

A VÍTIMA E SUA PARTICIPAÇÃO NO DANO: A ASSUNÇÃO VOLUNTÁRIA DOS RISCOS

THE VICTIM AND HIS/HER PARTICIPATION IN THE HARM: THE VOLUNTARY ASSUMPTION OF THE RISKS

Felipe Bizinoto Soares de Pádua *

Resumo: Uma das grandes preocupações do Direito da Responsabilidade Civil é a vítima, a qual também cumpre papel a ser estudado a partir do nexo causal: sua participação para o próprio dano. Há participações que excluem a causalidade, há outras que concorrem, ambas compreendidas a partir de uma postura específica, que é a assunção de riscos. Esta figura será tratada de modo normativo, qualitativo, utilizando-se resgate de literatura e de documentos legais e judiciais, visando classificá-la nas categorias maiores da responsabilidade civil e individualizá-la a partir de critérios próprios.

Abstract: One of the great preoccupations of Tort Law is the victim, which also plays a role to be studied from the causal nexus: its participation to your own harm. There are participations that exclude causality, others that concur, both understood from a specific posture, that is the assumption of the risks. This figure will be treated in a normative, qualitative manner, using doctrinal rescue and legal and judicial documents, aiming to classify it in the major categories of Tort Law and individualize it based on its own criteria.

Palavras-chave: Assunção de riscos. Fato exclusivo da vítima. Exclusão da causalidade. Concausalidade.

Keywords: Assumption of risk. Contributory negligence. Causality exclusion. Concausality.

Sumário: Introdução. 1. Os papéis da vítima no próprio dano: concorrência e exclusividade. 2. A assunção voluntária dos riscos: contornos dogmáticos. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O senso comum ensina que “quem arrisca, não petisca”. E John Adams¹ é categórico em afirmar que o ser humano é um *expert* em lidar com riscos. Essa assertiva não envolve,

* Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP) (2022). Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, tudo pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2019). Pós-graduando em Direito Civil pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2023-). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2017). É professor assistente nas disciplinas Direito Constitucional I, Prática Constitucional e Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. É membro do grupo de pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), do grupo de pesquisa Direito Privado no Século XXI, do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), e do grupo de pesquisa Responsabilidade Civil em Perspectiva Comparada, do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e consultor jurídico. E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7453-5081>

¹ ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: SENAC, 2009, pp. 10-33.

necessariamente, sistemas sociais ou aspectos específicos, mas uma noção mais ampla de que a humanidade está rodeada por riscos e perigos das mais diversas naturezas, cabendo aos seres vivos terem de decidir sobre o que pretendem fazer, p. ex., de alimentos diários, os momentos de atravessar as vias públicas, como se comportar em locais considerados perigosos etc.

Uma das grandes contribuições do ditado acima para o Direito é trazer uma perspectiva para o Direito da Responsabilidade Civil, a saber, o de que a vítima pode exercer certos papéis no dano que venha a lhe afligir. Uma primeira pergunta fundamental a ser feita é: como o Direito de Danos categoriza esses papéis da vítima? Este tema será tratado em uma primeira seção, voltada para como a vítima influencia na responsabilização civil daquele ao qual, em tese, é imputável o dever de indenizar.

A partir das categorias mais amplas voltadas aos papéis da vítima no próprio dano, surge uma figura específica que contém certa dúvida² a qual das duas (se concorrência ou exclusividade) melhor atende: a assunção voluntária de riscos pela vítima. Aqui, surge a segunda dúvida fundamental, que é qual a qualificação jurídica da assunção de riscos pela vítima (especialmente para o Direito brasileiro)? Este tema terá tratamento da segunda seção, esta voltada a identificar fundamentos legais no Brasil, compará-los com o que o Direito estrangeiro contribui para o Direito de Danos brasileiro.

O tema central deste artigo, a assunção voluntária de riscos, será metodologicamente tratado de maneira eminentemente normativa e qualitativa, mediante resgate de literatura e de documentos judiciais e legislativos.

1. OS PAPÉIS DA VÍTIMA NO PRÓPRIO DANO: CONCORRÊNCIA E EXCLUSIVIDADE

Segundo o Digesto (D. 50. 17.20), “quem sofre dano por sua própria culpa, não percebe” (*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*). Trata-se de um enunciado aplicado a caso concreto pelo Direito Romano, mas sua funcionalidade orientativa é guia até o presente. O Código Civil brasileiro de 2002 (CC/2002) contém cláusula sobre o papel da vítima:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Já o Código de Defesa do Consumidor (CDC) contém dispositivos cujas enunciações mostram maior papel da vítima no dano:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto,

² Sobre isso, Antônio Junqueira de Azevedo trata em parecer no qual enfrenta situação no Brasil com contribuições próprias e estrangeiras: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 184-197.

fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

(...)

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

(...)

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Antes dos dois diplomas acima, a lei nº 6.453/1977 tratou da não-responsabilização daquele que opera instalações nucleares se a vítima deu causa ao próprio dano nuclear:

Art. 6º - Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.

Como se fala aqui em responsabilização, calha menção ao método trifásico do Direito Penal, considerando-se para a fixação da pena base a conduta da vítima:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Sobre a hermenêutica dos textos acima, exemplo pode ser encontrado em enunciado das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, conforme enunciado 459: “A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva”.

Para o próprio dano, a vítima tem dois papéis³. E no que diz respeito à imputação à vítima de fato eficiente ou concorrente do dano, Marcelo Junqueira Calixto⁴ afirma que há uma dificuldade grande em diferenciar as hipóteses nas quais a vítima exclui a causalidade daquelas em que concorre na causação, distinguindo-se uma da outra em relação ao fato da primeira afastar o dever de indenizar

³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. Cit., pp. 195-197; BRAGA NETTO, Felipe. *Novo manual de responsabilidade civil*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020, pp. 352-353; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Princípios fundamentais da responsabilidade civil em Direito brasileiro e comparado*. Tradução de Fernanda Escobar Bins. Porto Alegre: SAFE, 2022, pp. 103-106; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Curso de Direito Civil: v. 3*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, pp. 425-430; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 62 e ss.; DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade civil: v. II*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pp. 693-698; Díez-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, pp. 366 e ss.

⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Hipóteses excludentes de responsabilidade civil dos bancos no Código Civil. In GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coords.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119.

e a segunda mitigá-lo⁵. Logo, há papéis excludente ou concorrente da vítima no âmbito da responsabilização civil.

A vítima que de alguma maneira contribui para o próprio dano recebe na proporção do que desempenhou para o fato lesivo. Vê-se no teor do art. 945 do Código Civil uma perspectiva subjetivista para a concorrência, o que se repete nos arts. 12 e 14 no que diz respeito à exclusão causal. Tais dispositivos enunciam a culpa como parte do suporte fático normativo para incidência dessas medidas contributivas. José de Aguiar Dias⁶ leva em consideração a culpa para excluir ou atenuar a indenização ao afirmar que ao louco não se pode cogitar culpa, o que inviabiliza o juízo jurídico-valorativo sobre o papel da vítima na própria indenização.

Sob a égide do Código Civil de 1916, F. C. Pontes de Miranda já lecionava que “A técnica legislativa teve de enfrentar um dos problemas mais delicados de apuração da responsabilidade, o da culpa do ofendido”⁷.

Em parecer relativo ao fumo, Antônio Junqueira de Azevedo⁸ pondera que a decisão do consumidor em fumar afastaria o dever de indenizar do fabricante do fumo se atendida a exigência legal de informar adequadamente acerca das consequências que acarretam o uso do cigarro. Afirma-se em tal parecer que “[...] é efeito do consentimento da vítima, nesses casos, a liberação do causador do dano, da obrigação de indenização”⁹. Ocorre que esse consentimento carrega consigo uma carga subjetiva, a qual reforça o teor de culpa exclusiva ou concorrente da vítima: a própria culpa.

Com vênia à perspectiva subjetiva, adere-se aqui¹⁰ a um movimento tendente a conferir contornos objetivos às previsões legais brasileiras citadas, que pode ser vislumbrado a partir da Comissão para Reforma do Código Civil, constando como proposta constante no Projeto de Lei nº 4/2025 a seguinte sugestão de redação ao art. 945:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a sua participação para o resultado em comparação com a participação do autor e de eventuais coautores do dano¹¹.

⁵ Afirma Clóvis V. do Couto e Silva que “O fato de a vítima poder colaborar tanto para a produção do ato ilícito quanto para o agravamento das consequências é bem conhecido” (*Princípios fundamentais da responsabilidade civil em Direito brasileiro e comparado*. Cit., p. 103).

⁶ DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade civil: v. II*. Cit., p. 694.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: tomo XXII*. São Paulo: RT, 2012, p. 281.

⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. Cit., pp. 196-197.

⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. Cit., p. 196.

¹⁰ A questão em si passa para uma nova camada que não se encontra na literatura da perspectiva objetiva fundamentação sobre: a interpretação dos dispositivos legais *lege ferenda*, poque praticamente é ignorado o conceito culpa constante na lei. Um pretexto possível é tal qual no Direito italiano acontece com algumas leituras do art. 2.050 do *Codice Civile*: partir-se de uma culpa (*lato sensu*) presumida da vítima, a quem incumbe não apenas demonstrar os elementos da responsabilização civil, mas também afastar dita presunção.

¹¹ SENADO FEDERAL. *Projeto de lei nº 04, de 2025*. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Brasília: Senado Federal, 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em 19 jun. 2025.

Também de maneira indiciária, os seguintes enunciados das Jornadas de Direito Civil:

Enunciado 630: Culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945 do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do quantum da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um.

Enunciado 459: A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva.

A perspectiva objetiva analisa dois dados distintos, mas que os enunciados citados imiscuem: a culpa e a conduta. Cada vez mais se fala em conduta da vítima para aferição da concorrência ou da exclusão aqui tratadas. Isso foi objeto de positivação no *Código Civil y Comercial de la Nación*:

Artigo 1729. – Fato do lesado. A responsabilidade pode ser excluída ou limitada pela incidência de fato do lesado na produção do dano, exceto que a lei ou o contrato disponham que deve se tratar de sua culpa, de seu dolo, ou de qualquer outra circunstância especial¹².

Sobre o art. 1.729 do Código de Direito Privado argentino, Marcelo López Mesa é categórico ao afirmar a perspectiva objetiva: “Já não se fala de ‘culpa da vítima’, sim de ‘fato do lesado’”¹³, o que implica na possibilidade de até pessoas desprovidas de discernimento não serem indenizadas, pois se considera como contribuição ao dano a conduta ou o fato imputável ao lesado.

E cada vez mais conferindo uma leitura objetiva aos dispositivos legais expostos, a literatura mostra adoção da perspectiva objetiva em detrimento da subjetiva. Cite-se a obra de Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto, que falam em relação à exclusão de ‘fato exclusivo da vítima’, ponderando-se a distinção entre culpa e conduta, esta servindo como força que exclui o nexo causal:

Evidente equívoco consiste em traduzir o fato exclusivo da vítima como sinônimo de ‘culpa’ exclusiva da vítima. Aqui não está se discutindo quem é o culpado, mas sim a quem atribuir a responsabilidade pelo comportamento que determinou o dano. Ou seja, uma coisa é a aferição da inobservância de um dever de cuidado, outra relação de causalidade entre o fato e o evento lesivo¹⁴.

Ditos autores brasileiros também falam em fato concorrente como atenuante da quantificação da indenização, afirmando-se em obra que o conceito “concorrido culposamente para o

¹² Tradução livre de “Artículo 1729. Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”.

¹³ LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: IB de f, 2019, p. 133.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Curso de Direito Civil: v. 3*. Cit., p. 426.

evento danoso” constante no art. 945 CC/2002 permitirá obtenções indenizatórias para comportamentos de vítimas em casos que contribuíram relevantemente para o dano, mas que a culpa ou não foi demonstrada ou foi excluída de apreciação (a inimputabilidade, p. ex.). Como afirma F. C. Pontes de Miranda:

Preliminarmente, é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de *compensação de culpas*. Culpas não se compensam. O ato do ofendido é concausa, ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que tocara ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido¹⁵.

E na própria vigência do Código Civil de 2002 já há uma tendente análise da conduta de maneira dissociada do discernimento. Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁶ (TJSP), apreciou-se situação do famigerado ‘surfista ferroviário’, tratando o caso *sub iudice* de menor de 18 anos que pretendeu de concessionária ferroviária a indenização por ausência de precauções para evitar o acesso de pessoas aos espaços utilizados para o ‘surf’. Embora use a nomenclatura culpa, o TJSP manteve a improcedência de pleitos na situação por ter considerado a conduta da vítima como dado relevante para a improcedência, isentando a concessionária do dever de indenizar.

No caso acima fica evidente que alguém que legalmente é inimputável agiu de maneira a causar dano em si. Apesar das menções a culpa e dolo, o cerne foi a conduta da vítima, pouco importando sua inimputabilidade. E isso ficou claro noutro aresto do TJSP¹⁷, que em sede de embargos manteve improcedência de pleitos indenizatórios também de ‘surfista ferroviário’ menor de 18 anos, afirmando-se que a inimputabilidade da vítima em nada interfere na excludente de causação.

Em guisa parcialmente conclusiva, a vítima pode contribuir ao próprio dano, ora isentando o agente de indenizar, pois exclui a causalidade, ora atenuando o dever de indenizar, pois concorreu na causação. E a análise dos dispositivos legais vigentes no Brasil tende a considerar o fato imputável à vítima como relevante para causa ou concausa, ora subentendendo-se culpa *lato sensu* (postura intermediária entre as perspectivas e que mantém a relevância do elemento culpa), ora a ignorando (postura criticável a quem tem deferência à importância das palavras da lei).

2. A ASSUNÇÃO VOLUNTÁRIA DOS RISCOS: CONTORNOS DOGMÁTICOS

Chega-se à assunção de riscos. Introdz-se com colocação de Antônio Junqueira de Azevedo no sentido de que “No âmbito da responsabilidade civil, são frequentes os casos em que há assunção

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: tomo XXII*. São Paulo: RT, 2012, p. 281, grifo no original.

¹⁶ TJSP, Apelação Cível nº 0001252-12.2011.8.26.0177, Relator Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado, Foro de Embu-Guaçu: Vara Única, Data do Julgamento: 12/02/2015; Data de Registro: 13/02/2015.

¹⁷ TJSP, Embargos de Declaração nº 0112558-42.2005.8.26.0000, Relator Romeu Ricupero, 36ª Câmara do Décimo Oitavo Grupo (Ext. 2º TAC), Foro de Cubatão: 3ª Vara Cível, Data do Julgamento: 28/06/2007, Data de Registro: 29/06/2007.

prévia dos riscos por parte daqueles a quem é destinada a proteção jurídica”¹⁸. A partir do seu parecer sobre a assunção de riscos pelo consumidor fumante em relação às nocividades da sua prática tabagista, extrai-se que a assunção de riscos tem amplo espectro comportamental, podendo acontecer por meio de negócio escrito ou a partir de condutas concludentes. No próprio exemplo do fumo, as compras acontecem em bares, padarias, mercados, sem qualquer assinatura documental.

Problemática brasileira relevante é a qualificação da assunção do risco pela vítima em um ordenamento jurídico que contém cláusulas gerais *lato sensu*. Embora haja menções a fato exclusivo e a fato concorrente da vítima, a assunção não parece ser nem uma nem outra espécie. E isso em razão do grau de riscos assumidos, o que deve ser considerado com a postura da outra parte e das lentes da própria ordem jurídica, que pode determinar que mesmo nas hipóteses de assunção voluntária haverá dever de indenizar, como pode acontecer no âmbito dos direitos da personalidade.

O TJSP mostra a gradação da assunção de risco às duas espécies. Num primeiro aresto, tratou de manter a improcedência de pleitos oriundos de caso no qual familiar exigiu de concessionária um plexo de indenizações por morte de familiar por afogamento. Veja-se que no teor ementado houve consideração de que a conduta da vítima direta (o falecido) houve assunção de riscos ao ponto de excluir a causalidade:

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AFOGAMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I. Caso em Exame: Recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedentes os pedidos de reparação de danos materiais e morais formulados pela autora contra a AES Brasil Operações S.A., alegando responsabilidade civil pela morte de familiar por afogamento em um rio, devido à abertura inesperada de vertentes de usina hidrelétrica. II. Questão em Discussão: 2. A questão em discussão consiste em: (i) verificar a ocorrência de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide sem a produção de prova testemunhal; e (ii) assentar eventual responsabilidade civil objetiva da ré pela morte do familiar da autora. III. Razões de Decidir: 3. A preliminar de cerceamento de defesa não prospera, pois a prova documental apresentada pela ré em contestação foi suficiente para o julgamento da lide, restando prescindível dilação probatória para a produção de prova oral em virtude dos fatos provados além de qualquer margem para dúvida pela ré. 4. No mérito, ausente a responsabilidade civil da ré, pois a prova demonstra a regularidade da operação da usina, sem abertura das vertentes – o que afasta a existência do fato ou conduta administrativa –, demonstrando-se, ainda, a correta sinalização de perigo no local do evento, com proibição de banho ou lazer, indicando a assunção de risco pelo falecido e sua culpa exclusiva pelo evento. Ausência de nexo causal entre o evento morte e qualquer conduta da requerida. IV. Dispositivo e Tese: 5. Recurso desprovido. Tese de julgamento: 1. A responsabilidade civil objetiva exige a comprovação do fato administrativo, assim como o nexo causal entre a conduta e o dano. 2. *A assunção de risco pela vítima, indicando sua culpa exclusiva, rompe o nexo de causalidade.* Legislação Citada: CF/1988, art. 37, § 6º; CC, arts. 43, 927, parágrafo único. Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação Cível 1001176-58.2021.8.26.0067, Rel. Fermínio Magnani Filho, 5ª Câmara de Direito Público, j. 05.02.2024; TJSP, Apelação Cível 1001614-15.2020.8.26.0263, Rel. Eduardo Gouvêa, 7ª Câmara de Direito Público, j. 01.02.2022; TJSP, Apelação Cível 1000611-54.2019.8.26.0491, Rel. Coimbra Schmidt, 7ª Câmara de Direito Público, j. 14.05.2020¹⁹.

¹⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. Cit., p. 195.

¹⁹ TJSP, Apelação Cível nº 1001513-32.2023.8.26.0696, Relator Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, Foro de Ouroeste: Vara Única, Data do Julgamento: 28/02/2025, Data de Registro: 28/02/2025, grifo feito.

Noutro aresto, o TJSP reputou que a assunção de riscos pela vítima reduziu proporcionalmente a indenização, eis que a concessionária ferroviária não adotou medidas mínimas para evitar a situação, bem como contribuiu para a ocorrência ao afrontar as normas de tráfego mediante inclusão de parada particular:

Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Atropelamento de pedestre em via férrea com resultado morte. *Pedestre que caminhava sobre os trilhos do trem. Culpa da empresa de transporte ferroviário que não adotou as medidas necessárias para se evitar o acidente, criando, inclusive, parada particular, em afronta à segurança do tráfego de pedestres, passageiros e da própria circulação da composição férrea. Reconhecimento da culpa concorrente da vítima que assumiu os riscos de sua conduta ao invadir clandestinamente a linha férrea e descer em local que sabidamente não havia parada constante. Indenização reduzida pela metade, com o afastamento, entretanto, da determinação de constituição de capital, que deverá ser substituída pela inclusão dos beneficiários na folha de pagamento da concessionária (...)*²⁰.

Embora o Direito legislado brasileiro não encontre um preceito legal tal qual o art. 1.729 do Código de Direito Privado argentino, verifica-se que a fluidez da assunção encontra guarida nas figuras da concorrência e da responsabilidade exclusiva da vítima, assim como tem um fundamento no Código Civil, especificamente na disciplina contratual (responsabilidade contratual):

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Do caldo normativo acima, vê-se que alguns critérios são necessários à fixação. Antes, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²¹ sobre o consumo de bebidas alcoólicas e como o ato de consumir pode romper o nexo causal se cumpridas exigências da liceidade do que é fornecido (mesmo que perigoso à saúde ou à segurança do consumidor) e da prévia e adequada informação sobre os riscos do que foi prestado. No aresto, fixou-se a tese:

aquele que, por livre e espontânea vontade, inicia-se no consumo de bebidas alcoólicas, propagando tal hábito durante certo período de tempo, não pode, doravante, pretender atribuir responsabilidade de sua conduta ao fabricante do produto, que exerce atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público²².

A partir da perspectiva acima que se enxerga como critérios identificadores e cumulativos da assunção voluntária dos riscos: **(i)** a causalidade adequada da postura da vítima em relação ao risco assumido; **(ii)** a prévia ciência da parte sobre o conteúdo prestado e os riscos carregados; **(iii)** o

²⁰ TJSP, Apelação nº 956473003, Relator Mauro Conti Machado, 27ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 22/02/2008, Data de Registro: 06/05/2008.

²¹ STJ, Recurso Especial nº 1.261.943/SP, Relator Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 27/2/2012.

²² STJ, Recurso Especial nº 1.261.943/SP, Relator Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 27/2/2012.

consentimento ou o assentimento do sujeito em relação aos riscos assumidos e que podem lhe causar dano; e **(iv)** inexistir disciplina jurídica que repare o ato de assunção inválido ou ineficaz.

Sobre o primeiro critério, trata-se de uso da teoria da causalidade adequada do Direito de Danos. Marcelo López Mesa²³ explica que a explicação teórica do nexo causal a partir da adequação envolve um juízo abstrato valorativo e retrospectivo dos fatos, ou juízo de adequação causal (*juicio de adecuación causal*), que é um procedimento de cálculo de previsibilidade a partir de certo quadro com a identificação de certas circunstâncias consideradas necessárias (ou adequadas) para o resultado danoso. Concebe-se “aquele dano que a vítima experimentou é uma consequência normalmente previsível do fato a luz da experiência”²⁴.

Aplicando-se ao caso da assunção, o exercício do juízo valorativo da causalidade adequada reputará se a assunção dos riscos pela (futura) vítima foi causa eficiente ou concausa do dano gerado. Se a primeira, então há fato exclusivo, se a segunda, então concausa.

O segundo critério diz respeito à oportunidade de a vítima tomar ciência *ex ante* do que venha a assumir. Afirma Antônio Junqueira de Azevedo que é ínsito à teoria da declaração da vontade que esta seja exteriorizada com integridade, sem vícios que a inquinem, o que permitiu também o desenvolvimento teórico de um dever geral de informar, que “surgirá da economia de massa e, nas relações intersubjetivas, do princípio da boa-fé”²⁵. E nessa entoada que a prévia ciência de quem assume riscos diz respeito ao dever de informar oriundo da função integrativa da boa-fé e que tem como conteúdo o entendimento pleno das circunstâncias de importância tanto para a formação quanto para o desenvolvimento normal do fim do negócio²⁶.

O terceiro critério parte de uma distinção entre assentir e consentir, estas tratadas como figuras tecnicamente distintas por Gustavo Haical²⁷. Este difere a partir dos planos jurídicos e dos figurantes: consente quem é ou será parte na relação jurídica, assente aquele que é terceiro à relação jurídica²⁸. O primeiro é agente e consta desde o plano da existência, enquanto o segundo influencia nos planos da validade ou eficácia²⁹. Arremata-se com lição de Débora Gozzo:

O assentimento, a anuência ou a autorização, por sua vez, diferenciam-se claramente do consentimento, embora na linguagem usual muita confusão seja feita entre esses dois vocábulos. Assentimento é uma declaração de vontade prestada por Terceiro, com o fito de autorizar outrem à prática de negócio jurídico que, necessariamente, afetará sua esfera jurídica. Este o motivo pelo qual a Parte contratante depende de

²³ LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de Daños*. Cit., p. 122.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Curso de Direito Civil*: v. 3. Cit., p. 412.

²⁵ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. Cit., p. 186.

²⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. Cit., p. 186.

²⁷ HAICAL, Gustavo. *A autorização no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2020, pp. 60-80.

²⁸ HAICAL, Gustavo. *A autorização no Direito Privado*. Cit., pp. 71-73.

²⁹ HAICAL, Gustavo. *A autorização no Direito Privado*. Cit., p. 71.

sua autorização. O Terceiro não é parte no negócio, como acontece com aquele que consente³⁰.

No caso, fala-se em assunção consentida ou assentida, eis que a vítima pode ou não ser parte de uma relação jurídica negocial. Indo além, como indicado nos julgados citados sobre os 'surfistas' ferroviários, não houve propriamente uma relação jurídica negocial prévia, mas aquela geral advinda da relação-base fundamental na qual há dever geral de respeito à esfera alheia. Por isso, como parte ou terceiro, dentro ou fora do negócio, o sujeito pode assumir os riscos de maneira consentida (se fizer parte de um negócio e sua consequente relação) ou assentida (se não fizer parte de um negócio e sua consequente relação).

Por fim, o último critério envolve a ausência de disciplina jurídica que considere a assunção inválida ou ineficaz. Como indicado por Antônio Junqueira de Azevedo³¹, o risco assumido está inserto em um contexto específico, que é o de o objeto negocial ser lícito. Esse recorte é fundamental aqui, eis que se fala em assunção de riscos dentro de um quadro de atos e atividades que o Direito reconhece como lícitos.

Outrossim, é inerente à postura acima que a assunção seja um fenômeno que abala uma estrutura concebida como normal para o Direito: fala-se em fato, nexos e danos para que alguém seja responsabilizado civilmente. A partir do momento que um sujeito assume os riscos relacionados a determinado fato, age de maneira a atrair uma excludente ou uma concausa, eliminando ou reduzindo o espectro indenizatório, afastando o curso normal contemplado pelo Direito de Danos.

Soma-se que o âmbito de juridicidade também envolve o próprio sujeito que assume os riscos: há normas ineludíveis relacionadas à capacidade que afetam aquelas assunções feitas contratualmente, eis que a capacidade influencia diretamente no poder de negociar (p. ex., art. 3º CC/2002).

Outra consideração a ser feita para, principalmente, os negócios jurídicos é o caráter como se estabelecem as cláusulas. Não apenas aos contratos, mas aos negócios celebrados mediante adesão nos quais há cláusulas que alocam o risco à parte aderente, há previsão no Código Civil que determina que são nulas cláusulas que envolvam algum tipo de renúncia a direito oriundo da natureza negocial (art. 424 CC/2002).

CONCLUSÕES

Em um modelo de responsabilidade civil que leva em consideração a vítima, esta também merece o tratamento no que pode contribuir para o próprio dano. A partir dessa perspectiva é que surgem a concorrência e a exclusividade dela.

³⁰ GOZZO, Débora. Assentimento de terceiro e negócio jurídico: análise comparativa entre os direitos brasileiro e alemão. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 20, jul.-dez./2007, p. 69.

³¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. Cit., pp. 188 e ss.

Entre reduzir proporcionalmente (concorrência da vítima) e exclusão (exclusividade da vítima) da indenização, bem como se a culpa é ou não considerada para os fins de apuração dessa causalidade, que surge uma postura a ser analisada e que está em zona de fronteira entre tais macrocategorias que afetam o nexo causal: a assunção voluntária dos riscos pela vítima.

A assunção é postura adotada pela vítima que deve atender a critérios específicos para que exista, seja válida e eficaz: **(i)** a causalidade adequada da postura da vítima em relação ao risco assumido; **(ii)** a prévia ciência da parte sobre o conteúdo prestado e os riscos carregados; **(iii)** o consentimento ou o assentimento do sujeito em relação aos riscos assumidos e que podem lhe causar dano; e **(iv)** inexistir disciplina jurídica que repute o ato de assunção inválido ou ineficaz.

REFERÊNCIAS

ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: SENAC, 2009.

BRAGA NETTO, Felipe. *Novo manual de responsabilidade civil*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4, de 2025. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Brasília: Senado Federal, 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 19 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.943/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 22 nov. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 27 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 0001252-12.2011.8.26.0177*, Rel. Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12 fev. 2015, registrado em 13 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Embargos de Declaração nº 0112558-42.2005.8.26.0000*, Rel. Romeu Ricupero, 36ª Câmara do 18º Grupo (Ext. 2º TAC), julgado em 28 jun. 2007, registrado em 29 jun. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1001513-32.2023.8.26.0696*, Rel. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 28 fev. 2025, registrado em 28 fev. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 956473003*, Rel. Mauro Conti Machado, 27ª Câmara de Direito Privado, julgado em 22 fev. 2008, registrado em 6 mai. 2008.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Hipóteses excludentes de responsabilidade civil dos bancos no Código Civil. In GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coords.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Princípios fundamentais da responsabilidade civil em Direito brasileiro e comparado*. Tradução de Fernanda Escobar Bins. Porto Alegre: SAFE, 2022.

DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade civil: v. II*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Curso de Direito Civil: v. 3. 4. ed.* Salvador: JusPODIVM, 2017.

GOZZO, Débora. Assentimento de terceiro e negócio jurídico: análise comparativa entre os Direitos brasileiro e alemão. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 20, p. 66-79, jul.-dez./2007.

HAICAL, Gustavo. *A autorização no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2020.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. (Parecer) o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor e os males dos fumantes. A assunção voluntária de riscos. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LÓPEZ MESA, Marcelo. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: IB de f, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: tomo XXII*. São Paulo: RT, 2012.



Este artigo está licenciado sob a licença *Creative Commons* Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0). Para mais informações sobre os termos desta licença, consulte: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt>

Recebido em:
08/07/2025.

Aprovado em:
27/08/2025.

Como citar segundo a NBR 6023/ABNT:

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. A vítima e sua participação no dano: a assunção voluntária de riscos. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 62-73, maio/ago. 2025.