



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 e a prática esportiva,
análise à luz do direito civil-constitucional**

Rio de Janeiro

2011

Carlos Eduardo Guerra de Moraes

A teoria da Assunção do risco e a prática desportiva, análise à luz do direito civil-constitucional.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Área de concentração: Direito civil.

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

Rio de Janeiro

2011

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

M827t Moraes, Carlos Eduardo Guerra de.

A teoria da Assunção do risco e a prática desportiva, análise à luz do direito civil-constitucional. / Carlos Eduardo Guerra de Moraes. – 2011. 106 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito civil-constitucional. 2. Responsabilidade civil. 3. Teoria da Assunção. I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347

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

Assinatura

Data

Carlos Eduardo Guerra de Moraes

A teoria da Assunção do risco e a prática desportiva, análise à luz do direito civil-constitucional

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito civil.

Aprovado em :

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Flávio Alves Martins

Faculdade de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

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, pelas transformações substanciais em minha vida, além da demonstração que são possíveis independentemente de qualquer fator temporal, a ela o meu amor.

AGRADECIMENTOS

A todos os meus professores do programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ, em especial, Emílio Dellasoppa, Heloísa Helena, Maria Celina e Vicente Barreto, pelas brilhantes aulas e orientações acadêmicas.

À equipe ímpar e brilhante do CEPED, em especial, Edylene, Glaucia e Felipe, pela dedicação e empenho à instituição, além do talento na gestão pública.

Ao amigo Antônio D'Elia, pela mais que ajuda na parte formal da dissertação.

Ao amigo de longa jornada e das “quadras” da vida Carlos Eduardo Adriano Japiassú, pelo incentivo durante o todo o curso.

Ao amigo Jorge Câmara, que além das magníficas aulas, propiciou-me debates reflexivos sobre os Direitos Humanos.

Aos amigos Felipe Deiab e Rodrigo Lopes, pela lealdade e incentivo durante todo o curso.

Ao amigo Antônio Augusto, diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que com seu jeito sereno conduz a nossa Faculdade de forma magnífica.

Ao coordenador do programa Adilson Rodrigues Pires, pelo talento na reformulação de nosso curso.

Ao novo coordenador, amigo e contemporâneo de graduação, Ricardo Lodi, pela dedicação à nossa casa.

Ao amigo João Eduardo, meu co-gestor na direção da Faculdade no quadriênio, 2012-2016.

A todos os funcionários da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela eficiência no exercício da função pública.

Aos meus amigos e colegas de mestrado, Carla, Elisa, Lilibeth, Luíza, Marta, Madalena e Raul, por terem sido mais do que colegas de sala.

Aos queridos amigos Igor, Milena, Pablo e Thamis, pelo apoio ao longo do curso.

À Andréia, Mateus e Claudio, pelo carinho familiar durante toda a vida.

Ao Admar Branco, jornalista e amigo, pela revisão do texto.

À Cristina e Queli, pela lealdade e ajuda no meu dia a dia profissional.

Aos amigos Antônio Lopes e José Marques, pela dedicação ao Centro de Estudos Guerra de Moraes.

Aos amigos e novos membros do departamento de Direito Civil, Anderson Schreiber, Carlos Konder, Gisela Sampaio e Rose Venceslau, a renovação faz crescer a nossa escola.

A todos os professores do Centro de Estudo Guerra de Moraes.

Aos meus alunos, pelos ensinamentos.

Ao mestre e amigo Gustavo Tepedino, por tudo que representa na minha formação acadêmica e iniciação na docência.

E, por fim, um especial agradecimento ao meu querido amigo, companheiro de luta, contemporâneo de graduação, professor, mestre e, precipuamente, orientador, Carlos Edison, não há palavras que materializam a minha gratidão, o mérito do trabalho deve ser creditado a ele; o demérito, a minha incapacidade.

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 de. **A teoria da assunção do risco e a prática desportiva, análise à luz do direito civil-constitucional**. 2011. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

O presente trabalho analisa a teoria da assunção do risco, que se originou no Direito francês com influência do *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 donexo causal.

Palavras chave: Direito civil-constitucional. Responsabilidade civil. Risco. Assunção, Liberdade. Dignidade. Pessoa natural. Esporte. Atividade desportiva. Classificação dos esportes. Aceitabilidade social. Vulnerabilidade. Exclusão. Nexo causal.

ABSTRACT

This study analyzes the theory assumption of risk, which originated in French law with influence of common law, applicable in the sporting activity base of 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 dignity. In sports, as the risk is inseparable from the athlete in the pursuit of overcoming the naturally assume.

Keywords: Civil constitutional law. Civil liability. Risk assumption. Freedom. Dignity. person. Sport. Classification of sports. Social acceptability. Vulnerability. Exclusion. Causal nexus.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	DA ASSUNÇÃO DO RISCO.....	14
1.1	Liberdade na ótica do Direito Civil-Constitucional e Assunção do Risco..	14
1.2	Dignidade da Pessoa Humana e a Assunção do Risco.....	19
1.3	Do Risco.....	24
1.4	Da assunção do risco.....	28
1.5	Teorias sobre o nexu casual.....	29
1.6	Da Assunção do Risco como Excludente do Nexu Casual.....	37
2	ASSUNÇÃO DO RISCO E A PRÁTICA ESPORTIVA.....	39
2.1	Importância do Conceito de Esporte na Teoria da Assunção do Risco.....	39
2.2	Da antiguidade à Contemporaneidade: a Evolução do Esporte e o Direito Civil.....	41
2.3	Direito Desportivo e Teoria da Assunção do Risco.....	55
2.4	Direito ao Esporte, corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	60
2.5	Classificações do Esporte Contemporâneo e a Teoria da Assunção do Risco.....	62
2.5.1	<i>Quanto à forma.....</i>	63
2.5.2	<i>Quanto à matéria.....</i>	64
2.5.3	<i>Quanto à finalidade.....</i>	67
3	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	69
3.1	Decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal	69
3.1.1	<i>Hipóteses de Exclusão do Nexo casual</i>	70
3.1.1.1	Golfe.....	70
3.1.1.2	Rafting.....	72
3.1.1.3	Ciclismo.....	74
3.1.2	<i>Hipóteses de Incidência do Dever de Indenizar</i>	77
3.1.2.1	Esqui.....	77
3.1.2.2	Futebol amador.....	79
3.2	Decisões Paradigmáticas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	80
3.2.1	<i>Aceitabilidade social</i>	81
3.2.2	<i>Vulnerabilidade da vítima</i>	89
3.2.3	<i>Circunstâncias Objetivas da prática desportiva</i>	92
3.3	Conclusão do capítulo	94
4	CONCLUSÃO	96
	REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, verifica-se um crescimento quantitativo e qualitativo no desempenho das atividades desportivas.

Na antiguidade, o esporte era associado a religião, o atleta era um enviado de Deus – um ser distinto dos demais. Diferente é 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 luta olímpica, com novéis, à guisa de exemplos há *kite surf* e *bungee jumping*.

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

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

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.

Como é notório, 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 estudo da prática desportiva, com o seu conceito e as diversas modalidades 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 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 sobre 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 à atividade desportiva à luz da teoria da assunção do risco. Primeiramente, destaca-se que falta ao esporte uma visão jurídica e acadêmica, o que motivou a necessidade de se analisarem o conceito, a evolução histórica e as classificações pertinentes ao instituto, procurando demonstrar a importância no Direito Civil-Constitucional. Ainda, no capítulo segundo, 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 segundo 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.

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 dissertação, que objetiva na essência a condução da teoria da assunção do risco como fator de exclusão do nexu causal, por fato da vítima, desde que haja respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1. DA ASSUNÇÃO DO RISCO

A 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; e de Jean Honorat, *L'idée d'acceptation des risques*, 1969¹, apresenta grande relevo nas doutrinas portuguesa, espanhola, italiana e, precipuamente, francesa.²

No Direito Penal espanhol, Manuel Cancion Meliá³ utiliza a expressão “autorresponsabilidade pelo risco criado por outros” para se referir ao tema.

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 específico⁴. Assim, o agente conheceria ou deveria conhecer o risco o qual voluntariamente assume⁵.

A teoria da assunção do risco sob a ótica do Direito Civil-Constitucional conduz, se respeitada a dignidade, à exclusão do nexo causal por conduta da vítima, que deve ser analisada a partir dos princípios e valores constitucionais.

1.1 Liberdade na Ótica do Direito Civil-Constitucional e Assunção do Risco

O conceito de pessoa não apresenta uniformidade no campo filosófico⁶. Neste trabalho não se procura buscar o conceito, mas, apenas, destacar alguns aspectos intrínsecos, que são essenciais para a compreensão da assunção do risco.

Kant⁷ 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. Salienta-se que nenhum outro filósofo deu mais ênfase ao caráter ético do conceito de pessoa com as acepções de liberdade e responsabilidade⁸ - que não estão presentes na origem etimológica do termo.

¹ ALCOZ, María Medina. *La assunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 31.

² Ibidem, p. 23.

³ MELIÁ, Manuel Canción. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 180.

⁴ ALCOZ, María Medina, *op. cit.* p. 40.

⁵ 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.

⁶ Neste trabalho não se abordarão todas as acepções filosóficas de pessoa. Procura-se, somente, obter o extrato para o desenvolvimento da teoria assunção de risco, que é a liberdade.

⁷ LOPES, Miguel Maria de Serpa, p. 254.

O vocábulo origina-se do latim *persona*⁹, 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, Hacker¹⁰, 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 Miranda¹¹, sucintamente, enuncia pessoa como “o titular do direito”.

No mesmo sentido, Clovis Beviláqua¹² assevera que a “pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de direitos”.

Desta feita, a personalidade, como ensinava San Tiago Dantas¹³, 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 encontra “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 Moraes¹⁴ que “não há filósofo que não se tenha manifestado” acerca da liberdade.

⁸ HACKER, Peter Michael Stephan, *Natureza Humana*, tradução: José Alexandre Durry Guerzoni. São Paulo: Artmed, 2010, p. 289.

⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque De Holanda. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio*, versão 7.0. Curitiba: 5ª edição, 2010.

¹⁰ HACKER, Peter Michael Stephan, *op cit.* p. 15.

¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, parte geral, tomo I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 155.

¹² BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 11ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 138.

¹³ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*, parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 192.

¹⁴ 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*, coordenadora Teresa Ancona Lopez. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 320.

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 auto-determinação”¹⁵.

Apesar de Santo Agostinho ter sido considerado o primeiro filósofo da liberdade¹⁶, 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”¹⁷.

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 pelagianos¹⁸.

O reconhecimento da perfeição e superioridade divina a tornam limitada, como se evidencia nas seguintes palavras¹⁹: “...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 agostiniana²⁰ “prenuncia o quadro político que será formado durante o medievo: o reconhecimento da superioridade de Deus”.

Durante o renascimento, Pico Della Mirândola²¹ 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.” (MIRÂNDOLA, 1985, p.42).

¹⁵ BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 534.

¹⁶ MORAES, Maria Celina, *op cit.*, p. 321.

¹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, tradução: Edson Bini, 3ª edição. Bauru: Edipro, 2009, p. 94.

¹⁸ 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.

¹⁹ SANTO AGOSTINHO. *Livre arbítrio*, tradução: Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995, p. 93.

²⁰ BARRETO, Vicente de Paulo, *op cit.* p. 535.

²¹ MIRÂNDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*, tradução: Luiz Ferracine. São Paulo: Escala, 1985, p. 42.

Outro filósofo importante a tratar do tema foi Descartes²². 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”²³.

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. Na sua obra *Metafísica dos Costumes*, o filósofo²⁴ 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 prática²⁵. 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 humanidade²⁶.

²² DESCARTES, René. *Discurso do método: meditações*, tradução: Roberto Leal Ferreira., 2 edição. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 115.

²³ BARRETO, Vicente, p. 535.

²⁴ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, tradução: Edson Bini, 2ª edição. Bauru: Edipro, 2008, p. 63.

²⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, tradução: Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.113.

²⁶ BARRETO, Vicente, *op cit.* p. 536.

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 Virgínia²⁷ e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa²⁸.

Benjamin Constant compara a liberdade dos antigos com a dos modernos - liberdade burguesa, afirmando²⁹ que “entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os seus assuntos privados”.

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”³⁰. 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.

Berlin³¹ 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 três anos, o cenário jurídico sofreu uma abissal transformação, a Constituição torna-se o centro do ordenamento jurídico, seja público, seja privado, como afirma Perlingieri³²: “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”.

²⁷ 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.

²⁸ 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 tem limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o desfrute desse mesmo direito; esses limites não podem ser determinados senão por lei.

²⁹ 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.

³⁰ Ibidem, p. 3.

³¹ BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios, tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 229.

³² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil, introdução ao direito civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 25.

Por tal razão, observa Konrad Hesse³³ 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 Tepedino³⁴ 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.

A liberdade individual deve ser cotejada com outros paradigmas, com destaque para a dignidade da pessoa humana. Roberto Andorno³⁵ salienta que a “busca de um equilíbrio adequado entre a liberdade e a dignidade da pessoa constitui um dos desafios mais complexos da bioética”³⁶.

Salienta, ainda, o filósofo³⁷ que “a liberdade é uma das faculdades que mais tipicamente caracteriza o ser humano e está na raiz mesma de sua dignidade intrínseca”.

Em primeiro instante, assunção do risco é consequência inerente da liberdade de escolha da vítima. Entretanto, para que possa ser analisada sob o prisma do Direito Civil-Constitucional toma-se o cotejo e equilíbrio com a dignidade.

1.2 Dignidade da Pessoa Humana e a Assunção do Risco

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.

³³ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1998, p. 37.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Além da bioética, trata-se de um desafio do próprio Direito.

³⁷ ANDORNO, Roberto, *op. cit.* p. 74.

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”³⁸.

No mesmo sentido, tem-se a origem etimológica da palavra dignidade, que advém do latim *dignitate*, que, segundo Aurélio Buarque de Holanda³⁹, 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 de Moraes⁴⁰ destaca que “foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo”, partindo da premissa de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, sendo “dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco”^{41 42}.

Na doutrina estoica, sobressai o pensamento de Cícero⁴³ 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.

Salienta Ingo Sarlet⁴⁴ 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”⁴⁵.

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”⁴⁶.

Inspirado na doutrina estoica, Tomás de Aquino foi um dos pioneiros a realizar estudo sobre dignidade humana. Partindo da crítica ao conceito de pessoa adotado por Boécio,

³⁸ 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.

³⁹ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0*, 5ª edição, 2010..

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais*. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 77.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op cit.* p. 34.

⁴² No livro de 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.

⁴³ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*, tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 43.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, *op cit.* p. 35.

⁴⁵ CÍCERO, Marco Túlio, *op cit.* p. 44

⁴⁶ CÍCERO, Marco Túlio, *op cit.* p.51

considera a pessoa uma substância de natureza racional, com denominação especial de hipóstases ou substâncias primeiras⁴⁷.

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”⁴⁸.

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 Mirándola⁴⁹, no 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”⁵⁰.

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 próximo⁵¹.

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.

Kant⁵² 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...”⁵³.

Desta forma, o homem é “o sujeito da lei moral, que é santa em virtude da autonomia”⁵⁴.

⁴⁷ SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica, teologia, Deus e trindade*, vol. 1, 3ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2009. P. 523.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 530.

⁴⁹ Cf. 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.

⁵⁰ MIRÁNDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*, tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho, 6ª edição. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 57.

⁵¹ MIRÁNDOLA, Pico Della. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*, p. 61.

⁵² KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 535.

⁵³ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*, p. 307.

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 Andorno⁵⁵ 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 Humanos⁵⁶, em 1948, e, logo a seguir, a Constituição alemã de 1949⁵⁷, consagram a dignidade da pessoa humana como cerne da tábua axiológica dos direitos, sendo a fonte inspiradora de diversos textos constitucionais⁵⁸, a exemplo do brasileiro – artigo 1º, III, e convenções internacionais⁵⁹.

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”⁶⁰.

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 negativa⁶¹.

Ingo Sarlet⁶² aduz o conceito de dignidade como sendo;

⁵⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*, p. 307.

⁵⁵ ANDORNO, Roberto, *op cit.* p. 81.

⁵⁶ 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”.

⁵⁷ O artigo 1º da Constituição alemã prevê: A dignidade do homem é intocável. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal.

⁵⁸ 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).

⁵⁹ 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.

⁶⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19.

⁶¹ 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.

⁶² SARLET, Ingo, p. 73.

(...) 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 co-responsável 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.

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 Moraes⁶³, 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”⁶⁴, possuindo, por conseguinte, a natureza de princípio⁶⁵, 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, segundo Roberto Andorno⁶⁶, “com a capacidade para atuar de modo autônomo e com o direito do indivíduo àquelas condições que favorecem o pleno desenvolvimento de sua personalidade”.

Tem-se aí a própria liberdade.

A segunda, fruto da bioética, estabelece “limites à liberdade individual”⁶⁷. Em princípio, há visões opostas às duas acepções, contudo o acadêmico deve harmonizá-las, como constata o autor⁶⁸ “não há nenhuma dialética entre a dignidade como fonte das prerrogativas individuais e a dignidade como exigência de proteção contra práticas desumanas ou degradantes”.

⁶³ MORAES, Maria Celina, *op cit.* p. 85.

⁶⁴ ANDORNO, Roberto, *op cit.* p. 81.

⁶⁵ SARLET, Ingo, *op cit.* p. 79.

⁶⁶ ANDORNO, Roberto, *op cit.* p. 86.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 86.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 87.

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 ao risco assumido pela vítima, devendo ser consideradas condições subjetivas e objetivas, como por exemplo a vulnerabilidade, a capacidade e a aceitação social da conduta. Nas atividades desportivas, deve acrescida a espécie de esporte e formação do atleta. Isto porque, o risco é variante de acordo com a modalidade e estrutura física do praticante.

1.3 Do Risco

John Adams⁶⁹ 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 Cunha⁷⁰ a origem etimológica obscura da palavra risco⁷¹, 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 - perigo ou possibilidade de perigo - e probabilidade - situação em que há probabilidades mais ou menos previsíveis de perda ou ganho⁷². Na órbita acadêmica, principalmente a não jurídica, a última visão é a mais utilizada.

⁶⁹ ADAMS, John. Risco, tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009, p. 33.

⁷⁰ CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico da língua portuguesa, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 565;

⁷¹ Em diversos idiomas, há semelhança no radical da palavra. Como por exemplo, *riesgo*, em espanhol; *risque*, em francês; *risico*, em italiano; *risiko*, em alemão; *risico*, em holandês; *riziko*, em eslovaco; *ryzyko*, em polonês; *risk*, em inglês; *risc*, em catalão; *risco*, em galego, *arrisku*, em basco; e *risc*, em romeno. Contudo, a origem é incerta.

Uma das primeiras citações da palavra risco como probabilidade deu-se no *Talmud*⁷³, 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 da pequena probabilidade, assumiria o marido o risco da condição feminina no momento das núpcias⁷⁴.

A concepção moderna de risco “tem suas raízes no sistema de numeração indo-arábico”⁷⁵, 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 Douglas⁷⁶ 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 por meio do 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*,

⁷² HOLANDA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0, 5ª edição, 2010.

⁷³ BABYLONIAN TALMUD: Tractate Kethuboth, folia 9A, Disponível em: <http://www.come-and-hear.com/kethuboth/kethuboth_9.html>, acesso em 8 jul. de 2001.

⁷⁴ BERNSTEIN, Peter. Desafio aos deuses: a fascinante histórica do risco, 23ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 17.

⁷⁵ Ibidem, p. 3.

⁷⁶ DOUGLAS, Mary. Risk and blame - essays in cultural theory. London: Routledge, 1992, p. 37.

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”⁷⁷.

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 Adams⁷⁸ 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.

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 empíricos⁷⁹.

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 políticos⁸⁰.

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.

⁷⁷ ADAMS, John, p. 39.

⁷⁸ ADAMS, John, p. 40.

⁷⁹ idem. P. 43.

⁸⁰ Idem. P. 45.

Ao analisar o risco a partir de uma perspectiva subjetiva, Gerald Wilde⁸¹ estabelece que todos possuem 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, o que é nítido no esporte, em que o prêmio pode ser financeiro ou o prazer da vitória. O atleta empenha-se na busca da recompensa, na maioria das que pode mínima ou um verdadeiro galardão. Destaca, ainda, que as decisões individuais para assunção de risco constituem um equilíbrio entre a percepção e a propensão para assumi-lo.

Dostoiévski⁸² ratifica a recompensa como a qualidade essencial da assunção do risco, desde que a vontade seja independente.

Aqui se encontram 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.

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 Knight⁸³ 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

⁸¹ Cf. ADAMS, John, *op cit.* p. 48.

⁸²Cf. ADAMS, John, *op cit.* p. 53.

⁸³Cf. ADAMS, John, *op cit* p. 60.

danos sofridos pela intervenção especial da vítima em eventos arriscados produzidos por outrem.

1.4 Da Assunção do Risco

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 permitido⁸⁴.

No mesmo sentido, o Grupo Europeu do Direito da Responsabilidade Civil⁸⁵ 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*⁸⁶ no artigo 5º do Capítulo 5 do projeto relativo ao Código de Responsabilidade Civil⁸⁷.

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 Proença⁸⁸, 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”.

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 secundária⁸⁹.

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

⁸⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias, p. 233.

⁸⁵ 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.egt.org) encontram-se as conclusões dos juristas.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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, último acesso: 14/07/2011, às 16:05.

⁸⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997, p. 619.

⁸⁹ Classificação apresentada por José Piñeiro Salguero in Responsabilidade Civil. Práctica Deportiva y Assunción de Riesgos, Madri: Civitas, 2009, pp. 459 e 460.

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.

1.5 Teorias sobre o Nexo Causal

Na doutrina brasileira, coube a Gisela Sampaio da Cruz⁹⁰ 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 generalizadoras⁹¹ 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 condições⁹².

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

⁹⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33.

⁹¹ 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.

⁹² BRUNO, Aníbal. Direito Penal, tomo 1º. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, p. 314.

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

A teoria da equivalência dos antecedentes causais⁹³ considera que tudo que concorre para o resultado é sua causa.

João Mestieri⁹⁴ 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.

Em 1860, Von Buri organizou a teoria, influenciando diversos tribunais, principalmente o alemão, e inúmeros Códigos Penais, inclusive, o nosso⁹⁵.

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

João Mestieri⁹⁶ 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 idéia 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.

Apesar da crítica, surge uma indagação, para a qual buscaremos resposta na análise das próximas teorias individualizadoras, feita por Antony Honore⁹⁷: 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,

⁹³ Essa teoria também pode ser denominada de teoria da *conditio sine qua non* ou objetiva da causalidade.

⁹⁴ MESTIERI, João. Teoria Elementar do Direito Criminal, Tomo I. Rio de Janeiro: edição do autor, 1971, p. 218.

⁹⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da, op cit., p. 36.

⁹⁶ MESTIERI, João, op cit., p. 219.

⁹⁷ HONORÉ, Antony. Causation in Law, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/#Rel>>, acesso: 17 out, de 2010, às 11:05.

mais próxima ao resultado⁹⁸. Portanto, para essa teoria, a última condição, que determina o dano, é considerada como causa da responsabilidade civil.

Como aponta Gisela Sampaio da Cruz⁹⁹, 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 autora¹⁰⁰ 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 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”.¹⁰¹

⁹⁸ BONSI Júnior, Luiz. O problema jurídico-civil do nexo 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.

⁹⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 55, Ver nota de rodapé 100.

¹⁰⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da, op cit., p.59.

¹⁰¹ 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.

(Tribunal de Justiça do Paraná. Quarta Câmara Cível Relator: Juiz convocado Luís Espíndola. Data do Julgamento: 15/06/2007).

De acordo com Gisela Sampaio da Cruz¹⁰², a teoria da causa adequada¹⁰³ 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 Varela¹⁰⁴ 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”.

Sintetiza Sérgio Cavaliere¹⁰⁵ 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 Varela¹⁰⁶:

“A obrigação de reparar um dano supõe a existência de um nexo 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

¹⁰² CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 64.

¹⁰³ Também denominada de teoria subjetiva da causalidade.

¹⁰⁴ VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral, volume I, 10ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 889.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito Civil, 9ª edição. São Paulo: Atlas, São Paulo, 2010, p. 69.

¹⁰⁶ VARELA, João de Matos Antunes. Código Civil anotado, vol 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 472.

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 .

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. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Relator: Azevedo Ramos. Processo 07A701; Número Convencional JSTJ000. Data do Acórdão: 17/04/2007).

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 nexa 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 argentino¹⁰⁷, estatuinto em seu artigo 906, que, “em nenhum caso são atribuíveis consequências remotas, que não tem ligação com o ato ilícito da causalidade adequada”¹⁰⁸.

Destaca-se ainda a clareza do Código Civil peruano na adoção da teoria da causalidade adequada, que assim dispõe¹⁰⁹:

“Artigo 1985 – a indenização compreende as consecuencias que derivam da ação ou omissão geradora do daño, incluindo o lucro cessante, o daño a pessoa e o daño moral, devendo existir uma relação de causalidade adequada entre o direito e o dano producido. O montante da indenização produz interesse jurídico desde o momento em que se produz o dano”.

Nos tribunais brasileiros de segunda instância encontram-se algumas remotas decisões inclinando pela doutrina objeto de análise. A destacar¹¹⁰:

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.

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 1916¹¹¹, adotou a teoria do dano causal direto e imediato, previsto no artigo 403.

¹⁰⁷ O Código Civil Argentino, nos artigos 902 a 908, apresenta um bloco de normas a tratar do tema nexa causal, fato não ordinário nas legislações que adotam o sistema do *civil law*.

¹⁰⁸ Citação em tradução livre. Redação original: “Artículo 906 *En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexa adecuado de causalidad*”.

¹⁰⁹ Citação em tradução livre. Redação original: Artículo 1985° - *La indemnización comprende las consecuencias que derivan 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.*

¹¹⁰ BRASIL. 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.

¹¹¹ Rezava o artigo 1.060 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.

Clóvis Bevilacqua¹¹², 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 Cruz¹¹³ 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”.

Nos ensinamentos de Gustavo Tepedino¹¹⁴,

“a subteoria da necessariedade da causa considera sinônimas e reforçativas as expressões dano direto e dano imediato, ambas identificadas com a idéia da necessariedade do liame entre causa e efeito”.

Neste sentido, Agostinho Alvim¹¹⁵ 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 Cruz¹¹⁶ 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.

¹¹² BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado, volume IV, 6ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943, p. 216.

¹¹³ CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 98.

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre o Nexo de Causalidade. in Revista Trimestral de Direito Civil, volume 6. Rio de Janeiro: Padma, 2001, p. 8.

¹¹⁵ ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980, p.360 e 361.

¹¹⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da, cit., p. 103.

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 Tepedino¹¹⁷, 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 necessidade 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 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 essencial¹¹⁸:

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.

¹¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre o Nexo de Causalidade, p. 19.

¹¹⁸ 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

(...)

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.

(...)

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 recente¹¹⁹:

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”.

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 nexo causal.

1.6 Da Assunção do Risco como Excludente do Nexo Causal

¹¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. AgRg no REsp 620259 / MG. Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0234139-0. Data do Julgamento: 15/10/2009.

As excludentes do nexo causal originam-se, segundo António Pinto Monteiro¹²⁰, da lei ou por iniciativa dos interessados, na qual se encontram as cláusulas excludentes ou limitativas da responsabilidade civil contratual, sendo que essas últimas não se encontram no estudo feito neste trabalho.

Gisela Sampaio da Cruz¹²¹ sintetiza as cláusulas excludentes em três hipóteses: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito e força maior. Dentro da conduta da vítima, tem-se a culpa exclusiva e assunção do risco.

Evidencia-se que não pode haver semelhança entre a culpa da vítima e aceitação do resultado. Isto porque, no primeiro caso, haverá comportamento negligente, imprudente ou imperito, o que inexistirá no segundo, em que a vítima assuma a possibilidade de sofrer um dano e mesmo assim age naturalmente. Como já destacado, não se pode também confundir com o consentimento informado, pois falta, na assunção, uma manifestação expressa da vontade, havendo, apenas, um comportamento.

Aponta a origem história da assunção, Ana Prata¹²² destaca que, “construção originária da common law, destinada a formalizar uma exceção invocável pelo autor de um dano, sobre o qual impenda um dever indenizatório dissociado na origem de culpa sua”.

Ainda autora salienta que:

“na sua raiz encontra-se, pois, o princípio *volenti non fit injuria*, consubstanciado, nestes casos, numa vontade tácita ou presumida de aceitação dos eventuais danos que comporta o risco conhecido, inerente à actividade em que o potencial lesado participa espontânea e livremente”¹²³.

António Pinto Monteiro¹²⁴ apresenta visão antagônica descaracterizando a importância da teoria, restringindo aos efeitos da culpa. Como se depreende:

“Esta construção¹²⁵ não tem, porém, valor autônomo, não justificando o comportamento (ilícito do lesante), nem o exonerando de responsabilidade, podendo relevar, apenas, no âmbito dos efeitos da culpa do lesado na produção ou no agravamento dos danos”.

¹²⁰ MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003, p.91.

¹²¹ CRUZ, Gisela Sampaio da, op. cit. p. 165.

¹²² PRATA, Ana. Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual, regime geral. Coimbra: Almedina, 2005, p.154.

¹²³ Ibidem, p. 155.

¹²⁴ MONTEIRO, António Pinto, op. cit., 132.

¹²⁵ A expressão “esta construção” refere-se no texto a aceitação do risco.

Aceitar a visão de Pinto Monteiro é na realidade negar a importância da teoria do direito brasileiro. Isto porque com o crescimento da responsabilidade objetiva, principalmente, a partir da cláusula geral prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, o elemento culposo perde sua importância no cenário nacional. Ademais, não há de cogitar em negligência, imprudência ou imperícia da vítima. O que se é um comportamento prévio ao evento resultante na aceitação de um possível resultado. A aceitação do risco é um instituto autônomo que pode ser colocado ao lado de outros, como demonstra André Gonçalo Dias Pereira¹²⁶:

“A doutrina vai aprofundando a dogmática das causas de justificação da ilicitude. Tradicionalmente lançava-se mão, sobretudo, das seguintes dirimentes da ilicitude: exercício de um direito, cumprimento de um dever, acção directa (art. 336.º CC), legítima defesa (art. 337.º CC), estado de necessidade (art. 339.º CC), consentimento do lesado (art. 340.º CC) e consentimento presumido (art. 340.º/3 CC). Hodiernamente, a doutrina lança mão de institutos tais como: a “adequação social”, o “risco permitido”, a “prossecação de interesses legítimos”, a “heterocolocação-em-risco-consentida” e a “assunção do risco”.

Assim, na assunção do risco, há fato da vítima, contudo inexistente culpa, consentimento informado ou presumido, havendo a exclusão donexo causal, pela conduta da vítima e não por ato volitivo tácito ou expresso.

2 ASSUNÇÃO DO RISCO E A PRÁTICA ESPORTIVA

A teoria da assunção do risco incide em diversas áreas do direito, com grande importância na prática esportiva, 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.

2.1 Importância do Conceito de Esporte na Teoria da Assunção do Risco

Ao amanhecer lendo o caderno de esportes do jornal, todos têm ciência do significado da palavra esporte. O mesmo ocorre na mesa do bar, acerca de uma discussão sobre a última rodada do futebol.

¹²⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias, p. 233.

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

Destaca Alduíno Zilio¹²⁷, 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 Rúbio¹²⁸.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda¹²⁹, 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 a educação física¹³⁰.

Na enciclopédia Britânica¹³¹, 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”.

A enciclopédia salienta, ainda, que o desporto faz parte de “todas as culturas, pretéritas e presentes”¹³², apresentando, contudo, designações distintas.

Ser uma atividade física é a premissa apresentada nas obras supracitadas ao conceituar o esporte¹³³.

127 ZILIO, Alduíno. O conteúdo educacional do esporte. Revista Movimento. Porto Alegre: UFRGS, v. 1, n. 01, p. 6, 1994.

128 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.

129 HOLANDA, Aurélio Buarque de. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0, 5ª edição, 2010.

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

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

132 Ibidem.

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

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 automobilismo¹³⁴.

Contudo, genericamente, esporte é uma “atividade física institucionalizada e competitiva”¹³⁵, ou, ainda, “uma atividade corporal de movimento com carácter de competição”¹³⁶. Numa visão contestável, Alduíno Zilio¹³⁷ 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 Diem¹³⁸, 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 Sack¹³⁹ concebe o esporte como um jogo institucionalizado baseado na força física, seriedade e ludicidade, apesar da variabilidade presente em cada modalidade.

Estas características encontram-se no chamado Esporte Moderno¹⁴⁰. 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”¹⁴¹, 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.

2.2 Da Antiguidade à Contemporaneidade: a Evolução do Esporte e o Direito Civil

¹³⁴ 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.

¹³⁵ BARBATI, Valdir. *op cit.*, p. 4.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ ZILIO, Alduíno, *op cit.* p. 6.

¹³⁸ DIEM Carl *Cf.* Zilio, Alduíno, p. 7.

¹³⁹ SACK Alen *Cf.* Dias, Cleber Augusto G., Melo, Victor Andrade de, Alves Júnior, Edmundo D., p. 360.

¹⁴⁰ Ver ponto 2.2 deste trabalho.

¹⁴¹ SALGUERO, José Piñeiro, p. 39.

Ao longo da história mundial, o esporte classifica-se em: antigo, moderno e contemporâneo¹⁴². Com certa ressalva, o mesmo deu-se com o Direito Civil, em que se compreendem as fases romana, moderna e a atual.

Salienta Giordano Bruno¹⁴³ ser o Direito Romano o ponto de partida de qualquer história do direito, precipuamente o privado.

Na fase romana, o Direito Civil, em oposição ao Direito Natural – honorário – era próprio de cada povo. Evidencia Serpa Lopes¹⁴⁴ que

“*ius civile* era, porém, oposto ao *ius gentium*, porquanto representava o Direito de um determinado povo, ao passo que o *ius gentium* constituía um Direito universal, inspirado na equidade, e mais, como o *ius civile*, num conteúdo racial”.

A hegemonia do Direito Romano abrange toda a Idade Média, sobrevivendo à ruína política e geográfica¹⁴⁵, estendendo-se por mais de doze séculos, retratando a criação, evolução, declínio e extinção do principal império¹⁴⁶.

Situação semelhante vivenciou a prática desportiva. O esporte antigo compreendeu toda a Antiguidade e perpetuou-se até o século XIX, tendo na Grécia antiga seu apogeu¹⁴⁷.

Orlando Duarte¹⁴⁸ retrata ter o esporte mais de quatro mil anos, citando a descoberta de um mural na Necrópole de Beni-Hassan, no Egito, em 1.850 a.C., contendo imagens em vários movimentos sobre lutas. Menciona, ainda, o autor provas de arremessos, em 1.850 a.C.; salto em altura, no ano 1.160 a.C., ambas as modalidades na Irlanda; e pugilismo em Creta, em 1.500 a. C.

Registram-se em 776 a.C. na Grécia Antiga os primeiros jogos olímpicos, disputados de quatro em quatro anos até 393 da Era Cristã, tendo sido um dos primeiros eventos da Antiguidade. Com o domínio romano sobre os gregos, ocorre o declínio dos jogos até a sua extinção por Teodósio, em 393 d. C., que os considerava uma festa pagã¹⁴⁹.

142 GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, p. 2

143 ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à história do direito privado e da codificação, 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.6.

144 LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil, volume I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 28.

145 LOPES, Miguel Maria de Serpa, p. 28.

146 ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

147 GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, p. 2.

148 DUARTE, Orlando. História dos esportes, 3ª edição. São Paulo, Senac São Paulo, 2004, p. 13.

149 Ibidem, p. 303.

Destaca-se neste período a realização de vários jogos, todos em período quadrienal, em locais distintos, em homenagem aos Deuses;

(...)como Zeus, em Olímpia, Jogos Olímpicos; Apolo, em Delfos, com o nome de Jogos Píticos; em Coríntio, festejavam-se os Jogos Ístmicos, a Poseidon; em Nêmea, os Jogos Nemeus, dedicados a Heracles.¹⁵⁰

Todos eles formam os denominados Jogos Pan-Helênicos. Além destes, outros eventos ocorriam em forma de Jogos, a exemplo dos Jogos Heranos, dedicados à deusa Hera (esposa de Zeus), cuja participação era exclusivamente feminina, e os Jogos Fúnebres, os mais antigos e, possivelmente, os precursores dos Jogos Olímpicos¹⁵¹, retratados na obra *Ilíada* de Homero, em 1.200 a.C, considerada o primeiro relato esportivo, como se repara¹⁵²:

(...)Qual circulando a meta os corredores,
 Para ganhar-se ou trípode ou cativa,
 Ágeis galopam nos funéreos jogos;
 Os dois assim de Príamo ante os muros
 Giram três vezes. Contemplando-os Jove,
 Aos mais deuses discursa: “Ah! vêem meus olhos,
 com pesadume, a voltear aflito
 varão que, em Pérgamo ou cabeços do Ida,
 muitas coxas de bois me queima pio,
 e atrás o Velocípede! Salvá-lo
 deliberemos se nos cumpre, ó numes,
 ou se antes convirá que o dome Aquiles (...)
 (...) Só levantou-se Euríalo, do régio
 Talaionides Mecisteu renovo,
 O qual nos jogos fúnebres de Edipo
 Rendera em Tebas os Cadmeios todos.
 O lanceiro Diomedes o acorçoa,

150 RUBIO, op cityKátia, p. 131.

151 RUBIO, Kátia, *op cit.* 131.

152 HOMERO. *Ilíada*, tradução de Odorico Mendes. E.books, 2009, livro XXIII . Exemplar da Harvard College Library digitalizado por Google disponível no Google Books. Neste sentido, Nelson Schneider Todt destaca que na época “os jogos guardavam relação com as competições em honra dos heróis mortos, como cerimônias fúnebres de caráter religioso”. (TODT, Nelson Schneider. *Ética & compromisso social nos estudos olímpicos*, organizadores Katia Rubio, Alberto Reppold Filho, Nelson Todt e Roberto Mesquita. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007, p. 218).

E lhe almeja a vitória; ata-lhe um cinto,
 Guantes lhe calça de silvestre couro(...).

Ainda sobre os jogos olímpicos registro interessante é trazido por Marilena Chauí¹⁵³.

Ao discorrer sobre a origem da filosofia, a autora¹⁵⁴ aponta que Pitágoras relatava a existência de três espécies de pessoas que compareciam aos jogos olímpicos: comerciantes, competidores (atletas e artistas) e espectadores, sendo que estes “iam para contemplar os jogos e torneios, para avaliar o desempenho e julgar o valor dos que ali se apresentavam”. Esses, na visão de Pitágoras, agiam como os filósofos.

Outro fato relevante da importância dos Jogos Olímpicos na Grécia Antiga é relatado por Kátia Rubio¹⁵⁵ ao narrar a trégua bélica estabelecida nos três meses anteriores ao evento, quando “os soldados eram proibidos de pegar em armas ou participar de conflitos armados, mesmo contra povos invasores, para que atletas e espectadores pudessem chegar a Olímpia sem sofrer qualquer tipo de ataque”.

Após a invasão romana à Grécia e, posteriormente, com a conversão ao cristianismo¹⁵⁶, o imperador Teodósio I proíbe a adoração aos Deuses e, por conseguinte, põe fim aos Jogos Olímpicos.

O esporte antigo marcou-se pela especificidade: havia os jogos de cada povo, característica semelhante à do *ius civile*, variante de acordo com o espaço geográfico.

No século XVII, o Direito Civil inicia sua nova fase, separando-se do Direito Romano e do Direito Público, cristalizando o neocíclico com o Código de Napoleão, vinculado à ideia de liberdade individual – liberdade negativa¹⁵⁷, à qual corresponde na época, segundo Duguit, uma ideia dominante que poderia ser sintetizada na seguinte fórmula, “O homem é por natureza livre, independente, isolado, titular de direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis, de direitos chamados naturais, intrinsecamente vinculados à sua qualidade humana”^{158,159}.

153 CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática, São Paulo, 2000, p. 19.

154 De acordo com Marilena Chauí, *op. cit.*, p. 19; “atribui-se ao filósofo grego Pitágoras de Samos (que viveu no século V antes de Cristo) a invenção da palavra filosofia”.

155 RUBIO, *op. cit.*, p.132.

156 A conversão ao cristianismo gera o fim da crença na existência de uma multiplicidade de Deuses, passando o credo a um único Deus. Com isso, os Jogos Olímpicos perdem seu propósito e, ademais, os jogos deixaram de ter o caráter pacífico, para se transformarem em verdadeiros combates, gerando o seu declínio.

157 LOPES, Miguel Maria de Serpa, p. 29.

158 Em tradução livre, o texto original: “*el hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, unidos a sua cualidad de hombre*”.

Inicia-se a era da codificação. Franz Wieacker¹⁶⁰, ao tratar da origem desta fase, destaca que, “os códigos, aparentemente tão abstratos, desta época são filhos da união da sociedade burguesa com os Estados nacionais”.

O autor¹⁶¹ estabelece ainda o papel do Direito à época, afirmando que, “A imagem do Direitos dos Códigos Civis é a seguinte – uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual”.

O esporte transforma-se no mesmo período. Ao longo da história, várias tentativas houvera de renascimento dos jogos, com destaque, na Irlanda, em 1604, para o evento denominado *Olympic Games*, realizado por quarenta anos de quatro em quatro anos, e, na Inglaterra, em 1850, os jogos de Much Wenlock¹⁶².

O verdadeiro renascimento ocorreu em Atenas, em virtude do esforço do barão Pierre de Coubertin, com a participação de treze nações, sem a participação feminina, diferentemente do que ocorrera em 1900, nos Jogos Olímpicos de Paris.

A partir de 1924, surgem os Jogos Olímpicos de Inverno, passando os anteriores a serem denominados de Jogos Olímpicos de Verão. Posteriormente, em 1960, nos Jogos de Roma, passam a existir os Jogos Paraolímpicos¹⁶³.

No século XIX, paralelamente aos Jogos Olímpicos, inicia-se a fase do Esporte Moderno, que pode ser materializada pela codificação dos jogos feita por Thomaz Arnold, reitor do *Rugby College*, na Inglaterra, em 1820, com base em preceitos associativos e éticos¹⁶⁴. Nota-se o mesmo processo de codificação vivido pelo Direito Civil.

Valter Bracht¹⁶⁵ salienta que “o esporte moderno refere-se a uma atividade corporal de movimento com caráter competitivo surgida no âmbito da cultura europeia por volta do século XVIII, e que com esta expandiu-se para o restante do mundo”, resultante de um processo de “esportivização de elementos da cultura corporal de movimento das classes populares inglesas, como os jogos populares”.

¹⁵⁹ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Francisco Beltrán, 1920, p. 32.

¹⁶⁰ WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, tradução A.M. Botelho Hespanha, 2ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkiak, 1967, p. 527.

¹⁶¹ WIACKER, Franz, op cit. p. 528.

¹⁶² GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 336.

¹⁶³ Cf. Comitê Olímpico Brasileiro, Disponível em : <http://www.cob.org.br/jogos_olimpicos/home.asp>, acesso em: 28 set 2011.

¹⁶⁴ GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 2 e 3.

¹⁶⁵ BRACHT, Valter. *Sociologia crítica do esporte, uma introdução*, 4ª edição. Ijuí: Unijuí, 2011, p.23.

Tal fato deve-se aos processos de industrialização e urbanização que conduziram a novas condições sociais.

Allen Guttmann¹⁶⁶ foi o principal acadêmico a caracterizar o esporte moderno, atribuindo-lhe as seguintes qualidades: secularismo, igualdade, burocracia, especialização, racionalização, quantificação e obsessão pelo recorde.

Na visão de Guttmann¹⁶⁷, apesar da tendência do esporte a se tornar um ritual, despertando fortes emoções, o esporte moderno transcende ao sagrado, ao divino.

Nota-se que o esporte antigo estava associado ao culto a Deus ou aos Deuses – recorde-se a origem dos antigos jogos olímpicos – característica inexistente na modernidade, quando passa a um caráter laico.

A secularização é, portanto, uma característica nata do esporte moderno. Não se deve perder de vista, no entanto, a origem religiosa dos jogos, que se manifesta de modo raro na modernidade, a exemplo do *haka* (“grito de guerra”) da seleção neozelandesa de *Rugby* (conhecida como os *All Blacks*¹⁶⁸).

Outra característica do esporte moderno é a igualdade, exigindo-se, em tese, a não exclusão de um participante por motivos de raça, credo, etnia, sexo, dentre outros.

Ademais, as regras esportivas devem propiciar aos participantes as mesmas condições de jogo.

Com o fim de garantir a igualdade, pode ser citada a política de combate ao doping e a observância de regras que inibem o uso de equipamentos geradores do aumento da performance.

No âmbito esportivo, adota-se a igualdade formal, sendo que poucos casos há de aplicação da isonomia substancial, como por exemplo, a distinção com fulcro no sexo e na idade ou, ainda, o sorteio de chaves para distribuição dos participantes em um evento esportivo¹⁶⁹ com base no desempenho em outras competições.

166 GUTTMANN, Allen. *Games and Empires: modern sports and cultural imperialism*. New York: Columbia University Press, 1994, pp. 2 e 3.

167 GUTTMANN, Allen, *op. cit.*, p. 3.

168 O *haka* é a dança realizada pelas seleções da Nova Zelândia desde 1884, tendo sua origem na dança de guerra dos nativos maoris, tratando-se de um chamado para a guerra, com o intuito de invocar os deuses, aterrorizando o oponente.

169 Como exemplo, aponta-se a Copa do Mundo, no Futebol e o conjunto de torneios de tênis conhecidos como *Grand Slam*.

Como salienta Guttman¹⁷⁰, a burocracia é inerente ao esporte moderno, regido por agentes burocratas nacionais e internacionais, denominados dirigentes, que em sua maioria não exercem profissionalmente o encargo.

Ademais, a modernidade trouxe o surgimento de organizações desportivas nacionais¹⁷¹ e internacionais,¹⁷² de estrutura sólida, com independência administrativa e financeira do Estado, em virtude de serem pessoas jurídicas de direito privado, que exercem função de regulação e fiscalização do esporte, fazendo com que a prática competitiva baseie-se em regras e princípios rígidos.

A prática esportiva não depende apenas do dom e do livre arbítrio, mas também do cumprimento de normas. A burocratização conduz necessariamente à hierarquia: o respeito ao dirigente e ao árbitro é dever do atleta, sob pena de punição¹⁷³.

Marco do esporte moderno também relevante é a especialidade, presente numa gama de funções especializadas de cada atleta, derivadas do biorritmo e talento de cada um.

O processo de industrialização vivenciado pela sociedade a partir do século XIX refletiu-se na prática desportiva.

O surgimento de atividades cada vez mais especializadas também teve reflexos diretamente no esporte. O desportista moderno é frequentemente especializado em uma modalidade ou no desempenho de uma única função no esporte coletivo.

À guisa de exemplo, nos esportes coletivos citam-se as posições de goleiro no futebol, o líbero no vôlei, o armador no basquete e o *kicker* no futebol americano. Já nos esportes individuais tem-se o maratonista e o especialista em provas de curta distância na natação.

Destacam-se, ainda, as frequentes revisões sofridas pelas normas desportivas, baseadas em constante análise das condições da prática esportiva e o desenvolvimento tecnológico do esporte, com o fim de garantir o aumento do desempenho do atleta ou do dinamismo do jogo.

170 GUTTMANN, Allen, op cit. p. 3.

171 No nosso ordenamento, há organizações estaduais (federações) e federais (confederações) como, por exemplo, a Confederação Brasileira de Basquete e a Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro. Citam-se, ainda, a *National Basketball Association* (NBA), a *National Football League* (NFL) - organizações estadunidenses que são transcendem, em termos práticos o território norte americano.

172 Como, por exemplo, a *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), a Federação Internacional de Basquetebol Amador (FIBA), a *Association of Tennis Professionals* (ATP), a *Woman`s Tennis Association* (WTA), dentre outras.

173 Como exemplos da hierarquia existente no esporte destacam-se os artigos 151 e 152 do Código Nacional de Organização da Justiça e Disciplina Desportiva, que assim rezam: art. 151 - Manifestar-se de forma desrespeitosa ou ofensiva contra ato, decisão ou providência da entidade participante, organizadora e comissões do evento. Pena: Suspensão pelo prazo de 04 a 15 meses; art. 152 - Deixar de cumprir deliberação, resolução, determinação ou requisição de órgão público, entidades organizadoras ou comissões de evento. Pena: Suspensão pelo prazo de 04 a 15 meses.

Desta feita, “o esporte acompanha *pari passu* as transformações que ocorrem na sociedade, refletindo em seu ambiente os avanços científicos e tecnológicos e os valores criados e desenvolvidos pelos indivíduos”¹⁷⁴. Por tais qualidades, adjetiva Guttmann (falta a referencia) o esporte como racional.

Outra característica da modernidade esportiva é o aumento da quantidade de modalidades esportivas, o que pode ser constatado na pluralidade de jogos olímpicos. Atualmente, há quatro versões: verão, inverno, paraolimpíadas e juventude.

Acrescentem-se ainda os jogos militares mundiais. Ademais, a quantidade de modalidades vem crescendo com o passar do tempo, com o crescimento dos jogos olímpicos a partir da era moderna. Nos primeiros jogos (Atenas, 1896), foram disputadas nove modalidades¹⁷⁵ por treze países¹⁷⁶, enquanto que nos próximos jogos (Londres, 2012) disputar-se-ão vinte e seis esportes em trinta e nove modalidades¹⁷⁷.

Destaca-se, ainda, que o Comitê Olímpico Internacional (COI) compõe-se dos Comitês Olímpicos de duzentas e quatro nações¹⁷⁸.

Por fim, a última característica do esporte apresentada por Guttmann é a busca obsessiva pelo recorde, o que leva o atleta ao desempenho de atividades acima de seu limite, fator primordial na análise da assunção do risco.

No esporte moderno, como destacam M. Lúcia Silva e Katia Rubio¹⁷⁹ “a valorização das marcas se fez presente” e “o recorde adquiriu uma importância excepcional.

É característica desta sociedade mensurar a maior parte de suas atividades, dominadas pela ciência e pela tecnologia, o que se reflete em transformar cada ação esportiva em uma medida quantificada”¹⁸⁰.

Destacam, ainda, as autoras¹⁸¹ que

174 SILVA, M. Lúcia e RUBIO, Kátia. Superação no esporte: limites individuais ou sociais?, Revista Portuguesa de Ciências do Desporto, 2003, vol. 3, nº 3, p. 70.

175 As modalidades, todas individuais, masculinas e amadoras (não se permitiu o pagamento aos atletas, nem a título de premiação), foram atletismo, ciclismo, esgrima, ginástica, levantamento de peso, luta, natação, tênis, tiro ao alvo, natação, tênis de campo e tiro. (PRONI, Marcelo Weishaupt, in A METAMORFOSE DOS JOGOS OLÍMPICOS (1896-1996) <http://www.anpuhsp.org.br/downloads/CD%20XVII/ST%20IX/Marcelo%20Weishaupt%20Proni.pdf>, p. 4, último acesso em 04 de outubro de 2010, às 22:09).

176 GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p.367.

177 Cf. site oficial do evento, Disponível em: <<http://www.london2012.com/sport>>, acesso em: 4 out 2010.

178 Cf. site oficial do COI, Disponível em: <<http://www.olympic.org/national-olympic-committee>>, acesso em: 4 out 2010.

179 SILVA, M. Lúcia; RUBIO, Kátia, op cit.p.70.

180 Ibidem, p. 70.

181 Ibidem, p. 71.

“a prática esportiva, com o objetivo de atingir os melhores resultados dentro da competição, continua a firmar-se como um espaço de realização e de confirmação de competências pessoais e sociais, uma sociedade que valoriza o sucesso, a ascensão e a vitória”.

Desta feita, a superação é a característica essencial do esporte moderno, sendo este fruto do surgimento do Estado e, conseqüentemente, da ascensão da burguesia, com a consagração do ideal liberal.

Desta forma, o cosmopolitismo é uma tendência do esporte, as regras esportivas tendem a ser universais, consagradas pelas instituições internacionais citadas anteriormente – como, por exemplo, a FIFA – de tal sorte que o futebol praticado no Brasil apresenta a mesma regra do realizado na Nova Zelândia ou na Samoa Americana. Nota-se, ainda, que para o sucesso dos jogos olímpicos necessita-se da universalidade normativa.

Outro bom exemplo do cosmopolitismo esportivo é visto na estrutura da FIFA. O número de filiados, atualmente correspondente a duzentas e oito federações nacionais (na época de sua fundação, em 1904, era de apenas sete ¹⁸²), supera o da Organização das Nações Unidas (ONU), que conta hoje com cento e noventa e três membros ¹⁸³. Registre-se que há países com federações filiadas à FIFA não pertencentes à ONU ¹⁸⁴.

Mesmo as entidades esportivas regionalizadas, como exemplo a NBA, tendem à universalização. Na última temporada, houve o recorde da participação de estrangeiros inscritos, com oitenta e quatro jogadores de trinta e oito países diferentes ¹⁸⁵.

Nem as condições climáticas impedem o cosmopolitismo. Na última olimpíada de inverno (Vancouver, 2010), participaram dois mil, quinhentos e sessenta e seis atletas de oitenta e dois países participantes, com destaque para as Ilhas Cayman, Colômbia, Gana, Montenegro, Paquistão, Peru e Sérvia, que participaram pela primeira vez, e ainda Jamaica, México e Marrocos, que retornaram ao certame.

O cosmopolitismo é uma consequência das práticas comerciais. A busca do lucro, que é a meta do empresário, é um fato universal e desconhece fronteiras territoriais.

182 Cf. site oficial da FIFA, Disponível em: <www.fifa.com> , acesso em: 6 out 2011.

183 As nações filiadas à FIFA não integrantes da ONU são Anguila, Aruba, Bermudas, Curaçao, China Taipei (Taiwan), Guam, Hong Kong, Ilhas Cayman, Ilhas Cook, Ilhas Faroe, Ilhas Virgens Americanas, Ilhas Virgens Britânicas, Macau, Montserrat, Nova Caledônia, Palestina, Porto Rico, Samoa Americana, Taiti e Turks e Caicos. Neste trabalho, não se procura perquirir acerca da soberania dessas nações.

184 São eles: Ilhas Marshall, Kiribati, Mícronésia, Mônaco, Nauru, Palau.

185 Cf. o site UOL ESPORTE, Disponível em:<<http://esporte.uol.com.br/basquete/ultimas-noticias/2010/10/26/nba-abre-temporada-20102011-com-recorde-de-84-atletas-estrangeiros.jhtm>>, acesso em 7 out 2011.

Desta forma, inúmeras regras pertinentes ao Direito Empresarial estão materializadas em convenções internacionais ou em leis uniformes.

Assim, Rubens Requião¹⁸⁶ anota o cosmopolitismo como um traço do antigo Direito Comercial, inerente ao seu surgimento. Cita o autor a opinião de Ferreira Borges, de que “os comerciantes constituem um só povo”. Conduzindo ao esporte moderno, afirma-se que “os esportistas constituem um só povo” – a globalização é inata ao esporte.

Apesar do cosmopolitismo, consideram-se as influências culturais, sociais e geográficas na preferência da prática esportiva por parte de cada povo.

A modernidade esportiva perpetuou-se até o final do século XX como uma cultura universal, com normas padronizadas fulcradas na competitividade e na busca pela superação – uma clara consequência do ideal liberal.

O esporte moderno reproduziu, dentro do possível, os valores burgueses do século XIX, sem romper por completo com os valores tracionais.

Como salienta Proni¹⁸⁷, formou-se um mundo esportivo “híbrido e diversificado”. Em contraposição aos esportes profissionais e ao universo das apostas, “o esporte das *public schools* e dos novos *clubs* não se deixou permear por uma lógica mercantil”. Como Exemplifica o autor, o futebol, que se tornou um espetáculo, tendo um gerenciamento amador.

As transformações estruturais sofridas pela sociedade após a segunda guerra mundial alcançaram o esporte.

Durante o período bélico, os estados totalitários utilizaram o esporte com o fim de divulgar o ideal nazista de uma nação forte e próspera formada por uma raça superior. Isto ocorreu nos Jogos Olímpicos de Berlim, em 1936. Anota Proni¹⁸⁸ que a partir desses jogos o esporte passa a conviver com “frequentes tensões de ordem política”.

Ao final da segunda guerra, ocorre a divisão do mundo em dois grandes blocos, e o esporte é utilizado como uma “arma” na disputa ideológica. Os Jogos Olímpicos servem de *palco* para a disputa entre norte-americanos e soviéticos. O apogeu deste bipolarismo antagônico político no esporte se dá nos Jogos de Moscou, em 1980, e em Los Angeles, em 1984, quando há boicote recíproco.

186 Cf. FERREIRA BORGES, Curso de Direito Comercial, 1º volume, 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31.

187 PRONI, Marcelo Weishaupt, 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.

188 PRONI, M. W. 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.

Evidencia-se a preocupação com o atleta olímpico. Não há espaço para o homem comum, que exerce uma função passiva: a de espectador.

Com o fim da guerra fria, o esporte moderno, que se alastrara “pelo mundo como uma forma de cultura universal, com regras padronizadas e normas de conduta”¹⁸⁹ baseadas na disputa entre indivíduos, entidades e nações, perde espaço, surgindo o chamado esporte contemporâneo.

O marco inicial do Esporte Contemporâneo é a edição da Carta Internacional de Educação Física e Esporte pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)¹⁹⁰, em 1978, que prevê em seu artigo primeiro que “a prática da educação física e do desporto é um direito fundamental para todos”.

Como ressalta Tubino¹⁹¹, o direito ao esporte surgiu no "Esporte para Todos" na Noruega, promovido pela instituição internacional *Fitness International Sport for All Association* (TAFISA) e em textos de organismos internacionais tais como o Manifesto do Esporte (1968), o Manifesto da Educação Física (1970) e a Carta Europeia do Esporte para Todos (1975). A carta muda o paradigma da prática desportiva, antes destinada aos talentosos ou portadores de biótipos adequados, passando a ser direito de todos.

Posteriormente, no mesmo sentido, a Carta do Comitê Olímpico Internacional, que versa sobre o tema Olimpismo, estabelece, em artigo 8º, que “a prática do desporto é um direito humano. Toda a pessoa deve ter a possibilidade de praticar desporto segundo as suas necessidades”.

O mesmo ocorreu nas normas jurídicas: diversas Constituições¹⁹² passaram a tratar do tema, entre elas, a brasileira, que reza em seu artigo 217 ser “dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (...)”.

189 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.

190 GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 2.

191 TUBINO, Manoel. José Gomes. Educação física e esporte: da teoria pedagógica ao pressuposto do direito, Disponível em: <<http://www.guanis.org/metodologia/teoriasdaeducacaofisicatubino.pdf>>, p. 5, acesso em: 12 out 2011.

192 À guisa de exemplo, tem-se as Constituições da Albânia (art. 59, 1, e); de Andorra (art. 80, 1, k); da Bolívia (art. 104); de Cameroun (art. 56); do Chile (art. 107); da Colômbia (art. 52); da Croácia (art. 68); do Equador (art. 82); de Gana (art. 37, 2); da Grécia (art. 16, 9); da Guatemala (art. 91); de Guiné-Bissau (art. 17, 3); da Lituânia (art. 53); da Macedônia (art. 47); de Moçambique (art. 93, 1); de Montenegro (art. 77); do Panamá (art. 82); do Paraguai (art. 84); do Peru (art. 14); de Portugal (art. 79, 1); da República Dominicana (art. 65); da Rússia (art. 41, 2); da Ucrânia (art. 49); do Vietnã (art. 41) e da Venezuela (art. 111).

O cerne do esporte passa a ser o indivíduo, e não mais o “super homem” ou o enviado divino, mas sim a pessoa natural, dotada de vulnerabilidade.

Repara-se uma aproximação com os pressupostos axiológicos do Direito Civil-Constitucional, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, visto ser o direito ao esporte uma consequência deste princípio.

A prática esportiva é destinada a todos, o que leva Tubino¹⁹³ a classificar o esporte em três espécies: esporte-educação, esporte-lazer e esporte de desempenho (esporte institucionalizado). Posteriormente, ainda neste capítulo, será desenvolvida cada espécie.

Evidencia-se que na contemporaneidade o direito à prática esportiva independe de raça, sexo, idade e condições físicas.

Assim, nota-se o aumento quantitativo na participação de eventos esportivos acessíveis a atletas profissionais e não profissionais, como o caso da maratona de Nova Iorque, a principal no mundo. No quadro abaixo, verifica-se o crescimento gradativo da prova

194 .

TABELA 1

EVOLUÇÃO DO Nº DE PARTICIPANTES DA MARATONA DE NOVA IORQUE, E.U.A – 2004/2010

Ano	Número de Participantes
2004	36.562
2005	36.856
2006	37.869
2007	38.607
2009	43.660
2010	44.829

Fonte: *The ING New York City Marathon*, 2011.

193 GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 36 e 37.

194 Cf. informação obtida no site *Marathon Majors World* instituição organizadora e divulgadora das principais maratonas do mundo (Berlim, Boston, Chicago, Londres e Nova Iorque), ressalta-se a inexistência do número exato da prova de 2008. Disponível em: <<http://worldmarathonmajors.com>>. acesso em: 9 out 2011.

Observe-se que o número de vagas ofertadas na prova é inferior à demanda, o que gera a necessidade de um sorteio. Registre-se, ainda, que a prova é acompanhada por mais de trezentos milhões de telespectadores em todo o mundo ¹⁹⁵.

Ainda, nas provas de corrida de rua, há no cenário nacional o evento denominado Circuito das Estações – provas de cinco e dez quilômetros, patrocinadas pela marca de material esportivo Adidas – que, na etapa do Rio de Janeiro em outubro de 2011, contava com treze mil participantes.

Outro exemplo do crescimento esportivo na contemporaneidade é observado na prova denominada Travessia dos Fortes, consistente na travessia a nado desde o Forte de Copacabana até o Forte do Leme, totalizando três quilômetros e quinhentos metros, com a participação de atletas profissionais e amadores de catorze a setenta e nove anos. A primeira edição, em 2001, contou com aproximadamente setecentos atletas, e, em 2010, teve dois mil, quinhentos e dezenove atletas.

O crescimento da prática esportiva master é outra consequência da contemporaneidade. Como exemplo, realizou-se nos meses de junho e julho de 2011, na cidade de Natal, Rio Grande do Norte, o XI Campeonato Mundial de Basquetebol Master, competição organizada pela Federação Internacional de MaxiBasquetebol (FIMBA), com a participação de setenta e cinco associações nacionais, que correspondem a vinte e oito países, com aproximadamente duzentas equipes e três mil atletas, tendo sido estimado um público superior a duzentos mil espectadores. A competição contou com atletas entre trinta e setenta e cinco anos, divididos em dez faixas etárias ¹⁹⁶.

Outra característica da contemporaneidade é participação feminina, que na antiguidade e no início da modernidade era diminuta.

Na sociedade brasileira conservadora do século XIX, a participação social da mulher era rara, inclusive no esporte. O papel incumbido à mulher era o de esposa e mãe. No esporte não passava, em regra, de espectadora. Recorde-se a origem da palavra torcedor: o ato feminino “de torcer os lenços com aflição durante um lance decisivo” ¹⁹⁷, conceito desvinculado da ideia de agente.

195 Cf. site oficial da prova, Disponível em: <http://www.nycmarathon.org/about_index.htm>, acesso em: 9 out 2011.

196 Cf. site oficial do evento Disponível em <<http://maxibasketballnatal2011.com.br/apresentacao.htm>> acesso em: 10 out 2011.

197 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, n° 4, Nov.

Na atualidade a participação feminina no esporte é cada vez maior. Apesar de a distinção entre gêneros ainda ser a tônica no mundo esportivo, à mulher é conferido o direito à prática de todas as modalidades.

Sendo que em alguns casos, como por exemplo no hipismo, motociclismo ou automobilismo, a disputa é feita sem distinção de gênero. Fora os exemplos nacionais históricos de Maria Lenk, na natação, Maria Esther Bueno, no tênis, as medalhista olímpicas (1996) vôlei de praia Jackie Silva e Sandra Pires e Ketleyn Quadros, primeira judoca medalhista individual (2008).

Há ainda casos isolados, como o da atleta Nancy Lieberman, que em 1986 tornou-se a primeira mulher a integrar uma equipe da liga masculina americana de basquetebol – na temporada de 1986 pertenceu à equipe *Springfield Fame* e, na temporada de 1987, à *Long Island Knights*¹⁹⁸.

Outro exemplo mais recente ocorreu em 2003. Annika Sorenstäm disputou pela primeira vez um torneio de golfe masculino, o prestigiado *Bank of America Colonial*, em *Fort Worth*¹⁹⁹.

Ainda há, no entanto, preconceito no esporte feminino. Alguns rotulam as praticantes como homossexuais ou afirmam uma mudança corporal que as deixaria menos femininas – verdadeiras falácias.

Note-se a diferença entre o investimento estatal e as verbas publicitárias destinadas ao esporte feminino e ao masculino. Contudo, na atualidade, nota-se crescimento em todas as modalidades.

Por fim, menciona-se o esporte como fator de inclusão social. Como exemplo, há *Homeless World Cup*, torneio internacional de futebol, cujos atletas são moradores de rua, tendo a primeira edição em 2003, na cidade de Graz na Áustria, e, no próximo ano, haverá a décima segunda edição, na Cidade do México. Consta o evento com a participação de atletas de setenta nações. Em 2010, realizou-se uma etapa na areias de Copacabana, com mais de mil participantes²⁰⁰.

2006/Fev.2007, p. 4, Disponível em: <<http://www.uff.br/esportesociedade/pdf/es406.pdf>>, acesso em: 14 out 2011.

198 Cf. site oficial da ex-atleta <<http://www.nancylieberman.com/about/>> acesso em: 7 out 2010.

199 Cf. site <<http://www.notablebiographies.com/news/Sh-Z/Sorenstam-Annika.html>>, acesso em: 7 out 2010.

200 Cf. site oficial do evento <<http://www.homelessworldcup.org>>. acesso em: 15 nov 2011.

O esporte contemporâneo permite a todos a prática esportiva. Mas, como ressalta Katia Rubio²⁰¹, “é um fenômeno complexo que vem se desenvolvendo apoiado em várias áreas de conhecimento denominadas”. Daí a necessidade de ser estudada pelo Direito, a partir do denominado neste trabalho como Direito ao Esporte, fruto do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 Direito Desportivo e 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 Viana²⁰²;

“(...)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 Perry²⁰³ 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 Confalonieri²⁰⁴ 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 Latty²⁰⁵ um dinamismo público e privado das normas esportivas. Este fenômeno levou Anibal Bascuñan Valdes²⁰⁶ a categorizá-lo como um Direito Corporativo ou Institucional, nos moldes do Direito Eclesiástico.

201 RUBIO, Katia. Rendimento esportivo ou rendimento humano? O que busca a psicologia do esporte? Revista Psicologia para América Latina, nº 01, 2004, Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1870-350X2004000100004&script=sci_arttext&tlng=pt>, acesso em: 14 out 2011.

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

203 PERRY, Valed. Direito desportivo: temas. Rio de Janeiro: CBF, 1981, p. 81.

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

Neste diapasão, Franck Latty²⁰⁷ 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 Barbieri²⁰⁸ a enumerar alguns pontos²⁰⁹:

- 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;

205 LATTY, Franck. *La lex sportiva, recherche sur le Droit Transnational*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers (Brill), 2007, p. 22.

206 VALDES, Anibal Bascuñan. *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª edição. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1960, p. 236.

²⁰⁷ LATTY, Franck, *op cit.* p. 15.

208 BARBIERI, Pablo Carlos. *El Derecho Deportivo: necesidad de su estudio y desarrollo*, in *Revista Imses Direito*, n° 04, Ano IV, janeiro/junho de 2004. São Caetano do Sul: Universidade Municipal de São Caetano do Sul, 2004, pp. 6 e 7.

209 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”.

- i) danos e prejuízos derivados do espetáculo desportivo;
- 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*²¹⁰, ou ainda a exclusão da entidade desportiva da competição caso ingresse no juízo comum em lugar da Justiça Desportiva²¹¹.

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 caracterizada 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 específicos²¹².

Por tais razões, Andrés Gil Domínguez²¹³, considerando-o um ramo autônomo, concebe o Direito Desportivo como

210 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 infração: Dois (2) anos de Suspensão. Segunda infração: Suspensão Vitalícia (‘irradiação’).”

211 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)”.

212 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.

213 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 fenómeno 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”²¹⁴.

Na doutrina brasileira, Álvaro Melo Filho²¹⁵ elaborou o principal trabalho sobre o tema, abordando diversos aspectos da autonomia desportiva, destacando-se a acadêmica, a legislativa e a principiológica. Miguel Cardenal Carro²¹⁶ resume as características do Direito Desportivo que conduzem a sua autonomia²¹⁷:

- 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;
- 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 fenómeno do Direito desportivo; o Estado não é um ente apto a regulá-lo, tomando-se suas

214 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”.

215 MELO FILHO, Álvaro. Direito Desportivo, aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Thompson-IQB, 2006, pp. 27-36.

216 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.

217 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”.

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 constitucional²¹⁸.

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 Tepedino²¹⁹, “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 Perlingieri²²⁰, “o significado que, em uma perspectiva do estudo do Direito Civil, assume o fenômeno da funcionalização do instituto jurídico”.

Assim, busca-se a análise funcional dos institutos jurídicos, de modo a permitir que se identifiquem, no caso concreto, os interesses merecedores 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

218 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.

219 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, in Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 19.

220 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”

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.

2.4 Direito ao Esporte, corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Direito ao Esporte, como insculpido no artigo 217 da Constituição da República²²¹, apresenta a natureza de ser social e subjetivo público.

Paulo Bonavides²²² salienta, por serem de segunda geração, que os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Ainda, baseando-se em sua origem, o autor constata que tais direitos

“...uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra”²²³.

Entre várias definições de Direitos Sociais na doutrina nacional, destacam-se duas pelo didatismo e precisão. José Afonso da Silva²²⁴ observa que os Direitos Sociais

“são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais”.

Ainda neste diapasão, Alexandre de Moraes²²⁵ conceitua os direitos sociais como

“direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são

221 Prevê o artigo 217 ser dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um.

222 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

223 BONAVIDES, Paulo, op cit. p. 564.

224 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.

225 MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 202.

consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”.

Assim, os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, baseados no princípio da igualdade substancial, refletindo uma evolução na proteção aos direitos fundamentais, com o fim de garantir condições mínimas de vida digna.

Portanto, o Estado deve agir, e não apenas abster-se de interferir nas atividades humanas. Em melhores palavras, o Estado deve fazer e não somente se abster²²⁶.

José Afonso da Silva²²⁷ classifica os direitos sociais em seis grupos, que são: os relativos ao trabalhador; à seguridade, à saúde, à previdência e à assistência social; à educação e à cultura; à moradia; à família, criança, adolescente e idoso; ao meio ambiente. Neste cenário, o direito ao esporte inclui-se nos direitos relativos ao trabalhador e à educação e à cultura.

O artigo 6º enumera genericamente os direitos classificados acima como dos trabalhadores. Entre eles, inclui-se o lazer e, nele, o direito ao esporte, apesar da correta observação de que “há formas de lazer que têm natureza desportiva, mas nem todo lazer tem essa natureza”²²⁸.

O capítulo III do Título VIII da Constituição da República, denominado da Ordem Social, põe, ao lado da educação e da cultura, o esporte, como direito social.

Concebido doutrinariamente como norma meramente programática desprovida de força normativa, os direitos sociais ganharam eficácia.

Robert Alexy²²⁹ destaca que os “direitos fundamentais são posições de tal modo importantes que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares”.

Acrescenta, ainda, que o cidadão se coloca diante dos direitos fundamentais “numa posição jurídico-prestacional”²³⁰.

Neste sentido, Canotilho²³¹, com o fim de analisar a eficácia dos direitos sociais, aborda diversas positivamente do instituto, a saber:

226 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74.

227 SILVA, José Afonso da, op cit. p. 286.

228 SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 815.

229 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 406.

230 ALEXY, Robert, op cit. p. 410.

231 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 38

- “a) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado de conteúdo eminentemente social;
- b) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais na qualidade de normas de organização atributivas de competência para a emanção de medidas relevantes nos planos econômico, social e cultural;
- c) positivação dos direitos sociais através da consagração constitucional de garantias institucionais, obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições e a adotar medidas estritamente conexas com o valor social eminente dessas instituições;
- d) positivação dos direitos sociais como direitos subjetivos públicos, isto é, direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos”.

Interessa neste trabalho a última positivação, o direito social como subjetivo, sendo concebido como “o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”²³². Assim, a relação jurídica fulcrada no direito subjetivo faz com que um sujeito “tenha um dever para com o outro”²³³.

Desta feita, o direito ao esporte gera para o Estado o dever de prestá-lo positivamente, permitindo ao indivíduo exigir em juízo tal prestação.

Apesar da relação, em princípio, forma-se com a entidade estatal, transcende alcançando toda a sociedade. O esporte produz situações jurídicas públicas e privadas, conservando sua natureza de direito subjetivo.

Assim, trata-se de um direito de todos, independentemente de sexo, idade, raça, capacidade física e mental; portanto, não apenas do atleta profissional ou federado, mas de qualquer indivíduo, de forma inerente a sua situação existencial.

Destaca-se, por fim, que o direito ao esporte é uma regra insculpida no texto como consequente do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.5 Classificações do Esporte Contemporâneo e a Teoria da Assunção do Risco

232 AMARAL, Francisco. Direito Civil, introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 184.

233 SAN TIAGO DANTAS, Francisco. Programa de Direito Civil, parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 151.

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.

2.5.1 Quanto à forma

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”²³⁴, 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*²³⁵, queimada²³⁶, *wing suits*²³⁷ e *bungee jumping*.

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.

234 GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 38.

235 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.

236 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 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>,

237 Trata-se de uma modalidade esportiva não formal consistente em voar com o auxílio de um macacão especial.

O artigo 7^a 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*²³⁸, 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*²³⁹, 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 aos esportes não formais inexistente a incidência do dito ramo. Distinto é o Direito Civil-Constitucional, que se aplica nas relações pertinentes à responsabilidade civil, independentemente do formalismo da modalidade.

2.5.2 Quanto à matéria

O esporte contemporâneo divide-se em social e espetáculo. Segundo Tubino²⁴⁰, o esporte social direciona-se para o aspecto socioeducativo, compreendendo o esporte-

238 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.

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

240 GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso, TUBINO, Fábio Mazon, TUBINO, Manoel José Gomes, op cit. p. 38.

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”²⁴¹.

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, Tubino²⁴² 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 Tubino²⁴³, 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.

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.

Proni²⁴⁴ analisa que, apesar do;

241 Ibidem. p. 42.

242 Ibidem. p. 41.

243 Ibidem. p. 42.

“(...)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 a 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 Duarte²⁴⁵.

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

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"²⁴⁶.

244 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.

245 DUARTE, Orlando, op cit. p. 369 e 370.

246 DUARTE, Orlando, op cit. p. 369 e 370.

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 Duarte²⁴⁷, observando que nos dias de hoje “golpes de joelhos e cotovelos persistem”. As regras atuais são universais, o que permite a transmissão para inúmeras nações²⁴⁸.

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 octógonos²⁴⁹.

Para Ivan Carlo de Oliveira²⁵⁰;

“(…)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 idéias, 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 profissional não é a mesma de praticante, espera-se mais do primeiro, o que leva ao aumento no risco.

2.5.3 *Quanto à finalidade*

247 DUARTE, Orlando, op cit. p. 370.

248 As regras encontram-se no disponíveis em: <<http://br.ufc.com/discover/sport/rules-and-regulations>>.

249 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.

250 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.

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 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 rendimento é maior dos que nas demais espécies, expondo o praticante ao risco superior ao do homem médio.

3 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.

Nesta parte do trabalho, analisam-se²⁵¹ 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 sobre 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 academicamente²⁵², tendo um crescimento considerável ao comparar com outras nações. As demandas esportivas, que não possuem disciplinar, aforam no Poder Judiciário espanhol. Registra-se que não ser o Supremo Tribunal uma corte exclusivamente constitucional. Assim, as demandas relativas acidentes desportivos chegam ao órgão máximo. Desta feita, escolhe-se a 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, baseado em critérios sociais ou existenciais. Lembra-se as questões fáticas – que muitas vezes é 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.

3.1 Decisões Paradigmáticas do Supremo Tribunal da Espanha

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

251 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 comparista, mas um singelo cotejo jurisprudencial entre contra, uma nacional e outra estrangeira.

252 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.

infraconstitucionais, não se buscando a efetivação dos princípios e valores constitucionais na ordem privada – como por exemplo o princípio da dignidade, inserido no artigo 10 da Constituição da Espanha²⁵³. 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”²⁵⁴.

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”²⁵⁵.

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 relativos às hipóteses em que houve a exclusão do nexos causal e o segundo, quando ocorreu o dever de indenizar.

3.1.1 *Hipóteses de Exclusão do Nexos Causal*

3.1.1.1 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

²⁵³ 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”.

²⁵⁴ 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*”.

²⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

mil euros, em virtude do óbito de seu cônjuge (Baltasar), ocorrido durante a prática esportiva no campo de golfe de Terramar - autorizado e fiscalizado pela instituição esportiva²⁵⁶. O falecimento ocorreu pelo impacto sofrido por 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 1101 do Código Civil²⁵⁷, 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 Golfe²⁵⁸, considerou-se que compete à entidade ré a homologação dos campos de golfe, cabendo aos proprietários de tais campos a segurança para a prática esportiva. Desconsiderando-se, portanto, a existência de responsabilidade contratual.

256 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.

257 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”.

258 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 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 desportivos federados e afiliados a 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.

O Supremo Tribunal Espanhol indefere o recurso de cassação²⁵⁹ por questões processuais²⁶⁰ 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 buracos²⁶¹ 9 e 10 estava fora do padrão.

No que tange ao nexos 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”²⁶². 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 nexos causal. Desta feita, mesmo aplicando a teoria objetiva vigorante no Direito brasileiro, inexistiria responsabilidade civil.

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 espanholas²⁶³.

3.1.1.2 Rafting

259 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 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”

260 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 lançador da bola que causou o falecimento.

261 No golfe, utiliza-se o termo buraco para referir-se aos locais em que a bola deve ser alçada.

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

263 Recurso de cassação nº 2947/1999, julgado em 9 de marzo de 2.006, relator Jose Antonio Seijas Quintana. Destaca-se que no resumo da decisão a corte deixa claro tratar-se do “*riesgo propio de actividad deportiva*”, em que tradução livre, significa “risco próprio da atividade desportiva”.

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 polpa, 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 demanda¹³.

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

A Suprema Corte, seguindo o entendimento de não ter sido comprovada a omissão de nenhum dos réus²⁶⁴, manteve a sentença de primeiro grau, atribuindo onexo causal à assunção do risco da vítima, que além de ser inerente à atividade desportiva, torna-se evidente 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

264 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, “na análise minuciosa de todos os pormenores do caso, não permite apreciar nenhuma omissão imputada a nenhum dos demandados”.

assunção do risco, e não concorreu por parte dos demandados nenhum incremento ou agravação do risco assumido”²⁶⁵.

Por tais razões, o recurso de cassação foi julgado improcedente²⁶⁶.

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

3.1.1.3 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 Reseguros, pleiteando indenização por dano material e moral sofridos.

265 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.”

266 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 do 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.

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 seguro²⁶⁷.

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 Castellana Leonesa de Ciclismo, e improcedentes as apelações da Associação Desportiva Cultural e da Aurora Polar, S.A de Seguros e Resseguros²⁶⁸.

267 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 Procurador Dr. Victor Enrique Mardomingo Herrero, em nome e representando José Ángel e seu filho Juan Ramón, contra a Federação Castellana 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 Castellana 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 data desta sentença, 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”.

268 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*

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 instância²⁶⁹.

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 participantes, evitando, principalmente, o aumento do risco. Cumpridos todos os requisitos

intereses legales desde la fecha de la sentencias de instancia, en cuanto al importe de la condena en ella fijada, y desde ésta resolución en 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 Resseguros las costas causadas por sus recursos". Em tradução livre, "DECIDIMOS: julgar parcialmente procedente os recursos de apelação interposto pelos respectivos representantes processuais de José Àngel e seu filho incapaz Juan Ramón, a Federação Real Espanhola de Ciclismo e a Federação Casteleana Leonesa de Ciclismo e IMPROCEDENTE 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 autos, devemos REVOGAR e REVOGAMOS PARCIALMENTE a expressa resolução nos seguintes termos: 1) Condenamos a Federação Real Espanhola de Ciclismo e a Federação Casteleana Leonesa de Ciclismo a pagar ao autor a quantia de nove mil e quinze euros e cinquenta centavos (9.015,50 euros, equivalente 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 responsaderá 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 Lei de Contrato de Seguros desde da 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, equivalente a 16.440.996 ptas) o novo valor agora estabelecido (art. 576 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 Casteleana Leonesa de Ciclismo, e se impõe a Associação Desportiva Cultura de Torrelaguna e a Aurora Polar S.A de Seguros e Resseguros as custas causadas pelos recursos".

269 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 Àngel 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, SA., 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 Àngel e Juan Ramón, contra sentença proferida em doze de abril de dois mil e cinco pela doze seção 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 Cultura de Torrelaguna e Companhia de Seguro Aurora Polar SA, 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".

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.

3.1.2 *Hipóteses de Incidência do Dever de Indenizar*

3.1.2.1 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.²⁷⁰, em razão do acidente sofrido pelo primeiro autor na pista de esqui da primeira ré, que lhe causou invalidez permanente.

No julgamento de primeira instância²⁷¹, julgou 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 aos réus, que deveriam demonstrar a existência de todas as diligências para evitar o dano ou não aumentar o risco na prática desportiva. Desta forma, a estação de esqui deveria proporcionar meios adequados para a

270 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.

271 Processo nº 1.273/2003 da comarca de Barcelona tendo a sentença sido proferida em 15 de dezembro de 2004.

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 instância²⁷² 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 da esportista.

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

Por tais razões, o Supremo Tribunal da Espanha julgou parcialmente improcedente o recurso²⁷³, mantendo a condenação, alterando o valor da indenização.

272 Decisão da primeira seção de audiência da província de Barcelona, processo nº 202/2005.

273 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 em 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 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 L A M O S 1. Declara dar*

3.1.2.2 Futebol Amador

No dia 11 de setembro de 2005, o Sr. Eduardo²⁷⁴ 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, 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 risco²⁷⁵.

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.

provimento parcial ao recurso interposto pela Ferrocarrils de la Generalitat da Catalunha, contra a decisão de 20 de setembro de 2006, emitido no âmbito da apelação, processo n.º 202/05, da primeira seção da Audiencia Provincial de Barcelona, decorrentes do julgamento ordinária n.º 14/04, do juizado de primeira instância número 7 do Barcelona, cuja decisão, disse: "FALLAMOS:" 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 emitido 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, consequentemente, parcialmente revertê-la, 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 é pronunciamento especial sobre os custos causados por recurso de apelação interposto pelo autor. 2. Cassado e anulando parcialmente a decisão acima mencionada, que declarou nulas e sem efeito, sem o único item a 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 30 jan 2001 (BOE de 09 de fevereiro). 4. Não é necessário impor custos ao recurso”.

274 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”.

275 O dispositivo da sentença do juízo de primeira instância n.º 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 com expresa condena en costas a la parte demandada.*" "DECIDO: julgar procedente integralmente a demanda formulada pelo Sr. Eduardo representado pelo Procurador Sr. Villaverde e assistido pelo Alonso Olarra contra Sr. Ezequias e Seguros Lagun Aro, S.A representado pela Procuradora Sra. Jiménez e assistido pelo Sr. Gastaka devo condenar e condeno a parte ré ao pagamento ao autor de 72.000 euros, assim com os juros do art. 20 da Lei dos Contratos de Seguro relativo a seguradora desde o dia 11 de agosto de 2006 e os juros legais relativos ao Sr. Ezequias com expressa condenação em custas a parte demandada”.

No julgamento do recurso de cassação, o Supremo Tribunal, primeira sala (sala cível), julgou improcedente o recurso²⁷⁶. Em síntese, exclui a aplicação da assunção do risco pela vítima, visto que, no caso em tela, o nexó 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 fundamentação²⁷⁷:

“..., 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 o nexó causal for a conduta do atleta não condizente normas desportivas.

3.2 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”²⁷⁸. Desta forma, a pessoa natural deve ser tutelada de qualquer espécie de violação

276 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 LAGUNARO 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”.

277 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 intervinientes 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*”.

278 TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, in Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 27.

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” 279.

Neste diapasão, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho²⁸⁰, ao elencar 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;

...

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 autor²⁸¹,

“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”²⁸².

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

3.2.1 Aceitabilidade Social

279 TEPEDINO, Gustavo. op cit., p. 27.

280 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.

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

282 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.

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 na prática desportiva, desconsiderou a existência de dano, como se depreende da ementa do acórdão, que se segue²⁸³:

“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 ocorresse 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

²⁸³ 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.

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 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 acórdão²⁸⁴:

“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 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

²⁸⁴ 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.

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 normal, portanto aceitável, 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 acórdão²⁸⁵:

“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 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

²⁸⁵ 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.

comportamento societário comum; na última, algo repudiável, merecedor de tutela judicial. O teor da ementa é o seguinte²⁸⁶:

“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 aceitáveis, em um tempo ou em um espaço, tornam-se válidas em outro. Como, por exemplo, o pugilato romano²⁸⁷, a briga de galo²⁸⁸ e a tourada²⁸⁹. O mesmo ocorre na conduta dos participantes – sejam eles atletas, árbitros e 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

²⁸⁶ 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.

²⁸⁷ 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).

²⁸⁸ Plenamente aceito na sociedade brasileira nos séculos XIX e boa parte do século XX, que levou Machado de Assis, em 1873, 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.

²⁸⁹ 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 ementa²⁹⁰:

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 limitam ao ambiente desportivo, outras permitem além do esporte, desde que tenha sido realizado em decorrência da prática desportiva, como se nota na ementa do acórdão abaixo²⁹¹:

“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 tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, as suas afeições etc.

²⁹⁰ 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

²⁹¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Relator: Maldonado de Carvalho. Processo nº 0064496-89.2007.8.19.0001. Data do Julgamento:

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 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 jornal, portanto, fora do evento esportivo, o ato praticado pelo crítico não constitui dano moral. Como se repara na ementa²⁹²:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARBITRO DE FUTEBOL. PUBLICACAO OFENSIVA. INEXISTENCIA 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.

3.2.2 *Vulnerabilidade da Vítima*

²⁹² 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.

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 Souza²⁹³, são portadores de uma dose de fragilidade e credores de “respeito e ajuda da família, da sociedade e do Estado” em todos os segmentos da ordem jurídica, inclusive, por conseguinte, na seara do esporte. Ainda, o autor²⁹⁴ 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 descurou 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 julgador²⁹⁵, 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

²⁹³ SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 168.

²⁹⁴ SOUZA, Rabindranath, op cit. p. 169.

²⁹⁵ 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.

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 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 ementa²⁹⁶ que se 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 Barboza²⁹⁷ 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, ...”

²⁹⁶ 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.

²⁹⁷ 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.

Nota-se que no caso concreto, há violação por parte da escola pública (Estado) do dever do cuidado.

3.2.3 *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.

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 acórdão²⁹⁸, 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

²⁹⁸ 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.

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 nexo 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”.

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 na montagem de 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 acórdão²⁹⁹ 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 CONDUTA 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. Não restou demonstrado nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da ré. DESPROVIMENTO DO APELO”.

3.3 Conclusão do Capítulo

O paralelismo entre as duas cortes permite concluir ser 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 Constitucional, 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 Fachin³⁰⁰ 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

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ 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.

jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízo apriorísticos de exclusão”.

Aspectos subjetivos e objetivos são fundamentais na análise dos danos. A vulnerabilidade da vítima, 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 Perlingieri³⁰¹:

“...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 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”.

³⁰¹ 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.

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 acepção 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 conceitua-lo e classificado. 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 a 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, vulnerabilidade da vítima e circunstâncias da prática desportiva.
- 9) A aceitabilidade social varia no tempo e 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 estar em situação de vulnerabilidade, a conduta do suposto agressor deve ser aceita pela sociedade e, por fim, 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. I 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*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

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*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini, 3 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 jul. 2009.

BARBIERI, Pablo Carlos. *El Derecho Deportivo: necesidad de su estudio y desarrollo*. In: Revista Imes Direito, n. 4, Ano IV, jan./ Jun. 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 ; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

BABYLONIAN TALMUD: Tractate Kethuboth, folia 9A. Disponível em: <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.

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 histórica do risco*. 23 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 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%addico.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 RUYZ 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*. 4 ed. Ijuí: Unijuí, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, tomo 1º. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.

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. Reimpresión 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*, 9. ed. 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.

CONFALONIERI, Juan Ángel. ¿Derecho Deportivo?. Cuadernos de Derecho Deportivo, v. 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. 2, 1985, p. 1, Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>, acesso em: 23 abr. 2011.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4 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., 2 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*, v. 7, suplemento 3, 2007.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. Derecho al deporte y derecho del deporte, In: *Cuadernos de Derecho Deportivo*, n. 1, año 2001. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

DOUGLAS, Mary. *Risk and blame: essays in cultural theory*. London: Routledge, 1992.

DUARTE, Orlando. *História dos esportes*, 3.ed.. 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.

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 sido 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.

FERREIRA BORGES, Curso de Direito Comercial. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1

GARRIDO, Fernando Antonio Cardoso; TUBINO, Fábio Mazon; TUBINO, Manoel José Gomes. *Dicionário enciclopédico Tubino do esporte*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2007.

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. 5 ed. 2010.

HOLLANDA, Bernardo Borges Buarque de ; 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, n. 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.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, trad. Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. *A metafísica dos costumes*, trad. Edson Bini, 2 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*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. V. I.

LOIA, Luís. *Estudo pedagógico introdutório à obra discurso sobre a dignidade do homem*, de Pico Della Mirándola, 6 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. 3 ed. Rio de Janeiro: 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. 6 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*, 13 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: LOPES, Teresa Ancona (Coord.). *Livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente, o paradigma do tabaco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 320.

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.

PRATA, Ana. *Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual, regime geral*. Coimbra: Almedina, 2005.

PRIETO, Luis María Cazorla. Reflexiones acerca de la pretensión de autonomía científica del Derecho desportivo, *Revista Española de Derecho Deportivo*, n. 1, ano 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: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente, o paradigma do tabaco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade civil em eventos desportivos, *Revista Jurídica do Desporto*, Ano 5, n. 14, Jan./Abr. 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 e 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, n. 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 (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. *Revista Paulista de Educação Física*, n. 16, ano 2, jul./dez. 2002.

_____. Rendimento esportivo ou rendimento humano? O que busca a psicologia do esporte? *Revista Psicologia para América Latina*, n. 1, 2004, Disponível em: <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*, 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2009. V.1.

SALGUERO José Piñeiro. *Responsabilidade Civil. Práctica Deportiva y Assunción de Riesgos*. Madri: Civitas, 2009.

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*. 9. 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*. 21. 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.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra, 2011.

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 Nexo de Causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, 2001.

_____. 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.

_____. 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>. 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.

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.

WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, Tradução A.M. Botelho Hespanha, 2 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.

ZILIO, Alduíno. O conteúdo educacional do esporte. *Revista Movimento*, Porto Alegre: UFRGS, v. 1, n. 01, p. 6, 1994.