação", não cogitando o autor da culpa ou dolo.

Apontamento da doutrina clássica dos quatro elementos primordiais do fato jurídico indenizatório: a conduta comissiva ou omissiva, a culpa, o dano e o nexa causal, passa por uma nova leitura, diminuição ou mesmo eliminação do elemento culposo com o fortalecimento do elemento nexa causal e a valoração do critério de imputação, que se destina a identificar o responsável pela reparação do dano.

Roberto Vázquez Ferreyra<sup>105</sup> leciona que o fator de atribuição se relaciona ao fundamento que o ordenamento jurídico considera para atribuir juridicamente a obrigação de indenizar um dano, fazendo com que a pessoa apontada responda pelos efeitos do dano, muitas vezes associada ao risco. Salienta-se que a imputação em diversas situações jurídicas independe da culpa ou, muito menos, de ter sido o causador do dano. Nesse sentido, Silvio Neves<sup>106</sup> considera que a imputação é "a aptidão para ser sujeito do dever de reparação".

Com o crescimento das hipóteses de responsabilidade, a partir da cláusula geral prevista no artigo 927 do Código Civil, associada ao aumento das situações jurídicas em que o responsável pela indenização não é o causador do dano, torna-se importantíssimo o desenvolvimento do conceito de causa.

Iniciando na visão de Aristóteles<sup>107</sup>, que identificava quatro tipos de causalidades presentes em todos os seres: a causa material, a causa formal, a causa motriz (ou eficiente) e, por fim, a causa final.

A causa material corresponde à matéria da qual uma coisa é feita; olha-se para o conteúdo. Salienta Mario Bunge<sup>108</sup> que a causa material, na visão de Aristóteles, era o

---

<sup>103</sup> BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria Geral do Dano: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24

<sup>104</sup> BAPTISTA, Silvio Neves, p. 60.

<sup>105</sup> FERREYRA, Roberto A. Vázquez. Responsabilidad por Daños (elementos). Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 193.

<sup>106</sup> BAPTISTA, Silvio Neves, p. 67.

<sup>107</sup> CHAUI, Marilena. Convite à filosofia. 13.ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 188.

<sup>108</sup> BUNGE, Mario. Causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna. 3ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972. p. 44.

receptáculo passivo sobre o qual atuavam as demais causas, nada tendo a ver com a matéria entendida na ciência moderna. A causa formal objetiva identifica o que cada coisa é em si mesma, “aquilo que a define em sua identidade e diferença com relação a todos os outros”<sup>109</sup>, sendo a forma, a maneira de situar o ser dentro da espécie correspondente, tendo a matéria o condão de conferir sua própria individualidade. Já a causa motriz, também chamada de causa eficiente, é a força, em geral externa ao ser, que o faz mudar ou se transformar, a fim de que produza um efeito no mundo sensível. Esta causa pode ser atribuída a algum agente ou ação física, que produz a alteração na matéria e dá a forma. A causa final, por fim, é aquilo pelo qual o efeito é produzido, o motivo pelo qual algo existe ou aconteceu. Traduz a finalidade, o objetivo da existência de certo fenômeno.

Marilena Chauí<sup>110</sup> identifica a existência de uma hierarquia entre as causas. A material e a motriz ocupam uma posição de inferioridade em relação às formal e final, pois identificam a coisa ou o fenômeno atribuindo uma finalidade.

Para Alberto Alonso Muñoz, na visão de Aristóteles há necessidade da investigação do caráter voluntário da ação para que possa haver punição às ações injustas ou reprováveis<sup>111</sup>. A partir dessa concepção, lança o filósofo a ideia do que, posteriormente, denominou-se princípio de razão suficiente, que vem a ser a existência de uma causa para qualquer evento, fazendo com que o indivíduo sempre haja de acordo com um evento anteriormente ocorrido, jamais agindo de modo voluntário. A presente visão é determinista, pois, representados todos os requisitos suficientes para um evento, esse evento não pode não ocorrer, visto que nada ocorre aleatoriamente, para tudo há uma explicação causal e necessária. As teorizações acerca da ação voluntária tiveram maior expressividade com as obras de David Hume e Immanuel Kant. David Hume era adepto da corrente empirista do conhecimento, afirmando que “as causas e os efeitos não são descobertos pela razão, mas pela experiência”<sup>112</sup>. Nas obras de Kant percebe-se que o homem deve agir de modo autônomo e livre, determinando-se pela razão<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 13.ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 190.

<sup>110</sup> CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 11.

<sup>111</sup> MUÑOZ, Alberto Alonso. Liberdade e causalidade: ação, responsabilidade e metafísica em Aristóteles. São Paulo: Discurso Editorial, 2002. p. 21.

<sup>112</sup> HUME, David. Investigação acerca do entendimento humano. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1999. p. 50.

<sup>113</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e causa contratual. Campinas: Millenium, 2004. p. 41.

Como ensina Alberto Alonso Muñoz<sup>114</sup>, ao estudar o pensamento aristotélico conclui-se que se o agente se encontrar diante da mesma classe de estímulos deverá agir da mesma forma. Mas Aristóteles acrescenta, além dessa primeira classe de causas da ação, um segundo conjunto de causas, propriamente psicológicas e moldáveis, que farão com que o agente tenha a propriedade de vir a agir de outro modo em circunstâncias semelhantes.

Diferentemente de Aristóteles, a questão da causa para Descartes consiste em aceitar que os acontecimentos possuem causas precedentes, tendo como ponto de partida “instituições inerentes ao próprio pensamento. Pois, no começo, não estamos certos de nada exceto de nosso pensamento”<sup>115</sup>. Nessa acepção, a teoria das quatro causas elaboradas por Aristóteles minimiza para duas causas principais: a motriz e a final, o que produziu na atualidade a ideia de que, para ser causa, é necessária a produção de algum efeito<sup>116</sup>. As teorias relativas à causal desenvolvidas ao longo da história são diversas; as enumeradas acima tiveram, apenas, o condão de estabelecer uma diretriz para a relação de causalidade na responsabilidade civil.

## 2.2 Aspectos Jurídicos da Relação de Causalidade

A relação de causalidade na responsabilidade civil, objeto do presente capítulo, com o fim de estabelecer os seus elementos e os contornos de sua aplicação, é um dos assuntos mais obscuros e controversos do Direito Civil, quer no campo da responsabilidade contratual, quanto na aquiliana, devido às divergências doutrinárias e à dificuldade dos Tribunais na sua aplicação, essencialmente quando, no caso concreto, inexistente tal elemento.

A existência do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva e o resultado prejudicial tem sido tradicionalmente um requisito essencial para a responsabilidade civil.

O nexo de causalidade como elemento do fato jurídico indenizatório diz respeito ao elo associativo entre o dano e o fato antijurídico; é o elemento de referência entre o fato

---

<sup>114</sup> MUÑOZ, Alberto Alonso, p. 410.

<sup>115</sup> VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 602.

<sup>116</sup> CHAUI, Marilena. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 13



gerador e a consequência. Nesse sentido, Roberto Vázquez Ferreyra<sup>117</sup> leciona que o nexo causal busca encontrar uma relação de causa e efeito entre o dano e o direito da vítima a obter o ressarcimento.

No Código Civil brasileiro, ao definir ato ilícito, apresenta-se o elemento nexo causal de forma sutil, conforme estabelece o artigo 186:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

Ao utilizar a palavra causar (e causar dano a outrem), o legislador civilista diz respeito ao nexo causal. Importante salientar que o nexo causal refere-se à relação fato jurídico, em sentido amplo, e dano. E não, como, em princípio, parece: entre a ação e o dano. Isto porque admite-se, no ordenamento jurídico, em diversos casos, a responsabilidade por fato ou ato de terceiro. Logo, não houve ação do responsável; apenas fato.

A causalidade no âmbito da responsabilidade civil exerce um papel dúplice: busca do responsável e auxílio no cálculo do quantum indenizatório<sup>118</sup>.

Neste sentido, Roberto Vázquez Ferreyra<sup>119</sup> afirma que o nexo causal: “permite determinar quando um resultado danoso é material ou objetivamente atribuível à ação de um sujeito ou coisa. Determinada essa autoria, em uma segunda função, estabelece as consequências pelas quais se deve responder”.

Demongue<sup>120</sup>, de forma sucinta e precisa, explica que a relação de causalidade deve representar a certeza de que “sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria”. E, ainda, como afirma Serpa Lopes<sup>121</sup>, “a causa não pode ser senão um fato sem o qual um outro não pode ter lugar”.

No campo prático, o nexo de causalidade é fator de extrema dificuldade e delicadeza, principalmente nas hipóteses de concorrência de causas, causas sucessivas e simultâneas, ou excludentes de responsabilização.

---

<sup>117</sup> FERREYRA, Roberto Vázquez, p. 220.

<sup>118</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

<sup>119</sup> FERREYRA, Roberto Vázquez, p. 219. O texto original é o seguinte: “creemos que el fenómeno causal reviste suma importancia si es aprehendido en su totalidad, esto es, como causa del daño, para medir la extensión de la reparación, y, por último, como eximente de responsabilidad, aunque este último es el reverso del primer aspecto”.

<sup>120</sup> DEMOGUE, René. apud. STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

<sup>121</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil. v. 5. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 252.

Faz-se necessário, neste ponto, diferenciar, dentro da concorrência de causas, as causas complementares, causas cumulativas e causas alternativas. Quando diversas causas podem ser produtoras de um determinado resultado, é mister investigar qual a sua relação com o dano. As causas complementares se referem aos fatos que, se considerados isoladamente, não teriam culminado no resultado observado. Nessa perspectiva, Pontes de Miranda<sup>122</sup> leciona que: “se dois ou mais de dois atos causam o dano (concorrência de causas) e nenhum deles o produziria sozinho, há concorrência necessária e todos os atos são causais”.

Esta modalidade também é conhecida por concausalidade, causalidade conjunta ou comum.

Gustavo Tepedino<sup>123</sup> assegura que, para que surja o dever de indenizar nas hipóteses de concausa, é necessário vislumbrar um vínculo de necessidade entre a causa examinada e o dano.

A causa cumulativa, ou concorrente, representa fatos que poderiam ter estabelecido, cada um por si próprio, o resultado. Para estes casos, segundo Pontes de Miranda<sup>124</sup>, todos os agentes são solidariamente responsáveis, pois não se pode saber quem foi o verdadeiro causador do dano.

Na concorrência de causas, deve-se averiguar se o evento danoso foi produzido por causas sucessivas ou concomitantes (concurso de fatores independentes). Se as causas são sucessivas, deve o observador esquadriñar o liame de necessariedade entre as causas e o resultado, afastando as causas não necessárias. Se, contudo, as causas são concomitantes, cada uma se torna necessária e, portanto, imputável<sup>125</sup>.

Nestes casos, costuma-se invocar a chamada ‘culpa concorrente’, repartindo-se o dever de indenizar. As causas alternativas denotam a incerteza de, entre um conjunto de fatores e condutas de agentes agrupados, qual foi a causa específica do resultado danoso. A dificuldade reside em apontar qual comportamento individual dos sujeitos é responsável pelo efeito, sempre atentando ao nexos de necessariedade entre o dano e a conduta do grupo. Neste caso, geralmente o dano é produzido por apenas um dos fatores, não sendo, portanto, tecnicamente, hipótese de concorrência de causas<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo XXII. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 188.

<sup>123</sup> TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, vol. 384, mar-abr 2006. p. 209.

<sup>124</sup> MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, p. 188.

<sup>125</sup> TEPEDINO, Gustavo, p. 211.

<sup>126</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da.31.

O art. 830 do Código Civil Alemão é claro em determinar a responsabilização conjunta dos indivíduos envolvidos: “Se diversos agentes causarem danos por uma ação conjuntamente cometida, então todos são responsáveis pelos danos. O mesmo se aplica quando não se puder determinar quem, de diversos sujeitos, produziu os danos por suas próprias ações”. Clóvis do Couto e Silva explica que o direito alemão, para aplicar a referida norma, exige a presença de um fato unitário em seus elementos objetivos, temporais e espaciais, além de um laço não ocasional entre os integrantes do grupo. No direito pátrio, para haver a responsabilização solidária dos diversos agentes, deve-se ter: “(i) a certeza de que, ao menos, um dos envolvidos causou o dano; e (ii) uma unidade de situação ou comportamento que caracteriza a necessariedade causal”.

Na doutrina brasileira, coube a Gisela Sampaio da Cruz<sup>127</sup> a melhor categorização das diversas teorias sobre o nexo causal. Foram agrupadas em duas classes: teorias generalizadoras e individualizadoras, levando em consideração as causas e condições. Na segunda, as causas destacam-se em relação às condições, enquanto na primeira são equiparadas.

As teorias generalizadoras<sup>128</sup> são a da totalidade das condições e a da equivalência dos antecedentes.

As teorias individualizadoras agrupam-se, exemplificativamente, em teorias da causa próxima, da causa eficiente, da causa preponderante, da causalidade adequada e do dano causal direto e imediato.

A seguir, passa-se à análise sucinta de cada uma.

A teoria da totalidade das condições é a mais abrangente da espécie, pois considera como causa a soma de todas as condições<sup>129</sup>.

Se faltasse a existência de qualquer delas, o resultado seria outro. Não se considera uma condição isoladamente, mas um complexo total.

Difícil é sua materialização, pois não se deve considerar a causa no conjunto das demais condições, sendo preferível a análise de uma ou de algumas isoladamente.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais<sup>130</sup> considera que tudo que concorre para o resultado é sua causa.

---

<sup>127</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 33.

<sup>128</sup> A autora não considera a teoria da totalidade das condições, que, neste trabalho, só será citada para fins didáticos, apesar de não apresentar relevo no Direito Civil brasileiro.

<sup>129</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal, tomo 1º. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 314.

De acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes, ou equivalência das condições, todas as hipóteses que contribuíram para a produção de um resultado danoso possuem a mesma importância. Trata-se de uma teoria que generaliza por demais as circunstâncias em que ocorreu o efeito, uma vez que não existe análise dos fatores mediatos e imediatos. Corresponde à causalidade motriz de Aristóteles, já que necessita produzir alterações no mundo sensível.

João Mestieri<sup>131</sup> aponta a origem filosófica da teoria nas idéias de Stuart Mill descritas na obra Sistema de Lógica, segundo a qual um efeito é devido em razão de todos os antecedentes.

Dessa forma, todos os antecedentes ou cada um deles isoladamente devem ser considerados como condições do resultado.

A teoria foi desenvolvida no final do século XIX pelo jurista alemão Maximilian von Buri, que tentou desvendar a causalidade no âmbito do Direito Penal, apoiado na doutrina de Stuart Mill, para quem a causa é a soma total das circunstâncias positivas e negativas, em exame conjunto. Ao ser percebida, a consequência segue invariável. A ‘causa real’ deve incluir todas as condições antecedentes, que conjuntamente são suficientes para produzir o efeito. Influenciaram a teoria diversos tribunais, principalmente o alemão, e inúmeros Códigos Penais, inclusive, o nosso<sup>132</sup>.

Todas as teorias generalizadoras apresentam como falha a amplitude. Isto porque de forma simplista permite-se o regresso ao infinito.

João Mestieri<sup>133</sup> busca em Francesco Antolisei um exemplo comprovador da crítica. Suponha que uma pessoa, tendo um irmão enfermo, fosse pedir à enfermeira, e esta ao médico, que permitisse ao doente sair para pequena viagem.

Em caminho, por imprudência do motorista, o doente vem a falecer. Pela teoria da equivalência das condições, todos seriam responsáveis: o irmão, por ter tido a ideia e feito o pedido à enfermeira; esta, em razão de ter solicitado a permissão ao médico; este, por ter permitido; e, por fim, o motorista, em razão, da imprudência.

Destaque-se que também caberia responsabilização a quem tivesse concedido a licença para dirigir. Todas as condutas seriam consideradas para o resultado.

---

<sup>130</sup> Essa teoria também pode ser denominada de teoria da *conditio sine qua non* ou objetiva da causalidade.

<sup>131</sup> MESTIERI, João. Teoria Elementar do Direito Criminal, Tomo I. Rio de Janeiro: edição do autor, 1971, p. 218.

<sup>132</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 36.

<sup>133</sup> MESTIERI, João, cit., p. 219.

Apesar da crítica, surge uma indagação, para a qual buscaremos resposta na análise das próximas teorias individualizadoras, feita por Antony Honoré<sup>134</sup>: quais são os critérios adequados de limitação?

A teoria da causa próxima, de autoria de Francis Bacon, que teve ampla recepção no direito anglo-saxônico, isola cada uma das condições e considera aquela cronologicamente mais próxima ao resultado<sup>135</sup>. Portanto, para essa teoria, a última condição, que determina o dano, é considerada como causa da responsabilidade civil.

Como aponta Gisela Sampaio da Cruz<sup>136</sup>, essa teoria – apesar de muito criticada, posto que o último evento não é necessariamente o principal (a redução cronológica muitas vezes é injusta) – fundamentou a distinção entre dano direto e indireto.

A teoria da causa eficiente atribuiu grau a cada uma das condições, considerando apenas aquela de maior significado para o resultado.

Aponta ainda a autora<sup>137</sup> que a teoria foi desenvolvida por Max Ernst Mayer e J. Köhler, e tem como ponto de partida uma “noção qualitativa para destacar a causa eficiente”, desprezando as demais, que seriam meras condições.

Desta forma, a doutrina da causa eficiente procura estabelecer a relação causal de maior eficiência no resultado, buscando, portanto, a causa que produziu o resultado. A principal crítica aponta a dificuldade de estabelecer, no caso concreto, em que há multiplicidade de condições, qual foi a mais eficaz.

A doutrina ora estudada não foi adotada no Direito brasileiro pela legislação ou jurisprudência, apesar de serem encontradas esparsas decisões. Como se vê: “Ação de reparação de danos. Acidente de trânsito. Via de cruzamento. Viatura policial envolvida. Desrespeito de seu condutor às normas de trânsito, arts. 28 e 44 do Código Nacional de Trânsito, e deficiência de sinalização a indicar 'preferência'. Teoria da causa eficiente e necessária, aplicada às circunstâncias fáticas – conclusão de culpa concorrente do órgão com

---

<sup>134</sup> HONORÉ, Antony. Causation in Law, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/#Rel>, último acesso dia 17 de outubro de 2010, às 11:05.

<sup>135</sup> BONSI Júnior, Luiz. O problema jurídico-civil do nexu causal. <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19908/O%20problema%20Jur%c3%addico.pdf?sequence=1>, último acesso dia 17 de outubro de 2010, às 11:06.

<sup>136</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 55, nota de rodapé 100.

<sup>137</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p.59.

circunscrição sobre a via e do condutor da viatura. Distribuição proporcional dos ônus de sucumbência. Recurso da URBS não provido, e do Estado do Paraná provido”.<sup>138</sup>

(Apelação Cível nº. 377.901-7, de Curitiba - 4ª Vara da Fazenda Pública - 4ª Câmara Cível. Apelante 1:URBS - Urbanização de Curitiba S/A. Apelante 2: Estado do Paraná. Apelados: os mesmos. Relator: Juiz conv. Luís Espíndola).

A teoria do escopo da norma violada possui raízes no direito alemão do início do século XX, com as teorizações de Ernst Rabel. As ideias do autor dizem respeito ao propósito da regra violada – Normzweck – e ao âmbito de atuação das normas – Schutzbereich<sup>139</sup>.

Para esta corrente, não se pode definir um critério único (como o da adequação) para determinar a relação causal em todos os acontecimentos que resultem em um dano. A alternativa sugerida deve buscar o nexo causal com vistas a que o observador determine a intenção protetiva da norma, verificando se o fato está por ela defendido, além de determinar os sujeitos a quem a norma pretende proteger. Assim, “quando o ilícito consiste na violação de regra imposta com o escopo de evitar a criação de um risco irrazoável, a responsabilidade estende-se somente aos eventos danosos que sejam resultado do risco em consideração do qual a conduta é vedada”<sup>140</sup>.

Em que pese a teoria da imputação objetiva possuir relevância suprema no Direito Penal, é forçoso exprimir, em análise perfunctória, suas principais características para tornar mais precisa a noção de causalidade no ordenamento jurídico.

A teoria da ação finalista, que integrou ao tipo penal o elemento subjetivo da culpa ou dolo, foi aperfeiçoada por Claus Roxin, para quem a análise do tipo objetivo deve incorporar a busca da imputação pelo resultado.

---

<sup>138</sup> Na verdade, com todo o respeito ao Tribunal de Justiça do Paraná, há uma confusão conceitual que, infelizmente, é comum na nossa jurisprudência. No caso concreto, conforme relatório do acórdão, ocorreu uma ação de reparação de danos proposta pelo Estado do Paraná em face de URBS, Urbanização de Curitiba S/A, e de Alexandre Alves Pereira Pinto (servidor público do 13º Batalhão da Polícia Militar), objetivando ressarcir-se de danos materiais ocorridos em viatura pública, por acidente automobilístico, sob o argumento de que a falta de serviço de sinalização eficiente a cargo da primeira requerida e a ausência de cautela e atenção indispensáveis à segurança do trânsito do segundo requerido foram as causas determinantes do sinistro. As duas partes apelaram. A URBS, para responsabilizar apenas o servidor, e o Estado do Paraná, visando a majoração. Dessa forma, adotou-se a teoria do dano direto e imediato, doutrina adotada em nosso sistema, mesmo a ementa citando a teoria da causa eficiente.

<sup>139</sup> HART, Herbert; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 476.

<sup>140</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. v.1.2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 618.

A imputação objetiva, que possui como objetivo a limitação do *ius puniendi* do Estado<sup>141</sup>, estabelece três requisitos fundamentais para que se impute ao sujeito o resultado: a criação ou aumento de riscos não aprovados, a realização concreta do risco e, por fim, que a consequência seja agasalhada pela proteção normativa.

O contato social expõe os indivíduos a variados riscos, não cabendo ao Direito suprimi-los por completo, já que são inerentes à vida em sociedade.

Um determinado risco só poderá ser considerado ‘não permitido’ quando “a conduta do agente que aumentar um risco pré-existente, mesmo que permitido, ou ultrapassar os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado”.<sup>142</sup>

São tolerados, portanto, os riscos integrantes do contato social, riscos que decorrem do princípio da confiança, ou mesmo quando o resultado desejado pelo agente não dependa unicamente de sua conduta.

De acordo com Gisela Sampaio da Cruz<sup>143</sup>, a teoria da causa adequada<sup>144</sup> também surgiu no século XIX, na Alemanha, tendo como cerne o “exame da adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer”, com base no conhecimento empírico.

De acordo com a doutrina da causa adequada, não são todas as condições que devem ser consideradas, mas sim aquela em que houver maior probabilidade de ter sido a geradora do evento.

Ensina Antunes Varela<sup>145</sup> que :

(...) o pensamento fundamental da teoria é que, para impor a alguém a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem, não basta que o facto praticado pelo agente tenha sido, no caso concreto, condição (s.q.n.) do dano; é necessário ainda que, em abstracto ou em geral, o facto seja uma causa adequada do dano (...). Que o facto seja condição do dano será requisito necessário; mas não é requisito suficiente, para que possa ser considerado como causa desse dano.

---

<sup>141</sup> SOUZA, Valéria Padovani de. Imputação Objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro. Curitiba, 2006. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 63.

<sup>142</sup> STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Teoria da Imputação Objetiva. Revista CEJ, Brasília. N. 22, jul-set 2003. p. 70-75.

<sup>143</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 64.

<sup>144</sup> Também denominada de teoria subjetiva da causalidade.

<sup>145</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, volume I, 10ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 889.

Sintetiza Cavalieri<sup>146</sup> que o julgador deverá retroceder ao momento da conduta, colocando-se na situação do agente e, com base nas leis naturais e nas condições subjetivas, avaliar sobre a idoneidade de cada situação.

A doutrina portuguesa, seguindo critério negativista, vislumbra no artigo 563 do Código Civil Português a teoria da causa adequada, ao dispor que: “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Têm-se, então, as observações de Antunes Varela<sup>147</sup>:

A obrigação de reparar um dano supõe a existência de um nexó causal entre o facto e o prejuízo; o facto, lícito ou ilícito, causador da obrigação de indenizar deve ser a causa do dano, tomada esta expressão agora no sentido de dano real e não de mero dano de cálculo. A disposição deste artigo, pondo a solução do problema na probabilidade de não ter havido prejuízo se não fosse a lesão, mostra que se aceitou a doutrina mais generalizada entre os autores – a doutrina da causalidade adequada.

Ainda neste sentido, em acórdão de relatoria de Azevedo Ramos, o Supremo Tribunal de Justiça português apresenta os principais critérios que devem ser utilizados na aplicação desta teoria:

I - A teoria da causalidade adequada impõe, num primeiro momento, a existência de um facto naturalístico, condicionante de um dano sofrido, para que este seja reparado.

II - Depois, ultrapassado aquele primeiro momento, pela positiva, a teoria da causalidade adequada impõe que o facto concreto apurado seja, em geral e em abstracto, adequado e apropriado para provocar o dano .

III - A teoria da causalidade adequada apresenta duas variantes: uma formulação positiva e uma formulação negativa .

IV- Na formulação negativa, o facto que actuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada, quando para a sua produção tiverem contribuído, decisivamente, circunstâncias anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.

V - Por mais criteriosa, deve reputar-se adoptada pela nossa lei a formulação negativa da teoria da causalidade adequada.

---

<sup>146</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito Civil, 9ª edição. São Paulo: Atlas, São Paulo, p. 69.

<sup>147</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Código Civil anotado, vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 472.



VI - Se a autora se lançou para a porta do comboio e iniciou a descida da carruagem em direcção ao cais ou à plataforma da estação e saiu dele quando o serviço da paragem já estava concluído, a ordem de partida já tinha sido dada e o comboio já tinha iniciado a sua marcha, e se aquela se desequilibrou com o impulso do andamento do comboio e caiu à linha, só a mesma autora pode ser considerada a única culpada pelo acidente de que foi vítima, em termos de causalidade adequada”.

Sumário feito pelo relator. (Processo 07A701; Número Convencional JSTJ000; Relator Azevedo Ramos; Descritores: Responsabilidade Civil, Acidente Ferroviário, Causalidade Adequada; Data do Acórdão: 17/04/2007; Decisão por unanimidade).

Conclui-se que a teoria da causa adequada leva em consideração a aplicação do juízo de probabilidade, que deve ser feita em dois aspectos: subjetivo (formal) e objetivo (material).

No que tange ao primeiro, baseia-se a procura pelo nexos causal no conhecimento individual e fático da autoridade judicial. Já em relação ao objetivo, a condição deve ser a mais adequada.

Outro Código a adotar esta teoria foi o argentino<sup>148</sup>, estatuinto em seu artigo 906, que “em nenhum caso são atribuíveis consequências remotas, que não têm ligação com o ato ilícito da causalidade adequada”<sup>149</sup>.

Destaca-se ainda a clareza do Código Civil peruano na adoção da teoria da causalidade adequada, que assim dispõe<sup>150</sup>: artigo 1985 – a indenização compreende as consequências que derivam da ação ou omissão geradora do dano, incluindo o lucro cessante, o dano à pessoa e o dano moral, devendo existir uma relação de causalidade adequada entre o direito e o dano produzido. O montante da indenização produz interesse jurídico desde o momento em que se produz o dano”.

---

<sup>148</sup> O Código Civil Argentino, nos artigos 902 a 908, apresenta um bloco de normas a tratar do tema nexos causal, fato praticamente inédito nas legislações que adotam o sistema da *civil law*.

<sup>149</sup> Citação em tradução livre. Redação original: “Artículo 906 *En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexos adecuado de causalidad*”.

<sup>150</sup> Citação em tradução livre. Redação original: Artículo 1985° - la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Nos tribunais brasileiros de segunda instância encontram-se algumas remotas decisões inclinando pela doutrina objeto de análise. A destacar:

INDENIZAÇÃO - Danos morais - Empréstimo - Desconto em folha - Ausência de desconto pela Associação preposta do autor – Inscrição indevida - SERASA e SPC - Culpa recíproca, em igualdade de proporções, mutuamente excludente de indenização por dano moral - Aplicação da teoria da causalidade adequada – Verba indevida - Recurso improvido”. (Relator: Desembargador Silveira Paulilo. Apelação nº 7.314.073-5, Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado do TJSP, Data do Julgamento: 21/1/2009).

Como se nota, na teoria da causa adequada a distinção entre causa e condição baseia-se num juízo de probabilidade. Desta forma, torna-se difícil a verificação, sendo, por conseguinte, a teoria imprecisa e complexa, quando se depara com a sua concretização.

O Código Civil brasileiro de 2002, seguindo a mesma linha do Código de 1916, adotou a teoria do dano causal direto e imediato, prevendo no artigo 403 que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Clóvis Bevilacqua<sup>151</sup>, ao comentar o Código Civil de 1916, demonstra que a finalidade da norma era afastar o *damnum remotum* e, por conseguinte, o devedor, ainda que dolosamente, responde somente pelo que é consequência direta e imediata de sua conduta, o que deve ser verificado no caso concreto.

Os vocábulos direto e imediato conduziram ao surgimento de diversas doutrinas que tentam conceituá-los. Na verdade, surgiram subteorias, que podem ser agrupadas em teoria da causalidade jurídica e teoria da necessariedade da causa.

A teoria da causalidade jurídica fundamenta-se na distinção entre causas nos mundos físico e jurídico, visto que só são causas as oriundas dos fatos ilícitos, e por conseguinte devem ser desconsiderados os fatos naturais, lícitos e involuntários. Exemplifica Gisela Sampaio da Cruz<sup>152</sup> supondo “que se o novo dano decorresse de fato natural ou de pessoa inimputável, subsistiria a responsabilidade do causador do primeiro dano, mas se o causador do segundo dano fosse capaz, e o ato, ilícito, o primitivo agente não responderia”.

---

<sup>151</sup> BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, commentado, volume IV, 6ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, p. 216.

<sup>152</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 98.

Nos ensinamentos de Gustavo Tepedino<sup>153</sup>, “a subteoria da necessariedade da causa considera sinônimas e reforçativas as expressões dano direto e dano imediato, ambas identificadas com a ideia da necessariedade do liame entre causa e efeito”.

Neste sentido, Agostinho Alvim<sup>154</sup> anuncia que “a expressão direto e imediato significa o nexo causal necessário”, concluindo que “a escola que melhor explica a teoria do dano direto é a que se reporta à necessariedade da causa”.

Neste diapasão, Gisela Sampaio da Cruz<sup>155</sup> destaca que “a causa direta e imediata nem sempre é a mais próxima do dano, mas sim aquela que necessariamente o ensejou”.

Outro grave problema do estudo do nexo causal encontra-se na hipótese de pluralidade de causas.

Partindo das teorias analisadas anteriormente, deve-se concluir pela causa direta e imediata, visto ser a doutrina adotada por nossa legislação e jurisprudência. Entretanto, nem sempre é fácil a constatação no caso concreto de qual seja a verdadeira causa.

Gustavo Tepedino<sup>156</sup>, após ampla análise jurisprudencial, apresenta regras que dão suporte ao operador da lei na concretização da teoria. Segundo o autor, devem ser respondidas três indagações:

1ª) as causas são sucessivas ou simultâneas? Se todas forem simultâneas (diretas), devem ser ponderadas, com o fim de exclusão de uma delas ou repartição do dever de indenizar entre todos os causadores; 2ª) se as causas forem sucessivas, deve ser respondida a seguinte indagação: há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Haverá a exclusão do dever de indenizar se a resposta for não; 3ª) se a resposta for sim, dar-se-á a última indagação: há preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas indiretas? A resposta é dada a partir do critério da preponderância ou da equivalência. No primeiro, haverá exclusão. Já no segundo, divisão.

Além dos exemplos jurisprudenciais trazidos pelo autor, como forma de ratificar as regras criadas, podem ser analisados mais dois casos jurisprudenciais.

O primeiro refere-se a morte em virtude da denominada “dengue hemorrágica”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica a existência de pluralidade de causas, não havendo preponderância, e ocorrendo, portanto, equivalência entre as condutas do Estado do Rio de

---

<sup>153</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre o Nexo de Causalidade, p. 8.

<sup>154</sup> ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980, p.360 e 361.

<sup>155</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 103.

<sup>156</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre o Nexo de Causalidade, p. 19.

Janeiro e do Município do Rio de Janeiro, o que conduziu à condenação de ambos. Como se depreende da ementa a seguir exposta em sua parte essencial:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DENGUE HEMORRÁGICA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO PELO TRIBUNAL A QUO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. CONFIGURADO.

(...)

3. *In casu*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, considerando a responsabilidade subjetiva e demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro no combate à epidemia de dengue e a ocorrência do evento morte, em razão de estar a vítima acometida por dengue hemorrágica, e o dano moral advindo da mencionada omissão do agente estatal, fixou o pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor equivalente a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária a contar da decisão e juros de mora desde o evento fatal, nos moldes delineados no acórdão às fls. 360/362.

(...)

(Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. REsp 1133257 / RJ. Recurso Especial 2009/0064907-9. Data do Julgamento: 27/10/2009).

Outra hipótese é a do assalto a ônibus. Apesar da divergência nas decisões dos tribunais de segunda instância, o Superior Tribunal de Justiça entende que há pluralidade de causas. Contudo, há exclusão pelo assalto, gerando irresponsabilidade da transportadora, como se vê em acórdão recente:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO A ÔNIBUS COLETIVO. MORTE DO COBRADOR. FATO ESTRANHO À ATIVIDADE DE TRANSPORTE. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência consolidada no âmbito da Segunda Seção do STJ considera assalto em interior de ônibus causa excludente da responsabilidade de empresa transportadora por tratar-se de fato de terceiro inteiramente estranho à atividade de transporte – fortuito externo”.

(Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. AgRg no REsp 620259 / MG. Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0234139-0. Data do Julgamento: 15/10/2009).

Evidencia-se, por fim, a clareza e utilidade concretista das regras concebidas pelo doutrinador. O que torna importantíssimo para a teoria da assunção do risco como fator de exclusão do nexu causal.

Mais uma vez, recorrendo às lições de Gisela Sampaio da Cruz<sup>157</sup>, recordam-se as três hipóteses de exclusão: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior.

Ocorre que, ao tratar do fato exclusivo da vítima, restringe-se a doutrina à análise da culpa exclusiva. Ora, na assunção do risco, há fato da vítima, contudo inexistente culpa. Assim, diferente dos Direitos espanhol, francês e português, que adotam a teoria subjetiva, a assunção do risco no Direito pátrio só se reveste de importância se conduzir à inexistência da relação de causalidade.

### 2.3 Excludente da Responsabilidade Civil

A ausência do nexu de causalidade entre a conduta e o resultado danoso em um determinado evento exime o agente da responsabilização pela consequência. Opera-se, portanto, uma excludente do dever de indenizar, por ocorrer alguma causa de irresponsabilidade. As excludentes correspondem a fatores externos, estranhos à conduta do indivíduo, que podem ser fatos jurídicos em sentido amplo ou estrito, naturais ou voluntários. É necessário, ainda, que o fator exterior seja a causa eficiente do dano<sup>158</sup>.

A chamada ‘causalidade interrompida’ pode ocorrer na ocasião em que “um fato (1º fato) poderia provocar determinado efeito, mas a verificação deste ocorreu, efetivamente, por causa de outro fato (2º fato), que o produziu com anterioridade”<sup>159</sup>.

Neste caso, o segundo fato não pode guardar qualquer relação com o primeiro, sob pena de se verificarem apenas duas fases da mesma cadeia causal. Assim, não praticado o dano pelo sujeito, não se pode afirmar que o dever foi violado<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da, p. 165.

<sup>158</sup> PAULA, Carolina Bellini de. As excludentes de responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Atlas, 2007. p. 90.

<sup>159</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexu causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 157.

<sup>160</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 63.

O caso fortuito, ou de força maior, se configura quando certos fatores sob os quais o agente não tem qualquer domínio lhe impossibilitam a imputação do resultado<sup>161</sup>.

A vontade do agente é desconsiderada, rompendo-se o nexo causal entre sua conduta e do resultado danoso, que se verifica de forma autônoma. Para que seja configurado o caso fortuito, ou de força maior, é indispensável o preenchimento de certos requisitos, quais sejam “a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor [...] a culpa exclui o caso fortuito, ou de força maior [...]; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano”<sup>162</sup>. Fala-se, ainda, no requisito da atualidade, ou seja, o evento futuro não pode eximir o agente de sua responsabilidade<sup>163</sup>.

O caso fortuito, ou de força maior, deve ser a causa adequada da produção da consequência danosa, e, ao ser tomado em sentido amplo, abrange as excludentes do fato de terceiro, fato da vítima e caso fortuito ou de força maior em sentido estrito.<sup>164</sup>

O fato exclusivo da vítima é excludente expressa de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor nos casos de responsabilidade pelo fato do produto (art. 12, § 3º, inciso III, do CDC) e responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, § 3º, inciso II, do CDC).

O direito romano já tratava do assunto, anunciando a inexistência de responsabilidade quando alguém causa dano a si mesmo – *quod ex culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*.<sup>165</sup>

Assim, quando a vítima contribuir de tal forma para a produção do dano que lhe acomete, sendo uma consequência direta e imediata de sua própria conduta, ela própria deverá suportar todos os prejuízos<sup>166</sup>. O dano é atribuível à própria pessoa que o sofreu, pois sua atuação foi a única responsável pela produção do efeito gravoso<sup>167</sup>.

Não é necessário que o lesado tenha agido com culpa, bastando, para a verificação da excludente, que sua ação tenha sido causa ensejadora do dano. No fato imputável

<sup>161</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 192.

<sup>162</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 761.

<sup>163</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 192.

<sup>164</sup> NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v.1. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 624.

<sup>165</sup> DE PAULA, Carolina Bellini. As excludentes de responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Atlas, 2007. p. 114.

<sup>166</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 167.

<sup>167</sup> NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v.1.2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 624.

exclusivamente à vítima, “o agente, aparentemente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente”.<sup>168</sup> Assim, a pessoa que se atira em frente a uma locomotiva age por fato próprio, tendo a locomotiva operado apenas como instrumento da vontade da vítima.

Nos casos envolvendo relação de consumo, o ônus da prova da existência de fato exclusivo da vítima é do fornecedor, que deve demonstrar que o agir da vítima foi adequado e único para a produção do dano<sup>169</sup>.

O art. 945 do Código Civil dispõe acerca da concorrência de culpa da vítima, *verbis*: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Como se pode notar, quando a vítima “concorreu para o dano, ou se o aumentou, a relação de causação entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado menos aquele que se liga ao ato do ofendido”.

O fato de terceiro é a ação praticada por alguém além do agente aparentemente causador do dano e a vítima, que produz interferência na causalidade em curso e produz, de forma exclusiva, o dano. O terceiro em questão pode ser pessoa física ou jurídica de direito público ou privado. É, enfim, qualquer pessoa estranha ao binômio agente-vítima.<sup>170</sup>

A ação do terceiro, para romper o nexos causal e operar a excludente de responsabilidade, deve atrair integralmente os resultados danosos, eliminando na totalidade a causalidade entre a conduta do agente e o efeito.<sup>171</sup>

O caso do indivíduo que, trafegando de bicicleta na sua via de direção, cai em um buraco aberto na rua pelo Município e é atropelado por um ônibus que passava em sentido contrário, ilustra a presença da excludente em questão. No caso, à empresa de ônibus não pode ser imputado o resultado da morte do ciclista, pois o real causador do acidente foi o ente público, que, por sua conduta, produziu o resultado.<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64.

<sup>169</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 284.

<sup>170</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179.

<sup>171</sup> CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 180.

<sup>172</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 65.

A vítima pode ajuizar demanda diretamente contra o terceiro que lhe causou o dano, embora sua identificação possa ser, na maioria dos casos, extremamente problemática.<sup>173</sup>

O art. 930 do Código Civil preceitua: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado”.

Por se tratar, o fato exclusivo de terceiro, de caso em que é necessária a averiguação da imprevisibilidade e inevitabilidade da conduta externa ao agente, a doutrina o equipara ao caso fortuito, ou de força maior, com todas as peculiaridades já analisadas (seção 2.3.1). Como bem afirma Clóvis do Couto e Silva, “cada pessoa deve reparar os danos causados por si própria. Por conseguinte, o autor de um dano não deve ser obrigado a reparar aquele que foi causado por um outro agente”.<sup>174</sup>

Por fim, destaca-se que a assunção do risco por parte da vítima significa outra hipótese de exclusão. Para tanto alguns fatores devem ser respeitados, principalmente a vulnerabilidade e a dignidade da vítima. Em situação de vulnerabilidade – subjetiva, objetiva e formal – não haverá a exclusão. Exemplo significativo tem-se nos danos ocorridos na relação trabalhista.

### **3 ASSUNÇÃO DO RISCO E O DIREITO DESPORTIVO**

#### **3.1 Introdução**

A teoria da assunção do risco incide em diversas áreas do Direito, com maior importância no Direito Desportivo, que nos últimos anos ganha relevo, entre variados motivos, pelo seu crescimento, elevando, por conseguinte, a incidência de danos. Desta feita, torna-se mister uma análise acadêmica da prática esportiva, passando pelo conceito e classificação.

---

<sup>173</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 56.

<sup>174</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: [s.n.], 1988. Curso ministrado à Faculdade de Direito e Ciências Políticas de St. Maur (Paris, XII). p. 110.



### 3.2 Direito Desportivo

No campo acadêmico, não se trata de tarefa simples conceituar esporte; a diversidade conceitual é um traço do termo.

Destaca Alduíno Zilio<sup>175</sup>, que o “termo esporte, embora internacionalmente difundido, aceito e usado, permite que seu conceito tenha mais de uma interpretação”.

Não se pode deixar de levar em consideração ser atualmente “na atualidade um dos principais fenômenos sociais”, conforme ressalta Katia Rúbio<sup>176</sup>.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda<sup>177</sup>, o vocábulo esporte origina-se do inglês *sport*, significando “conjunto dos exercícios físicos praticados com método, individualmente ou em equipes”.

Porém, ao longo do tempo, nem sempre fora utilizada a expressão na forma atual. Na língua francesa, até o século XII, utilizava-se o termo *Desport*, variante de *Deport*, com o significado de divertimento.

No século XIV, o idioma inglês passa a utilizar *Disport* como referência a recreação e jogo. Ainda no século XIV, verifica-se a utilização do termo *Desporter* para as lutas realizadas entre marinheiros.

Em 1950, o governo alemão, em virtude de uma reforma educacional, substituiu o termo *Leibeserziehung* pelo vocábulo *Sportunterricht*, com o fim de referir-se à educação física<sup>178</sup>.

Na enciclopédia Britânica<sup>179</sup>, tem-se a definição de esporte como “uma atividade recreativa ou competitiva que implica num grande esforço físico ou de habilidade, visando a metas e desafios pertinentes a cada modalidade”.

---

<sup>175</sup> ZILIO, Alduíno. O conteúdo educacional do esporte. Revista Movimento. Porto Alegre: UFRGS, v. 1, n. 01, p. 6, 1994.

<sup>176</sup> RUBIO, Katia. DO OLIMPO AO PÓS-OLIMPISMO: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO SOBRE O ESPORTE ATUAL. São Paulo: Revista Paulista de Educação Física, número 16, ano 2, jul./dez. 2002, p. 130.

<sup>177</sup> HOLANDA, Aurélio Buarque de. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0, 5ª edição, 2010.

<sup>178</sup> GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes. Dicionário enciclopédico Tubino do esporte. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2007, p. 36.

<sup>179</sup> Verbete ESPORTE In: Enciclopédia Britânica. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/561041/sports>> acesso: 14 abr 2011

A enciclopédia salienta, ainda, que o desporto faz parte de “todas as culturas, pretéritas e presentes”<sup>180</sup>, apresentando, contudo, designações distintas.

Ser uma atividade física é a premissa apresentada nas obras supracitadas ao conceituar o esporte<sup>181</sup>.

Porém, não se pode ter tal ideia como valor absoluto. Isto porque, em algumas modalidades, o esforço físico não é o primordial, como o caso do xadrez ou mesmo o do automobilismo<sup>182</sup>.

Contudo, genericamente, esporte é uma “atividade física institucionalizada e competitiva”<sup>183</sup>, ou, ainda, “uma atividade corporal de movimento com carácter de competição”<sup>184</sup>. Numa visão contestável, Alduíno Zilio<sup>185</sup> apresenta duas concepções, uma restrita e outra ampla, para o termo esporte. Na primeira (restrita), a característica principal é a competição. Já na outra, a essência é a recreação, não havendo compromisso com a derrota ou a vitória.

Outro conceito importante é o desenvolvido por Carl Diem<sup>186</sup>, que vislumbra o esporte como:

“um jogo de tipo especial: livremente escolhido, valorizado, tomado a sério, precisamente regulamentado e, antes de tudo aspirando à performance”.

Para o presente trabalho esta visão é relevante, pois a busca pela performance leva o atleta à assunção do risco.

Correlacionando aspectos laborais e lúcidos da prática esportiva, Allen Sack<sup>187</sup> concebe o esporte como um jogo institucionalizado baseado na força física, seriedade e ludicidade, apesar da variabilidade presente em cada modalidade.

---

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> Valdir Barbanti, na obra “O que é esporte”, *in* <http://www.eferp.usp.br/paginas/docentes/Valdir/O%20que%20e%20esporte.pdf>, salienta que muitas definições de esporte incluem a noção como uma atividade física.

<sup>182</sup> A cautela é essencial na comparação entre o xadrez e o automobilismo. No primeiro, o intelecto e a concentração são os fatores primordiais para o bom desempenho da modalidade. Já, no último, devem ser associados a habilidade com a qualidade do automóvel. Assim, em ambas, o esforço físico não prevalece como característica principal para o bom desempenho.

<sup>183</sup> BARBATI, Valdir. *op cit.*, p. 4.

<sup>184</sup> DIAS, Cleber Augusto G., MELO, Victor Andrade de, ALVES JÚNIOR, Edmundo D. Os estudos dos esportes na natureza: desafios teóricos e conceituais. *Revista Portuguesa de Ciências do Desporto*, volume 7, suplemento 3, 2007, p. 359.

<sup>185</sup> ZILIO, Alduíno, *op cit.* p. 6.

<sup>186</sup> DIEM Carl *Cf*, Zilio, Alduíno, p. 7.

<sup>187</sup> SACK Alen *Cf*. Dias, Cleber Augusto G., Melo, Victor Andrade de, Alves Júnior, Edmundo D., p. 360.

Estas características encontram-se no chamado Esporte Moderno<sup>188</sup>. Para o desenvolvimento deste trabalho, considera-se esporte a atividade que “requeira uma atividade física, que em sua maioria está acompanhada de certa atividade intelectual”<sup>189</sup>, excluindo-se, por conseguinte, aquela que requeira um esforço exclusivamente intelectual, a exemplo do xadrez, visto que a possibilidade de o praticante sofrer um acidente físico tende ao impossível, sendo irrelevante a teoria da assunção do risco.

Múltiplas definições existem sobre o Direito Desportivo. Para o desenvolvimento deste trabalho, interessam principalmente duas, em razão de sua importância histórica e conceito sucinto.

Segundo Eduardo Viana<sup>190</sup>;

“(…) o direito desportivo é constituído pelo conjunto de normas escritas ou consuetudinárias que regulam a organização e a prática do desporto e, em geral, de quantas questões jurídicas situam a existência do desporto como fenômeno da vida social”.

Já Valed Perry<sup>191</sup> estabelece ser este ramo jurídico “o complexo de normas e regras que regem o desporto no mundo inteiro, cuja inobservância pode acarretar a marginalização total de uma associação nacional do concerto mundial esportivo”.

Das definições supra, algumas características podem ser destacadas: diversidade na origem normativa, amplitude objetiva e especificidade da responsabilidade.

Juan Ángel Confalonieri<sup>192</sup> destaca a pluralidade normativa do Direito Desportivo. O esporte, como já dito, é um fenômeno social e universal, não apresentando fronteiras. Assim, suas normas são nacionais e internacionais, estatais e não estatais.

Destaca, ainda, Franck Latty<sup>193</sup> um dinamismo público e privado das normas esportivas. Este fenômeno levou Anibal Bascuñan Valdes<sup>194</sup> a categorizá-lo como um Direito Corporativo ou Institucional, nos moldes do Direito Eclesiástico.

---

<sup>188</sup> Ver ponto 2.2 deste trabalho.

<sup>189</sup> SALGUERO, José Piñeiro, p. 39.

<sup>190</sup> SILVA, Eduardo Augusto Viana da. O autoritarismo, o casuísmo e as inconstitucionalidades na legislação desportiva brasileira. Rio de Janeiro: Centenário, 1997, p. 37.

<sup>191</sup> PERRY, Valed. Direito desportivo: temas. Rio de Janeiro: CBF, 1981, p. 81.

<sup>192</sup> CONFALONIERI, Juan Ángel. ¿Derecho Deportivo?. Cuadernos de Derecho Deportivo, volume I, agosto 2001. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, Villela Editor, 2001, p. 55.

<sup>193</sup> LATTY, Franck. La lex sportiva, recherche sur le Droit Transnational. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers (Brill), 2007, p. 22.

<sup>194</sup> VALDES, Anibal Bascuñan. Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales, 2ª edição. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1960, p. 236.

Neste diapasão, Franck Latty<sup>195</sup> categoriza o Direito Desportivo como um direito transnacional, devido a ser composto essencialmente por normas que transcendem as nações, como por exemplo o Código Disciplinar da FIFA, as regras oficiais de basquete editadas pela Federação Internacional de Basquete (FIBA), o regulamento da Federação Internacional de Automobilismo (FIA) e a Carta Olímpica editada pelo Comitê Olímpico Internacional (COI).

Nota-se não se tratar de um Direito formado por nações (Direito Internacional), mas sim que transcende o ideal nacional. Essa é a principal característica do ramo: a formação de normas não estatais, que ultrapassam os limites do Estado. O esporte, na contemporaneidade, é universal; suas regras também o são.

O objeto do Direito Desportivo é amplo. As práticas desportivas conduzem a múltiplas relações, o que leva Pablo Barbieri<sup>196</sup> a enumerar alguns pontos<sup>197</sup>:

- a) “relações jurídicas entre os desportistas e os clubes, federações ou associações;
- b) relações jurídicas entre os clubes e as associações, federações e confederações;
- c) relações jurídicas entre associações, federações e confederações nacionais e aquelas supranacionais que as agrupam;
- d) regime jurídico das entidades desportivas e tratamento de sua insolvência;
- e) regime jurídico dos desportistas amadores e profissionais;
- f) regulamentos da prática das diversas modalidades desportivas;
- g) sanções disciplinares e recursos processuais contra as mesmas;
- h) danos e prejuízos derivados do espetáculo desportivo;
- i) danos e prejuízos derivados do espetáculo desportivo;

---

<sup>195</sup> LATTY, Franck, op cit. p. 15.

<sup>196</sup> BARBIERI, Pablo Carlos. El Derecho Deportivo: necesidad de su estudio y desarrollo, in Revista Ims Direito, nº 04, Ano IV, janeiro/junho de 2004. São Caetano do Sul: Universidade Municipal de São Caetano do Sul, 2004, pp. 6 e 7.

<sup>197</sup> Citação em tradução livre. Texto original: “a) relaciones jurídicas entre los deportistas y los clubes, federaciones o asociaciones; b) relaciones jurídicas entre los clubes y las asociaciones, federaciones y confederaciones que los nuclea o agrupan; c) relaciones jurídicas entre asociaciones, federaciones y confederaciones nacionales y aquellas supranacionales que los agrupan; d) régimen jurídico de las entidades deportivas y tratamiento de su insolvencia; e) régimen jurídico de los deportistas amateurs y profesionales; f) reglamentos de la práctica de los distintos deportes; g) sanciones disciplinarias y recursos procesuales contra las mismas; h) daños y prejuicios derivados de la práctica del deporte; i) daños y prejuicios derivados del espectáculo deportivo; j) relaciones contractuales generadas en torno al deporte, como, por ejemplo, contrato de espectáculo deportivo, sponsoreo, publicidad, merchandising, etc.; k) responsabilidades civiles y penales derivadas de delitos y cuasi delitos cometidos en espectáculos deportivos; l) derecho de imagen del deportista; m) legislación deportiva nacional e internacional”.

- j) relações contratuais derivadas do desporto, como por exemplo contrato de espetáculo desportivo, patrocínio, publicidade, merchandising;
- k) responsabilidades civis e penais derivadas de delitos e quase delitos cometidos em espetáculos desportivos;
- l) direito de imagem do desportista.
- m) legislação desportiva nacional e internacional”.

No Direito Desportivo, a violação das normas produz responsabilidade civil, penal e administrativa, sendo cumuláveis e independentes entre si. As sanções administrativas aplicam-se ao espectador, ao desportista e às entidades, como os clubes. São peculiares e bastante rigorosas, como a impossibilidade de o desportista exercer sua atividade laboral no caso de reincidência de *doping*<sup>198</sup>, ou ainda a exclusão da entidade desportiva da competição caso ingresse no juízo comum em lugar da Justiça Desportiva<sup>199</sup>.

Com a evolução e difusão da prática esportiva, novas demandas surgiram, exigindo soluções especiais que os Direitos ditos tradicionais não foram capazes de prover.

Na ausência de solvibilidade eficaz para os conflitos, surgiu a necessidade de um Direito especializado na matéria, denominado de Desportivo – para muitos caracterizado pela autonomia em relação aos outros ramos, por força de três aspectos: ser um sistema organizacional fruto de estudo homogêneo, contar com legislação própria e com a existência de princípios específicos<sup>200</sup>.

Por tais razões, Andrés Gil Domínguez<sup>201</sup>, considerando-o um ramo autônomo, concebe o Direito Desportivo como:

---

<sup>198</sup> O artigo 10.2 do Código Mundial de Antidopagem prevê que “com exceção do aplicável às substâncias específicas identificadas no Artigo 10.3, o período de suspensão da atividade desportiva aplicável por uma violação dos Artigos 2.1 (presença de uma Substância Proibida, seus Metabólitos ou Marcadores), 2.2 (Uso ou Tentativa de Uso de uma Substância Proibida ou de um Método Proibido) e 2.6 (Posse de Substâncias e Métodos Proibidos) será de: Primeira infracção: Dois (2) anos de Suspensão. Segunda infracção: Suspensão Vitalícia (‘irradiação’).”

<sup>199</sup> O artigo 231 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva reza que pleitear, antes de esgotadas todas as instâncias da Justiça Desportiva, matéria referente à disciplina e competições perante o Poder Judiciário, ou beneficiar-se de medidas obtidas pelos mesmos meios por terceiro é prática à qual corresponde pena de “exclusão do campeonato ou torneio que estiver disputando, além de multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)”.

<sup>200</sup> PRIETO, Luis María Cazorla. Reflexiones acerca de la pretensión de autonomía científica del Derecho desportivo, *in* Revista Española de Derecho Deportivo, número 01, ano 1993. Madrid: Civitas, 1993. p. 21-25.

<sup>201</sup> DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Derecho al deporte y derecho del deporte, *in* Cuadernos de Derecho Deportivo, nº 01, ano 2001. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001, p. 34.

“a disciplina que se encarrega de abordar o fenômeno desportivo sob os vários aspectos jurídicos, possibilitando gerar intercâmbios interdisciplinares que permitem analisar com maior amplitude e riqueza científica todas as manifestações do objeto do estudo: o esporte”<sup>202</sup>.

Na doutrina brasileira, Álvaro Melo Filho<sup>203</sup> elaborou o principal trabalho sobre o tema, abordando diversos aspectos da autonomia desportiva, destacando-se a acadêmica, a legislativa e a principiológica. Miguel Cardenal Carro<sup>204</sup> resume as características do Direito Desportivo que conduzem a sua autonomia<sup>205</sup>:

- “a) o Direito nasce espontaneamente no âmbito desportivo como um instrumento necessário para o próprio desenvolvimento da atividade desportiva e a consecução dos fins por meio dela perseguidos;
- b) ante a magnitude social do esporte, o Estado cria o seu próprio Direito para regulá-lo, além do que aplica-se, como a qualquer outra atividade, o resto do ordenamento existente;
- c) as normas estatal e autônoma são diferentes, porque o Estado e o Movimento Desportivo consideram o evento desportivo com fins distintos;
- d) em virtude de sua própria essência, o Estado não pode aceitar um Direito estranho e oposto ao seu;

---

<sup>202</sup> Citação em tradução livre. Texto original: “la disciplina que se encarga de abordar el fenómeno deportivo desde las distintas vertientes del derecho, y a la vez posibilita generar intercambios interdisciplinarios que permiten analizar con mayor amplitud y riqueza científica todas las manifestaciones del objeto de estudio: el deporte”.

<sup>203</sup> MELO FILHO, Álvaro. Direito Desportivo, aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Thompson–IOB, 2006, pp. 27-36.

<sup>204</sup> CARRO, Miguel Cardenal. Derecho y deporte, las relaciones laborales en el deporte profesional. Cuadernos nº 03 da Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo da Universidad Rey Juan Carlos. Reimpresión digital, 2009, Disponível em: <<http://www.derechodeportivo.es/images/stories/Cuaderno%203.pdf>>, acesso em: 20 out 2011.

<sup>205</sup> Citação em tradução livre. Redação original: “a) el Derecho nace espontáneamente en el ámbito deportivo como un instrumento necesario para el propio desenvolvimiento de la actividad deportiva y la consecución de los fines a través de ella perseguidos; b) ante la magnitud social del deporte el Estado crea su propio Derecho para regularlo, aparte de que se aplique, como a toda otra actividad, el resto de su ordenamiento ya existente; c) las normativas estatal y autónoma son diferentes, porque Estado y Movimiento Deportivo consideran al hecho deportivo con fines distintos; d) en virtud de su propia esencia, el Estado no puede aceptar un Derecho extraño y opuesto al suyo; e) si el Deporte es regulado por un Derecho extraño no puede subsistir, porque, como se vió, el Derecho es uno de sus constitutivos esenciales. f) en consecuencia, no hay solución posible al fenómeno del Derecho deportivo; el Estado no es un ente apto para regularlo haciéndose cargo de su específica naturaleza y de su dimensión internacional, mientras que cualquier regulación estatal formalmente significa combatir tal ordenamiento autónomo”.

e) se o esporte é regulado por um Direito estranho não pode subsistir, porque, como se vê, o Direito é uno na sua essência;

f) em consequência, não há solução possível para o fenômeno do Direito desportivo; o Estado não é um ente apto a regulá-lo, tomando-se suas especificidades e dimensão internacional, enquanto qualquer regulação estatal formal significa combater tal ordenamento autônomo”.

A dita autonomia supra narrada refere-se ao Direito Desportivo Disciplinar. Não se pode atribuir ao novo ramo o papel de solucionar todas as relações jurídicas esportivas.

Várias relações jurídicas surgidas na prática desportiva são estudadas com base nos princípios desenvolvidos por outros ramos, como é o caso da responsabilidade civil, mais efetivamente a assunção do risco, que deve ser estudada com base nos preceitos do Direito Civil-Constitucional, que reconhece a supremacia do texto constitucional e seus efeitos diretos na constitucionalização do direito civil.

Recorde-se que a tábua axiológica do Direito Civil passou a ser o texto constitucional<sup>206</sup>.

Assim, a interpretação da Constituição conduz a efeitos diretos na regulação das relações privadas, superando-se, por conseguinte, a dicotomia entre direito público e privado, que, segundo Gustavo Tepedino<sup>207</sup>,

“deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado”.

Isto porque ambos compartilham o mesmo fundamento e possuem, por conseguinte, o mesmo fim.

O mesmo ocorre com a responsabilidade civil na prática desportiva, que deve ser interpretada buscando sua função constitucional e a unidade do ordenamento jurídico. Como leciona Pietro Perlingieri<sup>208</sup>

“o significado que, em uma perspectiva do estudo do Direito Civil, assume o fenômeno da funcionalização do instituto jurídico”.

---

<sup>206</sup> TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). Problemas do Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

<sup>207</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, *in* Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19.

<sup>208</sup> PERLINGIERI, Pietro. La persona e i suoi diritti. Napoli: Scientifiche Italiane, 2005, p. 8. Citação em tradução livre. Texto original: “Il significato che, in una prospettiva di studio del diritto civile, assume il fenomeno della funzionalizzazione degli istituti giuridici”

Assim, busca-se a análise funcional dos institutos jurídicos, de modo a permitir que se identifiquem, no caso concreto, os interesses mercedores de tutela de acordo com os valores constitucionais.

Portanto, apesar de reconhecer a autonomia do Direito Desportivo disciplinar, admite-se que os danos materiais e morais oriundos da prática desportiva devem ser estudados pela perspectiva do Direito Civil-Constitucional. Deste modo, a teoria da assunção do risco não deve ser aplicada com base nos valores e princípios do Direito Desportivo autônomo, mas sim, do Direito Civil-Constitucional, por ser objeto pertinente ao estudo da responsabilidade civil.

Diversas classificações de esporte há na doutrina, algumas auto-explicativas – como esporte feminino e masculino – e outras irrelevantes para nosso estudo do tema. Assim, destacam-se três classificações com o fim de basilar o desenvolvimento da assunção do risco.

A partir do momento em que o esporte contemporâneo apresenta como cerne o direito ao esporte, quanto à forma divide-se em práticas esportivas formais e não-formais.

O artigo 1º, § 1º da lei 9.615/98 estabelece que “a prática desportiva formal é regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto”. Como exemplo, há todas as modalidades constantes dos jogos olímpicos de verão, inverno e paraolimpíada, acrescentando-se o automobilismo.

Já a prática esportiva não formal, por força do parágrafo segundo do supracitado artigo, é “caracterizada pela liberdade lúdica de seus praticantes”, sendo exercida, por conseguinte, “sem compromisso com as formalidades, podendo ter as próprias regras modificadas ou até substituídas”<sup>209</sup>, de tal sorte que, se houver regras, essas são variantes e fungíveis no tempo e no espaço.

À guisa de exemplo tem-se a patinação *aggressive inline*<sup>210</sup>, queimada<sup>211</sup>, *wing suits*<sup>212</sup> e *bungee jumping*.

---

<sup>209</sup> GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 38.

<sup>210</sup> Trata-se de modalidade de patinação em linha, próxima ao skate, que utiliza locais urbanos, como parques e ruas, para a realização de manobras ditas radicais; Cf. informações obtidas no site <<http://www.livresportes.com.br/reportagem.php?id=2457>>. acesso em 7 out 2010. Apesar de existirem algumas associações, como por exemplo a AAGIL (Associação Paranaense de Patinação *Aggressive Inline*) é dito como um esporte não formal, em virtude da inexistência de regras padronizadas.

<sup>211</sup> Refere-se a uma prática infantil em que cada equipe lança uma bola em direção ao adversário, visando atingir o jogador adverso a fim de “queimá-lo” e, assim, eliminá-lo do



Esta distinção possui efeito jurídico relevante. Segundo o disposto no artigo 3º, III, da lei 9.615/98, para que o desporto seja considerado de rendimento torna-se necessária a prática segundo regras nacionais e internacionais, de tal sorte que apenas os esportes formais são merecedores de tal classificação.

O artigo 7º da supracitada norma legislativa estabelece o destino dos recursos do Ministério dos Esportes, dirigidos, por força do inciso II, aos esportes de rendimento. Assim, os esportes não formais não podem ser contemplados com tais recursos. Ademais, o artigo 13 da lei organiza o sistema nacional dos desportos, com a finalidade de “promover e aprimorar as práticas desportivas de rendimento”.

Interessante o que ocorre com algumas modalidades, que se encontram numa fase de formalização, principalmente nos ditos esportes radicais, como o caso do *kite surf*<sup>213</sup>, que não possui uma confederação formal, vinculando-se à de vela, a despeito de haver uma associação brasileira que procura regular a modalidade, organizando eventos nacionais como o campeonato brasileiro realizado no Rio Grande do Norte, em 2011.

Destaque-se ainda que, desde 2000, realiza-se o *Kiteboard Pro World Tour*. O mesmo ocorre com o *wakeboarding*<sup>214</sup>, que igualmente possui uma associação nacional com os propósitos anteriormente mencionados.

Nota-se que, em caso de acidente, para o esporte formal devem ser aplicadas as regras pertinentes ao Direito Desportivo, no que tange às questões disciplinares, e as da esfera do Direito Civil-Constitucional, quando ocorrer dano moral e material. Assim, o agente causador do dano (atleta, dirigente, árbitro, membro da comissão técnica, torcedor) responde por ambos os ramos. Enquanto no direito não formal aplicam-se, somente, as normas civis. A dita autonomia do Direito Desportivo, como já desenvolvido, é relativa. Nota-se que quanto aos esportes não formais inexistente a incidência do dito ramo. Distinto é o Direito Civil-

---

jogo. Também recebe a denominação de barra bola; bola queimada; cemitério; mata-mata; mata-soldado; queimado; caçador, no estado do Paraná e Rio Grande do Sul; carimba, no estado do Ceará; baleado, no estado da Bahia. Informações obtidas no site <http://www.brasilecola.com/educacaofisica/jogo-queimada.htm>.

<sup>212</sup> Trata-se de uma modalidade esportiva não formal consistente em voar com o auxílio de um macacão especial.

<sup>213</sup> O esporte radical, com grande aceitação no Brasil, Portugal e Caribe, utiliza uma prancha (surf) e uma pipa (kite, na língua inglesa). Essa pipa é presa à cintura do praticante, que se coloca em cima da prancha, a qual é impulsionada pelo vento sobre a água. Ao controlá-la, com o manejo de uma barra, consegue-se escolher o trajeto e realizar manobras.

<sup>214</sup> Esporte radical praticado com o auxílio de uma prancha que é conduzida por uma lancha, cabendo ao atleta a realização de manobras ditas radicais.

Constitucional, que se aplica nas relações pertinentes à responsabilidade civil, independentemente do formalismo da modalidade.

O esporte contemporâneo divide-se em social e espetáculo. Segundo Tubino<sup>215</sup>, o esporte social direciona-se para o aspecto socioeducativo, compreendendo o esporte-educação, prestado no universo escolar e universitário, e o esporte-lazer, relacionado ao ambiente comunitário. Já o esporte espetáculo é baseado na mídia, transformando o esporte de rendimento em uma grande exibição.

A importância do esporte social é evidente, pois além da formação da criança, do adolescente e do jovem visa, ainda, à “organização saudável do tempo de lazer das pessoas em geral”<sup>216</sup>.

O esporte educacional é desempenhado basicamente nos sistemas formais de ensino – infantil, fundamental, médio e universitário – com controle e regulação estatal. Contudo, cresce o número de empreendimentos denominados de “escolas de esporte” (escolas de basquete, futebol, vôlei, tênis, etc.) que sofrem controle do Conselho Federal de Educação Física, não apresentando qualquer projeto pedagógico mais elaborado.

Ao destacar a importância do esporte educacional, Tubino<sup>217</sup> enumera alguns princípios inerentes à modalidade, quais sejam os da inclusão, participação, cooperação, coeducação e corresponsabilidade, que visam a propiciar a todos a prática desportiva, levando-se em consideração a vulnerabilidade do praticante (em sua maioria criança ou adolescente) e, por conseguinte, a necessidade de sua formação como cidadão integrado à sociedade.

Um bom exemplo é a premiação, que nesta modalidade deve ser vista cuidadosamente, em virtude da dialética entre a valoração da autoestima do melhor (vencedor) e o desprezo pelo perdedor – o que é inadmissível.

O esporte-lazer, como definido por Tubino<sup>218</sup>, é “o praticado na comunidade, pelo aproveitamento das oportunidades de práticas esportivas existentes ou como consequência de promoção de instituição pública ou privada”.

Pela natureza de direito social público advindo da Constituição da República de 1988, ocorre estímulo à disseminação desta prática, na qual o indivíduo procura, além da melhoria da saúde, também o lazer e a convivência social.

---

<sup>215</sup> GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 38.

<sup>216</sup> Ibidem. p. 42.

<sup>217</sup> Ibidem. p. 41.

<sup>218</sup> Ibidem. p. 42.

O esporte espetáculo, conforme concebido na atualidade, inicia-se com a ascensão da burguesia, atingindo seu cume na sociedade contemporânea. Vários fatores contribuíram para isto, com destaque para o papel dos meios de comunicação e a expansão do mercado publicitário.

Proni<sup>219</sup> analisa que, apesar de que o;

“(...) esporte já pudesse ser considerado como um fenômeno cultural disseminado por todas as classes sociais e por todos os cantos do planeta antes da Segunda Guerra Mundial, seria apenas com a difusão da televisão e o desenvolvimento da cultura de massa que a lógica do mercado invadiria definitivamente a organização esportiva”.

Diversos eventos associados ao futebol, automobilismo, tênis, futebol americano e luta são bons exemplos.

Destaca-se, ainda, na atualidade, a alteração nas regras de algumas modalidades esportivas com o fim de melhor adequação aos meios de comunicação – como exemplo, opta-se pelo fim da “vantagem” no vôlei, para tornar o jogo mais ágil e com duração previsível. Exemplo de recente sucesso, com repercussão na audiência televisiva, têm sido as transmissões ao vivo de luta-livre, na modalidade *Mixed Martial Arts* – MMA; Artes Marciais Mistas.

O esporte, que enfrentava restrições do grande público, avesso à agressividade franca dos competidores, fora por bastante tempo classificado como uma das “lutas de vale-tudo”. A evolução das regras em competições – hoje organizadas sob a marca UFC (*Ultimate Fighting Championship*) – demonstram que já foram mais permissivas quanto à violência as regras do esporte, a despeito de ser ainda possível assistir, com frequência, a ataques contra um competidor caído no ringue, levado a nocaute sob chuva de golpes desferidos à exaustão, antes que o árbitro tenha a certeza de que a circunstância não comporte mais reação por parte de um dos oponentes.

De fato, situações mais extremas eram comuns no início de tal prática esportiva, segundo registra Orlando Duarte<sup>220</sup>.

O *muay thai*, modalidade constantemente observável nos torneios de MMA, é originário do antigo *krabi krabong*, do período de 1541 a 1592.

---

<sup>219</sup> PRONI, Marcelo Weishaupt. Esporte-espetáculo e futebol empresa, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Educação Física da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Campinas: 1998, p. 77.

<sup>220</sup> DUARTE, Orlando, op cit. p. 369 e 370.

O esporte, desenvolvido em redutos da Tailândia, ainda não ganhara regras restritivas nos anos 1700, "com estrangulamentos letais, arremessos e ataques com a mão em garra, golpes cortantes com os dedos em riste e até arrancamento de olhos".

Os punhos e antebraços eram enfaixados com correias de couro, passando-se nelas uma cola e colando-se lascas de vidro"<sup>221</sup>.

As regras que estabeleceram a duração da luta em cinco rounds de três minutos, seguidos cada um por dois minutos de repouso, foram estabelecidas na década de 1920. "É então que entidades regionais dividiram os lutadores por pesos, e as luvas começaram a ser usadas. Aboliram-se os arremessos, os chutes na virilha e as técnicas letais", relata Duarte<sup>222</sup>, observando que nos dias de hoje "golpes de joelhos e cotovelos persistem". As regras atuais são universais, o que permite a transmissão para inúmeras nações<sup>223</sup>.

Fenômeno capaz de arregimentar torcedores, a empolgação pelos torneios do UFC reflete-se também, mimeticamente, nos hábitos alardeados graças ao marketing de produtos nutricionais que garantiriam condição física semelhante à de lutadores profissionais famosos por vitórias nos octógonos<sup>224</sup>.

Para Ivan Carlo de Oliveira<sup>225</sup>;

"(...) o poder massificante da sociedade é de tal ordem que o indivíduo se recusa a acreditar que é apenas uma peça da engrenagem social e que suas ideias são ideias que lhe foram implantadas pela mídia. Ao ser perguntado o porquê de suas ideias, o integrante da massa repetirá exatamente o que ouviu de seu apresentador de TV favorito. Ou então dirá simplesmente: 'É claro que é assim. Você não viu que saiu no jornal?' ou: 'mas todo mundo gosta disso, por que você não gosta?'".

Este é o comportamento de massa, elemento essencial do esporte espetáculo.

A classificação ora estudada é de suma importância para aplicação da teoria da assunção do risco. Ao levar em consideração as circunstâncias do acidente, deve ser considerada a modalidade. A expectativa social em face do desempenho de um atleta

---

<sup>221</sup> DUARTE, Orlando, op cit. p. 369 e 370.

<sup>222</sup> DUARTE, Orlando, op cit. p. 370.

<sup>223</sup> As regras encontram-se disponíveis em: <<http://br.ufc.com/discover/sport/rules-and-regulations>>.

<sup>224</sup> Recebem este nome em virtude da forma geométrica dos ringues, que impede a paralisação do embate e, também, que um competidor fique em um canto do ringue dificultando a ação do opositor, como no caso do boxe.

<sup>225</sup> OLIVEIRA, Ivan Carlo. Teorias da Comunicação. Virtual Books, M&M Editores, 2003. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6811278/Ivan-Carlo-Andrade-de-Oliveira-TEORIAS-DA-COMUNICAO>>, acesso em: 6 out 2011.

profissional não é a mesma de praticante; espera-se mais do primeiro, o que leva ao aumento no risco.

A lei 9.615/98 divide o desporto em três modalidades: educacional, participação e rendimento.

O art. 3º, I estabelece que o desporto educacional é: praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer.

Essa modalidade realiza-se nas escolas e universidades, podendo existir a competitividade, porém de forma salutar, valorizando a formação do jovem, do que constituem exemplos os Jogos Universitários Brasileiros (JUBs), organizados pela Confederação Brasileira do Desporto Universitário (CBDU), e os Jogos Estudantis Brasileiros (JEBs), organizados pelo Ministério do Esporte, com apoio do Comitê Olímpico Brasileiro.

O inciso II da norma supracitada define o desporto de participação como o praticado de “modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente”. Nessa modalidade, encontram-se, por exemplo, as corridas de rua.

Por fim, o desporto de rendimento, previsto no inciso III, é o “praticado segundo normas gerais da lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações”.

Há como exemplo as modalidades inseridas nos Jogos Olímpicos.

De acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo, o desporto de rendimento pode ser praticado de modo profissional ou não. Evidencia-se que diversas de suas modalidades são amadoras, não se exercendo a prática desportiva de forma laboral.

Como se depreenderá no próximo capítulo, a responsabilidade civil nas atividades desportivas tem eficácia levando-se em consideração a vulnerabilidade do agente, a modalidade esportiva e a aceitação social. Deste modo, classificar as práticas desportivas trata-se de tarefa essencial na concretização da teoria da assunção do risco. Ademais, a busca pela superação no esporte de rendimento é maior dos que nas demais espécies, expondo o praticante a risco superior ao do homem médio.

### **3.3 Assunção do Risco e a P´ratica Desportiva: Análise Crítica dos Julgados do Supremo Tribunal da Espanha e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.**

Nesta parte do trabalho, analisam-se<sup>226</sup> decisões do Supremo Tribunal da Espanha e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acerca da responsabilidade civil na prática de atividade desportiva em que a teoria da assunção do risco fora ou poderia ser aplicada sob o paradigma do Direito Civil-Constitucional.

Objetiva-se uma compreensão clara entre as duas cortes. A escolha fundamentou-se em critérios objetivos. No cenário internacional, o Direito Desportivo na Espanha é estruturado academicamente<sup>227</sup>, tendo um crescimento considerável se comparado com outras nações. As demandas esportivas, que não possuem disciplina, afloram no Poder Judiciário espanhol. Registra-se não ser o Supremo Tribunal uma corte exclusivamente constitucional. Assim, as demandas relativas a acidentes desportivos chegam ao órgão máximo. Desta feita, escolhe-se na Espanha, pela importância do Direito Desportivo, a Suprema Corte, para que se possa ter uma visão panorâmica do entendimento jurisprudencial. Já a corte fluminense julga, muitas vezes, baseada em critérios sociais ou existenciais. Lembra-se que as questões fáticas – que muitas vezes são a fundamentação principal dos litígios desportivos em matéria de responsabilidade civil – não podem ser apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça – o que justifica a inexistência de pesquisa nesta obra dos julgados do tribunal superior.

Com a comparação entre os dois tribunais, nota-se, em diversos casos concretos, a presença dos valores constitucionais nas decisões locais, diferente do ocorrido nas espanholas.

Ao tratar da teoria da assunção do risco da vítima, principalmente na prática desportiva, a corte suprema espanhola tem como cerne o Código Civil e as normas infraconstitucionais, não se buscando a efetivação dos princípios e valores constitucionais na

---

<sup>226</sup> Rodolfo Sacco, partindo da premissa de ser a comparação uma ciência, que necessita de um certo número de dados (Introdução ao Direito Comparado, tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001), o que se torna impossível neste trabalho. Não estamos diante de um ensaio comparatista, mas um singelo cotejo jurisprudencial entre cortes, uma nacional e outra estrangeira.

<sup>227</sup> À guisa de exemplos, citam-se os cursos de mestrado em Direito Desportivo existentes nas Universidades de Lleida, Valencia e Europea de Madri, o último em parceria com a Escola de Estudos Universitários Real Madri.

ordem privada – como por exemplo o princípio da dignidade, inserido no artigo 10 da Constituição da Espanha<sup>228</sup>. José Piñeiro Salguero destaca que

“os acidentes desportivos se resolvem mediante os critérios gerais de responsabilidade, mas isso não obsta a que tenham especificidades pelas quais sejam merecedores, quando menos, de uma análise particular, senão de uma regulação própria”<sup>229</sup>.

Assim, tem-se a norma privada com a tábua axiológica da responsabilidade.

Notar-se-á na análise dos casos concretos julgados da Suprema Corte espanhola, um estágio anterior ao Direito Civil-Constitucional, em que, como destaca Gustavo Tepedino, ao Direito Civil

“cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas”<sup>230</sup>.

A fundamentação dos julgados limita-se à existência ou não do nexos causal, sem preocupar-se com a dignidade, o desenvolvimento da personalidade ou a vulnerabilidade do agente, fatores vitais para a funcionalização da assunção do risco.

Deste modo, os casos julgados serão agrupados em dois conjuntos. O primeiro, relativo às hipóteses em que houve a exclusão do nexos causal; e o segundo, quando ocorreu o dever de indenizar.

### 3.4 Golfe

A Sra. Catalina ingressou com ação de responsabilidade civil em face da Federação Real Espanhola de Golfe, pleiteando indenização de aproximadamente duzentos e vinte e oito mil euros, em virtude do óbito de seu cônjuge (Baltasar), ocorrido durante a prática esportiva

---

<sup>228</sup> O artigo 10, 1, da Constituição da Espanha prevê que a “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Em tradução livre, “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos de outrem são fundamento da ordem política e da paz social”.

<sup>229</sup> Tradução livre. O texto original é: “*Los accidentes deportivos se resuelven mediante los criterios generales de responsabilidad, pero ello no obsta a que tengan especificidades que les hagan merecedores, cuando menos, de un análisis particular, sino de una regulación propia*”.

<sup>230</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

no campo de golfe de Terramar – autorizado e fiscalizado pela instituição esportiva<sup>231</sup>. O falecimento ocorreu pelo impacto de uma bola de golfe lançada do ponto 10, paralelo em sentido contrário ao de número 09 – local em que se encontrava o falecido.

Baltasar era atleta filiado à federação – dito na linguagem esportiva como atleta federado – e, por conseguinte, segundo a autora, a entidade tem obrigação de tutelar os membros e associados velando pela prática segura da modalidade. Ademais, a prática esportiva ocorre em campos autorizados e fiscalizados pela mesma – o que ocorreu no caso concreto. Fundamenta, por conseguinte, o pedido na responsabilidade contratual.

Na primeira instância, fora proferida sentença indeferindo o pleito, interpretando-se, após análise do estatuto da Federação, a competência da Federação apenas para declarar aptos os campos para a realização de competições, sendo os proprietários do campo responsáveis pela segurança dos jogadores. A vigésima seção de audiência da província de Madri, ao julgar a apelação, manteve a sentença de primeiro grau. A parte autora, então, apresentou recurso de cassação à corte suprema, alegando haver ofensa ao artigo 1.101 do Código Civil<sup>232</sup>, uma vez que o mesmo deveria ser aplicado, tendo em vista concorrerem na demanda todos os elementos da responsabilidade civil contratual.

Nas primeira e segunda instâncias, com base no artigo 65 do estatuto da Federação Real Espanhola de Golfe<sup>233</sup>, considerou-se que compete à entidade ré a homologação dos

---

<sup>231</sup> Recurso de cassação julgado pelo Supremo Tribunal da Espanha, sala cível, número do recurso: 534/2004, número da resolução: 1055/2008, relator: Ignacio Sierra Gil De La Cuesta, data do julgamento: 05 de novembro de 2008.

<sup>232</sup> Prevê o art. 1101 do Código Civil, em seu texto original, que “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”, cuja tradução livre é: “estão sujeitos à indenização dos danos e prejuízos causados os que, no cumprimento de suas obrigações, incorrerem em dolo, negligência ou morosidade, e os que de qualquer modo contrariarem o teor daquelas”.

<sup>233</sup> Tradução livre: “Artigo 65 - Ao Comitê Técnico de Campos e Handicap compete: a) inspecionar, medir e valorar, para fins únicos de competição, os campos e as variações que podem produzir nos mesmos, declarando-os aptos para a realização de provas desportivas; b) estabelecer e velar pelo cumprimento das normas que regem o Sistema de Handicap da Real Federação Espanhola de Golf, assim como administrar o handicap de todos os desportistas federados e afiliados à federação através das distintas Federações Autônomas”. Texto original: “Artículo 65 - Al Comité Técnico de Campos y Hándicap le corresponde: a) Inspeccionar, medir, y valorar, a los únicos efectos de las competiciones, los campos y las variaciones que puedan producirse en los mismos, declarándolos aptos para la celebración de pruebas deportivas. b) Dictar y velar por el cumplimiento de las normas que rijan el Sistema de Handicap de la Real Federación Española de Golf, así como administrar el hándicap de todos los deportistas federados afiliados a la federación a través de las distintas Federaciones Autonómicas.



campos de golfe, cabendo aos proprietários de tais campos a segurança para a prática esportiva. Desconsiderando-se, portanto, a existência de responsabilidade contratual.

O Supremo Tribunal Espanhol indefere o recurso de cassação<sup>234</sup> por questões processuais<sup>235</sup> e materiais.

Diferentemente das instâncias inferiores, a corte suprema reconhece a obrigação da Federação em zelar pela segurança dos atletas, estabelecendo que a interpretação do citado artigo 65 do estatuto da entidade não pode ser literal. Contudo, constata inexistir nos autos prova do descumprimento obrigacional e, ainda, que a distância entre os buracos<sup>236</sup> 9 e 10 estava fora do padrão.

No que tange aonexo causal, cerne da decisão, o Supremo Tribunal da Espanha não reconhece a existência de prova, alegando ser o acidente “uma consequência desagradável e sempre sentida de qualquer tipo de jogo”<sup>237</sup>. Evidencia-se a aplicação indireta da assunção do risco. O atleta, ao realizar a prática esportiva, assume o risco do acidente, desde que a entidade organizadora não tenha dado causa a ele. Nota-se, no caso concreto, que o campo fora homologado pela federação e que não existe prova de violação das normas esportivas. O que se espera da entidade realizou-se. O falecimento do atleta não pode ser imputado à mesma, como decidira a corte suprema, mas sim, trata-se de uma consequência da prática esportiva, produzindo a exclusão do nexocausal. Desta feita, mesmo aplicando a teoria objetiva vigorante no Direito brasileiro, inexistiria responsabilidade civil.

---

<sup>234</sup> A decisão final foi “*Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español FALLAMOS que debemos declarar lo siguiente: 1º.- no haber lugar al recurso de casación formulado por doña Catalina contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 4 de diciembre de 2.003. 2º.- imponer el pago de las costas causadas en este recurso a dicha parte recurrente*”. Em tradução livre, “pelo exposto, em nome do Rei e por autoridade conferida pelo povo espanhol falamos que devemos declarar o seguinte: 1º - não haver lugar para o recurso de cassação formulado pela sra. Catalina contra a sentença proferida pela Audiência Provincial de Madri, de 4 de dezembro de 2002; 2º - impor o pagamento das custas causadas por este recurso – ônus da sucumbência”

<sup>235</sup> As questões processuais – irrelevantes para este trabalho – centram-se na impossibilidade de revisão da hermenêutica contratual utilizada pela corte de segunda instância e do descabimento de análise fática neste recurso de cassação, pois já houvera a mesma análise em outro processo proposto pela autora em face do atleta autor do lançamento da bola que causou o falecimento.

<sup>236</sup> No golfe, utiliza-se o termo buraco para referir-se aos locais em que a bola deve ser alçada.

<sup>237</sup> Tradução livre. Texto original: “*una consecuencia desgraciada y siempre sentida, de cualquier tipo de juego, pero de responsabilidad inicialmente inimputable*”.

Destaca-se, por fim, que a autora já promovera ação em face do atleta lançador da bola, alegando negligência do mesmo, o que fora desconsiderado pelas cortes espanholas<sup>238</sup>.

### 3.5 Rafting

O litígio refere-se ao falecimento de Aberlardo, de 21 anos de idade, ocorrido em Zaragoza, quando participava de uma atividade desportiva de *rafting*. Diante do fato, o Sr. Pedro Jesus, pai e herdeiro do falecido, promoveu ação em face da Associação Desportiva Cultural LUR, Juan Enrique e Companhia de Seguros e Resseguros HERMES S.A pleiteando indenização.

O acidente ocorreu na ponta do Rio Gállego conhecida por “*Paso del Embudo*”, desfiladeiro de especial dificuldade. A embarcação, que levava os oitos participantes e o monitor Juan Enrique, ficou presa em uma pedra. Para liberá-la, o monitor ordenou a todos os tripulantes que passassem para a popa, com o fim de produzir uma maior pressão na parte traseira, e assim retomar o curso. Apesar do êxito da manobra, três membros foram lançados à água, e apenas o Sr. Aberlardo não conseguiu ser resgatado, vindo a falecer devido à colisão com uma rocha.

Com base nas provas dos autos, que excluem a negligência do primeiro réu, e na teoria da assunção do risco, o juízo de primeiro grau da comarca de Ejea de los Caballeros julga improcedente a demanda<sup>13</sup>.

Interposto recurso de apelação contra a sentença de primeiro grau, a Audiência Provincial de Zaragoza julgou-o improcedente, mantendo a absolvição.

A Suprema Corte, seguindo o entendimento de não ter sido comprovada a omissão de nenhum dos réus<sup>239</sup>, manteve a sentença de primeiro grau, atribuindo o nexo causal à assunção do risco da vítima, que além de ser inerente à atividade desportiva, torna-se evidente

---

<sup>238</sup> Recurso de cassação nº 2947/1999, julgado em 9 de março de 2006, relator Jose Antonio Seijas Quintana. Destaca-se que no resumo da decisão a corte deixa claro tratar-se do “*riesgo propio de actividad deportiva*”, que, em tradução livre, significa “risco próprio da atividade desportiva”.

<sup>239</sup> Evidencia-se o entendimento no seguinte trecho do acórdão: “*El análisis minucioso de todos los pormenores del caso no permite apreciar ninguna omisión imputable a ninguno de los demandados*”. Em tradução livre, “a análise minuciosa de todos os pormenores do caso não permite apreciar nenhuma omissão imputada a qualquer dos demandados”.

no caso, por se tratar o *rafting* de um esporte de risco. Destaca-se, para melhor entendimento, o seguinte trecho dos fundamentos da decisão proferida no recurso de cassação:

“No caso, é certo que existia uma situação de risco (como disse a sentença recorrida, o *rafting* é uma atividade desportiva consistente em um deslizamento mediante um bote pneumático por águas bravas, que deve ser classificada como atividade perigosa, porque têm os participantes um risco de capotamento ou queda na água pela própria correnteza das águas), porém tratava-se de uma atividade voluntária, cujo perigo era conhecido pela vítima, e o acidente produziu-se dentro do âmbito do risco assumido e aceito. Houve assunção do risco, e não concorreu por parte dos demandados nenhum incremento ou agravação do risco assumido”<sup>240</sup>.

Por tais razões, o recurso de cassação foi julgado improcedente<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> O texto original é o seguinte: “*En el caso es cierto que existía una situación de riesgo (como dice la Sentencia recurrida el "rafting" es una actividad deportiva consistente en el deslizamiento mediante bote neumático por aguas bravas que debe calificarse de peligrosa, porque tiene para los participantes un indudable riesgo de vuelco o caída al agua por el propio recorrido turbulento de las aguas)*”, pero se trataba de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido.”

<sup>241</sup> O dispositivo da decisão é o seguinte: “*Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español FALLAMOS Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Dn. Roberto Alonso Verdu en representación procesal de Dn. Pedro Jesús contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 7 de mayo de 1996, en el Rollo 78 del propio año, en la que se confirma en apelación la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Ejea de los Caballeros el 9 de enero de 1996 em el juicio de menor cuantía 185/95, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso, sin perjuicio de la aplicación de los efectos, en su caso, del beneficio de Justicia Gratuita. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes*”. Em tradução livre: “Pelo exposto, em nome do Rei e pela autoridade conferida pelo povo espanhol. DECIDIMOS. Que declaramos não haver lugar ao recurso de cassação interposto pelo Procurador Dr. Roberto Alonso Verdu em representação processual de Pedro Jesús contra a sentença proferida pela Segunda Seção da Audiência Provincial de Zaragoza em 7 de maio de 1996, no processo 78 do próprio ano, em que se confirmou na apelação, proferida pelo julgado de primeira instância de *Ejea de los Caballeros* em 9 de janeiro de 1998 no juizado de pequenas causas 185/95, e condenando a parte recorrente ao pagamento das custas causadas pelo recurso, sem prejuízo da aplicação de outros efeitos, em seu caso o benefício da Justiça Gratuita. Publica-se esta decisão com base na lei e devolve-se ao Tribunal inferior os autos originais e o processo de apelação, remetidos com testemunho desta resolução com efeitos procedentes”.

Evidencia-se neste julgado um fundamento técnico com base na legislação ordinária, em nenhum momento volta-se a interpretação para os valores sociais e culturais e os constitucionais.

A condição da vítima, como por exemplo a possibilidade de ser vulnerável naquela prática desportiva, e a funcionalização da responsabilidade foram ignoradas pela jurisprudência espanhola.

### 3.6 Ciclismo

Juan Ramón, dezessete anos, interditado como absolutamente incapaz, e seu pai promoveram ação em face da Federação Castellana Leonesa de Ciclismo, Federação Real Espanhola de Ciclismo, Associação Desportiva e Cultural de Torrelaguna e Aurora Polar, S.A. de Seguros e Resseguros, pleiteando indenização por dano material e moral sofridos.

O primeiro autor participava de uma prova de ciclismo (X Volta Ciclista da Serra Norte de Madri) categoria júnior, organizada pela Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna, quando, no dia 20 de agosto de 1998 (etapa Buitrago e San Agustín de Guadalix), em Puerto de La Morcuera, saiu da pista e caiu em um barranco, ficando em estado de coma vegetativo irreversível.

O juízo de primeira instância da comarca de Madri proferiu sentença em 21 de outubro de 2002, julgando parcialmente procedente a demanda e condenando a Federação Castellana Leonesa de Ciclismo, a Federação Real Espanhola de Ciclismo, a Associação Desportiva e Cultural de Torrelaguna, a Aurora Polar e, em solidariedade, a companhia de seguros<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> A decisão do juízo de primeira instância da comarca nº 64 de Madri de 21 de outubro de 2002 foi: “*FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador D. Victor Enrique Mardomingo Herrero, en nombre y representación de Don Jose Ángel y en el de su hijo Juan Ramón , contra la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo, La Real Federación Española de Ciclismo, la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna y la Compañía de Seguros Aurora Polar S.A. (hoy Axa Aurora Iberica S.A.), debo condenar y condeno a La Federación Castellano Leonesa de Ciclismo, Real Federación Española de Ciclismo y Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna a que abonen solidariamente al actor la cantidad de 53.559.005 pesetas (321.896,10 euros), más los intereses legales de dicho importe desde la fecha de la presente resolución, de cuya cantidad responderá también solidariamente la Compañía Axa Aurora Iberica S.A. hasta el límite del Seguro Voluntario concertado y sin hacer expresa imposición de las costas del procedimiento a ninguna de las partes*”. Em tradução livre, “DECIDO: procedente em parte a demanda formulada pelo

Fora interposto recurso de apelação pelos autores e réus em virtude da sucumbência recíproca. A décima segunda seção de audiência da província de Madri julgou procedente em parte o recurso dos autores e da Federação Real Espanhola de Ciclismo e Federação Castelhana Leonesa de Ciclismo, e improcedentes as apelações da Associação Desportista Cultural e da Aurola Polar S.A., de Seguros e Resseguros<sup>243</sup>.

---

Procurador Dr. Victor Enrique Mardomingo Herrero, em nome e representando José Ángel e seu filho Juan Ramón, contra a Federação Castelhana Leonesa de Ciclismo, a Federação Real Espanhola de Ciclismo, a Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna e a Companhia de Seguros Aurora Polar S.A. (atualmente Axa Aurora Ibérica S.A.), devo condenar e condeno a Federação Castelhana Leonesa de Ciclismo, a Federação Real Espanhola de Ciclismo e a Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna a pagar solidariamente ao autor a quantia de 53.559.005 pesetas (321.896,10 euros), acrescidos de juros legais a partir da data desta sentença, por cuja quantia responderá também solidariamente a Companhia Axa Aurora Ibérica S.A até o limite do seguro voluntário contratado e sem condenação em custas a qualquer das partes”.

<sup>243</sup> A decisão proferida foi: “*FALLAMOS: Que estimando parcialmente los recurso de apelación interpuestos por la respectiva representación procesal de Don Jose Ángel y de su hijo incapaz Don Juan Ramón , de la Real Federación Española de Ciclismo y de la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo y DESESTIMANDO los recursos de apelación formulados por la Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna y Aurora Polar, S.A. de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia dictada por el Ilmo.Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia nº 64 de Madrid con fecha 21 de Octubre de 2002, recaída en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución en los siguientes extremos: 1) Condenamos a la Real Federación Española de Ciclismo y a la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo a pagar a la parte actora la cantidad de Nueve mil quince euros con cincuenta céntimos (9.015,50 euros, equivalente a 1.500.000 ptas). 2) Condenamos a Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna y Aurora Polar S.A. de Seguros y Reaseguros a pagar solidariamente a la actora la cantidad de CUATROCIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS VEINTITRES EUROS CON SETENTA Y CUATRO CENTIMOS (420.723,64 euros, equivalente a 70.000.000 ptas) de la cual responderá la aseguradora hasta el límite del seguro voluntario. 3) La demandada Aurora Polar S.A. de seguros y reaseguros deberá pagar los intereses del artículo 20 LCS desde la fecha de la sentencia de instancia. La Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna deberá abonar los intereses legales desde la fecha de la sentencia de instancia, en cuanto al importe de la condena en ella fijada, y desde ésta resolución em cuanto a la diferencia (98.815,93 euros, equivalente a 16.440.996 ptas) por el nuevo importe ahora establecido (art. 576 LEC) . 4) No se hace especial declaración de las costas causadas en esta instancia respecto de los recursos de la parte actora, La Real Federación Española de Ciclismo y la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo los recursos estimados, y se impone a la Asociación Deportiva Cultural de Torrelaguna y a Aurora Polar S.A. de Seguros y Reaseguros las costas causadas por sus recursos”.* Em tradução livre, “DECIDIMOS: julgar parcialmente procedentes os recursos de apelação interpostos pelos respectivos representantes processuais de José Ángel e seu filho incapaz Juan Ramón, a Federação Real Espanhola de Ciclismo e a Federação Castelhana Leonesa de Ciclismo e IMPROCEDENTES os recursos de apelação formulados pela Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna e Aurora Polar, S.A. de Seguros e Resseguros, contra sentença proferida pelo Magistrado de Primeira Instância nº 64 de Madri em 21 de outubro de 2002, baseada nos

A Associação Desportista interpôs recurso de cassação julgado pela Primeira Sala (Sala Cível) do Supremo Tribunal da Espanha, que fora julgado procedente, anulando a condenação de primeira instância<sup>244</sup>.

Entre outros fundamentos, reconheceu a corte suprema que o ciclismo desportivo não é uma atividade perigosa que implique um risco considerável como anormal. Ao contrário, trata-se de uma atividade praticada por inúmeros desportistas que obedecem aos requisitos normativos, inclusive adequação da pista à prova. As normas exigem que o organizador tome todas as medidas de segurança com o fim de salvaguardar a integridade física dos

---

autos, devemos REVOGAR e REVOGAMOS PARCIALMENTE a expressa resolução nos seguintes termos: 1) Condenamos a Federação Real Espanhola de Ciclismo e a Federação Castelhana Leonesa de Ciclismo a pagar ao autor a quantia de nove mil e quinze euros e cinquenta centavos (9.015,50 euros, equivalentes a 1.500.000 ptas). 2) Condenamos a Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna e Aurora Polar S.A. de Seguros e Resseguros a pagar solidariamente ao autor a quantia de quatrocentos e vinte mil, setecentos e vinte e três euros e sessenta e quatro centavos (420.723,64 euros, equivalente a 70.000.000 ptas), sendo que a seguradora responderá até o limite do seguro voluntário. 3) A ré Aurora Polar S.A. de seguros e resseguros deverá pagar os juros previstos no artigo 20 da Lei de Contrato de Seguros desde a data da sentença recursal. A Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna deverá pagar os juros legais desde a sentença recursal, sobre o montante da sentença em seu conjunto, e desta resolução quanto à diferença (98.815,93 euros, equivalentes a 16.440.996 ptas) o novo valor agora estabelecido (art. 576 da Lei Processual Civil). 4) Nenhuma declaração especial das custas incorridas nesta instância para os recursos da parte autora, Federação Real Espanhola de Ciclismo e a Federação Castelhana Leonesa de Ciclismo, e se impõem à Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna e à Aurora Polar S.A. de Seguros e Resseguros as custas causadas pelos recursos”.

<sup>244</sup> A decisão foi: “*por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español. FALLAMOS. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Concepción Tejada Marcelino, en nombre y representación de la Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna, y desestimar el formulado por el Procurador Don Víctor E. Mardomingo Herrero, en la representación que acredita de Don Jose Ángel y Don Juan Ramón, contra la sentencia dictada con fecha doce de abril de dos mil cinco por la Sección Doce de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 729/2003, que se casa y anula exclusivamente en cuanto estima la demanda formulada contra los demandados Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna y Compañía Aseguradora Aurora Polar, S.A., a quienes se absuelve de la misma, con expresa imposición a los actores de las costas de primera instancia, las del recurso de apelación causadas por su intervención y de casación; no haciendo especial declaración de las demás*”. Em tradução livre, “pelo exposto, em nome do Rei e pela autoridade conferida pelo povo espanhol DECIDIMOS. É procedente o recurso de cassação interposto pela Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna, e improcedente o interposto por José Ángel e Juan Ramón, contra sentença proferida em doze de abril de dois mil e cinco pela Seção Doze de audiência provincial de Madri, recurso de apelação nº 729/2003, que se cassa e anula exclusivamente a demanda formulada contra os demandados Associação Desportiva Cultural de Torrelaguna e Companhia de Seguro Aurora Polar S.A., a qual se absolve da mesma, com expressa imposição aos autores das custas de primeira instância, as do recurso de apelação causadas por sua intervenção e de cassação”.

participantes, evitando, principalmente, o aumento do risco. Cumpridos todos os requisitos normativos, compete ao atleta estudar previamente a pista e o itinerário da prova, a partir dos dados ofertados pelo organizador, assumindo o risco pela prática da atividade desportiva.

Por fim, destaca-se que o ciclista teve direito ao recebimento do prêmio relativo ao seguro obrigatório – a absolvição da seguradora feita por meio do recurso de cassação refere-se ao seguro convencional.

Nota-se mais uma vez a preocupação do Supremo Tribunal em analisar apenas o nexo causal, não se preocupando com qualquer outro elemento ou situação subjetiva.

### 3.7 Esqui

Trata-se de uma ação interposta pelo Sr. Pelayo, seu cônjuge (Sra. Evangelina) e as três filhas menores do casal em face de Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya e a seguradora Winterthur S.A.<sup>245</sup>, em razão do acidente sofrido pelo primeiro autor na pista de esqui da primeira ré, que lhe causou invalidez permanente.

No julgamento de primeira instância<sup>246</sup>, julgou-se procedente parcialmente o pedido, condenando a primeira ré na quantia de seiscentos e quarenta e seis mil oitocentos e três euros com noventa e sete centavos, a título de dano material, e noventa mil euros, correspondentes a dano moral – e a segunda ré, em solidariedade, na quantia de trezentos mil e cinco euros com noventa e nove centavos.

O Sr. Pelayo praticava atividade esportiva de forma amadora na pista olímpica de esqui da primeira ré, quando, ao perder o equilíbrio e cair na pista, derrapou, indo colidir na parte lateral-frontal de um “canhão”, que tinha a função de lançar neve na pista, que se encontrava no lado esquerdo no final da pista.

Entendeu o juízo de primeira instância que, após comprovar o nexo causal entre a lesão sofrida na medula óssea pela vítima e o impacto com o dito “canhão”, por meio de perícia e prova testemunhal, o ônus probatório desloca-se aos réus, que deveriam demonstrar a existência de todas as diligências para evitar o dano ou não aumentar o risco na prática

---

<sup>245</sup> Recurso de cassação julgado pelo Supremo Tribunal da Espanha, sala cível, número do recurso 2.209/2006, número da resolução nº 64/2011, relator Juan Antonio Xiol Rios, data do julgamento 09 de fevereiro de 2011.

<sup>246</sup> Processo nº 1.273/2003 da comarca de Barcelona, tendo a sentença sido proferida em 15 de dezembro de 2004.

desportiva. Desta forma, a estação de esqui deveria proporcionar meios adequados para a prática do desporto nas melhores condições de segurança. No caso concreto, a colocação do obstáculo no final da pista elevou a produção do risco. Ademais, não havia sinalização adequada e material que impedissem o choque ou o atenuassem.

Em grau de recurso de apelação, o tribunal de segunda instância<sup>247</sup> manteve a decisão pelos mesmos motivos supramencionados.

No julgamento do recurso de cassação, a corte suprema espanhola compreendeu que a atividade esportiva de esqui é uma modalidade de risco. Entretanto, os proprietários das estações devem eliminar qualquer elemento natural ou não que eleve o risco, colocando os praticantes em situação de perigo extraordinário.

A teoria da assunção do risco aplica-se na espécie esportiva tratada. Contudo, para que haja a exclusão do nexos causal por conduta da vítima, devem inexistir obstáculos extraordinários e imprevisíveis aos atletas. O nexos causal no acidente narrado deu-se pela colisão do corpo da vítima com um canhão lançador de neve colocado pela ré – fato imprevisível e extraordinário para os atletas – e não sua exclusão pela assunção do risco por parte do esportista.

Além disto, há o dever da entidade proprietária da estação de esqui de gerenciar o risco, adotando condutas atenuantes – fato inexistente no caso em tela.

Por tais razões, o Supremo Tribunal da Espanha julgou parcialmente improcedente o recurso<sup>248</sup>, mantendo a condenação e alterando o valor da indenização.

<sup>247</sup> Decisão da primeira seção de audiência da província de Barcelona, processo nº 202/2005.

<sup>248</sup> O texto original é o seguinte: “*Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español. F A L L A M O S 1. Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, contra la sentencia de 20 de septiembre de 2006, dictada en grado de apelación, rollo n.º 202/05, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante del juicio ordinario nº 14/04, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, cuyo fallo dice: « Fallamos: » El Tribunal acuerda: Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por la entidad Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y por la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya contra la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, con expresa imposición de las costas respectivamente causadas por estos recursos a dichas apelantes. » Asimismo se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por D. Pelayo y Doña Evangelina, en su propio nombre y en representación de sus hijas menores de edad, Mariana, María Milagros y Elisenda, y, en consecuencia y revocando parcialmente la misma, se acuerda fijar en setecientos noventa mil doscientos veinte euros y sesenta céntimos (790 220,60 #) la indemnización a satisfacer a D. Pelayo y en ciento diez mil euros (110 000 #) la indemnización a satisfacer a Doña Evangelina y a las hijas comunes de ambos. » Se mantiene el resto de la resolución recurrida*



### 3.8 Futebol Amador

No dia 11 de setembro de 2005, o Sr. Eduardo<sup>249</sup> estava no estádio poliesportivo das Llanas de Sestao para disputar uma partida de futebol com nove amigos, entre os quais se encontrava o demandado, Sr. Ezequias, que proferiu “uma bolada” no olho esquerdo do autor,

---

*y no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la parte actora». 2. Casamos y anulamos en parte la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en el único punto relativo a la cuantificación de la indemnización correspondiente a los daños probados, manteniendo subsistentes los restantes pronunciamientos. 3. En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación en el particular relativo a la valoración económica de los daños concretados en la sentencia de la AP, que deberá hacerse en fase de ejecución de sentencia de acuerdo con las cuantías publicadas para el año 2001 por la Resolución de la Dirección General de Seguros de 30 de enero de 2001 (BOE de 9 de febrero). 4. No ha lugar a imponer las costas de este recurso”.*

A tradução livre é: “Pelo exposto, em nome do Rei e pela autoridade conferida pelo povo espanhol. F A L A M O S 1. Declara dar provimento parcial ao recurso interposto pela Ferrocarrils de la Generalitat da Catalunha, contra a decisão de 20 de setembro de 2006, emitida no âmbito da apelação, processo n.º 202/05, da primeira seção da Audiência Provincial de Barcelona, decorrentes do julgamento ordinário n.º 14/04, do juizado de primeira instância número 7 de Barcelona, cuja decisão disse: "FALAMOS:" o Tribunal decide: negou provimento aos recursos apresentados pela entidade Winterthur Seguros Gerais, companhia de seguros e resseguros e pela Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya contra a decisão datada de 15 de dezembro de 2004 emitida pelo juizado de primeira instância n.º 7 da comarca de Barcelona, condenando ao pagamento das custas causadas pelo recurso. Julgou, ainda, parcialmente procedente o recurso interposto contra essa decisão pelo Sr. Pelayo e pela Sra. Evangelina Pelayo, em seu próprio nome e em nome de suas filhas menores, Mariana, Maria Milagros e Elisenda, e, conseqüentemente, parcialmente a reverteu, foi acordado para definir em setecentos e noventa mil e duzentos e vinte euros a indenizar o Sr. Pelayo e cento e dez mil euros para satisfazer a Sra. Evangelina e as filhas comuns a ambos. Mantém-se o restante da decisão impugnada e não há pronunciamento especial sobre os custos causados por recurso de apelação interposto pelo autor. 2. Cassada e anulada parcialmente a decisão acima mencionada, que declarou nulas e sem efeito o único item relativo à quantificação da indenização por danos comprovados, mantendo os pronunciamentos restantes sobreviventes. 3. Em vez disso, acreditamos que em parte o apelo, em especial, a valoração econômica dos danos reais na decisão do AP, que deve estar em fase de execução da sentença, de acordo com os montantes para 2001. Publicado pela Resolução da Direção-Geral de Seguros em 30 jan 2001 (BOE de 09 de fevereiro). 4. Não é necessário impor custos ao recurso”.

<sup>249</sup> Como se compreende do acórdão, trata-se de um jogador de futebol amador e eventual, nota-se que a partida de futebol não era oficial, dita na linguagem futebolista como uma “pelada”, como define Aurélio Buarque de Holanda, *in* Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0, “jogo de futebol ligeiro, sem número certo de jogadores, em geral entre garotos ou amadores, e que se realiza em campo improvisado”.

quando, ao sofrer um “gol contra”, com raiva, chutou fortemente a bola sem perceber que se encontrava próximo o demandante. Em razão do acidente, o autor perdeu noventa por cento da visão esquerda. O juízo de primeira instância condenou o réu à quantia de 72.000 euros, pois o acidente não pôde ser considerado como um lance do jogo e, portanto, inexistente a aplicação da teoria da assunção do risco<sup>250</sup>.

Contra a mencionada sentença de primeira instância, a seguradora do demandado (Seguros Lagun Aro S.A.) interpôs apelação, que manteve a sentença de primeiro grau.

No julgamento do recurso de cassação, o Supremo Tribunal, primeira sala (sala cível), julgou improcedente o recurso<sup>251</sup>. Em síntese, exclui a aplicação da assunção do risco pela vítima, visto que, no caso em tela, o nexos causal foi um lance estranho à atividade desportiva – o jogador com raiva chuta fortemente a bola, sem tomar o cuidado devido com as pessoas que estavam à sua volta. Como se compreende do seguinte trecho de sua fundamentação<sup>252</sup>:

---

<sup>250</sup> O dispositivo da sentença do juízo de primeira instância nº 10 da comarca de Bilbao teve o seguinte teor: "*FALLO: Que estimando íntegramente la demanda formulada por D. Eduardo representado por el Procurador Sr. Villaverde y asistido del Letrado Sr. Alonso Olarra, contra D. Ezequias y Seguros Lagun Aro, S.A. representada por la Procuradora Sra. Jiménez y asistida del Letrado Sr. Gastaka, debo condenar y condeno a la parte demandada al pago al actor de 72.000 euros, así como a los intereses del art. 20 LCS respecto de la aseguradora desde el 11 de agosto de 2006 y los legales respecto del Sr. Ezequias con expresa condena en costas a la parte demandada.*" "DECIDO: juzgar procedente integralmente a demanda formulada pelo Sr. Eduardo representado pelo Procurador Sr. Vilaverde e assistido por Alonso Olarra contra Sr. Ezequias e Seguros Lagun Aro, S.A. representada pela Procuradora Sra. Jiménez e assistida pelo Sr. Gastaka, devo condenar e condeno a parte ré ao pagamento ao autor de 72.000 euros, assim como aos juros do art. 20 da Lei dos Contratos de Seguro relativo à seguradora desde o dia 11 de agosto de 2006, e os juros legais relativos ao Sr. Ezequias, com expressa condenação em custas da parte demandada”.

<sup>251</sup> Assim decidiu a Corte Suprema: "*En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey. FALLAMOS Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por SEGUROS LAGUN ARO SA, representada por la Procuradora Dña. Irene Jiménez Echevarría, contra la sentencia dictada el 8 de julio de 2.008 por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao , en los autos de Procedimiento Ordinario nº 152/07, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante. Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos*". Em tradução livre, “em virtude do Poder Jurisdiccional que nos confere a Soberania Popular e em nome do Rei. DECIDIMOS julgar improcedente o recurso de apelação interposto por SEGUROS LAGUNARO SA, representada pela Procuradora Dra. Irene Jiménez Echevarría, contra a sentença proferida em 8 de julho de 2008 pelo juízo de primeira instância nº 10 de Bilbao, nos autos do procedimento ordinário nº 152/06, DEVEMOS CONFIRMAR e CONFIRMAMOS a mesma, com expressa imposição das custas processuais causadas nesta alçada a parte apelante”.

<sup>252</sup> Texto em tradução livre, o trecho original é o seguinte: "*En definitiva, la realización de actividades deportivas llevan implícito un determinado riesgo de lesión, riesgo que los*

“a realização de atividades desportivas conduz implicitamente a um determinado risco de lesão, risco que os praticantes assumem, se bem que cabe apreciar a existência de ações ou omissões culposas atribuídas aos participantes em tais atividades como causa determinante do resultado lesivo que pode ser ocasionado, o que deve ser valorado sem aplicação da teoria do risco”.

Portanto, a teoria da assunção do risco não deve ser aplicada se onexo causal for a conduta do atleta não condizente com as normas desportivas.

### 3.9 Decisões Paradigmáticas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Gustavo Tepedino sustenta ser a personalidade um “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”<sup>253</sup>. Desta forma, a pessoa natural deve ser tutelada de qualquer espécie de violação afetante de sua personalidade. Na seara do Direito Civil-Constitucional, o ordenamento não se limita à norma positiva, mas abrange “todos os vetores de influência da sociedade”<sup>254</sup>. Neste diapasão, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho<sup>255</sup> elenca diversas proposições fundamentadoras da escola do Direito Civil-Constitucional, em que se destacam duas:

“... funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional;

...

---

*intervenientes en las mismas asumen, si bien cabe apreciar la existencia de acciones u omisiones culposas atribuibles a los participantes en tales actividades como causa determinante del resultado lesivo que pueda ocasionarse, lo que habrá de valorarse sin aplicación de la doctrina del riesgo”.*

<sup>253</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje*, in Tepedino, Gustavo. *Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 265.

<sup>254</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje*, in Tepedino, Gustavo. *Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 265.

<sup>255</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje*, in Tepedino, Gustavo. *Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 265.

Valorização da situação concreta e de suas especificidades sob a perspectiva da isonomia substancial, buscando-se tutelar, ao máximo, as diferenças – proteção especial aos idosos, crianças e adolescentes, portadores de necessidades especiais;

Outro aspecto relevante na contemporaneidade do Direito Civil é a interpretação. Pietro Perlingieri salienta que a interpretação deve condizer com a realidade social. Segundo o autor<sup>256</sup>,

“A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função unida ao ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence”.

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau evidencia ser o ordenamento jurídico “conformado pela realidade”<sup>257</sup>.

Na análise da aplicação da teoria do risco, devem ser levados em consideração valores aceitos socialmente.

### 3.10 Aceitabilidade Social

O dano ocorrido na prática desportiva deve considerar o aceite e tolerável pela sociedade, cujos valores variam no tempo e no espaço. Diferentemente da experiência espanhola, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de certo modo, leva em consideração tais aspectos. Como bom exemplo, há os supostos danos sofridos pelos árbitros. A corte fluminense leva em consideração condutas toleráveis no âmbito desportivo e, ainda, valores subjetivos, como a emoção, para descaracterizá-los. Como se evidencia nos casos a seguir elencados.

O primeiro caso é uma ação proposta por um árbitro em face de um técnico de futebol de uma equipe profissional do Estado do Rio de Janeiro devido à seguinte declaração dada ao final de uma partida: “Estamos no século 21, com TV mostrando tudo, e vem alguém aqui para nos roubar e ninguém fala nada. Isso é demais”. Em situações ordinárias, seria declarada uma ofensa à honra. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fundamentado em questões subjetivas – a emoção – e objetivas – atitude comum e previsível

---

<sup>256</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional*, tradução de Maria Cristina De Cicco, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72.

<sup>257</sup> GRAU, Eros Roberto. *Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea*. In Tepedino, Gustavo. *Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p.286.

na prática desportiva, desconsiderou a existência de dano, como se depreende da ementa do acórdão, que segue<sup>258</sup>:

“Dano moral - Árbitro de futebol - Inocorrência - Ausência de provas do suposto dano. Os árbitros de futebol, em razão da atividade que exercem, acabam por se expor a críticas mais contundentes. Se não constituem um fato normal, são, pelo menos, praticados com constância nos jogos. Críticas genéricas – "vem alguém aqui para nos roubar e ninguém fala nada" – advindas do calor emocional de partida de futebol, que se fazem da natureza deste esporte. A expressão "roubar", em situações como a presente, é usada muitas vezes com sentido diverso de seu verdadeiro significado, transparecendo mais a ideia de exercer inadequadamente o ofício de árbitro, atuar mal, o que soa como crítica esportiva usual. Ausência de quebra de razoabilidade nas ponderações. Indenização que apenas se faria presente se ocorrente colocação direta e injuriosa ou caluniosa. Princípio da bagatela que se aplica à reparação moral. É o que confirma a jurisprudência acerca do tema. Sentença de improcedência que se confirma. Recurso conhecido e desprovido”.

No segundo caso selecionado, um árbitro de futebol promove uma ação contra um atleta profissional, por ofensas proferidas ao final de uma partida entre o Clube de Regatas do Flamengo e o Botafogo Futebol e Regatas, devido a uma penalidade máxima (pênalti) marcada pelo autor contra o primeiro clube, ao qual pertencia o atleta, no derradeiro minuto da peleja. Na fundamentação da decisão, destaca o relator que “não se tem notícia de um único árbitro que não tenha sido chamado de ladrão, safado e outros adjetivos mais graves e, nem por isso, deixaram de ser cidadãos dignos, corretos e conscientes de seus atos ao olho da sociedade em que vivem”. A decisão leva em consideração a emoção produzida no esporte, o que o torna, como já dito, um espetáculo, em que todos, inclusive o próprio árbitro, são beneficiados. A seguir, transcreve-se a ementa para fins de verificação.

“Dano moral. Ofensas irrogadas ao árbitro de futebol por jogador. 1. Cerceamento de defesa não ocorrido. Ausência de prejuízo para o autor, cujo advogado alega doença impeditiva de comparecimento à audiência de instrução e julgamento, embora conste da procuração outro advogado. Inidoneidade da justificativa para a ausência deste advogado. Agravo retido não provido. 2. Expressões vulgares, assacadas contra árbitro de futebol, durante o calor da partida ou logo após a esta, não caracterizam por si sós ofensa à honra, a ensejar reparação por dano moral, principalmente quando tais expressões sequer

---

<sup>258</sup>258 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Couto. Processo nº 0034759-75. 2006.8.19.0001. (2008.001.39958). Data do julgamento: 03/12/2008.

abalaram o conceito de dignidade e de qualidade do árbitro perante a comunidade futebolística, inexistindo notícia nos autos de que tenha sido vetado para apitar outros jogos, em razão das alegadas ofensas. Xingamentos praticados por jogador de futebol que, justamente por elas, veio a ser expulso de campo, com previsão no Código Brasileiro de Futebol de punição grave ao jogador. Apelo não provido. (PCA)”.

(Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Paulo Gustavo Horta. Processo nº 0060766-85.1998.8.19.0001 (2000.001.07803). Data do Julgamento: 22/08/2000)

Por fim, um dos primeiros litígios após o advento da Constituição da República de 1988 entre árbitro e jogador de futebol – considerado o *leading case* – em que a corte considerou aspectos sociais para caracterizar a inexistência do dano moral. Tratou-se de uma demanda promovida por árbitro de futebol em face de atleta que, após uma partida entre Botafogo e Fluminense, que terminou empatada dando o título do primeiro turno do campeonato ao primeiro, acusou o autor de ter prejudicado seu clube (Fluminense), proferindo vários impropérios logo após o encerramento da disputa futebolística. Destaca-se que a imprensa divulgou com estrondo as declarações – como de costume, no âmbito do futebol. O Tribunal de Justiça entende ser aceitável a crítica proferida pelo atleta, podendo o árbitro punir o jogador na esfera desportiva – como, por exemplo, expulsando-o da partida – mas nunca ser merecedor de tutela civilista. A título de ilustração, destacam-se duas partes da fundamentação do acórdão. A primeira, em que o relator indaga “qual árbitro de futebol não foi chamado de ladrão?” e a segunda, que relata uma passagem na qual o conhecido árbitro José Roberto Wright, ao chegar em casa após uma partida, foi interpelado pelo seu filho, na época com sete anos, da seguinte forma: “Poxa, pai, você roubou o Flamengo...”. Desta feita, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar o litígio, levou em consideração os aspectos sociais e culturais na prática do esporte, como se nota no enunciado do acórdão<sup>259</sup>:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ÁRBITRO DE FUTEBOL. HONRA PESSOAL. DANO MORAL.

NÃO CONFIGURAÇÃO. Responsabilidade civil. Xingamento dirigido ao árbitro de futebol por atleta da equipe perdedora, logo em seguida ao encerramento da partida. A problemática da ofensividade, no interesse de examinar-se a configuração do dano moral. No palco das

---

<sup>259</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nona Câmara Cível. Desembargador Laerson Mauro. Processo nº 0060280-37.1997.8.19.0001 (2002.001.28132), data do julgamento: 15/04/2003.

disputas futebolísticas, envolvendo um esporte de massas que chega a ser alucinante, acaba sendo natural, participando até da cultura de nosso povo, a prática de xingamento de toda espécie envolvendo torcedores, jogadores, técnicos, árbitros e mesmo dirigentes. O que não é comum, significa dizer, o raro é termos uma partida de futebol em que não haja xingamento, mesmo entre equipes de pequena torcida, de pequeno apelo. A paixão clubística explica esse generalizado comportamento. Mas, passada a refrega, recobrada a normalidade da vida de cada um, já ninguém mais se lembra dos xingamentos – de quem xingou, de quem foi xingado, em que consistiu o xingamento –, sempre, porém, os mesmos termos e com idênticas motivações e oportunidades. Os árbitros de futebol são reconhecidamente os maiores e mais constantes alvos dessas práticas extravasadoras da paixão futebolística. E isto ocorre sempre que o árbitro erra na interpretação de um lance, ou mesmo quando apita corretamente, mas em detrimento de uma das equipes; sempre que o técnico substitui erradamente, ao ver dos torcedores; sempre que um jogador perde uma jogada bisonhamente ou imagina a torcida não esteja se empenhando devidamente. Os xingamentos no futebol não se apresentam com aquele teor de ofensividade inerente às contingências da vida normal. Eles são por natureza efêmeros, contingenciais, e não se expandem, nem ecoam, nem mesmo quando a imprensa, no interesse puramente econômico que a impulsiona, dá cunho sensacionalista à sua divulgação. O árbitro de futebol, em regra, não perde respeitabilidade no seio da família, da sociedade, dos negócios profissionais, porque foi xingado numa partida de futebol. Conta-se que o famoso árbitro José Roberto Wright, após um jogo em que o Flamengo não se teria dado bem, ao chegar em casa, fora advertido por seu filho de 7 anos, torcedor rubro-negro, garoto de bom gosto: "Poxa pai, você roubou o Flamengo..." (O Globo, 06/05/97, pag. 33). A própria Federação a que esteja vinculado não restringe a sua escalação em virtude desses fatos corriqueiros. Qual o árbitro que já não foi xingado, em nosso país? –Aquela pessoa dotada de grande sensibilidade não deve ingressar nessa profissão. Ora, se esses xingamentos são normais nas disputas futebolísticas, e não desmerecem a respeitabilidade das vítimas, não podem configurar dano moral. E quando caracterizarem conduta antiesportiva, a aplicação dos próprios regulamentos disciplinares resolve o problema, apaziguando as relações subjetivas no âmbito do respectivo segmento esportivo. Os impropérios assacados pelo então jogador de futebol Renato Gaúcho contra o conceituado árbitro Carlos Elias Pimentel, após a partida Botafogo X Fluminense, realizada em 04/05/97, a quem culpou pelo resultado que desagradou a equipe tricolor, não obstante divulgados com estardalhaço e conveniência pela imprensa, por se situarem naquela faixa de normalidade das reações apaixonadas ocorridas em meio às disputas futebolísticas, muito mais próximas de uma postura de críticas contundentes à

atuação do mediador, não apresentam potencial ofensivo apto a configurar dano moral. Assaques sem propósito de ofender a honra do Autor, árbitro da FIFA, educador eficiente, não o desmereceram nem no ambiente esportivo, nem no profissional, nem no social e familiar, sendo certo que, mesmo após o fato, continuou a merecer e receber a mesma estima, a mesma confiança e o mesmo acatamento por parte de todos, e prosseguiu escalado, inclusive, para apitar outras importantes partidas de futebol. Sentença que bem observou essas diretrizes, assim a merecer confirmação pelos próprios termos. Vencida a Des. Gizelda Leitão Teixeira.”

A cultura esportiva, aceita pela sociedade, considera normais, portanto aceitáveis, agressões verbais ao árbitro ou mesmo a outro atleta.

Desta feita, ao exercer atividade de árbitro, assume o agente o risco de uma possível agressão verbal, aceita socialmente e, por conseguinte, excludente de responsabilidade civil, por inexistência do nexa causal. Destaca-se que a incidência da teoria da assunção do risco se dá não apenas no dano físico, mas também no da honra.

A mesma conclusão é possível quando da agressão verbal entre desportistas. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou o caso em que atleta amador proferiu agressões verbais a outro jogador, após sofrer o gol. O Poder Judiciário entendeu, que pelo ânimo normalmente exaltado na prática de certas modalidades esportivas, inexistente ofensa, tendo, por conseguinte, julgado o feito como improcedente, como se verifica na ementa do acórdão<sup>260</sup>:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. AGRESSÕES VERBAIS. PARTIDA DE FUTEBOL. JOGADOR QUE SOFRE GOL. ACHINCALHES POR PARTE DO OUTRO PARTICIPANTE. INEXISTÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE LESÃO À HONRA DO AUTOR. SUSCETIBILIDADE DAS PARTES. Considerando ser subjetiva a responsabilidade do Réu, era do Autor o dever de provar o fato constitutivo do seu direito, ou seja, a prova do ato ilícito imputado na inicial, nos moldes do art. 333, I, do CPC. Nas disputas futebolísticas os ânimos se encontram normalmente exaltados, não sendo incomuns as agressões entre os jogadores, o que não raro chega às vias de fato. E se tal assertiva não justifica, por si só, a improcedência do pedido inicial, serve, ao menos, para mitigar o juízo de valor a ser aferido em situações tais. RECURSO IMPROVIDO”.

Diferente deve ser a interpretação se o comportamento do agente é excessivo, inaceitável no ambiente desportivo. Elege-se o litígio entre dois jogadores amadores de

---

<sup>260</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador José C. Figueiredo. 0004859-76.2004.8.19.0014 (2006.001.03798). Data do julgamento: 29/03/2006.



futebol, em que, após uma partida, o réu proferiu xingamentos e socos no autor. Comparado aos casos anteriores, evidencia-se aí clara distinção. Nas anteriores, trata-se de comportamento societário comum; na última, algo repudiável, merecedor de tutela judicial. O teor da ementa é o seguinte<sup>261</sup>:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por danos morais. Insultos feitos ao autor, pelo réu, seguidos de tapas e chute, após partida de futebol, em condomínio residencial e da qual participaram, no mesmo time. Sentença de procedência que se confirma, quanto ao mérito, diante da prova dos autos, apontando para o procedimento ofensivo do réu, que iniciou as agressões verbais e físicas ao autor. Ausência de prova da alegada culpa concorrente. Provimento parcial do apelo, no tocante à contagem dos juros moratórios e correção monetária.”

O esporte insere-se na sociedade, e assim deve ser concebido com os seus valores. Desta forma, condutas e práticas inaceitáveis, em um tempo ou em um espaço, tornam-se válidas em outro. Como, por exemplo, o pugilato romano<sup>262</sup>, a briga de galo<sup>263</sup> e a tourada<sup>264</sup>. O mesmo ocorre na conduta dos participantes – sejam eles atletas, árbitros ou espectadores – variantes de uma modalidade para outra. Os casos anteriormente citados referiam-se à prática do futebol, considerado uma paixão nacional, levando a atos extremados. Contudo, em outras modalidades, espera-se comportamento distinto. À guisa de exemplo, narra-se caso concreto em que o pai de uma atleta juvenil promoveu demanda em face da Federação de Basquete do Estado do Rio de Janeiro, visto que o autor fora impedido de ingressar nos ginásios devido a mau comportamento, fato divulgado na internet – no site oficial da ré – o que teria, na visão do autor, lhe causado constrangimento motivador de dano moral. As decisões judiciais de primeira e segunda instância foram pela improcedência do pedido. Entre outros fundamentos, destaca-se o trecho do acórdão que considera a conduta do autor como exacerbada, ao torcer

---

<sup>261</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível. Relatora Desembargadora Helena Bekhor. Processo nº 0001868-61.2003.8.19.0209 (2005.001.22914). Data do julgamento: 29/11/2005.

<sup>262</sup> Prática admissível durante o império romano, com grande popularidade em virtude da violência, sendo que os atletas utilizavam “cestos nas mãos para aumentar o impacto nos adversários” (TUBINO, Manoel José Gomes, TUBINO, Fábio Mazon e GARRIDO, Fernando Antônio Cardoso, op cit. p. 22).

<sup>263</sup> Plenamente aceito na sociedade brasileira nos séculos XIX e boa parte do século XX, que levou Machado de Assis, em 1873, a denominar o local da prática desportiva como “Jockey Club dos pobres” (ASSIS, Joaquim Maria Machado de. Quem conta um conto, publicado originalmente em Jornal das Famílias, fevereiro, 1873, disponível em <<http://machado.mec.gov.br/images/stories/pdf/contos/macn046.pdf>>, acesso em: 25 nov 2011.

<sup>264</sup> Prática, ainda hoje, amplamente aceita na Espanha.

pela equipe de basquete em que sua filha era atleta, não havendo dano pela divulgação da proibição na internet, como se compreende na ementa<sup>265</sup>:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. COMPORTAMENTO INAPROPRIADO E AGRESSIVO DE PAI DE ATLETA EM JOGOS ORGANIZADOS POR FEDERAÇÃO DE BASQUETE. DIVULGAÇÃO, NO SITE DA INTERNET DA FEDERAÇÃO, DE PROIBIÇÃO DA PRESENÇA DO AUTOR NOS JOGOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ILICITUDE OU ABUSO DE DIREITO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

Nota-se uma distinção de tratamento no caso concreto. O comportamento ordinário do torcedor no futebol não é igual ao do basquete, principalmente nas categorias de base, em que o ambiente é caracterizado por ser familiar, não atraindo, por exemplo, membros de torcidas organizadas. Assim, o vetor social é distinto de acordo com a modalidade e a categoria da prática desportiva.

Contudo, esta distinção é difícil de ser realizada. Deste modo, há decisões judiciais que levam em consideração a aceitação social, mas a limitam ao ambiente desportivo; outras permitem condutas além do ambiente esportivo, desde que tenha sido realizado em decorrência da prática desportiva, como se nota na ementa do acórdão abaixo<sup>266</sup>:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ENTREVISTA PUBLICADA NA IMPRENSA ESCRITA. ÁRBITROS DE FUTEBOL. OFENSAS PÚBLICAS QUE EXTRAPOLARAM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições etc. deve ser reparado. Restando comprovado que a crítica veiculada pelo réu não se limitou ao desempenho técnico-profissional dos autores após o término da partida de futebol, não obstante os próprios autores reconhecerem a ocorrência de alguns erros que poderiam ter sido evitados, indiscutível é que as ofensas que lhes foram dirigidas através de jornal de grande circulação, e com distribuição por todo o território nacional, atentaram contra a honra e à imagem de ambos, extrapolando os

<sup>265</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador André Andrade. Processo nº 0104654-94.2004.8.19.0001 (2007.001.18732). Data do Julgamento: 03/10/2007

<sup>266</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Relator: Maldonado de Carvalho. Processo nº 0064496-89.2007.8.19.0001.

limites da liberdade de expressão e opinião. PROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO (DOS AUTORES). PREJUDICADO O SEGUNDO (DO RÉU)”.

Em outro caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mesmo sendo a ofensa feita por meio de jornal, portanto, fora do evento esportivo, o ato praticado pelo crítico não constitui dano moral. Como se repara na ementa<sup>267</sup>:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ÁRBITRO DE FUTEBOL. PUBLICAÇÃO OFENSIVA. INEXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA. LIBERDADE DE IMPRENSA. Crítica jornalística. Dano moral. Solidariedade entre a empresa e o colunista. Súmula 221 do STJ. Crítica que, apesar de desagradável, não induz a existência do intuito ofensivo. O árbitro de futebol deve estar preparado para ser criticado, face à natureza irrecorrível de suas decisões. Dirimente do artigo 27, inciso VIII, da Lei de Imprensa. Ausência de ilicitude que exclui o dever de indenizar. Apelação desprovida”.

A divergência no interior de um tribunal é normal, parte da função estatal. Assim, no caso acima, aparenta existir uma antinomia entre as decisões. Contudo, as circunstâncias objetivas foram distintas. No primeiro caso, a crítica utiliza palavras comuns ao ambiente futebolístico, que poderiam ser inadmissíveis em outro. Ademais, a aceitabilidade social não é absoluta. Se o jornalista ou cronista extrapola no uso de adjetivos, haverá responsabilidade civil. Do contrário, se agiu com linguajar comum ao esporte, haverá a exclusão do nexo causal.

### 3.11 Vulnerabilidade da Vítima

Outro fator relevante na teoria do risco na exegese civil-constitucional é a vulnerabilidade da vítima. Um atleta amador e menor não pode ser equiparado a um profissional. A criança e o adolescente, como percebe Capelo de Souza<sup>268</sup>, são portadores de uma dose de fragilidade e credores de “respeito e ajuda da família, da sociedade e do Estado”

<sup>267</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Câmara Cível. Relator Bernardo Moreira Garcez Neto. Processo nº 0150592-83.2002.8.19.0001 (2004.001.14275). Data do Julgamento: 31/08/2004.

<sup>268</sup> SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 168.

em todos os segmentos da ordem jurídica, inclusive, por conseguinte, na seara do esporte. Ainda, o autor<sup>269</sup> destaca que

“são essas virtualidades e carências, na personalidade dos menores, que podem tornar ilícitos, e como tais suscetíveis de responsabilidade civil, certos atos que o não seriam se praticados entre maiores ou que, por lesão da personalidade específica do menor, podem tornar significativos ou mais extensos os respectivos danos”.

Nos casos concretos a seguir, verifica-se tal preocupação do tribunal fluminense.

A primeira demanda foi proposta pela família de um jovem de quatorze anos de idade, atleta que veio a falecer atingido por um raio durante um treinamento em campo de futebol. A vítima integrava a categoria infanto-juvenil do clube de futebol réu da ação. Entendeu o Tribunal de Justiça que, apesar de o raio ser um fenômeno da natureza, não se caracterizou o caso fortuito. Isto porque o réu não descuidou cuidados elementares na prevenção dos menores que ficam sob sua guarda. Assim, a egrégia corte levou em consideração condições subjetivas, principalmente a menoridade. Evidencia-se na ementa a preocupação do órgão julgador<sup>270</sup>, como se lê:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. CLUBE DE FUTEBOL. ACIDENTE NAS DEPENDÊNCIAS DE CLUBE. VÍTIMA MENOR SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CULPA. RECONHECIMENTO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO. AUSÊNCIA DANO MATERIAL. DESCABIMENTO. DANO MORAL. REDUÇÃO DO VALOR. PROVIMENTO PARCIAL. RECURSO ADESIVO. RECURSO PREJUDICADO. Responsabilidade civil. Acidente por raio. Vítima, menor de idade sem atividade remunerada. Dano material e dano moral. Descabimento do primeiro. Cabimento do segundo. Provimento parcial. Recurso adesivo prejudicado.

Em outro caso, um aluno sofre um acidente durante aula de educação física, tendo o dedo amputado por ter se dependurado indevidamente no travessão da baliza de futebol, longe dos olhares do professor. Apesar da conduta da vítima, entendeu o Tribunal de Justiça, na demanda proposta pelo menor em face do Estado do Rio de Janeiro, que é dever estatal

---

<sup>269</sup> SOUZA, Rabindranath, op. cit. p. 169.

<sup>270</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Ruyz Alcantara. Processo nº 0025966-31.1998.8.19.0001. (2001.001.18041). Data do Julgamento: 24/09/2002.

garantir a integridade física dos alunos, devendo utilizar-se de todos os meios necessários, em virtude da vulnerabilidade da vítima, como se compreende na leitura da ementa<sup>271</sup> que segue:

“Fazenda estadual. Responsabilidade civil. Acidente em aula de educação física. Aluno que tem o dedo amputado por anel, quando se dependurou no travessão da baliza de futebol. Omissão dos professores. Dever estatal de preservar a integridade física dos alunos. Obrigação de utilizar todos os meios necessários ao desempenho desse encargo. Aplicação das normas da responsabilidade subjetiva. Indenização reduzida de trinta para 15 mil reais. Juros de mora de seis por cento ao ano. Incidência do artigo 1.º-F da Lei 9494 (redação da MP 2180-35). Descabidos honorários em favor da Defensoria Pública: Súmula 80 do TJ-RJ. Provimento parcial do recurso fazendário. Retificação em reexame necessário. Prejudicado o recurso adesivo. Vencido o revisor.

Quando a vítima é uma criança ou adolescente, a instituição promotora do evento esportivo, como por exemplo o clube ou colégio, há necessidade do cuidado, que conforme Heloísa Helena Barboza<sup>272</sup> tem natureza de dever jurídico. Destaca a autora ser o cuidado “uma atitude em relação ao outro, um nodo de ser mediante o qual a pessoa sai de si e se centra no outro com desvelo e solicitude. ... Inclui a ideia de responsabilidade, ...” Nota-se que, no caso concreto, há violação por parte da escola pública (Estado) do dever do cuidado.

### 3.12 Circunstâncias Objetivas da Prática Desportiva

Outro fator revelado pela corte do Estado do Rio de Janeiro é a circunstância da prática desportiva. Não se pode analisar da mesma forma uma partida profissional e uma prática recreativa, mesmo que a expectativa de vitória seja a mesma. Assim, não se busca a intenção do agente, mas a conduta esperada diante da espécie desportiva. No caso a seguir, materializa-se o critério objetivo.

---

<sup>271</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Processo nº 0076979-59.2004.8.19.0001 (2007.001.06730). Data do julgamento: 04/07/2007.

<sup>272</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. *In* PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. Cuidado e Responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 87.

Trata-se de demanda proposta por atleta amador em face de outro. Durante uma partida de futebol o autor foi atingido por trás, em uma jogada denominada de carrinho na linguagem futebolística, sofrendo fratura óssea, rompimento dos ligamentos internos e externos, lesão da medula ligamentar e afetação da bainha dos tendões. A sentença de primeiro grau, com fundamento na prática normal da atividade desportiva, julgou improcedente a demanda.

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deferiu apelação, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, este na alçada de trezentos salários mínimos. O fundamento da decisão fora a circunstância objetiva da prática desportiva. A conduta de um atleta profissional não é a mesma de esportista amador, que realiza sua atividade como lazer. O primeiro é movido por interesses econômicos, o que justifica uma ação mais ríspida e uma assunção maior do risco. Diferente do segundo, motivado, apenas, pelo lazer. Na fundamentação do acórdão<sup>273</sup>, depreende-se a análise feita:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. JOGADOR DE FUTEBOL ATLETA AMADOR. LESÃO CORPORAL. CULPA. DANO MATERIAL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. Ação de indenização por dano material e moral em decorrência de acidente sofrido em partida de futebol, alegando o autor que foi lesionado por ter o adversário aplicado "carrinho". Oportuna é a indicação de prova oral que o réu faz na contestação, com ela juntando rol de testemunhas, nos termos do art. 300 do CPC. Embora não caracterizado o dolo na conduta do réu, representa esta desvio de conduta esperada dos partícipes de jogo de futebol recreativo, no qual não se admite aos competidores atos de risco à integridade física dos demais jogadores, de modo que imprudente foi o atuar do réu. Caracterizada a culpa, o dano grave e o nexos causal, condena-se ao pagamento dos danos materiais já comprovados nos autos e dos danos morais no equivalente a 300 salários mínimos vigentes nesta data e corrigidos pelos índices oficiais daqui para a frente. (MCG)

Obs.: Ementa dos Embargos de Declaração: “Embargos de Declaração. Dá-se acolhimento aos Embargos de Declaração para declarar a omissão ocorrida e condenar a parte vencida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação”.

---

<sup>273</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Desembargadora Maria Augusta Vaz. Processo nº 0168644-35.1999.8.19.0001 (2001.001.07074) Data do julgamento: 10/07/2001.

Evidencia-se que, caso não haja nenhuma circunstância objetiva e se o acidente decorra da prática natural do esporte, inexistirá responsabilidade civil, como ocorreu na demanda promovida por uma aluna de uma escola de equitação que, no terceiro mês de aula, caiu do cavalo, tendo sido pisoteada pelo mesmo, motivo pelo qual submeteu-se a cirurgia reparatória na mão.

Esclareça-se, que no caso em tela, não havia nenhuma situação de vulnerabilidade ou elemento social impositivo de responsabilidade. Na verdade, tratou-se de uma atividade de risco a que se submeteu atleta iniciante, o que levou à improcedência do pedido. Não paira dúvida sobre ser o hipismo uma atividade de risco, em razão de o animal ser o principal objeto da prática. É notório, em todos os segmentos sociais, o conhecimento de acidentes ocorridos no montar cavalos. O trecho da sentença proferida pelo órgão de primeiro grau é concludente:

“Ocorre que a atividade à qual se submeteu a autora é sabidamente de risco, envolvendo animal de grande porte, o qual pode ter reações inesperadas.

[...]

A autora veio a cair do cavalo, o que pode ocorrer com qualquer pessoa que se predispõe a montar animal daquela espécie. Tivesse ela demonstrado ter o instrutor determinado a prática de manobra arriscada, ou para a qual ainda não havia sido treinada, seria deste a responsabilidade pelo ocorrido. Contudo, a autora nada provou nesse sentido, transcorrendo as aulas, em princípio, dentro da normalidade.”

A ementa do acórdão<sup>274</sup> seguiu a mesma linha:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. QUEDA DE ANIMAL. LESÃO SOFRIDA NA MÃO. PISADA DE CAVALO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDOTA DA PARTE RÉ E O DANO SOFRIDO PELA AUTORA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A autora, no terceiro mês de aula de equitação, caiu do cavalo, tendo a mão pisoteada pelo cavalo, motivo pelo qual foi submetida à cirurgia reparatória. Em que pese a relação existente entre as partes ser de consumo, com responsabilidade objetiva por parte da prestadora do serviço, verifica-se que o fato ocorrido com a ora recorrente decorreu de caso fortuito ou força maior.

---

<sup>274</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Oitava Câmara Cível. Desembargador: Jorge Luiz Habib. Processo nº 0119616-25.2004.8.19.0001. Data do julgamento: 16 de novembro de 2010.

Não restou demonstrado nexó de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da ré. DESPROVIMENTO DO APELO”.

### 3.13 Conclusão do Capítulo

O paralelismo entre as duas cortes permite concluir ser a assunção do risco uma teoria necessária no julgamento dos feitos relativos aos danos sofridos na prática desportiva. Contudo, evidencia-se a necessidade de apreciá-los com sustentáculo constitucional. Os valores e princípios enumerados na Constituição, principalmente a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a vulnerabilidade da vítima, devem ser atendidos.

As decisões espanholas são válidas, porém com eficácia relativa. Isto porque, apesar dos valores previstos nas Cartas Magnas das nações serem muitos próximos, falta a funcionalização à suprema corte espanhola, seguindo um caminho contrário aos valores constitucionais. Desta feita, Luiz Edson Fachin<sup>275</sup> destaca o papel do operador do direito que tem o desafio de

“apreender extra-sistematicamente o sentido de possibilidade da constitucionalização como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão”.

Aspectos subjetivos e objetivos são fundamentais na análise dos danos. A vulnerabilidade da vítima, a aceitabilidade social da conduta e circunstâncias objetivas da atividade desportiva devem ser consideradas nos julgamentos dos litígios esportivos na seara da responsabilidade civil.

Por fim, fundamentando a conclusão exposta, tem-se o pensamento de Pietro Perlingieri<sup>276</sup>:

“... levar em consideração que a passagem da lei ao direito é um processo contínuo, constituído pelo impacto com a peculiaridade do fato, em uma atividade hermenêutica que tem como parâmetro privilegiado os valores-guia da Constituição, assumidos pela

---

<sup>275</sup> FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil-constitucional no Brasil. *In* Matos, Ana Carla Harmatiuk. A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 228.

<sup>276</sup> PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. *In* Tepedino, Gustavo. Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.



historicidade e pela totalidade da experiência, em um justo equilíbrio entre o dever-ser e o ser; sem perigosas concessões em relação ao pragmatismo e ao niilismo; e sabendo colher a natureza desses interesses e desses valores em conflito, ponderando-os – em relação ao caso concreto – segundo a axiologia constitucional, pronto a reconhecer nos aspectos valorativos de descontinuidade, o respeito à tradição, fatores, a um só tempo, de promoção e de garantia do pacto constitucional”.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho, procurou-se analisar a teoria da assunção do risco concebida no direito francês, com marcos da *commow law*, à luz do direito civil-constitucional.

Originariamente, a liberdade é um atributo da personalidade. Assim, desenvolveu-se o conceito de liberdade. Iniciando nas concepções agostinianas, que via o livre-arbítrio numa concepção divina, passando pelo período iluminista e, também, pelo individualismo, quando a liberdade é admitida como negativa. Na contemporaneidade, a liberdade não é absoluta, tendo como baliza a dignidade da pessoa humana.

Neste trabalho, a dignidade da pessoa humana foi concebida como um valor intrínseco, inseparável do homem, independentemente das condições subjetivas do agente, diferente do que se deu na antiguidade clássica, em que se referia ao grau de reconhecimento e notoriedade do indivíduo dentro da comunidade em comparação com os outros membros, produzindo uma modulação entre os seres humanos. Nota-se que o objetivo era a distinção entre os homens, fator distinto na atualidade.

A dignidade da pessoa humana não se origina de uma imposição normativa, mas sim da evolução histórica da humanidade, encontrando raízes na antiguidade e no cristianismo, tendo relevo após as grandes guerras.

Para a construção da aceção da dignidade na contemporaneidade, não se pode esquecer a visão kantiana, que a concebia como qualidade nata da pessoa humana, justificando a obediência à doutrina moralista.

Desta feita, a dignidade da pessoa humana é uma característica concreta do homem, e não mera situação hipotética. Por tal razão, ao final da segunda guerra, como consequência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, todas as constituições trouxeram menção à dignidade da pessoa humana, inclusive a alemã, de 1949. Diferente não foi a

experiência brasileira, em que a atual Carta a apresenta como um fundamento da República (artigo 1º, III).

Procurou-se, ainda, demonstrar que o risco deve ser analisado levando-se em consideração os critérios subjetivos e objetivos relacionados ao dano. Para que se analise a incidência ou não da teoria da assunção do risco, precipuamente na prática desportiva, é mister a análise de valores, princípios e condições, com destaque para a vulnerabilidade e a aceitabilidade social.

O esporte é fruto das relações sociais, insere-se na cultura de uma nação. Desta feita, uma conduta, normalmente considerada ofensiva, quando praticada no seio esportivo, é aceita socialmente, como por exemplo as ofensas aos árbitros, analisadas no capítulo terceiro diante dos julgados realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Como visto no capítulo segundo, o Direito Desportivo é examinado pela doutrina especializada como um ramo autônomo da ciência jurídica, com princípios e normas próprias. Entretanto, essa autonomia é relativa, não atingindo os danos civis, que devem ser analisados à luz dos princípios e valores do Direito Civil-Constitucional, não merecendo tutela própria. Desta feita, os valores e princípios constitucionais devem ser aplicados.

O risco, objeto central da assunção, concebeu-se em duas acepções: a subjetiva – sem base científica, percebida por meio de conhecimentos empíricos – e a objetiva, mensurável e real, obedecendo às normas da probabilidade. Neste sentido, nem todos os acontecimentos imprevistos podem ser considerados como produto do risco.

Ademais, a assunção do risco varia de acordo com aspectos sociais e individuais. Para que possa ser estudada no ordenamento jurídico, é importante analisar de que modo ocorreu a conduta do agente. No esporte, devem ser considerados valores individuais, como a idade e o sexo do agente, e sociais, como a aceitação da conduta. Assim, varia de modalidade a aceitação do risco.

Na prática desportiva amadora ou recreativa, devido à formação física e à finalidade, o grau de risco tolerável pelo agente é menor do que na prática profissional, principalmente no dito esporte-espetáculo, em que a vantagem financeira auferida por todos, inclusive o atleta, passa por maior grau de exposição ao risco.

A análise dos julgados do Supremo Tribunal da Espanha e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi importantíssima para a constatação da teoria. Na primeira corte, verificou-se um estágio pretérito ao nacional. A assunção do risco é vista de forma isolada, sem levar em consideração valores e princípios constitucionais, diferentemente do Tribunal de

Justiça local, em que a cultura, modalidade e características do agente são levadas em consideração.

Assim, por fim, têm-se as principais conclusões deste trabalho:

- 1) O esporte merece estudo por parte da academia jurídica. É importante conceituá-lo e classificá-lo, para que possam ser analisados os litígios decorrentes de sua prática.
- 2) Reconhece-se a autonomia do Direito Desportivo, porém relativa.
- 3) Os danos materiais e morais surgidos durante a execução do esporte devem ser julgados com base nos preceitos do Direito Civil-Constitucional e não pelos do Direito Desportivo.
- 4) O risco deve ser concebido de forma científica, com fulcro na probabilidade e na percepção do agente;
- 5) A conduta livre do agente é limitada pelos valores e princípios constitucionais;
- 6) A dignidade precede à liberdade. Esta é relativizada por aquela.
- 7) A assunção do risco, se presentes os princípios e valores constitucionais, deve ser considerada;
- 8) Na análise dos litígios decorrentes da prática desportiva, além da dignidade da pessoa humana, consideram-se a aceitabilidade social, a vulnerabilidade da vítima e as circunstâncias da prática desportiva.
- 9) A aceitabilidade social varia no tempo e no espaço. Enquanto que as circunstâncias da prática desportiva ponderam-se, também, de acordo com a modalidade.
- 10) Presentes os pressupostos acima, a assunção do risco conduz à exclusão do nexo causal, ao lado da culpa exclusiva, sendo considerada uma espécie autônoma de conduta da vítima.
- 11) Para que haja aplicação da teoria da assunção, a vítima não deve estar em situação de vulnerabilidade, a conduta do suposto agressor deve ser aceita pela sociedade e, por fim, deve ser feita a análise das circunstâncias objetivas.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, John. Risco, trad. Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALCOZ, María Medina. *La assunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*. Madri: Dykinson, 2004.

ALMEIDA, Marco Antônio Bettine; GUTIERREZ, Gustavo Luís; MARQUES, Renato Francisco Rodrigues. A transição do esporte moderno para o esporte contemporâneo: tendência de mercantilização a partir do final da guerra fria. Primeiro Encontro da ALESDE “Esporte na América Latina: atualidade e perspectivas” [ANAIS] UFPR - Curitiba - Paraná – Brasil 30, 31 out e 1 nov 2008, Disponível em: <<http://www.alesde.ufpr.br/encontro/trabalhos/9.pdf>>, acesso em 14 out 2011.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar no direito brasileiro: Superação da teoria tradicional da responsabilidade civil. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. p. 50. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/5950>

AMARAL, Francisco. *Direito Civil, introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? *In: Bioética e responsabilidade*, organizadores: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, trad. Edson Bini, 3ª ed. Bauru: Edipro, 2009.

BARBANTI Valdir, O que é esporte, Disponível em: <<http://www.eferp.usp.br/paginas/docentes/Valdir/O%20que%20e%20esporte.pdf>>, acesso em: 8 de Julho de 2009.

BARBIERI, Pablo Carlos. El Derecho Deportivo: necesidad de su estudio y desarrollo, *in* Revista Imes Direito, nº 04, Ano IV, janeiro/junho de 2004. São Caetano do Sul: Universidade Municipal de São Caetano do Sul, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. *In* PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

BABYLONIAN TALMUD: Tractate Kethuboth, folha 9A, Disponível em: <[http://www.come-and-hear.com/kethuboth/kethuboth\\_9.html](http://www.come-and-hear.com/kethuboth/kethuboth_9.html)>, acesso em 8 jul. de 2001.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria Geral do Dano: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios, trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERNSTEIN, Peter. Desafio aos deuses: a fascinante história do risco, 23ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 11ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONSI JÚNIOR, Luiz. O problema jurídico-civil do nexo causal. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19908/O%20problema%20Jur%c3%adico.pdf?sequence=1>>, acesso em 17 out. de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. REsp 1133257 / RJ. Recurso Especial 2009/0064907-9. Data do Julgamento: 27/10/2009.

BRASIL. São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Silveira Paulilo. Apelação nº 7.314.073-5. Data do Julgamento: 21/1/2009.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Couto. Processo nº 0034759-75. 2006.8.19.0001. (2008.001.39958). Data do julgamento: 03/12/2008.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nona Câmara Cível. Desembargador Laerson Mauro. Processo nº 0060280-37.1997.8.19.0001 (2002.001.28132), data do julgamento: 15/04/2003.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador José C. Figueiredo. 0004859-76.2004.8.19.0014 (2006.001.03798). Data do julgamento: 29/03/2006.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível. Relatora Desembargadora Helena Bekhor. Processo nº 0001868-61.2003.8.19.0209 (2005.001.22914). Data do julgamento: 29/11/2005.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador André Andrade. Processo nº 0104654-94.2004.8.19.0001 (2007.001.18732) Data do Julgamento: 03/10/2007.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Ruys Alcantara. Processo nº 0025966-31.1998.8.19.0001. (2001.001.18041). Data do Julgamento: 24/09/2002.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto. Processo nº 0076979-59.2004.8.19.0001 (2007.001.06730). Data do julgamento: 04/07/2007.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Desembargadora Maria Augusta Vaz. Processo nº 0168644-35.1999.8.19.0001 (2001.001.07074) Data do julgamento: 10/07/2001.

BRASIL. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Oitava Câmara Cível. Desembargador: Jorge Luiz Habib. Processo nº 0119616-25.2004.8.19.0001. Data do julgamento: 16 de novembro de 2010.

BRACHT, Valter. Sociologia crítica do esporte, uma introdução, 4ª ed. Ijuí: Unijuí, 2011.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal, tomo 1º. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.

BUNGE, Mario. Causalidad: el principio de causalidad en la ciencia moderna. 3ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARRO, Miguel Cardenal. Derecho y deporte, las relaciones laborales en el deporte profesional. Cuadernos nº 03 da Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo da Universidad Rey Juan Carlos. Reimpressão digital, 2009, Disponível em: <<http://www.derechodeportivo.es/images/stories/Cuaderno%203.pdf>>, acesso em: 20 out 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito Civil, 9ª edição. São Paulo: Atlas, São Paulo, 2010.

CÍCERO, Marco Túlio. Dos Deveres, trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática, São Paulo, 2000.  
\_\_\_\_\_. O que é ideologia. São Paulo: Brasiliense, 2006.

CONFALONIERI, Juan Ángel. ¿Derecho Deportivo?. Cuadernos de Derecho Deportivo, volume I, agosto 2001. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, Villela Editor, 2001.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Revista Filosofia Política n 02, 1985, p. 1, Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>, acesso em: 23 abr. 2011.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé. Paris: [s.n.], 1988. Curso ministrado à Faculdade de Direito e Ciências Políticas de St. Maur (Paris, XII)

CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexu causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Programa de Direito Civil, parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DESCARTES, René. Discurso do método: meditações, tradução: Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DIAS, Cleber Augusto G.; MELO, Victor Andrade de, ALVES JÚNIOR, Edmundo D. Os estudos dos esportes na natureza: desafios teóricos e conceituais. Revista Portuguesa de Ciências do Desporto, volume 7, suplemento 3, 2007.

DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil . 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Derecho al deporte y derecho del deporte, *In*: Cuadernos de Derecho Deportivo, nº 01, año 2001. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

DOUGLAS, Mary. Risk and blame - essays in cultural theory. London: Routledge, 1992.

DUARTE, Orlando. História dos esportes, 3ª edição. São Paulo, Senac São Paulo, 2004, p. 13.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Madri: Francisco Beltrán, 1920.

ESMEIN, Paul. L`idée d`acceptation des risques en matière de responsabilité civile. *In*: Revue internationale de droit comparé. vol. 4, nº4, Octobre-décembre 1952, p. 689, disponível em [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc\\_0035-3337\\_1952\\_num\\_4\\_4\\_6941](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1952_num_4_4_6941)

ESPANHA, Supremo Tribunal da Espanha, sala cível, número do recurso: 534/2004, número da resolução: 1055/2008, relator: Ignacio Sierra Gil De La Cuesta, data do julgamento: 05 de novembro de 2008.

ESPANHA, Supremo Tribunal da Espanha, Recurso de cassação julgado, sala cível, número do recurso 2.209/2006, número da resolução nº 64/2011, relator Juan Antonio Xiol Rios, data do julgamento 09 de fevereiro de 2011.

ESPANHA, Processo nº 1.273/2003 da comarca de Barcelona, sentença proferida em 15 de dezembro de 2004.

ESPANHA, Decisão da primeira seção de audiência da província de Barcelona, processo nº 202/2005.

FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o direito civil-constitucional no Brasil. *In* Matos, Ana Carla Harmatiuk. A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria crítica do direito civil, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar.

FERREIRA BORGES, Curso de Direito Comercial, 1º volume, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREYRA, Roberto A. Vázquez. Responsabilidad por Daños (elementos). Buenos Aires: Depalma, 1993

GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso; TUBINO, Fábio Mazon; TUBINO, Manoel José Gomes. Dicionário enciclopédico Tubino do esporte. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. *In* Tepedino, Gustavo. Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

GUTTMANN, Allen. Games and Empires: modern sports and cultural imperialism. New York: Columbia University Press, 1994.

HACKER, Peter Michael Stephan, Natureza Humana, tradução: José Alexandre Durry Guerzoni. São Paulo: Artmed, 2010.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão eletrônica 7.0, 5ª ed., 2010.

HOLLANDA, Bernardo Borges Buarque de e SILVA, Melba Fernanda da. No tempo da Charanga, apontamentos biográficos de Jaime de Carvalho, pioneiro na criação de torcidas organizadas no Brasil, revelam como a música foi levada para os estádios de futebol. Revista Esporte e Sociedade ano 2, nº 4, Nov. 2006/Fev.2007, p. 4, Disponível em: <<http://www.uff.br/esportesociedade/pdf/es406.pdf>>, acesso em: 14 out 2011.

HONORÉ, Antony. Causation in Law, *in* *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/#Rel>>, acesso em: 17 out 2010.

HUME, David. Investigação acerca do entendimento humano. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1999.

KANT, Immanuel. Crítica da razão prática, trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003

\_\_\_\_\_. A metafísica dos costumes, trad. Edson Bini, 2ª ed. Bauru: Edipro, 2008.



LATTY, Franck. *La lex sportiva, recherche sur le Droit Transnational*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers (Brill), 2007.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de direito civil, volume I, 2ª edição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

LOIA, Luís. *Estudo pedagógico introdutório à obra discurso sobre a dignidade do homem, de Pico Della Mirándola, 6ª ed.* Lisboa: Edições 70, 2010.

MELIÁ, Manuel Canción. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2001.

MELO FILHO, Álvaro. *Direito Desportivo, aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Thompson–IOB, 2006.

MESTIERI, João. *Teoria Elementar do Direito Criminal, Tomo I*. Rio de Janeiro: edição do autor, 1971.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado, parte geral, tomo I, 3ª ed.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Tomo XXII. 3ª ed.* Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1970.

MIRÁNDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem, tradução: Luiz Ferracine*. São Paulo: Escala, 1985.

\_\_\_\_\_. *Discurso sobre a dignidade do homem, tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, 6ª ed.* Lisboa: Edições 70, 2010.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje, in Tepedino, Gustavo. Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional, 13ª ed.* São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais*. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde, in Livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente, o paradigma do tabaco, coordenadora Teresa Ancona Lopez*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 320.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, in Revista Direito, Estado e Sociedade, volume 9, número 29*.

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Liberdade e causalidade: ação, responsabilidade e metafísica em Aristóteles*. São Paulo: Discurso Editorial, 2002.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v.1. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Ivan Carlo. Teorias da Comunicação. Virtual Books, M&M Editores, 2003. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6811278/Ivan-Carlo-Andrade-de-Oliveira-TEORIAS-DA-COMUNICAO>>, acesso em: 6 out 2011.

PAULA, Carolina Bellini de. As excludentes de responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Atlas, 2007

PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e causa contratual. Campinas: Millenium, 2004.

PRATA, Ana. Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual, regime geral. Coimbra: Almedina, 2005.

Prazer da Dor. Folha de São Paulo, 14 de agosto de 2015, in <http://www.pressreader.com/brazil/folha-de-spaulo/20150814/282054800764875/TextView>

PRIETO, Luis María Cazorla. Reflexiones acerca de la pretensión de autonomía científica del Derecho desportivo, in Revista Española de Derecho Deportivo, número 01, ano 1993. Madrid: Civitas, 1993.

PROENÇA, José Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde, in Livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente, o paradigma do tabaco, Teresa Ancona Lopez (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil em eventos desportivos, in Revista Jurídica do Desporto, Ano V, nº 14, Janeiro/Abril de 2008. Coimbra: Coimbra, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In Tepedino, Gustavo. Direito civil contemporâneo, novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *La persona i suoi diritti*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2005.

\_\_\_\_\_. Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERRY, Valed. Direito desportivo: temas. Rio de Janeiro: CBF, 1981.

PRONI, Marcelo Weishaupt. A Metamorfose dos Jogos Olímpicos (1896-1996). Disponível em:<<http://www.anpuhsp.org.br/downloads/CD%20XVII/ST%20IX/Marcelo%20Weishaupt%20Proni.pdf>>, acesso em: 4 out 2010.

\_\_\_\_\_. A reinvenção dos Jogos Olímpicos: um projeto de marketing. Revista Esporte e Sociedade ano 3, nº 9, Jul.2008/Out.2008, p. 7, Disponível em: <<http://www.uff.br/esportesociedade/pdf/es904.pdf>>, acesso em: 14 out 2011.

\_\_\_\_\_. Esporte-espetáculo e futebol empresa, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Educação Física da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Campinas: 1998.

\_\_\_\_\_. Proposições para o estudo do esporte contemporâneo, Revista da ALESDE, Curitiba, v. 1, n. 1, setembro de 2011, p. 171, Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs-2.2.4/index.php/alesde/article/viewFile/20782/15143>>, acesso em: 12 out 2011.

RUBIO, Katia. Do Olimpo ao Pós-Olimpismo: Elementos para uma reflexão sobre o Esporte Atual. São Paulo: Revista Paulista de Educação Física, número 16, ano 2, jul./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Rendimento esportivo ou rendimento humano? O que busca a psicologia do esporte? Revista Psicologia para a América Latina, nº 01, 2004, Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1870350X2004000100004&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1870350X2004000100004&script=sci_arttext&tlng=pt)>, acesso em: 14 out 2011.

SANTO AGOSTINHO. Livre-arbítrio, trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

SÃO TOMÁS DE AQUINO. Suma teológica, teologia, Deus e trindade, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SALGUERO José Piñeiro. Responsabilidade Civil. Práctica Deportiva y Assunción de Riesgos, Madri: Civitas, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007

SAN TIAGO DANTAS, Francisco. Programa de Direito Civil, parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Eduardo Augusto Viana da. O autoritarismo, o casuísmo e as inconstitucionalidades na legislação desportiva brasileira. Rio de Janeiro: Centenário, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, M. Lúcia; RUBIO, Kátia. Superação no esporte: limites individuais ou sociais?, vol. 3, nº 3, Revista Portuguesa de Ciências do Desporto, 2003.

SILVA, Ricardo. Liberdade e lei no neo-republicanismo de Skinner e Pettit, *in* [https://www.researchgate.net/profile/Ricardo\\_Silva66/publication/242690286\\_LIBERDADE\\_E\\_LEI\\_NO\\_NEO-REPUBLICANISMO\\_DE/links/55182db60cf29ab36bc4a652.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Ricardo_Silva66/publication/242690286_LIBERDADE_E_LEI_NO_NEO-REPUBLICANISMO_DE/links/55182db60cf29ab36bc4a652.pdf)

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra, 2011.

SOUZA, Valéria Padovani de. Imputação Objetiva na obra de Claus Roxin e sua aplicação no Direito Penal Brasileiro. Curitiba, 2006. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Teoria da Imputação Objetiva. Revista CEJ, Brasília. N. 22, jul-set 2003

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, *in* Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, *In*: Temas de Direito Civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Notas Sobre o Nexô de Causalidade. *In* Revista Trimestral de Direito Civil, volume 6. Rio de Janeiro: Padma, 2001.

\_\_\_\_\_. O código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). Problemas do Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, *In*: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

The same applies if the injured person, knowing the risk of damage of the type caused, voluntarily exposes himself to that risk and is to be regarded as accepting it, Disponível em: <[http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm)>, acesso: em 14 jul.2011.

TODT, Nelson Schneider. Ética & compromisso social nos estudos olímpicos, organizadores Katia Rubio, Alberto Reppold Filho, Nelson Todt e Roberto Mesquita. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

TOURNEAU, Philippe e CADIET, Loïc. Droit de la responsabilité et des contrats. Paris: Dalloz Action, 2002.

TUBINO, Manoel. José Gomes. Educação física e esporte: da teoria pedagógica ao pressuposto do direito, Disponível em: <<http://www.guanis.org/metodologia/teoriasdaeducacaofisicatubino.pdf>>, acesso em: 12 out 2011.

TUNC, Andre. La responsabilité civile, 2ª ed. Paris: Economica, 1990.

WIACKER, Franz. História do direito privado moderno, tradução A.M. Botelho Hespanha, 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkiak, 1967.

VALDES, Anibal Bascuñan. Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales, 2 ed. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1960.

VARELA, João de Matos Antunes. Código Civil anotado, vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1987

\_\_\_\_\_. Das Obrigações em Geral, volume I, 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VERBETE ESPORTE. *In:* Enciclopédia Britânica. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/561041/sports>> acesso em: 14 abr 2011.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZILIO, Alduíno. O conteúdo educacional do esporte. Revista Movimento. Porto Alegre: UFRGS, v. 1, n. 01, p. 6, 1994.