



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

JESSICA SANTOS MALCHER GILLET

A PROBLEMÁTICA DA INSUFICIÊNCIA TEÓRICA DO NEXO DE
CAUSALIDADE: dificuldades e avanços

Belém

2021



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

JESSICA SANTOS MALCHER GILLET

**A PROBLEMÁTICA DA INSUFICIÊNCIA TEÓRICA DO NEXO DE
CAUSALIDADE: dificuldades e avanços**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – PPGD/UFPA, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Pastora do Socorro Leal.

Belém

2021

**Dados Internacionais de Catalogação na
Publicação (CIP) de acordo com ISBD Sistema de
Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat,
mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

G479p Gillet, Jessica.
A PROBLEMÁTICA DA INSUFICIÊNCIA TEÓRICA DO
NEXO DE CAUSALIDADE: dificuldades e
avanços / Jessica Gillet. — 2021.
100 f.

Orientador(a): Prof^a. Dra. Pastora Leal
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal
do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa
de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2021.

1. Responsabilidade Civil.. 2. Nexo de
Causalidade. 3. Insuficiência teórica. 4.
Avanços e desafios. I. Título.

CDD 342

JESSICA SANTOS MALCHER GILLET

**A PROBLEMÁTICA DA INSUFICIÊNCIA TEÓRICA DO NEXO DE
CAUSALIDADE: dificuldades e avanços**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Pará –
PPGD/UFPA, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestra em
Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo,
Democracia e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof^a Dr^a Pastora do Socorro
Leal.

Data de avaliação: ___/___/____.

Conceito: _____.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr^a. Dr^a Pastora do Socorro Leal
(Orientadora)

Prof^a. Dr^a. Agatha Gonçalves
(Professora Convidada)

Prof. Dr. Dennis Verbicaro
(PPGD/UFPA)

Belém
2021

À milha família, meu porto seguro.

À Dona Odette, minha eterna mestra.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Pará, em cada um de seus/suas professores/as, alunos/as e colaboradores/as, por formarem uma casa de ideias, educação e de engrandecimento desde a minha graduação.

Ao escritório Potiguar e Lobato, nas figuras dos Drs. José Augusto Torres Potiguar, Alex Lobato Potiguar e Guilherme Henrique Lobato, que me acompanharam, incentivaram e serviram e servem de base jurídica e modelos de profissionais e educadores.

À querida orientadora Professora Pastora Leal por todos os anos de admiração desde a graduação até a dissertação de mestrado;

Aos membros da banca, Professor Dennis Verbicaro e Professora Agatha Gonçalves.

Ao PPGD/UFPA, por ser o local único de florescimento de ideias e de engrandecimento.

Ao meu pai Antônio meu grande exemplo de vida.

Aos meus amados avós Odette, Jaci e Carlos que me acompanham e apoiam em todos os momentos da minha vida.

Ao meu sobrinho Guilherme e afilhados, Laura e Rogério, que essa dissertação possa servir de exemplo ao caminhar de vocês.

Ao meu amor, Cristiano, que chegou durante a reta final desta preparação, mas que tenho como exemplo de organização e foco.

À amiga Anna Marcella, companheira desde o processo seletivo, sem a qual, certamente, eu não teria chegado até aqui.

Aos meus irmãos, toda minha família e amigos que entenderam as ausências, acalentaram as tristezas e comemoraram as vitórias.

A todos e todas que, direta ou indiretamente, contribuíram com esta pesquisa.

“Progresso da ciência jurídica depende da coragem com que os juristas empreendem uma elaboração sistemática do direito que não faça concessões à tradição somente porque é tradição”.

(Noberto Bobbio. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950).

GILLET, Jessica Santos Malcher. A PROBLEMÁTICA DA INSUFICIÊNCIA TEÓRICA DO NEXO DE CAUSALIDADE: dificuldades e avanços. [dissertação]. Belém: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, 2021.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado busca refletir sobre um dos pressupostos da responsabilidade civil - o nexo causal. Diante da atual dificuldade teórica para resolver problemas complexos, frutos das relações contemporâneas, o objetivo do trabalho é demonstrar que o pressuposto de causalidade é enfrentado na doutrina e na jurisprudência brasileira de maneira confusa, adotando especialmente três principais teorias – equivalência de condições, causa adequada e causa direta e imediata, eleitas e aplicadas, sem a devida coerência ou fundamentação e, ainda, que é necessário analisar o nexo de causalidade dentro de outras possibilidades além das utilizadas nas Cortes. Assim, a fim de responder o problema apresentado, o trabalho oferece novos olhares ao nexo causal, dentro de pontuadas doutrinas estrangeiras, bem como verifica a aplicação das mais usuais teorias em julgados selecionados por sua relevância para pesquisa. Para construção da dissertação de mestrado foi utilizado o método indutivo. Conclui-se que a jurisprudência é imprecisa quanto a utilização da teoria da causa adequada e causa direta e imediata e que a doutrina brasileira já possui, de maneira tímida, alternativas para a análise do nexo causal que acompanham a tendência do direito estrangeiro e estas estão em conformidade aos princípios constitucionais, produzindo um diálogo baseado na alteridade, que pode vir a construir uma tutela mais digna à vítima.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Nexos causalidade. Insuficiência teórica. Avanços e desafios.

GILLET, Jessica Santos Malcher. **THE CAUSAL NEXT TO CIVIL RESPONSIBILITY**: dilemmas of the assumption in current civil liability. [dissertation]. Belém: Post-Graduate Program in Law at the Federal University of Pará, 2021.

ABSTRACT

This master's thesis seeks to reflect on one of the assumptions of civil liability - the causal link. In view of the current theoretical difficulty to solve complex problems, fruits of contemporary relations, the objective of the work is to demonstrate that the assumption of causality is faced in Brazilian doctrine and jurisprudence in a confusing way, especially addressing three main theories - equivalence of conditions, adequate cause and direct and immediate cause, elected and applied, without due coherence or justification, and also that it is necessary to analyze the causal link within other possibilities besides those used in the Courts. Thus, in order to answer the problem presented, the work offers new views on the causal nexus, within punctuated foreign doctrines, as well as verifying the application of the most usual theories in judges selected for their relevance to research. For the construction of the master's thesis, the inductive method was used. It is concluded that the jurisprudence is imprecise as to the use of the equivalence of conditions theory, adequate cause and direct and immediate cause and that Brazilian doctrine already has, in a timid way, alternatives for the analysis of the causal nexus that accompany the tendency of foreign law and these are in accordance with constitutional principles, producing a dialogue based on otherness, which may come to build more dignified protection for the victim.

Keywords: Civil responsibility. Causal link. Theoretical insufficiency. Advances and challenges.

LISTA DE SIGLAS

CPB	Código Penal Brasileiro
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
CPC	Código de Processo Civil, de 1973
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil, de 2015

Sumário

1 INTRODUÇÃO	13
2 NEXO DE CAUSALIDADE.....	15
2.1 DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO.....	16
2.1.2 AS TEORIAS DE CAUSALIDADE ADOTADAS NO DIREITO BRASILEIRO	21
(i) <i>A equivalência dos antecedentes causais ou a teoria da conditio sine qua non</i>	22
(ii) <i>A causalidade adequada</i>	25
(iii) <i>A causa direta e imediata</i>	28
2.2 A CAUSALIDADE DO ART. 403 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	30
2.3 A CONFUSÃO NA APLICABILIDADE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA.....	31
3. A CAUSALIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO	36
3.1.1 DIREITO FRANCÊS	36
3.1.2 DIREITO ARGENTINO	41
3.1.3 DIREITO NORTE-AMERICANO.....	42
3.2 POSSIBILIDADES ALTERNATIVAS	46
3.2.1 <i>A causalidade alternativa</i>	47
3.2.2 <i>A presunção de causalidade</i>	49
3.3 CASOS PRÁTICOS E A PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE	53
3.3.1 <i>Lote da pílula Microvlar</i>	55
3.3.2 <i>Tabaco e Fast food</i>	57
3.3.3 <i>Danos ambientais</i>	58
3. A CAUSALIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO	63
3.1.1 DIREITO FRANCÊS	63
3.1.2 DIREITO ARGENTINO	68
3.1.3 DIREITO NORTE-AMERICANO.....	69
3.2 POSSIBILIDADES ALTERNATIVAS	73
3.2.1 <i>A causalidade alternativa</i>	74
3.2.2 <i>A presunção de causalidade</i>	76
3.3 CASOS PRÁTICOS E A PRESUNÇÃO DE CAUSALIDADE	80
3.3.1 <i>Lote da pílula Microvlar</i>	82
3.3.2 <i>Tabaco e Fast food</i>	84
3.3.3 <i>Danos ambientais</i>	85
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

1 INTRODUÇÃO

O estudo em tela se debruça sobre como um dos pressupostos da responsabilidade civil se comporta na atualidade, demonstrando-se a necessidade de uma releitura do nexo de causalidade que, muitas vezes, é indevidamente relegado ao segundo plano ou aplicado de forma equivocada por operadores do direito.

O Direito reflete a sociedade na qual está inserido e tutela as relações de pessoas com outras pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, bem como com o Estado. No campo da responsabilidade civil, em particular, o desenvolver e a forma que se renova o campo de pesquisa foi ganhando cada vez mais espaço nacionalmente e internacionalmente.

Falar em responsabilidade civil é, em boa medida, falar dos problemas atuais de determinada sociedade. Com o passar do tempo os problemas mudam, bem como as respostas a estes problemas, também, necessitam mudar.

A evolução histórica da responsabilidade civil aponta para a ampliação das hipóteses de reparação da vítima, num movimento que articula o aumento dos sujeitos passíveis de responsabilização (responsabilidade civil do Estado), bem como a admissão de novos nexos de imputação (responsabilidade objetiva) e finalmente, o avanço do próprio conceito de dano indenizável (os danos morais).

Há, no entanto, um ponto que parece resistir a esse cenário de mudanças substanciais de cuidados com a vítima: a análise do nexo de causalidade. Demonstrar-se-á que o Brasil possui três principais doutrinas aplicáveis ao nexo de causalidade, dentre as muitas existentes, quais sejam, condição *sine quo a non*, causalidade adequada e causa direta e imediata, entretanto que estas são aplicadas pela jurisprudência de forma equivocada e sem parâmetros bem estruturados.

Ao se examinar as principais teorias aplicáveis no direito brasileiro, visa-se à correta eleição do nexo causal, com o objetivo de evidenciar que, embora haja entendimento doutrinário de que a teoria dos danos diretos e imediatos teria sido adotada pelo ordenamento civil pátrio (em virtude do disposto no artigo 403 do Código Civil), outras tantas teorias têm sido amplamente utilizadas pelo direito estrangeiro, bem como duas ganham destaque no direito brasileiro, onde se tem o intuito de garantir à vítima a respectiva indenização a que faz jus.

Por meio de breve análise do direito comparado, sendo selecionado o direito argentino, francês e americano, por representarem similaridade com o direito pátrio em

termos de sistema, ser uma das referências da doutrina e encontrar-se em alto nível de avanço quanto ao tema, respectivamente, pretende-se demonstrar a necessidade de analisar o nexo de causalidade a partir de outras teorias, além das utilizadas com frequência nas decisões brasileiras.

Apresentar-se-á, também, casos práticos nos quais é possível discorrer sucintamente da aplicação das referidas teorias estrangeiras e como a sua utilização conseguiu tutelar vítimas que, dentro do sistema usual do nexo de causalidade, estariam sem o ressarcimento de seu dano.

Por fim, na última seção, são apresentados os princípios constitucionais que dialogam com as teorias apresentadas ao longo da presente dissertação, bem estes coadunam com o sistema de tutela da vítima.

Diante da pesquisa, foi possível concluir que a jurisprudência brasileira não possui uma utilização doutrinária coesa quanto às teorias do nexo de causalidade e que a doutrina no país já possui ainda de maneira tímida, alternativas para utilização do nexo de causalidade além das teorias usualmente utilizadas. Ademais que estas alternativas, acompanham a tendência do direito estrangeiro, bem como dialogam com o sistema constitucional de tutela da vítima.

2 NEXO DE CAUSALIDADE

No mundo contemporâneo, onde as relações sociais estão conectadas, pensar o direito não mais é compatível com disciplinas excludentes entre si. Ao analisar cada caso jurídico, é necessário desenvolver um olhar amplo e transdisciplinar.

Trabalhar responsabilidade civil é dialogar com o direito ambiental, direito do trabalho, direito civil, direito constitucional, ética, filosofia, ciências exatas, probabilidade, estatística etc. A presente dissertação propõe como recorte epistemológico de análise do pressuposto do nexo causal dentro da responsabilidade civil.

Responsabilidade civil é formada por uma tríade de pressupostos, o dano, a conduta (positiva ou negativa) e o nexo de causalidade. Em especial, este último, é considerado por alguns doutrinadores, como Lopez (2008, p. 22) o requisito mais controvertido e o de mais difícil delimitação.

Para Filho (2012, p.67) o nexo causal é “o elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que podemos concluir quem foi o causador do dano”. O autor ainda acrescenta que este pressuposto é indispensável, ressaltando que é possível a responsabilidade sem culpa, mas não pode existir responsabilidade civil sem nexo causal.

Colocando o pressuposto do nexo de causalidade dentre de uma relação simples e rudimentar, podemos concluir que se trata de conduta-causa que gera um dano-efeito. Dessa maneira, o nexo “é um liame fático que conecta a conduta lesiva ao dano, sendo *conditio sine qua non* para verificação do dever de indenizar, dado que se encontra incrustado aos pilares que esteiam os preceitos hodiernos da responsabilidade civil” (Fachin, 2011, p. 369).

Ocorre que, ao se analisar casos concretos, dos mais simples aos mais complexos, em especial onde existam hipóteses de causalidade múltipla, com a existência de cadeias de condições e circunstâncias multifatoriais para a análise causal do dano, aquela primeira impressão de nexo rudimentar e simplória de causa e efeito, perde a força.

Dias (1983, p.177) afirma que é necessário “Quando um simples fato gera o dano, a questão do nexo causal não oferece a menor dificuldade. O problema ocorre em situações de causalidades múltiplas, ou seja, quando uma cadeia de ações, existem várias circunstâncias concorrendo para este dano”.

Hodiernamente, observa-se um movimento articulado para que os sujeitos passivos da responsabilização sejam ampliados, bem como a admissão de novos contornos de imputabilidade e o próprio conceito de danos morais.

Frota (2014, p. 52) propõe que o nexo de causalidade é fruto de escolhas políticas e filosóficas que evidenciam lógicas racionais da sociedade em análise. Dessa forma, é possível concluir que a aplicação do pressuposto de causalidade, da forma que é utilizado na prática forense brasileira, bem como a sua tímida discussão corrobora para o pensamento do autor.

A presente dissertação de mestrado busca responder sobre um objetivo de pesquisa: o ordenamento jurídico brasileiro elegeu três principais teorias e as aplica de maneira conturbada na jurisprudência. Ademais, debater nexo de causalidade se faz necessário um aporte de doutrinas estrangeiras que avançaram quanto ao pressuposto, demonstrando, assim, algumas possibilidades alternativas para análise de casos mais complexos.

Na presente seção será possível verificar o pressuposto do nexo de causalidades, as três principais teorias utilizadas na doutrina e jurisprudência brasileira. Será demonstrado, ainda, que as referidas teorias são aplicadas de modo confuso em alguns julgados selecionados à título de exemplo, como forma de conduzir a resposta da primeira parte da problemática do trabalho.

2.1 Desenvolvimento do conceito

A origem etimológica da expressão nexo de causalidade, parte do seu desmembrando em duas. Primeiramente “nexo” que advém do latim *nexus*, que traz consigo a noção de vinculação, ligação, união. Por sua vez, a origem “causal” significa origem de um determinado efeito.

Dentro da premissa de que a responsabilidade civil atual se preocupa com a causalidade jurídica e não apenas com a causalidade material, entende-se que a causalidade jurídica é gênero e abriga à segunda, como espécie.

Tanto a causalidade material como a causalidade jurídica compõem dois momentos diferentes e subsequentes para a averiguação do nexo de causalidade. Ao primeiro, trata-se do elo físico, natural, o ato ou a omissão que venha a ser causa do dano – muito próximo das ciências naturais. Nada mais é do que o liame conduta – dano.

Por sua vez, a causalidade jurídica é analisada em seguida a delimitação da causalidade material. Constando-se a causalidade material como as consequências, os prejuízos econômicos que a vítima do dano suporta prejuízos esses, conduzindo-a uma

indenização. Momento no qual se avaliam quais fatos, atos e atores seriam considerados relevantes pelo direito para gerar ressarcimento.

Tratar de causalidade material remete a ideia de que a causalidade busca demonstrar uma noção restritiva de mera causa e efeito, dentro de uma ação automática. Por sua vez, a causalidade jurídica se propõe a analisar os vínculos dentro de um olhar complexo, abrangente e amplo, disposto a desmembrar e colocar sob o seu foco uma possível multiplicidade de fatores.

As definições de causalidade material e jurídica possuem relevância por precederem o desfecho de potenciais razões do prejuízo concretizado. Versão sobre escolhas políticas e legais, as quais possuem como base fundadora as concepções de justiça e isonomia, elementos esses que necessitam refletir o contexto social e econômico de cada localidade.

Para realizar as ditas escolhas políticas acerca da causalidade jurídica, a construção doutrinária desenvolveu os conceitos e distinções entre condição e causa. A condição é todo e qualquer evento que preceda o resultado, com a condicionante de possuir relação com o último. Por sua vez, a causa é o fator que o direito considera relevante para provocar o desfecho danoso.

Esta distinção entre condição e causa, bem como as escolhas políticas para a determinação de uma causalidade material e jurídica, buscam estabelecer parâmetros, determinar limites e definir espaços de aplicação para a responsabilização por danos.

A construção doutrinária procura uma fuga pragmática do senso comum. A noção de senso comum para a causalidade é apresentada por Hart e Honoré:

Senso comum não é matéria de afirmações inexplicáveis ou arbitrárias, e as noções causais que ele emprega, embora flexíveis e complexas e sutilmente influenciadas pelo contexto, são fundadas, ao menos em parte, em princípios verificáveis; embora o homem médio que os utilize não possa, sem auxílio explicitá-los. Neste ponto, somos confrontados com o fenômeno, que não é incomum, que exige a procura por definições e que estimulou muito o que é válido no questionamento filosófico. O homem médio possui domínio adequado de vários conceitos entro do seu uso diário, mas, justamente com esse domínio prático vem a necessidade de afirmação explícita e do esclarecimento dos princípios envolvidos no uso desses conceitos. (HART; HONORÉ, 1985, p. 26).

A necessidade de estabelecer parâmetros palpáveis e pragmáticos para determinação da causalidade dentro da responsabilidade civil caminha dentro de um

processo evolutivo longo, transitando dentro de diversas escolas do direito, como a francesa, alemã e a norte-americana.

Até o século XIX, como Moraes (2013) apresenta, o desenvolvimento de doutrinas acerca de causalidade era esparso e não sistematizado. O caminhar da responsabilidade civil e o evoluir da noção de culpa, bem como a mudança do foco do ofensor para a tutela da vítima do dano, são alguns dos fatores que contribuíram para a abertura de pesquisas do nexo causal.

O desenvolvimento do conceito de nexo de causalidade dentro da responsabilidade civil brasileira, e no presente estudo, não pretende desenvolver de maneira exaustiva o tema.

Pensar em causalidade é como coloca Mulholland (2009, p.103) “categoria fundamental do pensamento, deve ser empregada com o mesmo significado em todas as áreas, mostrando-se equivocados os intentos de criar-se para ela um conceito jurídico especial”.

Com isso, é possível refletir que as ideias de causa e causalidade fazem parte do esforço para dar sentido ao mundo e estão presentes nos mais diversos domínios da atividade humana e do pensamento, como a religião, a mitologia, o direito, a filosofia e a ciência.

Causalidade, ou relação de causa e efeito, versa sobre o vínculo que correlaciona fenômenos diferentes, fazendo com que alguns deles apareçam como condição da existência de outros.

Na vida cotidiana, a ideia de causa está associada à da ação de alguém que cria algo. Tal noção é inspirada pela observação da natureza, onde certos acontecimentos são considerados responsáveis pela produção de novos acontecimentos.

A ideia de causalidade não foi muito trabalhada e desenvolvida dentro do direito romano. De acordo com Moraes (2013), as noções de causalidade nesse período histórico eram esparsas e com pouca relação com a causalidade extracontratual, restringindo-se a interpretações literais ou pouco aprofundadas da *Lex Aquila*.

A *Lex Aquila* possuía verbos imperativos, quais sejam, “matar, queimar, quebrar e estragar”, Zimmerman (2009) entende que as aplicações do pressuposto de nexo causal para as relações extracontratuais, versavam da análise gramatical dos respectivos verbos imperativos.

Interpretar a *Lex Aquila* de uma maneira literal conduzia uma aplicabilidade limitada, acarretando a uma existência do nexa causal restrita a prática de condutas descritivas, um raciocínio quase que matemático.

Assim, a adoção romana do pressuposto do nexa de causalidade era restrita ao texto normativo, ou seja, como Moraes (2013) “caso o indivíduo tivesse praticado uma das ações descritas no texto legal, haveria responsabilidade; caso contrário, o dever de indenizar era sumariamente afastado”.

O viés prático e objetivo da interpretação dos verbos imperativos da *Lex Aquila* conduziram a interpretações restritivas e, caso ocorressem, situações complexas – envolvendo diversos fatores potencialmente lesivos, a tendência seria o afastamento do dever de indenizar.

Para contornar a falta de tutela estatal e buscar uma solução para casos que os verbos imperativos da *Lex Aquila* não eram suficientes, surgiram no direito romano, duas qualificações de análise: *actio in factum* e *actio utilis*.

Antes de se desenvolver as referidas qualificações é importante ressaltar que se está dialogando de um direito reflexo de uma sociedade classista, de tutela patrimonial e patriarcal, onde o direito era ferramenta para poucos e a propriedade era um bem de relevância exacerbada.

Dentro da interpretação da *actio in factum*, diz Zimmerman (2009, p. 992) “o pretor decidia com base nas alegações de cada parte e com fundamento de seu poder de império, definindo o que seria equitativo e apropriado”.

Ocorre que, a ampliação interpretativa conferida ao pretor oportunizada pela qualificação da *actio in factum*, não atingia todas as vítimas em potencial. O direito de ação e conseqüentemente uma interpretação dos fatos baseados nas provas apresentados ao pretor eram restritos aos proprietários de bens, apenas estes tinham acesso às ações. (ZIMMERMAN, 2009, p. 992).

Em decorrência da referida restrição de acesso à interpretação do pretor aos proprietários de bens, surgiu o *actio utilis*, instrumento processual pelo qual os detentores de posse e de direitos reais poderiam solicitar a referida atuação dos pretores.

Moraes (2013) apresenta um comparativo da *actio in factum* com o conceito atual de causalidade:

A diferença entre o raciocínio aplicado naquela ocasião e o adotado na atualidade é que, enquanto esse último se refere à lei substantiva, a lógica romana – baseada fundamentalmente nas ações – buscava estender o âmbito de incidência de determinada

actio para situações que, a princípio, estariam fora do âmbito de incidência. Mesmo com a *actio in factum*, o direito romano não conseguia lidar com as situações cada vez mais inusitadas que surgiam naquela época. Se por um lado, a ação desenvolvida na esfera pretoriana era suficiente para lidar com as limitações gramaticais da *Lex Aquila*, por outro, ela era insatisfatória para solucionar a dificuldade inerente aos sujeitos que seriam beneficiados pela norma. (MORAES, 2013, p. 19).

A partir de 130 d.C., Zimmerman (2009, p. 993), com as codificações dos éditos, o processo criativo dos pretores foi interrompido. As estruturas das *actios* perderam sua efetividade e o regime de responsabilização por situação não previstas expressamente na *Lex Aquila* novamente fica engessado.

O Imperador Justiniano, por intermédio das Institutas, tornou a sistemática romana ainda mais complexa. No séc. VI d.C manteve a repartição das *actios*, porém as alterando por completo, desvirtuando das tradições de outrora.

Segundo o regime criado naquela ocasião, a *actio legis Aquiliae directa* passou a caber exclusivamente nas situações nas quais havia relação direta entre a conduta do ofensor e o dano ocorrido. Por sua vez, o escolo de aplicação da *actio utilis* se limitou às situações nas quais o bem havia sido danificado, sem que o dano tivesse sido consequência direta da conduta do ofensor. Já a *actio in factum* se voltou para as hipóteses nas quais o proprietário havia sido privado do uso do objeto, sem que a coisa, em si, tivesse sido danificada. (MORAES, 2013, p. 20).

O viés pragmático e o apego à necessidade de soluções de casos pontuais e a não criação de conceitos abstratos e gerais demonstram o que norteava o início do desenvolvimento do nexa causal, dentro do direito romano.

Ademais, a relação de causalidade rudimentar é consequência da própria sociedade romana da época, onde as relações intersociais que poderiam gerar causas jurídicas eram limitadas aos homens, cidadãos e proprietários de escravos.

A partir do Renascimento, principalmente com o desenvolvimento da ciência moderna, em especial com o desenvolvimento da astronomia e a física de Copérnico, Galileu e Newton, a relação de causa e efeito passa a responder a uma indagação científica: como se dão os fenômenos de mudança? Indagação apresentada e respondida por Luci (2011).

A procura da causa eficiente cedeu lugar à busca de leis gerais, ou seja, a ideia de uma relação de causalidade entre fenômenos foi substituída pela de sistema de relações cientificamente descritíveis.

Lucci (2011) distinguiu a causalidade dentro de duas perspectivas gerais e antagônicas: a racionalista e a empirista. A primeira, de Descartes, Spinoza e Leibniz, tende a relacionar causa e razão: a causalidade é uma relação real e necessária, apreensível pela faculdade racional humana.

Por sua vez os empiristas como Hobbes e Hume identificam a causalidade com uma sucessão de fatos no tempo, já que a relação de causa e efeito entre fenômenos não pode ser comprovada, mas apenas consagrada pelo costume.

Diante da análise feita é possível verificar que, desde os primórdios, existe uma dificuldade de estabelecer regras práticas e objetivas à identificação do liame causal. Verifica-se na doutrina a existência de muitas teorias que procuram explicar o pressuposto e, conforme Cavalieri Filho (2010) indica mais de quatorze correntes principais.

Na presente dissertação e nesta seção serão analisadas as três correntes mais utilizadas na doutrina e jurisprudência brasileira, para desenvolver e buscar a resposta para o problema de pesquisa apresentado.

2.1.2 As teorias de causalidade adotadas no direito brasileiro

Antes de realizar o salto histórico da análise de causalidade até chegar à atual situação brasileira, em que o referido pressuposto se encontra na legislação e na aplicabilidade jurisprudencial, necessário se faz suscitar que a partir do séc. XIX, com o desenvolvimento das escolas jurídicas que se procurou estruturar modelos teóricos coerentes sobre o tema.

Stein (2005) apresenta a Escola Histórica do Direito, fundada por Savigny à qual se colocou na contramão da concepção alemã a respeito de causalidade. Quanto ao tema, o autor afirma:

Naquela ocasião, Savigny se opôs à codificação do Direito alemão, então sustentada por Thibaut, defendendo que a lei não era resultado da atuação arbitrária do legislador, mas sim da tradição e das crenças de determinado povo. Na esfera jurídica, o desenvolvimento legislativo proposto por Savigny partia da noção de que a lei romana da era republicana era pouco desenvolvida, e que a do período justianiano era o retrato de uma sociedade em decadência. Como, para o jurista alemão, apenas o direito do período clássico refletia a maturidade desejada, ele acabou baseando seus estudos no trabalho dos juristas daquele período (STEIN, Peter. 2005, p. 117).

Assim, a partir das discussões das escolas jurídicas, começaram a surgir diversas teorias visando estruturar a causalidade. Na presente dissertação serão abordadas duas

principais categorias que discutem causalidade, as (i) generalizadoras que buscam equiparar as condições e causas do evento danoso, teoria da equivalência das condições – e (ii) individualizadoras, para as quais inexistem a equivalência de condições e causas, teoria da causa adequada e teoria da causa direta e imediata.

O nexo de causalidade compõe a responsabilidade civil, sendo um dos mais inquietantes e de dificuldade de limites e regras básicas. Identificar o liame causal, especialmente em situações em que existam concausas, ou seja, várias circunstâncias concorrendo para a concretização do efeito danoso faz com que o estudo seja desafiador e necessário.

A grande maioria dos casos não resulta de uma única causa, sendo consequência de inúmeras circunstâncias que combinadas culminam para o resultado. Muito em decorrência da atual conjuntura social a concausalidade dos eventos vem se mostrando mais presente, demonstrando uma necessidade de um novo olhar para as teorias do nexo causal. Todavia, as controvérsias relativas à causalidade transitam desde a esfera prática até as premissas teóricas.

O recorte conceitual do presente trabalho discorrerá da equivalência dos antecedentes causais, da causalidade adequada e da causa direta e imediata.

(i) A equivalência dos antecedentes causais ou a teoria da *conditio sine qua non*

A primeira teoria apresentada na presente dissertação de mestrado será a equivalência das condições ou equivalente dos antecedentes causais, ou, ainda, *conditio sine qua non*. Possui como criador o penalista alemão Maximiliano Von Buri e posteriormente aperfeiçoada por outros pensadores.

Como relata Rosenvald (2018, p. 557), a referida teoria apesar de rudimentar é um marco para o pressuposto do nexo de causalidade. Uma vez que, é nesse momento em que “se instala o paradigma condicionalístico, que vem a se tornar fundamento da responsabilidade civil e penal até meados do século XX” (ROSENVALD, 2018, p. 557).

Para a presente teoria causa é toda e qualquer condição da qual dependeu a produção do resultado, ou seja, desconsidera qualquer nível de proximidade ou importância causal, uma vez que para o autor todas as circunstâncias que culminaram para o evento danoso eram equivalentes.

Assim, cada circunstância presente na cadeia causal é necessária para a produção do resultado. Dessa maneira, cada condição origina a causalidade das outras. Para esta

teoria, existem dois eixos centrais que discutem causalidade dentro do mundo jurídico, quais sejam, causa e condição.

Ao pensar em condição se está diante de todos os fatos que dão origem ao dano. Uma vez que causa, é toda a condição que determina a produção do resultado danoso. Para a presente teoria todas as condições se equivalem.

Em um caso prático o julgador não levaria em conta graus de proximidades de causas e condições, todas seriam igualmente importantes para a produção do evento danoso.

A doutrina utilitarista de Mill é apontada por Sandell (2014, p. 65) como o dever de maximizar a utilidade em longo prazo, e não caso a caso. Onde o cálculo utilitarista de ampliar o olhar levaria a máxima felicidade humana. Ademais para o referido autor, o surgimento da teoria versa dos anseios existentes no século XIX para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de uma teoria autônoma de causalidade. Influenciada pela perspectiva naturalística.

A influência do utilitarismo na teoria da equivalência das condições não é uma unanimidade na doutrina. Muitos autores afirmam que os preceitos lógicos desenvolvidos por John Stuart Mill, serviram como verdadeiros fundamentos para o progresso da teoria, como coloca Morsello (2007, p. 213) ao afirmar que a teoria da equivalência das condições teria sido criada por Von Buri com fundamentos nas ideias de Stuart Mill.

Por sua vez, Cruz (2005, p. 36) sustenta que Mill já colocava outra condicionante para o estabelecimento da análise causuística, uma vez que considerava incompleta sem o estabelecimento de outra causa, desde os seus escritos em 1843 em “*A system of logic*”.

O desenvolvimento da teoria foi acompanhado por analogias de cunho mecânicos, por uma influência da causalidade natural, física e por defensores da causalidade eficiente, vindo a ser acolhida pela jurisprudência alemã em 1880, em julgamento na esfera criminal.

A análise da teoria possui vertentes divergentes a depender de qual sistema jurídico estar se tratando, qual seja, *comum law* ou *civil law*. Ao primeiro, observa-se um tratamento do direito de maneira mais objetivo, buscando a análise do caso concreto dentro da seguinte indagação: “teria o cumprimento da lei evitado o prejuízo?”.

Por sua vez, dentro do sistema do *civil law*, a análise da teoria da equivalência das condições permite maior discussão doutrinária. Uma vez que, indaga-se: “se o evento teria ocorrido, mesmos a parte não tivesse praticado determinada conduta?”.

A teoria da equivalência das condições ou equivalência dos antecedentes causais chegou a influenciar estatutos penais de diversos países, inclusive é referendado no Código Penal brasileiro em vigor¹.

É interessante destacar que na legislação brasileira penal acolhe a teoria da equivalência dos antecedentes causais, apresentando sua concepção qualificada, ou seja, esta passa por um filtro de tipicidade. E como Rosenvald (2018, p. 558) afirma, retira a maior parte dos efeitos negativos da teoria.

Ocorre que, em relação a sua aplicabilidade na seara civil, esta foi perdendo forças e sendo cada vez menos utilizada. A autora Cruz (2005, p. 24-25) elenca os pontos positivos e principais críticas à teoria em questão, a saber:

Pontos Positivos: (i) grande simplicidade de aplicação; (ii) maiores probabilidades de reparação das vítimas; (iii) intenso efeito preventivo na diminuição de danos). Principais críticas: (i) transforma a serie causal em uma cadeia sem fim.(Ex: fabricante de arma); (ii) falsa, pois todas as condições do delito ou prejuízo são equivalentes; (iii) pode levar a decisões injustas; (iv) apego à causalidade natural (ao lado da causalidade natural, há que se levar em conta os limites objetivos traçados pelo sistema jurídico, sob pena de se chegar a resultados contraditórios); (v) iguala, erroneamente, nexos causal (elemento objetivo) e nexos de responsabilidade (elemento subjetivo/interno).

A teoria da equivalência das condições ganha um vasto terreno de análise quando analisada da perspectiva da responsabilidade civil extracontratual. Ao se atribuir idêntico tratamento as causas e condições que antecedem o evento danoso se cria uma cadeia causal infinita.

Para Ghersi (2003, p. 90-91) a razão do abandono da teoria da equivalência dos antecedentes causais por parte dos civilistas foi a “impossibilidade de detecção ou individualização das diversas condições do evento, o que impede que o intérprete converta uma delas em causa do evento danoso”.

Silva (1974) afirma que a teoria em tela leva a horizontes longos demais, de modo que, adotando-a talvez se tivesse de responsabilizar também, como partícipe de um adultério o próprio marceneiro que fabricou o leito no qual ocorreu o caso extraconjugal.

O tratamento excessivamente generalizante da presente teoria gera a dificuldade de aplicabilidade dentro da seara civil. Uma vez que, diferentemente do Código Penal Brasileiro, onde a tipificação é um filtro para os excessos, Código Civil com o seu art.

¹ Art. 13, Código Penal Brasileiro: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

927, apresenta a responsabilidade civil dentro de uma janela jurídica, ou seja, uma cláusula geral de direito.

Isso porque, para se analisar responsabilidade civil, impossível seria para o legislador prever todas as possibilidades jurídicas do instituto e alocá-lo dentro de uma tipificação específica. Dessa maneira, sem o filtro da tipificação, a aplicabilidade da presente teoria perde sua força.

Ademais, partindo do pressuposto que todas as condutas e causas que antecedem o evento danoso são iguais, seria possível estender o raciocínio aos antecedentes muito distantes do resultado em termos temporais, questionando-se, por exemplo, se a omissão em educar os filhos não teria evitado a prática de determinado ilícito.

Por fim, o pensamento de Mulholland (2015, p. 290) corrobora o entendimento sustentado ao afirmar que a referida teoria se prende com demasia aos conceitos naturalísticos. Os conceitos de causa e efeito são de aplicabilidade plausível dentro das ciências da física e da matemática, atribuindo sentido a uma interpretação condicionalística, entretanto, para uma ciência como o direito, a aplicação da referida teoria é um convite a arbitrariedades e imputações infinitas de efeitos danosos.

Dessa maneira, conclui-se não haver espaço à boa aplicação de tal teoria dentro da responsabilidade civil, de modo que tanto na doutrina quanto na jurisprudência sua utilização fica restrita ao campo penal.

(ii) A causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação foi concebida pelo filósofo Ludwing Von Bar, em 1871 e desenvolvida por Johannes Von Kries, onde buscou dentro da relação causal, uma possível causa, ou seja, uma causa potencialmente apta a produzir o dano.

Assim, conceitua que a condição mais adequada é o resultado da observação objetiva e da fusão da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum.

Para essa teoria, quanto maior a probabilidade que determinada causa se apresente para gerar um dano, tanto mais adequada é a relação da situação jurídica em questão.

Dentro da aplicabilidade da referida teoria no âmbito da responsabilidade civil, esta se coloca de maneira muito mais palpável que a teoria da equivalência de condições,

uma vez que parte de uma análise jurídica da causalidade e não única e exclusivamente natural.

De acordo com Pierangeli (2006, p. 106):

Para se entender a causalidade adequada, torna-se necessário partir do princípio de que a conduta do homem deve ser proporcional ou adequada ao resultado, o que significa que não se lhe pode atribuir resultados decorrentes de sua conduta que não forem previsíveis, ou excepcionais ou atípicos. O juízo sobre a adequação da causa efetua-se mediante um procedimento que se designa 'prognóstico póstumo', em relação com o momento em que a causa se posiciona entre as condições e se podia valorar o previsível ou norma do resultado. Trata-se de uma valoração através de um juízo 'ex ante' e não 'ex post'.

Diante de uma pluralidade de concausas, o julgador irá indagar qual delas, em tese, poderia ser considerada mais apta a causar o resultado. Respondida esta primeira pergunta avança-se ao questionamento se esta causa seria capaz de gerar o dano e se é também hábil, segundo as leis naturais.

É necessário ressaltar que, para a presente teoria não basta que um fato seja condição de determinado evento, é preciso que o referido fato trate de ser uma condição normal ou regular ou conforme as percepções gerais provoque o mesmo resultado. É o chamado juízo de probabilidade.

O juízo de probabilidade é realizado em abstrato – considerando os fatos como efetivamente ocorreram, onde o objetivo é responder se a ação ou omissão do sujeito eram por si só, capazes de provocar normalmente o dano.

Assim, a “causa” deve ser estabelecida em abstrato, em conformidade uma ordem natural das coisas e a experiência da vida, e não em concreto, a considerar os fatos tal como se deram.

Para Noronha (2003) a teoria da causalidade adequada apresenta a necessidade da existência de uma condicionante, condicionante na qual, o fato a ser tido como determinante do dano há de ter sido condição obrigatória e essencial à geração do resultado danoso e, concomitantemente, há adequação da causa à produção final de tal resultado.

Durante a investigação da cadeia causal, quando o magistrado se utiliza da presente teoria, é necessário que o julgador retroaja mentalmente até o momento da ação ou omissão para que então busque identificar se esta era ou não era apta a produzir o dano.

Realiza-se uma prognose póstuma, ou seja, uma análise após o fato, uma vez que o julgador se coloca no momento da ação, como se o resultado não tivesse ocorrido para que, assim, consiga determinar a probabilidade de ocorrência do fato.

É de relevância notar que a presente teoria adotava como referência o ponto de vista do autor do ato, computando, assim, o que este conhecia concretamente ou podia conhecer para avaliá-la a previsibilidade de sua ação ou omissão.

Com o desenvolvimento da teoria foram surgindo percepções de caráter objetivo, como a que sustentava que a análise da cadeia causal deveria levar em conta o que era conhecido não pelo agente do dano, e sim, pela percepção do homem comum médio.

Com o passar do tempo, para que fosse possível identificar a causa adequada do dano, foram desenvolvidas duas formulações para a teoria da causalidade adequada: a formulação positiva e a formulação negativa.

Para a formulação positiva da teoria da causalidade adequada, um fato será considerado causa adequada do dano, sempre que este constitua uma consequência normal ou típica daquele. Assim, sempre que, verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como um efeito provável dessa verificação.

Por sua vez, para a formulação negativa faz-se necessária a análise de que se o fato é causa inadequada a produzir o dano, ou seja se o fato que atua como condição do dano só deixará de ser considerado causa adequada, quando, dada sua natureza geral, mostrar-se indiferente para a verificação do dano, sendo relevante verificar se as causas inadequadas do dano podem levar a resultados antagônicos.

A título de exemplo para melhor compreensão se tem: A agride B, o qual ao levar um soco, vem a falecer por ser portador de grave cardiopatia. De acordo com a formulação positiva, a agressão não terá sido causa adequada do dano, porque o resultado morte não é consequência natural e normal de um único soco.

Entretanto, para a formulação negativa, dentro do mesmo exemplo citado, será possível admitir o nexa causal, já que a agressão não foi de todo indiferente para a produção do dano.

É relevante notar que a formulação negativa é mais ampla e acaba se aproximando mais da Teoria da equivalência das condições, embora com está não se confunda.

Para Cruz (2005, p. 25) a principal crítica dessa teoria é que ela é filosófica demais, uma vez que busca o saber ontológico e gnomológico das causas, além de ser complexa e imprecisa.

Já para Mulholland (2010) há o destaque:

Por se tratar de uma pesquisa a ser realizada no campo do dever-ser, a adequação da causa nada mais é do que uma probabilidade abstrata de dano utilizada como critério para a imputação de responsabilidade. E aí surge a primeira questão: uma causa pode ser adequada para produzir o dano em abstrato (plano do dever ser), tal como se deu, mas na prática (plano do ser), por não ser.

Posto isso, dentro da análise de um caso concreto, para se evitar decisões injustas, é necessário que o magistrado ao aplicar determinada teoria denexo causal leve em consideração, também, a possibilidade de interrupção deste. Em termos de interrupção denexo causal, esta vem a ser considerada de maneira mais robusta, dentro da teoria dos danos diretos e imediatos.

Apesar das críticas feitas à teoria da causalidade adequada, é necessário reconhecer seu prestígio dentro da jurisprudência nacional, que ao lado da teoria dos danos diretos e imediatos, compõe uma das principais aplicações em julgamentos da seara cível.

(iii) A causa direta e imediata

A teoria da causa direta e imediata, também conhecida como teoria da interrupção donexo causal desenvolvida por Dumolulin e Pohtier, na França, pensada para compor o Código de Napoleão, determina que o agente responda no limite de sua participação no evento danoso, de modo que seria necessário ao dano se ligar direta e imediatamente ao agente e, que tal relação, não fosse interrompida por outras condutas que pudessem ter influência no resultado final.

Para a teoria em questão, haverá o dever de indenizar caso o dano provocado seja efeito necessário da causa, onde é imprescindível que haja um liame lógico-jurídico que estabeleça a relação entre a causa necessária e o dano dela decorrente, direta ou indiretamente.

É importante que, o dano seja uma consequência necessária da causa que está sobre análise. Frise-se, ainda, que o mero decurso do tempo entre o fato e o dano não é apto a descaracterizar o nexode causal, na medida em que se o dano for consequência necessária indireta da causa, há nexoe, portanto, dever de reparação.

Alvim (1972) afirma que para o dano que seja indenizável, este deve se filiar há uma causa, mesmo que remota, devendo essa causa ser necessária, ou seja, não deve existir outra causa que explique o mesmo dano. Dessa maneira, a teoria do dano direto

e imediato precisa ser estudada em conjunto com a subteoria da consequência necessária.

Com isso, para a causa do dano corresponder a uma causa jurídica própria apta a reportar ao causador do dano o dever de indenizar deve, obrigatoriamente, se revestir de um caráter de necessidade à eclosão do evento danoso, mesmo que de maneira remota.

Mulholland (2010) aponta:

A investigação do nexo de causalidade por esta teoria dar-se-á através da análise concreta da cadeia causal. Não se trata de analisar a cadeia causal com base num arquétipo de probabilidade abstratamente considerado, mas de verificar, no caso concreto, se uma determinada conduta ou atividade é a causa necessária do dano. Desta conclusão retira-se que o dano, para ser indenizado, deve ser o resultado que, no caso concreto, é a consequência direta e imediata da conduta ou atividade realizadas.

Em complemento Lopez (2007, p.27) afirma que:

Em recente artigo, Gustavo Tepedino endossa a teoria da causa direta e imediata, também denominada ‘teoria da interrupção do nexo causal’, na sub-teoria da causalidade necessária. Haverá, segundo o autor, dever de reparar quando o evento danoso for efeito de determinada causa. Diz que, dessa forma, podem-se identificar danos indiretos passáveis de ressarcimento, desde que sejam consequências necessárias da conduta tomada como causa. A teoria da ‘interrupção do nexo causal’, assim denominada por Ennecerus, ou apenas a ‘teoria de causa e efeito imediata’. A interrupção nexo causal ocorreria, segundo Ennecerus e Lehman, toda vez que determinado resultado devesse ser a normal consequência que com anterioridade ‘fosse a circunstância que acabasse por responder pelo resultado. Essa circunstância é chama causa estranha.

Desta feita, durante a investigação causal de determinado caso concreto, investigasse a cadeia causal e o seu percurso entre a causa e o dano necessário constatar-se que outro foi o fato gerador que deu causa ao evento danoso, resta descaracterizado relação de causalidade, não havendo que se falar em dever de indenizar.

Muito se fala que a presente teoria é adota explicitamente pela legislação pátria em decorrência do art. 403² do Código Civil. Cavalieri Filho (2012, p.75) entende que a expressão ‘direto e imediato’ não é um indicativo de que a causa precisa estar

² Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

cronologicamente ligada ao evento, nem temporalmente mais próxima, mas sim aquela causa que for mais direta, mais determinante, mais objetiva dentro de um curso natural e ordinário das coisas.

Esta tem sido uma das teorias adotadas pelas Cortes Superiores, com destaque para os julgados selecionados na presente dissertação do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Pará, para dirimir as questões que envolvam responsabilidade civil. No entanto, a questão não é pacificada, visto que os julgados oscilam com a aplicação da teoria da causalidade adequada.

Em tópico próprio será discutida a aplicabilidade das teorias da causalidade adequada e da causa direta e imediata nos Tribunais Superiores.

2.2 A causalidade do art. 403 do Código Civil brasileiro

O art. 403 do Código Civil de 2002, cita de maneira explícita a expressão “direto e imediato”. Apesar do âmbito da norma ser, a princípio, aplicável a esfera contratual, o referido artigo se estende também para o ramo extracontratual. Gerando como consequência da interpretação gramatical do dispositivo, a aplicabilidade da teoria do dano direto e imediato.

Antes de adentrar no art. 403 do Código Civil de 2002, vigente no Brasil, necessário se faz o destaque ao artigo 1.060 do Código Civil de 1916, o qual previa as seguintes textuais: “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”. A redação do referido códex é muito semelhante àquela da norma atualmente em vigor.

Por meio da leitura taxativa do art. 403 do Código Civil de 2002, chega a ser difícil definir com precisão o significado da expressão “direto e imediato”. Entretanto, pela lógica pragmática, seriam excluídos de indenização os prejuízos indiretamente produzidos em situações envolvendo uma causa subsequente, ou seja, elemento diverso com o antecedente do dano.

Entretanto, até mesmo pelo caráter excessivamente vago do texto normativo, se torna temerário afirmar que o Código Civil de 2002 adotou de modo fechado como teoria de causalidade à teoria do dano direto e imediato.

O referido dispositivo foi inspirado no art. 1.151 do Código Civil francês de 1804, reproduzindo o seu teor quase na integralidade e em tradução literal:

Art. 1.151 Mesmos nos casos nos quais o inadimplemento do contrato decorre de dolo do devedor, a indenização deve incluir, em relação aos prejuízos sofridos pelo credor e ao lucro do qual ele foi privado, apenas o que for consequência direta e imediata do inadimplemento.

Para Noronha (2012, p. 733) tanto os franceses, quanto os italianos – por intermédio do art. 1.223 do Código Civil italiano, quanto o próprio art. 403 do CC/02 – não foram capazes de traçar contornos suficientemente precisos para a causalidade. Restando a expressão ‘efeito direto e imediato’ ares insatisfatórios de justificativas.

Dessa maneira, a expressão “direto e imediato” constante no art. 403 do CC/02, confunde e gera divergências interpretativas quanto à aplicação da teoria de causalidade. Necessário se faz a reflexão de que o Código Civil possui e, assim deve o ser, janelas jurídicas e cláusulas gerais, uma vez que seria impossível ao legislador prever todas as situações jurídicas da vida civil.

Ademais, a perpetuação de determinado *codex* no tempo e no espaço deve permitir que as interpretações dos magistrados acompanhassem a evolução social e moral da sociedade na qual está inserida, para assim, sempre estar atual e respondendo de maneira eficiente as demandas jurídicas.

A teoria da equivalência das condições, da causa adequada e da causa direta e imediata foram escolhidas para serem exploradas na presente dissertação, por constituírem as teorias mais usuais dentro da doutrina e jurisprudência brasileira.

Ocorre que, conforme será demonstrado no tópico seguinte, os conceitos das teorias citadas, são confundidos e aplicados de maneira controversa.

2.3 A confusão na aplicabilidade jurisprudencial brasileira

A presente pesquisa não possui como problema de pesquisa a análise jurisprudencial das cortes superiores e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará na matéria de adoção das teorias do nexo de causalidade, o presente tópico versa de um objetivo específico e servirá de embasamento para responder o problema central do trabalho.

A falta de uniformidade no entendimento dos tribunais decorre da falta de uniformização nas decisões, bem como uma incoerência entre as doutrinas existentes aplicadas. Dentre as três teorias apresentadas na presente seção, duas são utilizadas para

a responsabilidade civil, causa adequada e causa direta e imediata. Ocorre que, essas duas são utilizadas de maneiras invertidas ou contraditórias.

A doutrina, tanto estrangeira, com o recorte da dissertação para a argentina francesa e norte-americana, quanto nacional, já avançou nas pesquisas e buscas por soluções mais atuais a matéria causalidade, em conformidade com o ritmo de vida e problemas da sociedade contemporânea.

É necessário ressaltar que a seleção de julgados do presente tópico se deu em um método dividido em três partes: pesquisa exploratória; recorte objetivo e; recorte institucional.

O primeiro passo foi explorar os sites jusbrasil, do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Pará, aplicando as palavras chaves da presente dissertação, chegando-se à coletânea de decisões apresentadas no trabalho.

A leitura exploratória permitiu a pesquisadora identificar os elementos narrativos textuais em torno do tema, os dissensos argumentativos mais importantes no campo teórico e os conceitos, princípios ou institutos jurídicos sobre os quais há mais disputa.

Em 1992 o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento o Recurso Extraordinário nº 130.764-1/PR, de relatoria do Ministro Moreira Alves, onde se discutia um roubo praticado por quadrilha, onde parte da quadrilha era composta por fugitivos de penitenciária. As vítimas do roubo ajuizaram demanda em desfavor do Estado do Paraná alegando falha estatal por permitir a fuga dos detentos.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves, adotou como premissa de julgamento o art. 1.060 do Código Civil de 1916, correspondente ao atual art. 403 do Código Civil de 2002. Concluindo o Ministro que:

O dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. REsxt nº 130.764-1 PR

Nesse diapasão, Mulholland (2015) analisa dois precedentes jurisprudenciais – Resp nº 490.836/PR de Relatoria do Ministro Franciulli Netto, j. 22/04/2003 e Apelação Cível do TJRJ nº 1999.001.09960 do Relator Ministro Lindberg Monteiro, j. 28/03/2000.

No primeiro julgado houve a responsabilização do hospital pelo suicídio do paciente dentro de suas dependências (violação do dever de cautela), enquanto no

segundo, apesar de se tratar da mesma situação fática - suicídio dentro das dependências do hospital, a responsabilidade não foi atribuída ao ente hospitalar.

Mulholland (2015, p. 189) afirma que:

Possivelmente, uma das grandes vilãs que tornaram possível esta miscelânea decisória é a falta de disposições legais nas quais expressamente se estabelece a forma de investigação e identificação da causalidade, tornando a concretização de suas funções demasiadamente controversas. O julgador, não estando a priori limitado por uma norma legal, que estabelece a forma através da qual deverá ser investigada e apurada a causalidade, utiliza-se de outros critérios interpretativos, tais como a equidade, analogia, etc. Tem-se como resultado disso não só uma diversidade de decisões contraditórias, mas também uma confusão terminológica que retira a cientificidade do estudo do nexu causal.

Ainda em referência ao precedente acima citado, o caso do assalto executado por quadrilha onde um ou alguns dos componentes são fugitivos de penitenciárias estatais, o próprio STF aplica outro entendimento³.

A teoria da causalidade adequada é aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, no Recurso Especial nº 1.185.100, julgado que tratava da responsabilidade civil da companhia de seguros em relação a prejuízos que deveriam ser cobertos por referida empresa.

Por sua vez, em Recurso Especial nº 1.198.829 o STJ julgava a responsabilização do Estado do Mato Grosso do Sul em possível falha no exercício oficial em registro público. No caso, apesar do tribunal superior utilizar expressamente a causalidade adequada, esta é fundamentada com a causalidade direta e imediata: “o evento danoso descrito na petição inicial não decorreu direta e imediatamente do registro de imóvel inexistente, e sim, do comportamento da parceira, que não cumpriu o que foi acordado com a demandante”⁴.

Ainda é possível encontrar no Superior Tribunal de Justiça acórdão da Ministra Nancy Andrighi mencionando expressamente a teoria da causalidade adequada, mesmo existindo precedentes do STF da aplicabilidade da teoria da causa direta e imediata.⁵

³ Recurso Extraordinário nº 88.407. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Thompson Flores, j. 7 de agosto de 1980.

⁴ 1ª Turma, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, j. 5 de outubro de 2010.

⁵ Recurso Especial nº 1007692, 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 7 de agosto de 2010.

No tocante do Tribunal de Justiça do Estado do Pará foi possível observar a dualidade de aplicação das teorias do nexo causal, julgados que transitam tanto na teoria da causalidade adequada, quanto na teoria da causa direta e imediata⁶.

Por sua vez, Topedino (2011) aponta a incoerência na aplicação das teorias do nexo de causalidade entre julgados nos tribunais nacionais. Afirma, ainda, que os julgados se utilizam de teorias acerca do nexo causal visando uma solução mais prática do que substancial dos casos. Quando muito, aplicando do art. 403 do Código Civil, com pouco substrato técnico ou fundamentações adequadas.

Diante da breve explanação, se pode concluir que os tribunais superiores brasileiros não possuem uma tendência única e coesa de adoção de qualquer das teorias de nexo causal.

Ademais, a nomeação de uma das teorias da causalidade esconde a aplicação de outra, ou ainda, noções de tentativas de equidade do julgador. Indo além, foi possível observar que, além das incoerências técnicas, as fundamentações dos tribunais, incluindo o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, possuem pouca consequência prática.

Passando para a segunda parte do objetivo da presente dissertação, ao se avaliar as teorias mais usuais apresentadas, bem como a sua confusa aplicação, é possível perceber a transação do modelo originalmente de cunho naturalístico para estruturas predominantemente jurídicas.

O direito acompanha, ou deveria acompanhar a evolução social, já que tutela as relações sociais estabelecidas no seio da sociedade no qual está inserido. Em meio a um contexto social e econômico mais complexo, trabalhar a causalidade apenas com leis naturais não era mais suficiente, tornou-se simplório analisar da cadeia causal dos eventos com base apenas na relação causa e efeito.

A evolução da teoria da equivalência de condições, desenvolvida em pleno século XIX, advém exatamente da insuficiência que a observância baseada nas leis naturais, exclusivamente gera. A linha de raciocínio baseada unicamente em uma hipótese concreta, verificando se o resultado permaneceria o mesmo diante da ausência de um dos

⁶ TJ-PA AC; 00013195020108140013 Belém, Relator: Gleide Pereira de Moura, Data de Julgamento: 20/03/18, 1ª Turma de Direito Privado, Data de Publicação: 20/03/2018.

TJ-PA APL; 201130173888 Belém, Relatora: Maria do Ceo Maciel Coutinho, Data de Julgamento: 30/09/13, 1ª Câmara Cível Isolada, Data de Publicação: 30/03/13.

TJ-PA AI; 00054592620178140000 Belém, Relator: José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Junior, Data de Julgamento: 15/05/2019, 1ª Turma de Direito Privado, Data de Publicação: 15/05/2019.

anteriores, dentro das noções das ciências naturais, estabelecendo uma relação simples de causa e efeito não mais tutelava relações mais complexas.

Dessa maneira, é necessário analisar se existem outras possibilidades de análise de nexos de causalidade além das usuais apresentadas na presente seção.

3. A CAUSALIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO

A investigação do nexo de causalidade, em matéria de responsabilidade civil, é realizada após a prática do fato lesivo e, normalmente, depois de produzido o dano, assim, a questão cuja análise se impõe é de como formular um juízo de probabilidade para o passado.

A solução é que esse juízo, ainda que feito *ex post*, deve ser realizado por meio de uma abstração que deve considerar o momento da prática do fato e, a partir disso, verificar se os prejuízos que ocorreram eram prováveis consequências daquele, faz-se, desse modo, um prognóstico a posteriori.

A partir disso, conclui-se que a mera existência do dano não é suficiente para que se configure o dever de indenizar, se faz necessária a demonstração do nexo entre o fato que ocasionou a lesão e o seu efeito, assim, por meio do estudo da fixação da relação de causalidade é que serão identificados os danos que comportem reparação por serem juridicamente relevantes.

A regra do tudo ou nada, da exigência da prova inequívoca de nexo de causalidade não é adotada em todos os ordenamentos jurídicos existentes. Existem modelos em que a vítima recebe indenização mesmo que não consiga satisfazer a prova relativa à causalidade, onde os requisitos de causalidade são flexibilizados, com o escopo de tutelar o lado hipossuficiente da relação.

Os referidos modelos de investigações e aplicações de teorias quanto ao nexo de causalidade na responsabilidade civil são adotados – em diferentes graus, em jurisdições do direito estrangeiro. Tais ordenamentos se destacam pelas suas contribuições e avanços ao estudo do pressuposto do nexo causal na responsabilidade civil com o intuito de responder a segunda parte do objetivo de pesquisa.

A presente pesquisadora selecionou doutrinas de três países específicos e pontuais, França, Argentina e Estados Unidos. A seleção ocorreu por grau de proximidade de sistema jurídico – França e Argentina e, por grande avanço nas teorias e aplicação de teorias modernas em casos de grande relevância social, como se passará a analisar.

3.1.1 Direito francês

O direito francês é um campo fértil para o estudo da responsabilidade civil, em especial do nexo de causalidade. Suas contribuições possuem proximidade com o

princípio constitucional brasileiro da solidariedade, sendo possível, assim, uma análise paradigmática.

A importância francesa nos estudos de responsabilidade civil extracontratual e sua influência no estudo do direito civil, em geral, confere grande importância à análise do pressuposto debatido na presente dissertação, o que leva ao exame do raciocínio jurídico adotado no regime francês, demonstrando o avanço das pesquisas no referido país.

Partindo da vertente tradicional da responsabilidade civil francesa, encontra-se o nexos causal caracterizado pela linha lógica de conduta e dano, onde tal demonstração de existência causal cabe à vítima. Diante da ausência probatória da linha que ligue a conduta ao dano, resta inexistente o dever de indenizar.

Ocorre que, diante dessa linha tradicional, também denominada como visão restritiva, a doutrina francesa, segundo Moraes (2014, p. 77) apresenta a ideia de equidade e solidariedade, evoluindo o pensamento para uma responsabilização de culpa coletiva, guarda coletiva, semipersonificação de grupo e visão coletivizada dos danos, como será analisado brevemente.

Tanto os tribunais quanto na doutrina francesa, desde o início do século XX, procuraram desenvolver o conceito de anonimato ao dano cometido por uma coletividade. Demonstrando uma tendência de aplicação solidária dos integrantes do grupo como pressuposto dos casos em análise. Mesmo diante da imposição de solidariedade que irá beneficiar a vítima, este pensamento gera posicionamentos contrários, corroborando para a elaboração de mecanismos para conferir a solidariedade do dano coletivo veracidade.

Moraes (2014, p. 78) expõe que apesar da forte tendência de aceitar a solidariedade na análise de responsabilidade civil francesa, existem dois precedentes jurisprudenciais que rejeitam esse pensamento, demonstrando, assim, que na França há, também, pensamentos restritivos quando a responsabilidade civil.

A visão restritiva da responsabilidade civil afasta o dever de indenizar caso não haja um nexos causal direto e imediato ao autor do dano, prova desse nexos necessita ser demonstrada de forma cabal pela vítima e, em caso negativo, esta ficará sem indenização pelo dano sofrido.

A primeira decisão apresentada por Moraes (2014, p. 81) versa sobre o caso julgado pela Corte de Montpellier em 1949, situação em que crianças brincavam de Tarzan e atiravam pedaços de cano como se fosse flechas, vindo uma das participantes ser atingida por um cano.

A ação de reparação por danos foi rejeitada pela Corte, uma vez que entendeu pela não existência de vínculo direto e necessário entre a conduta comprovada e o prejuízo ocorrido, vindo a ser impossível a responsabilização de todos os partícipes do ato.

A segunda decisão apresentada por Mazeud (1950, p. 191) é o julgado do Tribunal de Sena em 1912, o qual afastou a responsabilização de indivíduos que participavam de uma partida de futebol de rua e que, durante o jogo, acabaram por quebrar uma peça de cristal de um transeunte.

O Tribunal de Sena entendeu que a conduta culposa foi realizada por apenas um dos jogadores da partida, não por todos. Dentro da visão restritiva de responsabilização civil, impossível seria atribuir o dever de indenizar a todos os jogadores da partida.

Assim, para a visão restritiva e os julgados apresentados, Moraes (2014, p. 82) se demonstra que para parte da doutrina francesa existe a necessidade de estabelecimento de nexo de causalidade de forma direta e imediata entre a conduta e o dano, sendo inviável a aplicação de qualquer noção de equidade ou solidariedade, devendo a vítima lidar com o ônus probatório.

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, é possível observar a responsabilização civil por danos causados por membros indeterminados de grupo, dentro da ideia de culpa coletiva.

A culpa coletiva, ou teoria de culpa conexas, explanada por Postacioglu (1954, p. 438-443) trata da responsabilidade civil causada por membros de grupo indeterminado atribuindo a referida teoria. O aludido autor afirma que a Corte de Apelação de Bordeaux julgou, em 1935, por culpa coletiva o prejuízo decorrente de acidente de caça, reconhecendo a solidariedade dos caçadores, uma vez que estes agiram mesmo diante de condições insuficientes de visibilidade e em posição perigosa.

Uma vez que, seria impossível ligar a conduta com o dano de maneira imediata e individual, o tribunal reconheceu o comportamento, de maneira coletiva a todos os indivíduos caçadores do grupo, o comportamento culposos que gerou o dano.

A evolução jurisprudencial demonstrada pelo autor citado, conduz para uma culpa coletiva de vertentes restritivas, vez que seria presumível que em eventos coletivos como os de caça, já contassem como atividades de risco.

Assim, na busca de criar uma cadeia de culpabilidade para todos os agentes em atividades coletivas, os julgadores procuravam seguir uma cadeia de condutas previamente pensadas dos agentes.

Para Moraes (2014, p. 84-85) os membros da coletividade eram considerados meros coautores e conseqüentemente responsabilizados solidariamente, sendo a teoria da culpa coletiva uma mera adaptação da responsabilidade civil tradicional, uma ideia compatível com os regimes de investigações causais do século XX que já foi analisado no capítulo 1.

Como contraponto a teoria da culpa coletiva e regime de responsabilidade civil individual, ambos sem muitos avanços para situações mais atuais da sociedade líquida têm-se a teoria da guarda coletiva.

A teoria da guarda coletiva propõe um raciocínio com fundamento na solidariedade dos integrantes de grupos, pensada a partir do art. 1384, alínea a, do Código Civil Frances⁷.

A partir desse dispositivo legal se passa a imputar ao agente a responsabilidade pela guarda do objeto que causou o prejuízo. Para exemplificar, basta se pensar na ideia de que os caçadores seriam responsáveis pela guarda dos seus fuzis e projeteis que saíssem destes.

A consequência prática importante da referida teoria da guarda coletiva estava no ônus probatório da cadeia causal. A prova cabal de prova do nexo de causalidade entre a conduta e o dano estaria a encargo do ofensor e, não mais, da vítima.

Apesar de inovadora, especialmente no tocante do ônus probatório, a teoria da guarda coletiva apresentou diversas deficiências de cunho prático, como por exemplo, possuir como pressuposto a posse de um objeto certo e determinado, restringindo a responsabilização da posse e utilização do referido objeto.

Assim, por exclusão lógica, nenhum prejuízo causado além dos óbvios e de lógica pragmáticas oriundos daquele determinado objeto seria alcançado pela responsabilidade civil.

Moraes (2014, p. 95) acaba por afirmar que “a teoria da guarda coletiva se revela mecanismo criativo, porém excessivamente artificial para a imputação da solidariedade. A teoria chega a abusar das presunções, revelando-se inadequada...” não conseguindo responder dilemas atuais da sociedade francesa.

⁷ Article 1384 “*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde (...)*”. Tradução livre: “Somos responsáveis não apenas pelos danos que causamos por nosso próprio ato, mas também pelos causados pelas pessoas a quem devemos responder ou pelas coisas que temos sob nossos cuidados”.

Por sua vez, a teoria da semipersonificação do grupo atribui contornos de personalidade jurídica à coletividade. Pensada por Aberkane (1958, p. 56) onde, considera que, em casos de responsabilização civil por grupo de membros, as atividades do grupo como unidade, se sobrepõe a individualidade de cada integrante.

A semipersonificação é traduzida por Moraes (2014, p. 97) como uma “personalidade atenuada, temporária, limitada por seus efeitos, que não requer o patrimônio próprio, e que se constitui mais como uma técnica de explicação...” apresentando a solidariedade como um elemento em comum ao vínculo social que une os integrantes da coletividade.

A referida teoria não prosperou na jurisprudência francesa, em especial, por buscar criar um instituto jurídico – atribuir contornos de personalidade jurídica a entes coletivizados, sem existir qualquer tipo de previsão legal para tanto.

A visão individualista da jurisprudência francesa possui como pano de fundo o medo de condenar inocentes ao pagamento de indenizações não devidas. Ocorre que, o outro lado desse pavor de julgamentos injustos, era que o injusto recaísse sobre a vítima.

As vítimas que deveriam provar o alegado e diante de impossibilidade probatória, não viam os seus danos serem minimizados, de maneira alguma. Assim, inocentes não eram considerados culpados, bem como vítimas com danos existentes não tinham suas reparações alcançadas.

Diante desse cenário Viney (1965) começa a traçar os rumos que iriam influenciar a responsabilidade civil como um todo, no mundo inteiro, mudando o enfoque do estudo, qual seja: mais importava a indenização da vítima, a reparação do prejuízo desta, do que a punição do infrator.

Retirar o ônus probatório do encargo da vítima e transferi-lo ao autor, conduziria a jurisprudência francesa a julgamentos mais justos, mais equânimes, desviando da visão individualista no Poder judiciário francês.

Assim, dentro da teoria da visão coletivizada da responsabilidade civil, o direito francês propôs bases para mudanças principiológicas da responsabilidade civil – mais importando a vítima do que o autor do dano e, com a alteração do ônus probatório da conduta.

Apesar de serem mudanças sutis, como afirma Moraes (2014, p. 106), foram mudanças importantes para a investigação proposta na presente dissertação de mestrado.

3.1.2 Direito argentino

O direito argentino possui relevância para a presente dissertação, seja pela proximidade de sistemas, bem como por desenvolver uma alternativa ao nexos de causalidade dentro, proporcionando uma outra visão aos danos com responsabilização por integrante não identificado.

No direito Argentino, discute-se a responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado de grupo, mergulhando nos requisitos para uma solidariedade e no conceito do anonimato.

O ponto de partida dos estudiosos do direito argentino é a busca por estabelecer padrões, os quais se dividem em: qual o fundamento da solidariedade entre os integrantes de grupos e; quais os requisitos para a imposição de responsabilização coletiva aos participantes do agrupamento.

Assim, questiona-se, o grupo é responsável por danos causados por parte de seus membros? Quais são as condições necessárias para caracterizar a causalidade entre um dano e a conduta de parte dos integrantes de um agrupamento?

A autora Garrido-Cordobera (1988, 25-26) encontra o fundamento da responsabilização solidária por atos cometidos por integrantes de grupos no art. 1.119 do Código Civil Argentino. Tal dispositivo trata da responsabilidade de moradores de habitações coletivas por objetos lançados, que causem prejuízo.

O fundamento da autora, apresenta um senso de justiça equitativa, apresentando um nexos de causalidade que vincula todos os indivíduos do referido grupo, indistintamente, a conduta danosa. Tal fundamento geraria a solidariedade do grupo.

O fundamento de equidade apresentado por Garrido-Cordobera é alvo de críticas, aqui se irá restringir tais críticas ao autor Mosset Iturraspe. Para o último, dois pontos merecem destaque, quais sejam: contornos probatórios da identidade do ofensor; e a responsabilidade coletiva possui contornos próprios distintos da responsabilização individual.

Iturraspe (1990, p. 56-57) entende que dentro da esfera de causalidade alternativa, diante do anonimato do ofensor e, conseqüentemente, impossibilidade de individualização da conduta – pensamento além da autora previamente citada - surge uma nova modalidade de nexos causal, que vem não da conduta que originou o ato lesivo e, sim, da participação grupal de atividade perigosa.

Assim, sopesando os interesses apresentados no caso concreto, para Inturraspe (1990, p. 83-84), diante da inviabilidade de individualizar a conduta e entendendo que a participação do grupo é consciente dos perigos que tal agrupamento pode gerar, é mais adequado responsabilizar coletivamente o grupo, do que deixar o ofendido sem reparação devida.

Dentro desse contexto, o dano resultado de uma ação de determinado agente integrante do grupo, leva a conduta coletiva de todo o agrupamento, uma vez que foi criado um cenário de risco para incidência de determinado resultado.

Assim, para defender seu posicionamento, Inturraspe afirma que:

O direito vigente reconhece como única espécie a responsabilidade coletiva. Entende-se por tal aquela que se funda na existência de um dano cuja autoria permanece no anonimato e que possibilita a liberação dos sindicatos como responsáveis a identificação do dano. (INTURRASPE, 1990, p. 41).

Com isso, pode-se deduzir que para o doutrinador argentino, diante do potencial ofensor estar imerso em um agrupamento, sendo impossível a reversão de seu anonimato, atribuindo ao grupo a responsabilidade solidária do dano.

O nexos de causalidade para uma vertente argentina é relativizado em prol da vítima. Não incidindo a causalidade adequada, a causa direta e imediata, mas a relativização do nexos causal – autor e dano – a responsabilidade solidária do grupo faz com que a vítima seja reparada.

Com isso, para esta nova alternativa argentina quanto a causalidade, mesmo diante da ausência de um nexos direto e imediato ou de uma causalidade adequada e individual, a responsabilização por atos praticados sobre o anonimato, tais atos irão ser atribuídas ao agrupamento de pessoas que se encontravam em potencial risco, priorizando, assim, tutelando da vítima.

3.1.3 Direito norte-americano

O direito norte-americano se posiciona, atualmente, com profunda relevância aos estudos da responsabilidade civil. Salvaguardadas as distinções de sistemas jurídicos, *common law* e *civil law*, o direito estadunidense trouxe uma evolução interpretativa jurídica, com caminhos inovadores, dentro do novo contexto social ao pressuposto causal.

Neste tópico, pretende-se analisar algumas das evoluções do direito norte-americano, no tocante as teorias de nexos causal, partindo de decisões judiciais que trataram do referido pressuposto da responsabilidade civil sobre diferentes perspectivas. Tais perspectivas culminaram para a elaboração de diversas teorias, as quais foram destacadas: responsabilidade alternativa; teoria do *Market share liability*; e teoria da *proportional share liability*.

Em 1948 a Suprema Corte da Califórnia julgou o caso *Summer v. Tice*, conforme apresentou Moraes (2014). A referida ação versava sobre um disparo de arma de fogo que ocasionou lesão permanente no olho do autor. Ocorre que, era impossível a vítima identificar o autor do disparo, uma vez que o fatídico ato lesivo se deu em uma floresta onde todos os possíveis ofensores estavam caçando e dispararam quase que simultaneamente, buscando atingir uma codorna que passava no local.

Diante da inviabilidade do autor identificar o ofensor, uma vez que ambos os atiradores e potenciais ofensores estavam no mesmo local, dispararam simultaneamente armas de fogo, idênticas e, apenas um dos tiros acertou a vítima, a lógica da Corte foi: presume-se a prática negligente por ambos os potenciais ofensores, invertendo o ônus da prova para os requeridos, Moraes (2014).

Ao inverter o ônus da prova aos potenciais ofensores, a Suprema Corte da Califórnia presume a conduta culposa de ambos e decreta a situação de vulnerabilidade da vítima ante aos fatos do caso, uma vez que a conduta dos requeridos lhes atribui maior possibilidade de prova qual disparo gerou o dano.

A lógica indutiva do caso originou a teoria da responsabilidade alternativa nos EUA, onde a sua aplicação passa pela análise de dois pressupostos no caso concreto: todos os indivíduos potencialmente ofensores precisam figurar no polo passivo da ação e; todos os potenciais ofensores precisam ter agido de forma similar e ilícita.

Com a referida teoria, a Suprema Corte da Califórnia viabilizou a indenização por dano de vítima em casos que seria impossível a esta indicar de forma certa e determinada o ofensor, bem como as circunstâncias do caso concreto inviabilizariam a análise da conduta adequada.

A jurisprudência norte-americana seguiu se adaptando as situações fáticas de seu tempo social, buscando soluções às demandas da sociedade consumeristas e de massa. Assim, emergiu o caso *Sindell v. Abbot Laboratories*. Entre os anos de 1947 e 1971 duzentos fabricantes de compostos farmacêuticos comercializavam o *diethylstilbestro* – *DES*.

O *DES* é um medicamento para prevenir aborto. Ocorre que, em 1971 a substância foi retirada do mercado por ser comprovadamente estar ligada ao desenvolvimento de câncer vaginal e cervical. A referida retirada do mercado partiu de análises e ações da *Food and Drug Administration – FDA*, agência nacional norte-americana responsável pela fiscalização e comercialização de medicamentos.

Após a retirada dos produtos do mercado, diversas ações indenizatórias começaram a surgir pelo país. Entretanto as demandas enfrentavam, primordialmente, a seguinte dificuldade: a qual pessoa chamar de ofensor?

A impossibilidade de vinculação de autor e conduta danosa, um pressuposto basilar da responsabilidade civil foi o primeiro ponto de embate para as demandas contra a referida substância. Lembrando que, cerca de 200 empresas eram fabricantes do composto terapêutico.

Como alternativa a problemática apresentada e a inviabilidade de deixar milhares de mulheres a mercê de cânceres vaginais e cervicais, a Suprema Corte da Califórnia, no caso *Sindel v. Abbot Laboratories*, determinou que cada fornecedor do DES indenizasse de maneira proporcional a sua participação no mercado.

Como coloca Gifford; Pasicolan (2006), de livre tradução:

Nossa complexa sociedade industrializada, avanços na ciência e na tecnologia criam bens fungíveis, que podem prejudicar os consumidores e que não podem ser vinculados com um fornecedor específico. A resposta a essa situação pode ser tanto aderir rigidamente à doutrina anterior, negando a indenização àqueles prejudicados por tais produtos, ou desenvolver instrumentos para atender a essas necessidades que se modificam constantemente. (GIFFORD; PASICOLAN, 2006. p. 6).

Diante da demanda de massa, a Suprema Corte desenvolveu a teoria do *market share liability*. Para esta teoria com tradução literal de “responsabilidade por participação no mercado”, são essenciais os seguintes pressupostos: todos os produtos fabricados são defeituosos de maneira igual e com composição idêntica; todos os potenciais ofensores incorrem em práticas ilícitas de maneira uniforme; o anonimato do ofensor (não se sabe quem foi o responsável direto).

Uma vez presentes os pressupostos estabelecidos, a indenização será calculada em cima da participação de cada fabricante no mercado.

Merece destaque que para a aplicação da referida teoria, o Tribunal julgador necessitará de um aparato especial para apurar a participação mercadológica de cada fabricante na produção e venda do produto defeituoso.

A rigidez e dificuldade de cálculo da teoria do *market share liability* fez com que sua aplicação fosse extremamente pontual e excepcional. Porém possui sua relevância jurídica e histórica, por, como diz Moraes (2014, p. 148), “... significar o abandono, ainda que excepcional, dos paradigmas tradicionais da causalidade – do que propriamente por caracterizar inovação marcante no campo da responsabilidade civil”.

Diante das barreiras impostas pelos pressupostos da *market share liability*, se desenvolveu a teoria do *proportional share liability*. Que nada mais é do que uma flexibilização da primeira, aplicada, apenas em parte, pela Suprema Corte de Wisconsin no caso *Thomas v Mallet*, como apresentado por Moraes (2014).

O caso em questão analisava a contaminação de chumbo em razão do contato com tintas. A problemática de contaminação por chumbo em tintas nos EUA é grave, segundo estudos apontados por Moraes (2014, p.150), culminando na edição de lei pelo Congresso dos Estados Unidos, onde “... *Lead-Based Paint Poisonig Prevention Act* de 1971, vetando a utilização de chumbo em tintas destinadas para a pintura do interior de residências”.

O caso *Thomas v Mallet* esbarrava em alguns entraves para utilização da teoria da *market share liability*, uma vez que inexistia: uniformidade na composição dos produtos defeituosos e; uniformidade na conduta dos fabricantes dos produtos defeituosos.

Ademais, como delimitar o uso específico de cada tinta, uma vez que as casas são pintadas de maneira irregular ao longo dos anos. Logo, inexistiam os pressupostos essenciais para a aplicação da *market share liability*.

Porém, como anteriormente, a teoria da *proportional share liability* relativiza os citados pressupostos, gerando a uniformidade do risco. Diante de situações em que é impossível detectar uma composição única e uniforme do produto e/ou igual conduta dos fabricantes, se olha de maneira ampla para o risco geral que o defeito pode gerar.

Assim, no caso *Thomas v Mallet* a Suprema Corte de Wisconsin levou em consideração a possibilidade de substituição de tintas com chumbos por outras tintas com chumbo e, assim, a uniformidade do risco.

Merece destaque o caso das demandas em decorrência da contaminação por amianto no âmbito do judiciário norte-americano e as teorias acima expostas. Em julgados

apresentados por Moraes (2014, p. 158-159) nenhuma das teorias foi aceita pelas cortes estadunidenses as ações indenizatórias que traziam o amianto como produto nocivo.

As teorias apresentadas na doutrina estadunidense, mesmo ressalvadas as considerações do sistema de *comum law* e *civil law*, apresentam relevância para a presente pesquisa de dissertação por proporcionar um olhar diferenciado as teorias do nexo de causalidade.

A relação entre conduta e ação danosa, nas teorias do direito comparado da responsabilidade alternativa, *market share liability* e *proportional share liability*, colocam a tutela da vítima em primeiro plano, ao procurar meios de inversão do ônus probatório para que os ofensores ou potenciais ofensores justifiquem sua ausência de responsabilidade.

Pelo exposto, é possível afirmar que para as referidas possibilidades, embora não exista vínculo direto e imediato entre ofensor e dano, ou, causa adequada que justifica a lesão, constrói uma causalidade entre a conduta praticada e o dano sofrido pela vítima.

3.2 Possibilidades alternativas

As teorias do nexo causal na responsabilidade civil, tanto as aplicadas no direito brasileiro, quanto às apresentadas do direito estrangeiro, vão além das citadas na presente pesquisa.

Ressaltamos, que, diante das demandas da presente sociedade líquida, a análise da causalidade e aplicação de uma ou outra teoria, faz jus a uma conversa interdisciplinar entre o direito e outras ciências. Taruffo (2014) ensina:

a tradicional ideia de ciência como fonte de prova judicial mudou. Tradicionalmente, de fato, o uso probatório da ciência consistia essencialmente em provas periciais nos campos da medicina, química, engenharia e, às vezes, física e matemática. Em suma, apenas um número limitado de ciências ‘rígidas’ era relevante. Todo o resto, salvo algumas matérias ‘técnicas’, como mecânica e construção, era relegado ao senso comum ou à cultura média do julgador. O panorama das ciências que podem oferecer provas judiciais é, atualmente, completamente diferente. De uma parte, as tradicionais ciência rígidas tornam-se cada vez mais sofisticadas e especializadas; falamos, agora, de genética, bioquímica, epidemiologia, toxicologia, entre outras. Por outro lado, as chamadas ciências ‘flexíveis’ ou ‘sociais’, como a psicologia, a psiquiatria, economia, sociologia, são agora consideradas como possíveis fontes de provas no processo civil. (TARTUFFO, 2014, p. 95).

Assim, quando se leva em consideração a interdisciplinaridade, também se faz necessário analisar a qualidade dos dados colhidos. Informação científica precisa de credibilidade, para assim, admitir-se em processo judicial.

Erros à parte, não se pode negar que, na realidade atual, casos em que a aplicação técnica da causalidade direta e imediata exprima a percepção de insuficiência das teorias tradicionais da causalidade, estas, construídas a partir de uma perspectiva de responsabilidade individual fundada na culpa do agente (responsabilidade subjetiva) e, por isso mesmo, desatenta às transformações da responsabilidade civil líquida, guiadas pela necessidade de gerir riscos sociais e prevenir danos.

É nesse sentido que, um número cada vez maior de construções teóricas tem buscado amenizar os rigores da aplicação das teorias tradicionais da causalidade. Na doutrina brasileira, tais construções vêm apresentando opções para outras aplicações, além, da concepção jurídica tradicional.

Para tanto será apresentado outras duas teorias que buscam proporcionar um nexo de causalidade diferente e mais atual aos desafios impostos por uma sociedade de líquida.

3.2.1 A causalidade alternativa

Ao contrário das teorias tradicionais da causalidade, a teoria da causalidade alternativa não se propõe a eleger um único critério de aferição da causalidade jurídica, critério este geral e aplicável a todos os casos, mas cuida, tão-somente, de certas situações que parecem não ser contempladas pelas teorias, no presente trabalho, consideradas, clássicas.

A teoria da causalidade alternativa tem origem na discussão sobre o tratamento a ser dado à causalidade nas hipóteses em que, é possível identificar o grupo que atuou na conduta danosa, porém impossível à determinação precisa do seu causador.

Exemplo do caso que a teoria da causalidade alternativa busca tutelar é o acidente de caça, em que um disparo atinge a vítima, sem que se possa determinar da arma de qual dos caçadores partiu o projétil.

Ressalta-se que, ao contrário do que ocorre na causalidade concorrente, onde todos os participantes concorrem para o resultado, na situação apresentada não se sabe de qual ou quais agentes partiu a ação que resultou no dano, sendo certo, porém, que nem todos contribuíram para o prejuízo.

Segundo as teorias usuais apresentadas na primeira seção desta dissertação, o concurso na produção do dano deve ser, especificamente, demonstrado pelo lesado, sendo o ônus probatório daquele que denunciou o dano. Para este fim, não basta à mera presença do sujeito em um grupo de pessoas, se faz necessário à identificação específica do autor do dano. Assim, permanecendo no exemplo anterior, não se provando qual das pessoas no local tenha disparado a arma de fogo, nenhuma delas poderia ser tida como responsável.

Schreiber (2011, p. 74-78) apresenta a teoria da causalidade alternativa, propondo uma solução diversa, onde seria considerada a responsabilidade solidária de todos os integrantes do grupo envolvido na geração do dano, embora, a rigor, apenas um de seus integrantes o tenha provocado.

Ressalta que, a causalidade alternativa, tecnicamente, não versa sobre coautoria, mas em uma autoria alternativa entre certo número de potenciais causadores do dano. Ademais, a teoria esbarraria na vedação à presunção de solidariedade no direito brasileiro, do art. 265 do Código Civil⁸. Entretanto, ainda assim, os tribunais brasileiros a tem aplicado em alguns casos.⁹

Em um cenário em que a responsabilidade civil se fundava exclusivamente na culpa, a ausência de uma demonstração precisa da causalidade tendia a afastar qualquer responsabilização. Já em um cenário em que a responsabilidade civil abrange não apenas a culpa, mas também, a criação do risco como fatores de imputação, a contribuição da atividade do agente para a criação ou majoração do risco há ter alguma relevância jurídica, ainda que substancialmente diversa daquela inerente à produção do dano em si.

Ainda para ilustrar a aplicação da teoria da causalidade alternativa, observa-se em julgados em casos de rachas de automóveis¹⁰, rixas de grupos rivais de torcidas de futebol¹¹ e objetos caídos de condomínio¹².

Especialmente, em relação a objetos caídos de condomínios, o próprio Código Civil, em seu art. 938¹³, já previu a causalidade alternativa. Diante da impossibilidade de

⁸ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

⁹ TJRS, 9ª Câmara Cível, Ap. Civ. 0086732-86.2014.8.21.7000, rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, j. 25-11-2015; STJ, 4ª T., REsp 26.975/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18-12-2001.

¹⁰ (TJRS, Apelação Cível nº 70017480609, Cécima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 07/12/2016).

¹¹ (STJ, REsp 26975/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 20/05/2002).

¹² (TJRS, Apelação Cível nº 70038928313, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 30/03/2011).

¹³ Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

individualização da conduta, ou seja, determinar de qual o apartamento proveio o objeto que causou o dano – impossível o nexo causal direto e imediato ou adequado, alternativamente o responsável é o condomínio.

Desde já, ressalta-se que, nos casos de objetos arremessados por edifício, a jurisprudência já relativiza a causalidade alternativa. Na medida em que a responsabilidade pode ser atribuída a vertente do edifício que caiu o objeto. Ou seja, não podendo individualizar a conduta haverá responsabilidade dos moradores cujas janelas estão para lado oposto àquele em que o objeto se precipitou, conforme indica a jurisprudência ao permitir o ajuizamento da demanda reparatória em face do condomínio.

Com isso, é possível verificar que a doutrina e a jurisprudência, em algumas situações, onde o nexo causal não é individualizado, a tutela da vítima se sobrepõe a não punibilidade do dano causado, figurando como inadmissível que a vítima fique sem ressarcimento ante a incerteza da origem do dano.

A teoria da causalidade alternativa encontra contornos com os princípios da responsabilidade atual, a proteção da vítima e sua devida reparação, apresentando uma opção técnica ao judiciário. Equilibrando-se entre esses dois extremos, o intérprete é chamado a lançar renovado olhar sobre o nexo causal, dentro de uma releitura à luz dos princípios da Constituição da República.

3.2.2 A presunção de causalidade

A partir da criação da causalidade alternativa, em especial da codificada situação do art. 938 do Código Civil, o nexo de causalidade passou a ser enfrentado fora dos rígidos e clássicos padrões de análise das teorias da causa direta e imediata e causalidade adequada.

Com efeito, o pressuposto da expansão do nexo de causalidade reside justamente na impossibilidade de se apontar qual a conduta necessária foi imprescindível para a causação do resultado.

A presunção de causalidade guarda estreita relação com a causalidade adequada. Ampliando o espectro desta teoria, é possível enxergar a causa adequada, porém, de maneira plural, ou seja, não apenas de modo a isolar uma única conduta como a mais provável para gerar o dano.

Dinamarco (2009) define presunção como “um processo racional do intelecto, pelo qual, do conhecimento de um fato, infere-se com razoável probabilidade a existência de outro o estado de uma pessoa ou coisa”.

Assim, Mulholland (2009) apresenta a presunção de causalidade como o método lógico de se extrair determinada conclusão sobre algo, a partir da análise de outra situação semelhante, desde que possuam as mesmas condições e requisitos, já reconhecidos e assimilados.

As presunções podem ser classificadas como: (i) absolutas, onde o fato presumido sequer precisa ser discutido, encontra-se no plano processual, uma vez que decorrem de lei e não admitem contraprova, como exemplo observa-se o art. 8º do Código Civil; (ii) relativas; passíveis de contraprova, resultados do plano material e que, portanto, implicam na inversão do ônus da prova.

Ademais, a presunção de causalidade mostra-se perfeitamente compatível com a moderna teoria do risco e com o princípio da boa-fé objetiva, pois, impõe os deveres objetivos de cuidado àqueles que geram atividades de risco.

Nesse diapasão podemos observar o Estatuto do Torcedor, Lei nº 10.671/2003, onde prevê mais uma hipótese de presunção de causalidade absoluta. O diploma, voltado para conferir uma efetiva proteção ao público espectador, prescreve, em seus artigos 14 e 19, que caso ocorra um tumulto dentro do estádio, o nexo causal se enfeixa entre a conduta dos organizadores do evento esportivo, os quais presumidamente deixaram de tomar as necessárias precauções de segurança, e as lesões sofridas pelas vítimas. Assim, se torna desnecessário individualizar os agressores ou investigar quem iniciou o tumulto.

Igualmente outra possibilidade de presunção absoluta, se menciona o art. 21-A, da Lei 8.213/91 - Planos de Benefícios da Previdência Social, acrescido pela Lei 11.430/06, que, para fins de configuração do acidente do trabalho e percebimento de benefício acidentário, presume o nexo causal entre a morbidade acometida ao trabalhador e a atividade por ele desenvolvida na empresa, caso aquela esteja elencada como doença ocupacional na Classificação Internacional de Doenças.

Com isso, a lei retira do segurado o ônus de comprovar perante o INSS a existência de acidente de trabalho, pois a Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, documento de emissão obrigatória, e apto a comprovar o nexo, muitas vezes é negligenciada pelo empregador.

Portanto, a presunção de causalidade e o olhar diferenciado do nexos causal não constituem novidade no ordenamento jurídico, mesmo diante da sua incompatibilidade com a teoria do dano direto e imediato e causalidade adequada.

Assim, não é desarrazoado espalhar-se esse alargamento do nexos causal para outras situações que, embora sem expressa previsão legal, possuem a mesma característica básica consistente na impossibilidade de identificação da causa dentre potenciais geradoras do dano. Ressalta-se, entretanto, que remanesce o direito de regresso, uma vez descoberto o deflagrador individual da conduta danosa.

A título de exemplo, cita-se: brigas entre torcidas organizadas de futebol fora dos estádios, esbulho de terrenos privados por grupo anônimo de sem-teto, lesões causadas por “balas perdidas” oriundas de confronto entre policiais e bandidos.

Como Mulholland (2009) coloca em todas essas situações não seria razoável exigir da vítima a precisa identificação do causador, ou dos causadores, do dano, daí a viabilidade de demandar contra aqueles que se possa identificar.

Os casos de “bala perdida” ganham cada vez mais notoriedade em decorrência do alto grau de violência nas grandes cidades. Excetuando-se os casos de legítima defesa ou de estado de necessidade, o fato de policiais, em operações de captura ou perseguição, responderem à artilharia de bandidos no meio de uma comunidade carente ou em locais públicos faz se questionar a própria noção de segurança pública.

É poder-dever de o Estado minimizar os riscos à população nessas intervenções e não, em casos de reparações de danos já consumados, exigir da vítima a comprovação de que o projétil que a atingiu partiu de arma pertencente a seus agentes e não de criminosos.

A ausência de responsabilização do Estado ante a falta de zelo pela comunidade carente na qual ocorre a operação policial, resultando em conduta arriscada, ou abusiva encontrar eco na jurisprudência, uma vez comprovado pertencer o projétil a arma estranha à polícia, faltaria nexos causal entre o dano experimentado pela vítima e a atividade estatal¹⁴.

¹⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CONFRONTO ENTRE POLICIAIS E TRAFICANTES – BALA PERDIDA MORTE DA FILHA DOS AUTORES – NEXO DE CAUSALIDADE DEVER DE INDENIZAR – PENSIONAMENTO – DANO MORAL. Havendo confronto entre o Estado-polícia e traficantes, trazendo a morte de menor, que nada tinha haver com o fato, impõe-se o dever de indenizar do Estado, independentemente da bala ter sido desferida por arma de policial ou traficantes. Risco da atividade que dá causa ao dano, impondo o dever de indenizar. Precedentes. Reparação material – pensionamento – que impõe prova. Ausência de presunção de dano. Reparação moral mensurada. Conhecimento e provimento parcial ao recurso. (TJRJ, Apelação nº 2008.001.5856, Des. RICARDO COUTO, Sétima Câmara Cível, DJe 21/01/2009).

Além do caso citado da “bala perdida”, a ampliação do nexo causal para presunção relativa ganha espaço, especialmente, nos chamados danos à sociedade, decorrentes da oferta em grande escala no mercado de consumo de produtos ou serviços.

Outro exemplo seria a introdução de medicamentos novos no mercado de consumo e anos depois do lançamento, os avanços científicos comprovem que os efeitos colaterais de determinado componente do medicamento já em larga utilização causem determinada espécie de câncer.

Inicialmente a dificuldade seria estabelecer o nexo causal entre a substância e o dano, pois se trata de situações multifatoriais, como o surgimento do câncer envolver causas hereditárias e ambientais.

Em presunções relativas, a pedra de toque, versa no ônus probatório, como assevera Bedone (2011, p. 117):

As presunções relativas, por sua vez, não atuam no plano do direito material, mas sim, no do direito processual, invertendo o ônus da prova no processo. Considerando que o “ônus probante” é de quem alega o fato, cuja comprovação lhe interessa, de acordo com o princípio do interesse (art. 333, CPC), a presunção relativa faz com que esse encargo seja invertido. Assim, uma parte alega – sem prova – determinado fato que, sendo presumido, deve ter a contraprova realizada pela parte adversa. A presunção relativa, destarte, em vez de retirar determinado fato do objeto da prova, apenas altera a regra de julgamento, de modo que o magistrado imputa o encargo probatório não àquele que alegou o fato presumido (como determina o artigo 333 do CPC), mas à parte contrária. (BEDONE, Igos Volpato, 2011, p. 117).

O avançar do pensamento científico desenvolveu várias teorias para a identificação do nexo, como visto no presente capítulo, alguns exemplos de teorias em países estrangeiros, capazes de responder as demandas citadas e amparar as vítimas.

No direito pátrio, porém, o laconismo do legislador no tratamento do nexo de causalidade – ao citar causalidade apenas nos arts. 403 e 937, ambos, do Código Civil - pode ser visto de uma maneira diferente ao insatisfatório.

Analisando sob o prisma de maior liberdade ao aplicador do direito para seguir caminho capaz de fazer valer os princípios da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva e solidariedade social, os quais apontam para a necessidade de reparação integral à vítima.

A presunção de causalidade é uma alternativa as teorias mais usuais do nexo de causalidade. Sem embargo, uma vez assegurado o direito de regresso, razoável espriar-

se a presunção de causalidade para outras situações cuja premissa seja idêntica, qual seja, a impossibilidade de identificação da causa dentre potenciais geradoras do dano, se torna viável.

3.3 Casos práticos e a presunção de causalidade

Para se admitir um nexos causal além das teorias usuais – causalidade adequada e causa direta e imediata, é necessária a observância da probabilidade estatística e da lógica, uma vez que estas permitem a sistematização das probabilidades.

Mulholland (2010, p. 342) alega que ao se oportunizar a investigação da causalidade dentro de padrões estatísticos e probabilísticos é possível se permitir a reparação daquela vítima de um dano injusto que seria incapaz de produzir a prova, concluindo que: “o estabelecimento da causalidade provável possibilita a plena efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite à vítima o reconhecimento de seu direito.”.

Outro advento que vem a corroborar com a presunção de causalidade é a dinamização do ônus da prova com o Código de Processo Civil de 2015 onde o magistrado, diante da análise do caso concreto pode inverter o ônus probatório quando verificar o preenchimento dos pressupostos.

Reitera-se que a probabilidade dentro do nexos causal ocorre com aferições matemáticas, estatísticas, lógicas, com o estabelecimento de um padrão de geração de danos e um raciocínio lógico-indutivo, em casos concretos. Não é defendida na presente dissertação a substituição das teorias clássicas, mas sim, um novo olhar para casos que vão além das respostas as primeiras.

A respeito do tema, Donnini afirma:

Na realidade, toda essa transformação da responsabilidade civil, que abarca o estudo do nexos causal, vem ao encontro da interpretação que tem sido realizado do texto constitucional, a partir da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, que se instrumentaliza por meio de dois outros princípios, também constitucionais: o da igualdade e da solidariedade. Em sendo assim, a ideia de retribuição do dano causado, passou-se à reparação fundada na justiça distributiva, num verdadeiro caminho de solidariedade para a efetiva reparação do dano, vale dizer, a reparação integral do lesado. Com isso, tem-se operado a flexibilização do nexos de causalidade, além da construção, em especial na área do direito ambiental, de mecanismos para a responsabilização do causador de danos ao meio ambiente,

mesmo que, diante da complexidade da situação, seja difícil a prova efetiva do nexos causal. Têm sido criados, pela doutrina e pela jurisprudência, mecanismos que realçam a figura da vítima e propiciam a esta a efetiva reparação do dano, em atendimento à solidariedade social e a função distributiva da responsabilidade civil. É o que se denomina *derecho de daños*. Em situações específicas, tem-se admitido a presunção de causalidade, isto é, a presunção de fato do nexos causal. Essa causalidade presumida é realizada mediante análises probabilísticas (probabilidades estatísticas e lógica). Como exemplo pode ser mencionado o caso, no direito norte-americano, de responsabilização do fornecedor pela cota de participação (*Market share liability*). Trata-se do uso de um medicamento que, após vários anos no mercado, se constata ser lesivo à saúde. Como se poderia saber qual o fabricante responsável entre várias empresas e qual delas deveria responder pelo dano? A solução seria uma ação proposta em face de todos os fabricantes, na impossibilidade de identificação de um único (teoria da responsabilidade por cota de mercado). Seriam, portanto, todos presumidos como causadores do dano. (DONNINI, 2009, p. 39-40).

Cruz (2005) segue a mesma tendência quanto ao novo olhar ao nexos causal em situações pontuais. Uma vez que tomando como base os princípios constitucionais não é mais possível exigir da vítima uma prova cabal e absoluta da relação de causalidade, devendo esta ser flexibilizada a depender da situação e peculiaridade do caso concreto.

A presença de probabilidades e estatísticas ao analisar o nexos de causalidade partirá da especificidade do caso concreto, se assegurando o contraditório e a ampla defesa, com produção probatória que torne possível a demonstração da conduta e da imputação da responsabilidade.

Nesse diapasão, afirma Lopez (2007, p. 34):

Sem dúvida, a formação do nexos causal e sua prova devem fazer parte da responsabilidade ‘in concreto’, ou seja, do exame caso a caso, com a prudência do juiz, porque a certeza absoluta raramente existe e a probabilidade para levar a fazer alguém responder por perdas e danos deve ser quase uma certeza. A verossimilhança talvez seja o conceito mais adequado ao caso. De outro lado, a diferença de postura no apreciar as provas vai depender nos casos com o fundamento na culpa e no risco. A situação é muito mais favorável à vítima no caso do risco da atividade, quando havendo o fato e dano há lugar para a indenização, e somente as excludentes legais poderão atuar sobre o nexos. Em suma, não podemos confundir a probabilidade, que é quase uma certeza, com o nexos causal que se forma a partir de estatísticas. Temos sempre que analisar o caso concreto. Não é científico julgar conforme estatísticas, além de injusto e arbitrário. Muitos fatores entram na avaliação da causalidade de

os dados estatísticos, conforme o caso, podem ser um deles, como na avaliação do tempo médio de vida do brasileiro (65 anos) para cálculo de indenização por homicídio, o que constitui uma exceção dentro do sistema da responsabilidade civil e, neste exemplo, a estatística não serviu ao nexos mas ao critério de liquidação do dano, para a qualificação do ‘ quantum debuatur’ a estatística pode colaborar no ‘ quantum debeatur’ nunca no ‘na debeatur’. Fundamentar os julgamentos em estatísticas para achar um culpado, a ‘qualquer preço’ é criar insegurança social e incentivar ‘a indústria das indenizações’, sem falar nas decisões injustas, o que é pior.

Assim, a presunção de causalidade e, a utilização de bases estatísticas e lógicas não basta em si, é necessário o olhar multidisciplinar para analisar caso a caso a especificidade da lesão causada.

Nos tópicos seguintes será possível verificar alguns casos práticos em que a aplicação diferenciada do nexos de causalidade ocorreu na jurisprudência brasileira.

3.3.1 Lote da pílula Microvlar

Em 2011 ocorreu o julgamento do caso da pílula Microvlar. O referido medicamento era um anticoncepcional comercializado no Brasil, ou seja, um método contraceptivo para se evitar a gravidez da consumidora.

Ocorre que, alguns lotes do referido medicamento, por defeito de fabricação, possuíam efeito placebo, e não servindo ao propósito final do produto, qual seja, evitar a gravidez. Assim, as mulheres que consumiram o lote defeituoso do anticoncepcional foram surpreendidas com uma gravidez indesejada.

Em breves comentários ao caso concreto apresentado é possível verificar que as variáveis probatórias para a vítima são inúmeras, dentre elas cita-se: comprovar que efetivamente tomou comprou e tomou o medicamento defeituoso, que a gravidez era indesejada, que o medicamento era placebo.

O ônus de provar todas as variáveis de maneira certa e direta, ou de maneira adequada, conduzia a uma injusta falta de possibilidade de indenização. Ora, como uma mulher poderia ser capaz de fazer testes probatórios e científicos para constatar que aquele medicamento era o lote placebo?

Diante do caso, em proteção as vítimas, promulgado o seguinte julgado:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ANTICONCEPCIONAL

MICROVLAR. PLACEBOS UTILIZADOS POR CONSUMIDORAS. ANÁLISE DO MATERIAL PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE. VALORAÇÃO DA PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. Acontecimento que se notabilizou como o ‘caso das pílulas de farinha’: cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. 2. A alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram as mãos das consumidoras não é suficiente para afastar o dever de indenizar do laboratório. O panorama fático evidencia que essa demonstração talvez não seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. 3. Além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível. 4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alea a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médicos de cultura do país. 5. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso o princípio da proteção ao consumidor. 6. A conclusão à presença dos requisitos indispensáveis à caracterização do dever de indenizar não exige a inversão do ônus da prova. Decorre apenas da contraposição dos dados existentes nos autos, especificamente sob a ótica da proteção ao consumidor e levando em consideração, sobretudo, a existência de elementos cuja prova se mostra impossível – ou ao menos inexigível – para ambas as partes. (REsp 1120746/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 24/02/2011).

É válido ressaltar que na data de publicação do referido julgado ainda estava vigente o Código de Processo Civil de 1973, entretanto o julgado se mostra no sentido de proteção à figura da vítima, acompanhando os preceitos constitucionais de solidariedade, prevenção, reparação integral da vítima e acima de tudo a dignidade da pessoa humana

da mulher, analisando o nexo de causalidade dentro de outra possibilidade, qual seja, invertendo o ônus probatório.

3.3.2 Tabaco e Fast food

Os danos causados pelo tabaco e pela ingestão exacerbada de comidas classificadas como “*fast food*” no Brasil recebe uma análise diferenciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os dois produtos citados já possuem julgados no sentido de responsabilização dos fornecedores, não pela composição prejudicial ao ser humano, mas sim pela falta de informação ao consumidor das características nocivas destes.

A assunção de risco pelo consumidor ao ingerir o produto que é notoriamente e publicamente divulgado como prejudicial à saúde. Dessa maneira, a comercialização do tabaco e do *fast food*, impõe uma divulgação das características prejudiciais ao ser humano.

É possível observar tal consequência com a lei estadual paulista nº 14.677/2011¹⁵, onde está obriga as redes de *fast food* a informar aos consumidores o valor nutricional dos alimentos comercializados.

É válido ressaltar que este posicionamento diz respeito ao direito pátrio, em sistemas divergentes, como o norte-americano, como aborda Tepedino (2006), a situação do tabaco foi abordada de maneira diversa, responsabilizando as empresas tabagistas por danos causados aos consumidores, resultando em uma *class action*.

O governo norte americano foi o polo ativo de demandas contra a indústria tabagista. Buscou o ressarcimento contra gastos previdenciários do tratamento prestado as doenças relacionadas ao tabaco, chegando a altos acordos.¹⁶

¹⁵ **Artigo 1º** - As redes de estabelecimentos que fornecem refeições no sistema de “fast food” ficam obrigadas a informar aos consumidores a quantidade de carboidratos, proteínas, gorduras e sódio, bem como o valor calórico contido nos alimentos comercializados. **Parágrafo único** - As informações de que trata o “caput” deverão estar impressas nas embalagens individuais, quando possível, ou em cardápios, cartazes, “folders” e tabelas afixadas com destaque em local visível nos locais de venda. **Artigo 2º** - Os estabelecimentos comerciais que não cumprirem a presente lei estarão sujeitos a multa no valor de 400 (quatrocentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs ou índice que a substitua, que será aplicada em dobro em caso de reincidência.

¹⁶ *Tobacco Master Settlement – MAS* foi celebrado quando quarenta unidades federativas norte-americanas promoveram demandas em desfavor das sete maiores indústrias de tabaco do país. O acordo visava o ressarcimento de gastos públicos com doenças relacionadas ao tabaco. Dentre outras cláusulas, as indústrias concordaram em abandonar determinadas práticas de marketing, bem como pagar de forma perpétua aos Estados um valor anual ressarcitório, onde nos primeiros 25 anos seria a quantia de 206 bilhões de dólares sucedendo os demais anos seguintes em 10 bilhões de dólares anuais.

Entretanto, em relação às ações individuais, a indústria do tabaco não celebrava acordo e contestava as demandas sobre dois principais fundamentos: ausência de prova de nexo causal, uma vez que quase todas as patologias são multifatoriais; e o livre arbítrio.

Ocorre que pesquisa científica com o objeto de um consenso técnico universal, afirmam que 80 a 90% das doenças pulmonares são contraídas por indivíduos com o hábito de fumar. Diante da probabilidade científica apontada, o nexo de causalidade é irrefutável entre a conduta de fumar e o efeito com o desenvolvimento de doenças.

Entretanto, no Brasil, como citado acima, a situação do tabaco ficou restrita a divulgação ampla da nocividade do produto aos consumidores, conforme é possível se constatar na decisão do TJRS – Apelação Cível nº 70016845349 – Nona Câmara Cível – Desembargador Odone Anguiné – Dje 12/12/2007.

Como foi possível analisar os casos de Tabaco e fast food, no direito brasileiro, não resultaram em grandes avanços para teorias do nexo de causalidade. É por óbvio que, a discussão gerou um resultado prático interessante, do ponto de vista social, a ampla divulgação dos malefícios da consumação as pessoas, ademais relevante para pesquisa, porém para o tema de jurisprudência foram tímidas.

Entretanto é válido o destaque a título de informação e comparação, em especial no caso do Tabaco, para a abordagem diferente frente à responsabilização das empresas no direito norte-americano que, como visto na seção anterior, muito já avançou no direito estrangeiro.

3.3.3 Danos ambientais

Quando se trata de danos ambientais, a presunção de causalidade é mais aceita na jurisprudência brasileira, uma vez que os resultados danosos trazem relevância ao patrimônio coletivo, essencial à sobrevivência humana e das futuras gerações.

Ademais, a análise dos danos ambientais possui uma complexidade e um olhar multifatorial, uma vez que a ação danosa pode ocorrer e de manter no anonimato e por vezes ser originada de diversas fontes e comportamentos, assim, com uma difícil análise certa e determinada.

Sobre o tema Lemos afirma:

A prova do nexo causal no campo do meio ambiente tem sido facilitada de inúmeras maneiras, seja por presunção de causalidade, principalmente levando em conta que, como regra, estamos diante de uma atividade de risco, seja com a inversão

mais ampla do ônus da prova, uma vez verificada a multiplicidade de potenciais fontes degradadoras e a situação de fragilidade das vítimas. Também é possível utilizar a previsão de sistemas inovadores de causalidade, como o da responsabilidade civil alternativa ou baseada em 'parcela de mercado' (*Market share liability*).

Nesse sentido aponta os seguintes precedentes jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL. CRIME AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL COLETIVO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. FUNDAMENTAÇÃO: LEI Nº 9.605/98. TRANSPORTE DE CARVÃO COLETIVO SEM A DEVIDA LICENÇA DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. AUTO DE INFRAÇÃO. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO TIDA COMO DELITUOSA E O DANO AMBIENTAL QUE NÃO SE SUSTENTA. PROVA. RÉU. ÔNUS SUFICIENTE PROBATÓRIO ACERCA DA OCORRÊNCIA DO ILÍCITO. DANO PRESUMIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAES. REPLANTIO. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA À UNANIMIDADE. I - O Ministério Público é parte legítima para propor a ação civil pública na defesa dos interesses sociais e de direitos individuais disponíveis, tendo em vista a atribuição que lhe foi conferida pela própria Constituição Federal (caput, art. 127, da CF). II – Cinge-se a controvérsia recursal acerca da lesão ao meio ambiente cuja conduta consistiu em transportar 8,320 metros cúbicos de carvão vegetal, sem a devida autorização de transporte concedida pelo órgão competente. III – A sentença de piso julgou procedente a ação e condenou o réu a criar e implantar nova área florestal, localizada no município de Marabá, a ser indicada e fiscalizada pelo IBAMA, cuja superfície seja suficiente para o reflorestamento da área degradada, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa mensal fixada em R\$ 2.000,00, recolhida ao Fundo que cuida o art. 13 da Lei nº 7.347/85, bem como, pagar o valor de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais coletivos, devendo a quantia ser revertida para o Fundo que cuida o art. 13 da Lei nº 7.347/85. IV – Suficiência probatória acerca da ocorrência do ilícito. V – Os autos de infração, apreensão e depósito são provas suficientes, porquanto se tratam de documentos emitidos por agentes públicos fiscalizadores competentes, que possuem fé pública, presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, cabendo ao requerido a produção de prova em contrário, nos termos do art. 333, II, do CPC. VI – O dano ambiental é presumido pelo simples transporte do carvão vegetal sem autorização competente, com fulcro no art. 42m parágrafo único e art. 70 da Lei 9.505/98. VII - A responsabilidade objetiva pelos danos ao meio ambiente (art.

14, §1º da Lei Federal nº 6.938/81) pressupõe a lesão ambiental e o nexo de causalidade entre esta e a conduta do agente, assim, configurada a responsabilidade civil, não há como afastar a multa imposta pelo auto de infração. VIII – As multas dos autos de infração não se vinculam à indenização ou aos autos de infração propriamente ditos. IX – A fixação do montante indenizatório por danos morais deve adequar-se ao caso, de modo que as finalidades de reparar o dano ao meio ambiente e a sociedade e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas, observando-se também a condição econômica do causador dos danos, seu grau de culpa, e a repercussão do fato no meio ambiente e na sociedade. X – Com relação ao replantio, não há que se falar em bis in idem, porquanto, além de multa ambiental, a obrigação em reparar o meio ambiente decorre do disposto no art. 14, § 1º da Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente. XI - Recurso conhecido e improvido. Unânime. (TJPA – AC: 0007558-89.2011.8.14.0028. Belém, Relator: Des. NADJA NARA COBRA MEDA, Data de Julgamento: 26/07/2018, 2ª Turma de Direito Público, Data de Publicação: 27/07/2018).

Ainda no Tribunal de Justiça do Estado do Pará é possível analisar:

APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA. DANOS MORAIS AMBIENTAIS INDIVIDUAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. ELEMENTO NECESSÁRIO. DANO PRESUMIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DIMENSIONAMENTO DO DANO AMBIENTAL. PERÍCIA NECESSÁRIA. MATÉRIA PRECLUSA. AFERIÇÃO DO DANO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CONDENAÇÃO ADEQUADA. SENTENÇA MANTIDA. MODULAÇÃO DOS CONSEQUÊNCIAS. TEMAS 810/STF E 905/STJ. 1. Trata-se de recursos de apelação, interpostos pelas respectivas partes adversas, contra sentença, que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, proposta em face do Município de Primavera, declarou a ilegitimidade ativa para o pleito da obrigação de fazer; e condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais ambientais individuais na ordem de R\$ 6.500,00 acrescidos de juros e correção monetária; 2. Os apelantes apontam erro de julgamento na sentença, para a autora/apelante, a condenação se deu em medida inferior ao dano experimentado; enquanto que, para o réu/apelante, sequer se deu a demonstração do prejuízo, máxime do nexo de causalidade entre a conduta e o dano; 3. O prejuízo reclamado não se pode confundir com a natureza difusa/coletiva do dano ambiental propriamente dito. Isto porque advém do efeito ricochete da conduta omissiva de efeitos coletivos, que alcança a esfera privada, ensejando o dano sofrido individualmente pela autora. Incidente, portanto, o viés próprio da responsabilidade civil da Administração por omissão de serviço público. 4. Na espécie,

cuida-se de lixo coletivo exposto em via pública (lixão) na zona urbana do município de Primavera, cuja competência programática, executiva e de controle é municipal, consoante o exposto nos diplomas citados e, mais especificamente, na Lei Complementar nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que fez a competência municipal e proíbe, expressamente o lançamento de resíduos a céu aberto; 5. Considerando o teor da norma prevista no art. 225, caput e §3º, da CF, e art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, atinente à responsabilidade objetiva ambiental, bem como a aplicação, à espécie, do princípio da precaução, em conformidade³ com a relação de causalidade que é presumida com o objetivo precípuo de evitar a ocorrência do dano, é de se impor a inversão do ônus da prova, o que, na prática processual, impõe ao réu o ônus de demonstrar que sua omissão não era passível de impor danos ao meio ambiente, tampouco à autora. É a inteligência do art. 21 da Lei nº 7.347/85, que faz incidirem algumas regras do CDC no trato processual de matéria ambiental; 6. A aferição proporcional do grau do prejuízo reclama prova técnica, na medida em que somente o expert pode informar que tempo e distância de exposição ao lixo são capazes de impor o risco efetivo dano ao indivíduo, e em que medida isto se dá; 7. O juízo proferiu sentença sem que o réu houvesse carreado prova que desconstituísse o direito presumido da autora, e aferiu o quantum indenizatório à mingua de prova do dano, sem que nenhuma das partes houvesse se insurgido a respeito das provas, até então colhidas na instrução da lide. Logo, considerando a confirmação do dano à mingua de prova em contrário; bem como a imprescindibilidade da prova pericial para a medição do nível do prejuízo, ainda que os recorrentes sustentem a impropriedade da sentença, não há fundamento informativo capaz de contrapor a livre apreciação da prova pelo juízo, tampouco a cifra da condenação, que se deu nos limites do livre convencimento. Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer do reexame necessário e das apelações, às quais negar provimento, para manter a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido exordial e condenou o réu/apelante ao pagamento da indenização por danos morais, na ordem de R\$ 6.500,00. (TJPA – APL: 0062008-89.2015.8.14.0044. Belém, Relatora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO, Data de Julgamento: 25/11/2019, 1ª Turma de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2019).

É importante ressaltar que o nexos de causalidade presumido nos danos ambientais, além de carregar princípios constitucionais, em especial de solidariedade, também possui a relevância do patrimônio natural e sua essencialidade à sobrevivência humana das presentes e futuras gerações.

Nesse passo, é certo que a presunção de causalidade, assim como outras alternativas apresentadas na presente dissertação de mestrado, encontra pontos de semelhança na responsabilidade civil, bem como nos princípios formadores desta.

O princípio é mandamento nuclear de um sistema, servindo de critério para a sua compreensão e inteligência, vejamos, alguns dos princípios que dão supedâneo à alternativas de causalidade na responsabilidade civil.

3. A CAUSALIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO

A investigação do nexo de causalidade, em matéria de responsabilidade civil, é realizada após a prática do fato lesivo e, normalmente, depois de produzido o dano, assim, a questão cuja análise se impõe é de como formular um juízo de probabilidade para o passado.

A solução é que esse juízo, ainda que feito *ex post*, deve ser realizado por meio de uma abstração que deve considerar o momento da prática do fato e, a partir disso, verificar se os prejuízos que ocorreram eram prováveis consequências daquele, faz-se, desse modo, um prognóstico a posteriori.

A partir disso, conclui-se que a mera existência do dano não é suficiente para que se configure o dever de indenizar, se faz necessária a demonstração do nexo entre o fato que ocasionou a lesão e o seu efeito, assim, por meio do estudo da fixação da relação de causalidade é que serão identificados os danos que comportem reparação por serem juridicamente relevantes.

A regra do tudo ou nada, da exigência da prova inequívoca de nexo de causalidade não é adotada em todos os ordenamentos jurídicos existentes. Existem modelos em que a vítima recebe indenização mesmo que não consiga satisfazer a prova relativa à causalidade, onde os requisitos de causalidade são flexibilizados, com o escopo de tutelar o lado hipossuficiente da relação.

Os referidos modelos de investigações e aplicações de teorias quanto ao nexo de causalidade na responsabilidade civil são adotados – em diferentes graus, em jurisdições do direito estrangeiro. Tais ordenamentos se destacam pelas suas contribuições e avanços ao estudo do pressuposto do nexo causal na responsabilidade civil com o intuito de responder a segunda parte do objetivo de pesquisa.

A presente pesquisadora selecionou doutrinas de três países específicos e pontuais, França, Argentina e Estados Unidos. A seleção ocorreu por grau de proximidade de sistema jurídico – França e Argentina e, por grande avanço nas teorias e aplicação de teorias modernas em casos de grande relevância social, como se passará a analisar.

3.1.1 Direito francês

O direito francês é um campo fértil para o estudo da responsabilidade civil, em especial do nexo de causalidade. Suas contribuições possuem proximidade com o

princípio constitucional brasileiro da solidariedade, sendo possível, assim, uma análise paradigmática.

A importância francesa nos estudos de responsabilidade civil extracontratual e sua influência no estudo do direito civil, em geral, confere grande importância à análise do pressuposto debatido na presente dissertação, o que leva ao exame do raciocínio jurídico adotado no regime francês, demonstrando o avanço das pesquisas no referido país.

Partindo da vertente tradicional da responsabilidade civil francesa, encontra-se o nexos causal caracterizado pela linha lógica de conduta e dano, onde tal demonstração de existência causal cabe à vítima. Diante da ausência probatória da linha que ligue a conduta ao dano, resta inexistente o dever de indenizar.

Ocorre que, diante dessa linha tradicional, também denominada como visão restritiva, a doutrina francesa, segundo Moraes (2014, p. 77) apresenta a ideia de equidade e solidariedade, evoluindo o pensamento para uma responsabilização de culpa coletiva, guarda coletiva, semipersonificação de grupo e visão coletivizada dos danos, como será analisado brevemente.

Tanto os tribunais quanto na doutrina francesa, desde o início do século XX, procuraram desenvolver o conceito de anonimato ao dano cometido por uma coletividade. Demonstrando uma tendência de aplicação solidária dos integrantes do grupo como pressuposto dos casos em análise. Mesmo diante da imposição de solidariedade que irá beneficiar a vítima, este pensamento gera posicionamentos contrários, corroborando para a elaboração de mecanismos para conferir a solidariedade do dano coletivo veracidade.

Moraes (2014, p. 78) expõe que apesar da forte tendência de aceitar a solidariedade na análise de responsabilidade civil francesa, existem dois precedentes jurisprudenciais que rejeitam esse pensamento, demonstrando, assim, que na França há, também, pensamentos restritivos quando a responsabilidade civil.

A visão restritiva da responsabilidade civil afasta o dever de indenizar caso não haja um nexos causal direto e imediato ao autor do dano, prova desse nexos necessita ser demonstrada de forma cabal pela vítima e, em caso negativo, esta ficará sem indenização pelo dano sofrido.

A primeira decisão apresentada por Moraes (2014, p. 81) versa sobre o caso julgado pela Corte de Montpellier em 1949, situação em que crianças brincavam de Tarzan e atiravam pedaços de cano como se fosse flechas, vindo uma das participantes ser atingida por um cano.

A ação de reparação por danos foi rejeitada pela Corte, uma vez que entendeu pela não existência de vínculo direto e necessário entre a conduta comprovada e o prejuízo ocorrido, vindo a ser impossível a responsabilização de todos os partícipes do ato.

A segunda decisão apresentada por Mazeud (1950, p. 191) é o julgado do Tribunal de Sena em 1912, o qual afastou a responsabilização de indivíduos que participavam de uma partida de futebol de rua e que, durante o jogo, acabaram por quebrar uma peça de cristal de um transeunte.

O Tribunal de Sena entendeu que a conduta culposa foi realizada por apenas um dos jogadores da partida, não por todos. Dentro da visão restritiva de responsabilização civil, impossível seria atribuir o dever de indenizar a todos os jogadores da partida.

Assim, para a visão restritiva e os julgados apresentados, Moraes (2014, p. 82) se demonstra que para parte da doutrina francesa existe a necessidade de estabelecimento de nexo de causalidade de forma direta e imediata entre a conduta e o dano, sendo inviável a aplicação de qualquer noção de equidade ou solidariedade, devendo a vítima lidar com o ônus probatório.

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, é possível observar a responsabilização civil por danos causados por membros indeterminados de grupo, dentro da ideia de culpa coletiva.

A culpa coletiva, ou teoria de culpa conexas, explanada por Postacioglu (1954, p. 438-443) trata da responsabilidade civil causada por membros de grupo indeterminado atribuindo a referida teoria. O aludido autor afirma que a Corte de Apelação de Bordeaux julgou, em 1935, por culpa coletiva o prejuízo decorrente de acidente de caça, reconhecendo a solidariedade dos caçadores, uma vez que estes agiram mesmo diante de condições insuficientes de visibilidade e em posição perigosa.

Uma vez que, seria impossível ligar a conduta com o dano de maneira imediata e individual, o tribunal reconheceu o comportamento, de maneira coletiva a todos os indivíduos caçadores do grupo, o comportamento culposos que gerou o dano.

A evolução jurisprudencial demonstrada pelo autor citado, conduz para uma culpa coletiva de vertentes restritivas, vez que seria presumível que em eventos coletivos como os de caça, já contassem como atividades de risco.

Assim, na busca de criar uma cadeia de culpabilidade para todos os agentes em atividades coletivas, os julgadores procuravam seguir uma cadeia de condutas previamente pensadas dos agentes.

Para Moraes (2014, p. 84-85) os membros da coletividade eram considerados meros coautores e conseqüentemente responsabilizados solidariamente, sendo a teoria da culpa coletiva uma mera adaptação da responsabilidade civil tradicional, uma ideia compatível com os regimes de investigações causais do século XX que já foi analisado no capítulo 1.

Como contraponto a teoria da culpa coletiva e regime de responsabilidade civil individual, ambos sem muitos avanços para situações mais atuais da sociedade líquida têm-se a teoria da guarda coletiva.

A teoria da guarda coletiva propõe um raciocínio com fundamento na solidariedade dos integrantes de grupos, pensada a partir do art. 1384, alínea a, do Código Civil Frances¹⁷.

A partir desse dispositivo legal se passa a imputar ao agente a responsabilidade pela guarda do objeto que causou o prejuízo. Para exemplificar, basta se pensar na ideia de que os caçadores seriam responsáveis pela guarda dos seus fuzis e projeteis que saíssem destes.

A consequência prática importante da referida teoria da guarda coletiva estava no ônus probatório da cadeia causal. A prova cabal de prova do nexo de causalidade entre a conduta e o dano estaria a encargo do ofensor e, não mais, da vítima.

Apesar de inovadora, especialmente no tocante do ônus probatório, a teoria da guarda coletiva apresentou diversas deficiências de cunho prático, como por exemplo, possuir como pressuposto a posse de um objeto certo e determinado, restringindo a responsabilização da posse e utilização do referido objeto.

Assim, por exclusão lógica, nenhum prejuízo causado além dos óbvios e de lógica pragmáticas oriundos daquele determinado objeto seria alcançado pela responsabilidade civil.

Moraes (2014, p. 95) acaba por afirmar que “a teoria da guarda coletiva se revela mecanismo criativo, porém excessivamente artificial para a imputação da solidariedade. A teoria chega a abusar das presunções, revelando-se inadequada...” não conseguindo responder dilemas atuais da sociedade francesa.

¹⁷ Article 1384 “*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde (...)*”. Tradução livre: “Somos responsáveis não apenas pelos danos que causamos por nosso próprio ato, mas também pelos causados pelas pessoas a quem devemos responder ou pelas coisas que temos sob nossos cuidados”.

Por sua vez, a teoria da semipersonificação do grupo atribui contornos de personalidade jurídica à coletividade. Pensada por Aberkane (1958, p. 56) onde, considera que, em casos de responsabilização civil por grupo de membros, as atividades do grupo como unidade, se sobrepõe a individualidade de cada integrante.

A semipersonificação é traduzida por Moraes (2014, p. 97) como uma “personalidade atenuada, temporária, limitada por seus efeitos, que não requer o patrimônio próprio, e que se constitui mais como uma técnica de explicação...” apresentando a solidariedade como um elemento em comum ao vínculo social que une os integrantes da coletividade.

A referida teoria não prosperou na jurisprudência francesa, em especial, por buscar criar um instituto jurídico – atribuir contornos de personalidade jurídica a entes coletivizados, sem existir qualquer tipo de previsão legal para tanto.

A visão individualista da jurisprudência francesa possui como pano de fundo o medo de condenar inocentes ao pagamento de indenizações não devidas. Ocorre que, o outro lado desse pavor de julgamentos injustos, era que o injusto recaísse sobre a vítima.

As vítimas que deveriam provar o alegado e diante de impossibilidade probatória, não viam os seus danos serem minimizados, de maneira alguma. Assim, inocentes não eram considerados culpados, bem como vítimas com danos existentes não tinham suas reparações alcançadas.

Diante desse cenário Viney (1965) começa a traçar os rumos que iriam influenciar a responsabilidade civil como um todo, no mundo inteiro, mudando o enfoque do estudo, qual seja: mais importava a indenização da vítima, a reparação do prejuízo desta, do que a punição do infrator.

Retirar o ônus probatório do encargo da vítima e transferi-lo ao autor, conduziria a jurisprudência francesa a julgamentos mais justos, mais equânimes, desviando da visão individualista no Poder judiciário francês.

Assim, dentro da teoria da visão coletivizada da responsabilidade civil, o direito francês propôs bases para mudanças principiológicas da responsabilidade civil – mais importando a vítima do que o autor do dano e, com a alteração do ônus probatório da conduta.

Apesar de serem mudanças sutis, como afirma Moraes (2014, p. 106), foram mudanças importantes para a investigação proposta na presente dissertação de mestrado.

3.1.2 Direito argentino

O direito argentino possui relevância para a presente dissertação, seja pela proximidade de sistemas, bem como por desenvolver uma alternativa ao nexos de causalidade dentro, proporcionando uma outra visão aos danos com responsabilização por integrante não identificado.

No direito Argentino, discute-se a responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado de grupo, mergulhando nos requisitos para uma solidariedade e no conceito do anonimato.

O ponto de partida dos estudiosos do direito argentino é a busca por estabelecer padrões, os quais se dividem em: qual o fundamento da solidariedade entre os integrantes de grupos e; quais os requisitos para a imposição de responsabilização coletiva aos participantes do agrupamento.

Assim, questiona-se, o grupo é responsável por danos causados por parte de seus membros? Quais são as condições necessárias para caracterizar a causalidade entre um dano e a conduta de parte dos integrantes de um agrupamento?

A autora Garrido-Cordobera (1988, 25-26) encontra o fundamento da responsabilização solidária por atos cometidos por integrantes de grupos no art. 1.119 do Código Civil Argentino. Tal dispositivo trata da responsabilidade de moradores de habitações coletivas por objetos lançados, que causem prejuízo.

O fundamento da autora, apresenta um senso de justiça equitativa, apresentando um nexos de causalidade que vincula todos os indivíduos do referido grupo, indistintamente, a conduta danosa. Tal fundamento geraria a solidariedade do grupo.

O fundamento de equidade apresentado por Garrido-Cordobera é alvo de críticas, aqui se irá restringir tais críticas ao autor Mosset Iturraspe. Para o último, dois pontos merecem destaque, quais sejam: contornos probatórios da identidade do ofensor; e a responsabilidade coletiva possui contornos próprios distintos da responsabilização individual.

Iturraspe (1990, p. 56-57) entende que dentro da esfera de causalidade alternativa, diante do anonimato do ofensor e, conseqüentemente, impossibilidade de individualização da conduta – pensamento além da autora previamente citada - surge uma nova modalidade de nexos causal, que vem não da conduta que originou o ato lesivo e, sim, da participação grupal de atividade perigosa.

Assim, sopesando os interesses apresentados no caso concreto, para Inturraspe (1990, p. 83-84), diante da inviabilidade de individualizar a conduta e entendendo que a participação do grupo é consciente dos perigos que tal agrupamento pode gerar, é mais adequado responsabilizar coletivamente o grupo, do que deixar o ofendido sem reparação devida.

Dentro desse contexto, o dano resultado de uma ação de determinado agente integrante do grupo, leva a conduta coletiva de todo o agrupamento, uma vez que foi criado um cenário de risco para incidência de determinado resultado.

Assim, para defender seu posicionamento, Inturraspe afirma que:

O direito vigente reconhece como única espécie a responsabilidade coletiva. Entende-se por tal aquela que se funda na existência de um dano cuja autoria permanece no anonimato e que possibilita a liberação dos sindicatos como responsáveis a identificação do dano. (INTURRASPE, 1990, p. 41).

Com isso, pode-se deduzir que para o doutrinador argentino, diante do potencial ofensor estar imerso em um agrupamento, sendo impossível a reversão de seu anonimato, atribuindo ao grupo a responsabilidade solidária do dano.

O nexos de causalidade para uma vertente argentina é relativizado em prol da vítima. Não incidindo a causalidade adequada, a causa direta e imediata, mas a relativização do nexos causal – autor e dano – a responsabilidade solidária do grupo faz com que a vítima seja reparada.

Com isso, para esta nova alternativa argentina quanto a causalidade, mesmo diante da ausência de um nexos direto e imediato ou de uma causalidade adequada e individual, a responsabilização por atos praticados sobre o anonimato, tais atos irão ser atribuídas ao agrupamento de pessoas que se encontravam em potencial risco, priorizando, assim, tutelando da vítima.

3.1.3 Direito norte-americano

O direito norte-americano se posiciona, atualmente, com profunda relevância aos estudos da responsabilidade civil. Salvaguardadas as distinções de sistemas jurídicos, *common law* e *civil law*, o direito estadunidense trouxe uma evolução interpretativa jurídica, com caminhos inovadores, dentro do novo contexto social ao pressuposto causal.

Neste tópico, pretende-se analisar algumas das evoluções do direito norte-americano, no tocante as teorias de nexos causal, partindo de decisões judiciais que trataram do referido pressuposto da responsabilidade civil sobre diferentes perspectivas. Tais perspectivas culminaram para a elaboração de diversas teorias, as quais foram destacadas: responsabilidade alternativa; teoria do *Market share liability*; e teoria da *proportional share liability*.

Em 1948 a Suprema Corte da Califórnia julgou o caso *Summer v. Tice*, conforme apresentou Moraes (2014). A referida ação versava sobre um disparo de arma de fogo que ocasionou lesão permanente no olho do autor. Ocorre que, era impossível a vítima identificar o autor do disparo, uma vez que o fatídico ato lesivo se deu em uma floresta onde todos os possíveis ofensores estavam caçando e dispararam quase que simultaneamente, buscando atingir uma codorna que passava no local.

Diante da inviabilidade do autor identificar o ofensor, uma vez que ambos os atiradores e potenciais ofensores estavam no mesmo local, dispararam simultaneamente armas de fogo, idênticas e, apenas um dos tiros acertou a vítima, a lógica da Corte foi: presume-se a prática negligente por ambos os potenciais ofensores, invertendo o ônus da prova para os requeridos, Moraes (2014).

Ao inverter o ônus da prova aos potenciais ofensores, a Suprema Corte da Califórnia presume a conduta culposa de ambos e decreta a situação de vulnerabilidade da vítima ante aos fatos do caso, uma vez que a conduta dos requeridos lhes atribui maior possibilidade de prova qual disparo gerou o dano.

A lógica indutiva do caso originou a teoria da responsabilidade alternativa nos EUA, onde a sua aplicação passa pela análise de dois pressupostos no caso concreto: todos os indivíduos potencialmente ofensores precisam figurar no polo passivo da ação e; todos os potenciais ofensores precisam ter agido de forma similar e ilícita.

Com a referida teoria, a Suprema Corte da Califórnia viabilizou a indenização por dano de vítima em casos que seria impossível a esta indicar de forma certa e determinada o ofensor, bem como as circunstâncias do caso concreto inviabilizariam a análise da conduta adequada.

A jurisprudência norte-americana seguiu se adaptando as situações fáticas de seu tempo social, buscando soluções às demandas da sociedade consumeristas e de massa. Assim, emergiu o caso *Sindell v. Abbot Laboratories*. Entre os anos de 1947 e 1971 duzentos fabricantes de compostos farmacêuticos comercializavam o *diethylstilbestro – DES*.

O *DES* é um medicamento para prevenir aborto. Ocorre que, em 1971 a substância foi retirada do mercado por ser comprovadamente estar ligada ao desenvolvimento de câncer vaginal e cervical. A referida retirada do mercado partiu de análises e ações da *Food and Drug Administration – FDA*, agência nacional norte-americana responsável pela fiscalização e comercialização de medicamentos.

Após a retirada dos produtos do mercado, diversas ações indenizatórias começaram a surgir pelo país. Entretanto as demandas enfrentavam, primordialmente, a seguinte dificuldade: a qual pessoa chamar de ofensor?

A impossibilidade de vinculação de autor e conduta danosa, um pressuposto basilar da responsabilidade civil foi o primeiro ponto de embate para as demandas contra a referida substância. Lembrando que, cerca de 200 empresas eram fabricantes do composto terapêutico.

Como alternativa a problemática apresentada e a inviabilidade de deixar milhares de mulheres a mercê de cânceres vaginais e cervicais, a Suprema Corte da Califórnia, no caso *Sindel v. Abbot Laboratories*, determinou que cada fornecedor do DES indenizasse de maneira proporcional a sua participação no mercado.

Como coloca Gifford; Pasicolan (2006), de livre tradução:

Nossa complexa sociedade industrializada, avanços na ciência e na tecnologia criam bens fungíveis, que podem prejudicar os consumidores e que não podem ser vinculados com um fornecedor específico. A resposta a essa situação pode ser tanto aderir rigidamente à doutrina anterior, negando a indenização àqueles prejudicados por tais produtos, ou desenvolver instrumentos para atender a essas necessidades que se modificam constantemente. (GIFFORD; PASICOLAN, 2006. p. 6).

Diante da demanda de massa, a Suprema Corte desenvolveu a teoria do *market share liability*. Para esta teoria com tradução literal de “responsabilidade por participação no mercado”, são essenciais os seguintes pressupostos: todos os produtos fabricados são defeituosos de maneira igual e com composição idêntica; todos os potenciais ofensores incorrem em práticas ilícitas de maneira uniforme; o anonimato do ofensor (não se sabe quem foi o responsável direto).

Uma vez presentes os pressupostos estabelecidos, a indenização será calculada em cima da participação de cada fabricante no mercado.

Merece destaque que para a aplicação da referida teoria, o Tribunal julgador necessitará de um aparato especial para apurar a participação mercadológica de cada fabricante na produção e venda do produto defeituoso.

A rigidez e dificuldade de cálculo da teoria do *market share liability* fez com que sua aplicação fosse extremamente pontual e excepcional. Porém possui sua relevância jurídica e histórica, por, como diz Moraes (2014, p. 148), “... significar o abandono, ainda que excepcional, dos paradigmas tradicionais da causalidade – do que propriamente por caracterizar inovação marcante no campo da responsabilidade civil”.

Diante das barreiras impostas pelos pressupostos da *market share liability*, se desenvolveu a teoria do *proportional share liability*. Que nada mais é do que uma flexibilização da primeira, aplicada, apenas em parte, pela Suprema Corte de Wisconsin no caso *Thomas v Mallet*, como apresentado por Moraes (2014).

O caso em questão analisava a contaminação de chumbo em razão do contato com tintas. A problemática de contaminação por chumbo em tintas nos EUA é grave, segundo estudos apontados por Moraes (2014, p.150), culminando na edição de lei pelo Congresso dos Estados Unidos, onde “... *Lead-Based Paint Poisonig Prevention Act* de 1971, vetando a utilização de chumbo em tintas destinadas para a pintura do interior de residências”.

O caso *Thomas v Mallet* esbarrava em alguns entraves para utilização da teoria da *market share liability*, uma vez que inexistia: uniformidade na composição dos produtos defeituosos e; uniformidade na conduta dos fabricantes dos produtos defeituosos.

Ademais, como delimitar o uso específico de cada tinta, uma vez que as casas são pintadas de maneira irregular ao longo dos anos. Logo, inexistiam os pressupostos essenciais para a aplicação da *market share liability*.

Porém, como anteriormente, a teoria da *proportional share liability* relativiza os citados pressupostos, gerando a uniformidade do risco. Diante de situações em que é impossível detectar uma composição única e uniforme do produto e/ou igual conduta dos fabricantes, se olha de maneira ampla para o risco geral que o defeito pode gerar.

Assim, no caso *Thomas v Mallet* a Suprema Corte de Wisconsin levou em consideração a possibilidade de substituição de tintas com chumbos por outras tintas com chumbo e, assim, a uniformidade do risco.

Merece destaque o caso das demandas em decorrência da contaminação por amianto no âmbito do judiciário norte-americano e as teorias acima expostas. Em julgados

apresentados por Moraes (2014, p. 158-159) nenhuma das teorias foi aceita pelas cortes estadunidenses as ações indenizatórias que traziam o amianto como produto nocivo.

As teorias apresentadas na doutrina estadunidense, mesmo ressalvadas as considerações do sistema de *comum law* e *civil law*, apresentam relevância para a presente pesquisa de dissertação por proporcionar um olhar diferenciado as teorias do nexo de causalidade.

A relação entre conduta e ação danosa, nas teorias do direito comparado da responsabilidade alternativa, *market share liability* e *proportional share liability*, colocam a tutela da vítima em primeiro plano, ao procurar meios de inversão do ônus probatório para que os ofensores ou potenciais ofensores justifiquem sua ausência de responsabilidade.

Pelo exposto, é possível afirmar que para as referidas possibilidades, embora não exista vínculo direto e imediato entre ofensor e dano, ou, causa adequada que justifica a lesão, constrói uma causalidade entre a conduta praticada e o dano sofrido pela vítima.

3.2 Possibilidades alternativas

As teorias do nexo causal na responsabilidade civil, tanto as aplicadas no direito brasileiro, quanto às apresentadas do direito estrangeiro, vão além das citadas na presente pesquisa.

Ressaltamos, que, diante das demandas da presente sociedade líquida, a análise da causalidade e aplicação de uma ou outra teoria, faz jus a uma conversa interdisciplinar entre o direito e outras ciências. Taruffo (2014) ensina:

a tradicional ideia de ciência como fonte de prova judicial mudou. Tradicionalmente, de fato, o uso probatório da ciência consistia essencialmente em provas periciais nos campos da medicina, química, engenharia e, às vezes, física e matemática. Em suma, apenas um número limitado de ciências ‘rígidas’ era relevante. Todo o resto, salvo algumas matérias ‘técnicas’, como mecânica e construção, era relegado ao senso comum ou à cultura média do julgador. O panorama das ciências que podem oferecer provas judiciais é, atualmente, completamente diferente. De uma parte, as tradicionais ciência rígidas tornam-se cada vez mais sofisticadas e especializadas; falamos, agora, de genética, bioquímica, epidemiologia, toxicologia, entre outras. Por outro lado, as chamadas ciências ‘flexíveis’ ou ‘sociais’, como a psicologia, a psiquiatria, economia, sociologia, são agora consideradas como possíveis fontes de provas no processo civil. (TARTUFFO, 2014, p. 95).

Assim, quando se leva em consideração a interdisciplinaridade, também se faz necessário analisar a qualidade dos dados colhidos. Informação científica precisa de credibilidade, para assim, admitir-se em processo judicial.

Erros à parte, não se pode negar que, na realidade atual, casos em que a aplicação técnica da causalidade direta e imediata exprima a percepção de insuficiência das teorias tradicionais da causalidade, estas, construídas a partir de uma perspectiva de responsabilidade individual fundada na culpa do agente (responsabilidade subjetiva) e, por isso mesmo, desatenta às transformações da responsabilidade civil líquida, guiadas pela necessidade de gerir riscos sociais e prevenir danos.

É nesse sentido que, um número cada vez maior de construções teóricas tem buscado amenizar os rigores da aplicação das teorias tradicionais da causalidade. Na doutrina brasileira, tais construções vêm apresentando opções para outras aplicações, além, da concepção jurídica tradicional.

Para tanto será apresentado outras duas teorias que buscam proporcionar um nexo de causalidade diferente e mais atual aos desafios impostos por uma sociedade de líquida.

3.2.1 A causalidade alternativa

Ao contrário das teorias tradicionais da causalidade, a teoria da causalidade alternativa não se propõe a eleger um único critério de aferição da causalidade jurídica, critério este geral e aplicável a todos os casos, mas cuida, tão-somente, de certas situações que parecem não ser contempladas pelas teorias, no presente trabalho, consideradas, clássicas.

A teoria da causalidade alternativa tem origem na discussão sobre o tratamento a ser dado à causalidade nas hipóteses em que, é possível identificar o grupo que atuou na conduta danosa, porém impossível à determinação precisa do seu causador.

Exemplo do caso que a teoria da causalidade alternativa busca tutelar é o acidente de caça, em que um disparo atinge a vítima, sem que se possa determinar da arma de qual dos caçadores partiu o projétil.

Ressalta-se que, ao contrário do que ocorre na causalidade concorrente, onde todos os participantes concorrem para o resultado, na situação apresentada não se sabe de qual ou quais agentes partiu a ação que resultou no dano, sendo certo, porém, que nem todos contribuíram para o prejuízo.

Segundo as teorias usuais apresentadas na primeira seção desta dissertação, o concurso na produção do dano deve ser, especificamente, demonstrado pelo lesado, sendo o ônus probatório daquele que denunciou o dano. Para este fim, não basta à mera presença do sujeito em um grupo de pessoas, se faz necessário à identificação específica do autor do dano. Assim, permanecendo no exemplo anterior, não se provando qual das pessoas no local tenha disparado a arma de fogo, nenhuma delas poderia ser tida como responsável.

Schreiber (2011, p. 74-78) apresenta a teoria da causalidade alternativa, propondo uma solução diversa, onde seria considerada a responsabilidade solidária de todos os integrantes do grupo envolvido na geração do dano, embora, a rigor, apenas um de seus integrantes o tenha provocado.

Ressalta que, a causalidade alternativa, tecnicamente, não versa sobre coautoria, mas em uma autoria alternativa entre certo número de potenciais causadores do dano. Ademais, a teoria esbarraria na vedação à presunção de solidariedade no direito brasileiro, do art. 265 do Código Civil¹⁸. Entretanto, ainda assim, os tribunais brasileiros a tem aplicado em alguns casos.¹⁹

Em um cenário em que a responsabilidade civil se fundava exclusivamente na culpa, a ausência de uma demonstração precisa da causalidade tendia a afastar qualquer responsabilização. Já em um cenário em que a responsabilidade civil abrange não apenas a culpa, mas também, a criação do risco como fatores de imputação, a contribuição da atividade do agente para a criação ou majoração do risco há ter alguma relevância jurídica, ainda que substancialmente diversa daquela inerente à produção do dano em si.

Ainda para ilustrar a aplicação da teoria da causalidade alternativa, observa-se em julgados em casos de rachas de automóveis²⁰, rixas de grupos rivais de torcidas de futebol²¹ e objetos caídos de condomínio²².

Especialmente, em relação a objetos caídos de condomínios, o próprio Código Civil, em seu art. 938²³, já previu a causalidade alternativa. Diante da impossibilidade de

¹⁸ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

¹⁹ TJRS, 9ª Câmara Cível, Ap. Civ. 0086732-86.2014.8.21.7000, rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, j. 25-11-2015; STJ, 4ª T., REsp 26.975/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18-12-2001.

²⁰ (TJRS, Apelação Cível nº 70017480609, Cécima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 07/12/2016).

²¹ (STJ, REsp 26975/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 20/05/2002).

²² (TJRS, Apelação Cível nº 70038928313, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 30/03/2011).

²³ Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

individualização da conduta, ou seja, determinar de qual o apartamento proveio o objeto que causou o dano – impossível o nexo causal direto e imediato ou adequado, alternativamente o responsável é o condomínio.

Desde já, ressalta-se que, nos casos de objetos arremessados por edifício, a jurisprudência já relativiza a causalidade alternativa. Na medida em que a responsabilidade pode ser atribuída a vertente do edifício que caiu o objeto. Ou seja, não podendo individualizar a conduta haverá responsabilidade dos moradores cujas janelas estão para lado oposto àquele em que o objeto se precipitou, conforme indica a jurisprudência ao permitir o ajuizamento da demanda reparatória em face do condomínio.

Com isso, é possível verificar que a doutrina e a jurisprudência, em algumas situações, onde o nexo causal não é individualizado, a tutela da vítima se sobrepõe a não punibilidade do dano causado, figurando como inadmissível que a vítima fique sem ressarcimento ante a incerteza da origem do dano.

A teoria da causalidade alternativa encontra contornos com os princípios da responsabilidade atual, a proteção da vítima e sua devida reparação, apresentando uma opção técnica ao judiciário. Equilibrando-se entre esses dois extremos, o intérprete é chamado a lançar renovado olhar sobre o nexo causal, dentro de uma releitura à luz dos princípios da Constituição da República.

3.2.2 A presunção de causalidade

A partir da criação da causalidade alternativa, em especial da codificada situação do art. 938 do Código Civil, o nexo de causalidade passou a ser enfrentado fora dos rígidos e clássicos padrões de análise das teorias da causa direta e imediata e causalidade adequada.

Com efeito, o pressuposto da expansão do nexo de causalidade reside justamente na impossibilidade de se apontar qual a conduta necessária foi imprescindível para a causação do resultado.

A presunção de causalidade guarda estreita relação com a causalidade adequada. Ampliando o espectro desta teoria, é possível enxergar a causa adequada, porém, de maneira plural, ou seja, não apenas de modo a isolar uma única conduta como a mais provável para gerar o dano.

Dinamarco (2009) define presunção como “um processo racional do intelecto, pelo qual, do conhecimento de um fato, infere-se com razoável probabilidade a existência de outro o estado de uma pessoa ou coisa”.

Assim, Mulholland (2009) apresenta a presunção de causalidade como o método lógico de se extrair determinada conclusão sobre algo, a partir da análise de outra situação semelhante, desde que possuam as mesmas condições e requisitos, já reconhecidos e assimilados.

As presunções podem ser classificadas como: (i) absolutas, onde o fato presumido sequer precisa ser discutido, encontra-se no plano processual, uma vez que decorrem de lei e não admitem contraprova, como exemplo observa-se o art. 8º do Código Civil; (ii) relativas; passíveis de contraprova, resultados do plano material e que, portanto, implicam na inversão do ônus da prova.

Ademais, a presunção de causalidade mostra-se perfeitamente compatível com a moderna teoria do risco e com o princípio da boa-fé objetiva, pois, impõe os deveres objetivos de cuidado àqueles que geram atividades de risco.

Nesse diapasão podemos observar o Estatuto do Torcedor, Lei nº 10.671/2003, onde prevê mais uma hipótese de presunção de causalidade absoluta. O diploma, voltado para conferir uma efetiva proteção ao público espectador, prescreve, em seus artigos 14 e 19, que caso ocorra um tumulto dentro do estádio, o nexo causal se enfeixa entre a conduta dos organizadores do evento esportivo, os quais presumidamente deixaram de tomar as necessárias precauções de segurança, e as lesões sofridas pelas vítimas. Assim, se torna desnecessário individualizar os agressores ou investigar quem iniciou o tumulto.

Igualmente outra possibilidade de presunção absoluta, se menciona o art. 21-A, da Lei 8.213/91 - Planos de Benefícios da Previdência Social, acrescido pela Lei 11.430/06, que, para fins de configuração do acidente do trabalho e percebimento de benefício acidentário, presume o nexo causal entre a morbidade acometida ao trabalhador e a atividade por ele desenvolvida na empresa, caso aquela esteja elencada como doença ocupacional na Classificação Internacional de Doenças.

Com isso, a lei retira do segurado o ônus de comprovar perante o INSS a existência de acidente de trabalho, pois a Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, documento de emissão obrigatória, e apto a comprovar o nexo, muitas vezes é negligenciada pelo empregador.

Portanto, a presunção de causalidade e o olhar diferenciado do nexos causal não constituem novidade no ordenamento jurídico, mesmo diante da sua incompatibilidade com a teoria do dano direto e imediato e causalidade adequada.

Assim, não é desarrazoado espalhar-se esse alargamento do nexos causal para outras situações que, embora sem expressa previsão legal, possuem a mesma característica básica consistente na impossibilidade de identificação da causa dentre potenciais geradoras do dano. Ressalta-se, entretanto, que remanesce o direito de regresso, uma vez descoberto o deflagrador individual da conduta danosa.

A título de exemplo, cita-se: brigas entre torcidas organizadas de futebol fora dos estádios, esbulho de terrenos privados por grupo anônimo de sem-teto, lesões causadas por “balas perdidas” oriundas de confronto entre policiais e bandidos.

Como Mulholland (2009) coloca em todas essas situações não seria razoável exigir da vítima a precisa identificação do causador, ou dos causadores, do dano, daí a viabilidade de demandar contra aqueles que se possa identificar.

Os casos de “bala perdida” ganham cada vez mais notoriedade em decorrência do alto grau de violência nas grandes cidades. Excetuando-se os casos de legítima defesa ou de estado de necessidade, o fato de policiais, em operações de captura ou perseguição, responderem à artilharia de bandidos no meio de uma comunidade carente ou em locais públicos faz se questionar a própria noção de segurança pública.

É poder-dever de o Estado minimizar os riscos à população nessas intervenções e não, em casos de reparações de danos já consumados, exigir da vítima a comprovação de que o projétil que a atingiu partiu de arma pertencente a seus agentes e não de criminosos.

A ausência de responsabilização do Estado ante a falta de zelo pela comunidade carente na qual ocorre a operação policial, resultando em conduta arriscada, ou abusiva encontrar eco na jurisprudência, uma vez comprovado pertencer o projétil a arma estranha à polícia, faltaria nexos causal entre o dano experimentado pela vítima e a atividade estatal²⁴.

²⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – CONFRONTO ENTRE POLICIAIS E TRAFICANTES – BALA PERDIDA MORTE DA FILHA DOS AUTORES – NEXO DE CAUSALIDADE DEVER DE INDENIZAR – PENSIONAMENTO – DANO MORAL. Havendo confronto entre o Estado-polícia e traficantes, trazendo a morte de menor, que nada tinha haver com o fato, impõe-se o dever de indenizar do Estado, independentemente da bala ter sido desferida por arma de policial ou traficantes. Risco da atividade que dá causa ao dano, impondo o dever de indenizar. Precedentes. Reparação material – pensionamento – que impõe prova. Ausência de presunção de dano. Reparação moral mensurada. Conhecimento e provimento parcial ao recurso. (TJRJ, Apelação nº 2008.001.5856, Des. RICARDO COUTO, Sétima Câmara Cível, DJe 21/01/2009).

Além do caso citado da “bala perdida”, a ampliação do nexo causal para presunção relativa ganha espaço, especialmente, nos chamados danos à sociedade, decorrentes da oferta em grande escala no mercado de consumo de produtos ou serviços.

Outro exemplo seria a introdução de medicamentos novos no mercado de consumo e anos depois do lançamento, os avanços científicos comprovem que os efeitos colaterais de determinado componente do medicamento já em larga utilização causem determinada espécie de câncer.

Inicialmente a dificuldade seria estabelecer o nexo causal entre a substância e o dano, pois se trata de situações multifatoriais, como o surgimento do câncer envolver causas hereditárias e ambientais.

Em presunções relativas, a pedra de toque, versa no ônus probatório, como assevera Bedone (2011, p. 117):

As presunções relativas, por sua vez, não atuam no plano do direito material, mas sim, no do direito processual, invertendo o ônus da prova no processo. Considerando que o “ônus probante” é de quem alega o fato, cuja comprovação lhe interessa, de acordo com o princípio do interesse (art. 333, CPC), a presunção relativa faz com que esse encargo seja invertido. Assim, uma parte alega – sem prova – determinado fato que, sendo presumido, deve ter a contraprova realizada pela parte adversa. A presunção relativa, destarte, em vez de retirar determinado fato do objeto da prova, apenas altera a regra de julgamento, de modo que o magistrado imputa o encargo probatório não àquele que alegou o fato presumido (como determina o artigo 333 do CPC), mas à parte contrária. (BEDONE, Igos Volpato, 2011, p. 117).

O avançar do pensamento científico desenvolveu várias teorias para a identificação do nexo, como visto no presente capítulo, alguns exemplos de teorias em países estrangeiros, capazes de responder as demandas citadas e amparar as vítimas.

No direito pátrio, porém, o laconismo do legislador no tratamento do nexo de causalidade – ao citar causalidade apenas nos arts. 403 e 937, ambos, do Código Civil - pode ser visto de uma maneira diferente ao insatisfatório.

Analisando sob o prisma de maior liberdade ao aplicador do direito para seguir caminho capaz de fazer valer os princípios da dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva e solidariedade social, os quais apontam para a necessidade de reparação integral à vítima.

A presunção de causalidade é uma alternativa as teorias mais usuais do nexo de causalidade. Sem embargo, uma vez assegurado o direito de regresso, razoável espriar-

se a presunção de causalidade para outras situações cuja premissa seja idêntica, qual seja, a impossibilidade de identificação da causa dentre potenciais geradoras do dano, se torna viável.

3.3 Casos práticos e a presunção de causalidade

Para se admitir um nexos causal além das teorias usuais – causalidade adequada e causa direta e imediata, é necessária a observância da probabilidade estatística e da lógica, uma vez que estas permitem a sistematização das probabilidades.

Mulholland (2010, p. 342) alega que ao se oportunizar a investigação da causalidade dentro de padrões estatísticos e probabilísticos é possível se permitir a reparação daquela vítima de um dano injusto que seria incapaz de produzir a prova, concluindo que: “o estabelecimento da causalidade provável possibilita a plena efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite à vítima o reconhecimento de seu direito.”.

Outro advento que vem a corroborar com a presunção de causalidade é a dinamização do ônus da prova com o Código de Processo Civil de 2015 onde o magistrado, diante da análise do caso concreto pode inverter o ônus probatório quando verificar o preenchimento dos pressupostos.

Reitera-se que a probabilidade dentro do nexos causal ocorre com aferições matemáticas, estatísticas, lógicas, com o estabelecimento de um padrão de geração de danos e um raciocínio lógico-indutivo, em casos concretos. Não é defendida na presente dissertação a substituição das teorias clássicas, mas sim, um novo olhar para casos que vão além das respostas as primeiras.

A respeito do tema, Donnini afirma:

Na realidade, toda essa transformação da responsabilidade civil, que abarca o estudo do nexos causal, vem ao encontro da interpretação que tem sido realizado do texto constitucional, a partir da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, que se instrumentaliza por meio de dois outros princípios, também constitucionais: o da igualdade e da solidariedade. Em sendo assim, a ideia de retribuição do dano causado, passou-se à reparação fundada na justiça distributiva, num verdadeiro caminho de solidariedade para a efetiva reparação do dano, vale dizer, a reparação integral do lesado. Com isso, tem-se operado a flexibilização do nexos de causalidade, além da construção, em especial na área do direito ambiental, de mecanismos para a responsabilização do causador de danos ao meio ambiente,

mesmo que, diante da complexidade da situação, seja difícil a prova efetiva do nexo causal. Têm sido criados, pela doutrina e pela jurisprudência, mecanismos que realçam a figura da vítima e propiciam a esta a efetiva reparação do dano, em atendimento à solidariedade social e a função distributiva da responsabilidade civil. É o que se denomina *derecho de daños*. Em situações específicas, tem-se admitido a presunção de causalidade, isto é, a presunção de fato do nexo causal. Essa causalidade presumida é realizada mediante análises probabilísticas (probabilidades estatísticas e lógica). Como exemplo pode ser mencionado o caso, no direito norte-americano, de responsabilização do fornecedor pela cota de participação (*Market share liability*). Trata-se do uso de um medicamento que, após vários anos no mercado, se constata ser lesivo à saúde. Como se poderia saber qual o fabricante responsável entre várias empresas e qual delas deveria responder pelo dano? A solução seria uma ação proposta em face de todos os fabricantes, na impossibilidade de identificação de um único (teoria da responsabilidade por cota de mercado). Seriam, portanto, todos presumidos como causadores do dano. (DONNINI, 2009, p. 39-40).

Cruz (2005) segue a mesma tendência quanto ao novo olhar ao nexo causal em situações pontuais. Uma vez que tomando como base os princípios constitucionais não é mais possível exigir da vítima uma prova cabal e absoluta da relação de causalidade, devendo esta ser flexibilizada a depender da situação e peculiaridade do caso concreto.

A presença de probabilidades e estatísticas ao analisar o nexo de causalidade partirá da especificidade do caso concreto, se assegurando o contraditório e a ampla defesa, com produção probatória que torne possível a demonstração da conduta e da imputação da responsabilidade.

Nesse diapasão, afirma Lopez (2007, p. 34):

Sem dúvida, a formação do nexo causal e sua prova devem fazer parte da responsabilidade ‘in concreto’, ou seja, do exame caso a caso, com a prudência do juiz, porque a certeza absoluta raramente existe e a probabilidade para levar a fazer alguém responder por perdas e danos deve ser quase uma certeza. A verossimilhança talvez seja o conceito mais adequado ao caso. De outro lado, a diferença de postura no apreciar as provas vai depender nos casos com o fundamento na culpa e no risco. A situação é muito mais favorável à vítima no caso do risco da atividade, quando havendo o fato e dano há lugar para a indenização, e somente as excludentes legais poderão atuar sobre o nexo. Em suma, não podemos confundir a probabilidade, que é quase uma certeza, com o nexo causal que se forma a partir de estatísticas. Temos sempre que analisar o caso concreto. Não é científico julgar conforme estatísticas, além de injusto e arbitrário. Muitos fatores entram na avaliação da causalidade de

os dados estatísticos, conforme o caso, podem ser um deles, como na avaliação do tempo médio de vida do brasileiro (65 anos) para cálculo de indenização por homicídio, o que constitui uma exceção dentro do sistema da responsabilidade civil e, neste exemplo, a estatística não serviu ao nexos mas ao critério de liquidação do dano, para a qualificação do ‘ quantum debuatur’ a estatística pode colaborar no ‘ quantum debeatur’ nunca no ‘na debeatur’. Fundamentar os julgamentos em estatísticas para achar um culpado, a ‘qualquer preço’ é criar insegurança social e incentivar ‘a indústria das indenizações’, sem falar nas decisões injustas, o que é pior.

Assim, a presunção de causalidade e, a utilização de bases estatísticas e lógicas não basta em si, é necessário o olhar multidisciplinar para analisar caso a caso a especificidade da lesão causada.

Nos tópicos seguintes será possível verificar alguns casos práticos em que a aplicação diferenciada do nexos de causalidade ocorreu na jurisprudência brasileira.

3.3.1 Lote da pílula Microvlar

Em 2011 ocorreu o julgamento do caso da pílula Microvlar. O referido medicamento era um anticoncepcional comercializado no Brasil, ou seja, um método contraceptivo para se evitar a gravidez da consumidora.

Ocorre que, alguns lotes do referido medicamento, por defeito de fabricação, possuíam efeito placebo, e não servindo ao propósito final do produto, qual seja, evitar a gravidez. Assim, as mulheres que consumiram o lote defeituoso do anticoncepcional foram surpreendidas com uma gravidez indesejada.

Em breves comentários ao caso concreto apresentado é possível verificar que as variáveis probatórias para a vítima são inúmeras, dentre elas cita-se: comprovar que efetivamente tomou comprou e tomou o medicamento defeituoso, que a gravidez era indesejada, que o medicamento era placebo.

O ônus de provar todas as variáveis de maneira certa e direta, ou de maneira adequada, conduzia a uma injusta falta de possibilidade de indenização. Ora, como uma mulher poderia ser capaz de fazer testes probatórios e científicos para constatar que aquele medicamento era o lote placebo?

Diante do caso, em proteção as vítimas, promulgado o seguinte julgado:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ANTICONCEPCIONAL

MICROVLAR. PLACEBOS UTILIZADOS POR CONSUMIDORAS. ANÁLISE DO MATERIAL PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE. VALORAÇÃO DA PROVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. Acontecimento que se notabilizou como o ‘caso das pílulas de farinha’: cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. 2. A alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram as mãos das consumidoras não é suficiente para afastar o dever de indenizar do laboratório. O panorama fático evidencia que essa demonstração talvez não seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. 3. Além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível. 4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alea a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médicos de cultura do país. 5. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso o princípio da proteção ao consumidor. 6. A conclusão à presença dos requisitos indispensáveis à caracterização do dever de indenizar não exige a inversão do ônus da prova. Decorre apenas da contraposição dos dados existentes nos autos, especificamente sob a ótica da proteção ao consumidor e levando em consideração, sobretudo, a existência de elementos cuja prova se mostra impossível – ou ao menos inexigível – para ambas as partes. (REsp 1120746/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 24/02/2011).

É válido ressaltar que na data de publicação do referido julgado ainda estava vigente o Código de Processo Civil de 1973, entretanto o julgado se mostra no sentido de proteção à figura da vítima, acompanhando os preceitos constitucionais de solidariedade, prevenção, reparação integral da vítima e acima de tudo a dignidade da pessoa humana

da mulher, analisando o nexo de causalidade dentro de outra possibilidade, qual seja, invertendo o ônus probatório.

3.3.2 Tabaco e Fast food

Os danos causados pelo tabaco e pela ingestão exacerbada de comidas classificadas como “*fast food*” no Brasil recebe uma análise diferenciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os dois produtos citados já possuem julgados no sentido de responsabilização dos fornecedores, não pela composição prejudicial ao ser humano, mas sim pela falta de informação ao consumidor das características nocivas destes.

A assunção de risco pelo consumidor ao ingerir o produto que é notoriamente e publicamente divulgado como prejudicial à saúde. Dessa maneira, a comercialização do tabaco e do *fast food*, impõe uma divulgação das características prejudiciais ao ser humano.

É possível observar tal consequência com a lei estadual paulista nº 14.677/2011²⁵, onde está obrigada as redes de *fast food* a informar aos consumidores o valor nutricional dos alimentos comercializados.

É válido ressaltar que este posicionamento diz respeito ao direito pátrio, em sistemas divergentes, como o norte-americano, como aborda Tepedino (2006), a situação do tabaco foi abordada de maneira diversa, responsabilizando as empresas tabagistas por danos causados aos consumidores, resultando em uma *class action*.

O governo norte americano foi o polo ativo de demandas contra a indústria tabagista. Buscou o ressarcimento contra gastos previdenciários do tratamento prestado as doenças relacionadas ao tabaco, chegando a altos acordos.²⁶

²⁵ **Artigo 1º** - As redes de estabelecimentos que fornecem refeições no sistema de “fast food” ficam obrigadas a informar aos consumidores a quantidade de carboidratos, proteínas, gorduras e sódio, bem como o valor calórico contido nos alimentos comercializados. **Parágrafo único** - As informações de que trata o “caput” deverão estar impressas nas embalagens individuais, quando possível, ou em cardápios, cartazes, “folders” e tabelas afixadas com destaque em local visível nos locais de venda. **Artigo 2º** - Os estabelecimentos comerciais que não cumprirem a presente lei estarão sujeitos a multa no valor de 400 (quatrocentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs ou índice que a substitua, que será aplicada em dobro em caso de reincidência.

²⁶ *Tobacco Master Settlement – MAS* foi celebrado quando quarenta unidades federativas norte-americanas promoveram demandas em desfavor das sete maiores indústrias de tabaco do país. O acordo visava o ressarcimento de gastos públicos com doenças relacionadas ao tabaco. Dentre outras cláusulas, as indústrias concordaram em abandonar determinadas práticas de marketing, bem como pagar de forma perpétua aos Estados um valor anual ressarcitório, onde nos primeiros 25 anos seria a quantia de 206 bilhões de dólares sucedendo os demais anos seguintes em 10 bilhões de dólares anuais.

Entretanto, em relação às ações individuais, a indústria do tabaco não celebrava acordo e contestava as demandas sobre dois principais fundamentos: ausência de prova de nexo causal, uma vez que quase todas as patologias são multifatoriais; e o livre arbítrio.

Ocorre que pesquisa científica com o objeto de um consenso técnico universal, afirmam que 80 a 90% das doenças pulmonares são contraídas por indivíduos com o hábito de fumar. Diante da probabilidade científica apontada, o nexo de causalidade é irrefutável entre a conduta de fumar e o efeito com o desenvolvimento de doenças.

Entretanto, no Brasil, como citado acima, a situação do tabaco ficou restrita a divulgação ampla da nocividade do produto aos consumidores, conforme é possível se constatar na decisão do TJRS – Apelação Cível nº 70016845349 – Nona Câmara Cível – Desembargador Odone Anguiné – Dje 12/12/2007.

Como foi possível analisar os casos de Tabaco e fast food, no direito brasileiro, não resultaram em grandes avanços para teorias do nexo de causalidade. É por óbvio que, a discussão gerou um resultado prático interessante, do ponto de vista social, a ampla divulgação dos malefícios da consumação as pessoas, ademais relevante para pesquisa, porém para o tema de jurisprudência foram tímidas.

Entretanto é válido o destaque a título de informação e comparação, em especial no caso do Tabaco, para a abordagem diferente frente à responsabilização das empresas no direito norte-americano que, como visto na seção anterior, muito já avançou no direito estrangeiro.

3.3.3 Danos ambientais

Quando se trata de danos ambientais, a presunção de causalidade é mais aceita na jurisprudência brasileira, uma vez que os resultados danosos trazem relevância ao patrimônio coletivo, essencial à sobrevivência humana e das futuras gerações.

Ademais, a análise dos danos ambientais possui uma complexidade e um olhar multifatorial, uma vez que a ação danosa pode ocorrer e de manter no anonimato e por vezes ser originada de diversas fontes e comportamentos, assim, com uma difícil análise certa e determinada.

Sobre o tema Lemos afirma:

A prova do nexo causal no campo do meio ambiente tem sido facilitada de inúmeras maneiras, seja por presunção de causalidade, principalmente levando em conta que, como regra, estamos diante de uma atividade de risco, seja com a inversão

mais ampla do ônus da prova, uma vez verificada a multiplicidade de potenciais fontes degradadoras e a situação de fragilidade das vítimas. Também é possível utilizar a previsão de sistemas inovadores de causalidade, como o da responsabilidade civil alternativa ou baseada em ‘parcela de mercado’ (*Market share liability*).

Nesse sentido aponta os seguintes precedentes jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL. CRIME AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL COLETIVO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. FUNDAMENTAÇÃO: LEI Nº 9.605/98. TRANSPORTE DE CARVÃO COLETIVO SEM A DEVIDA LICENÇA DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. AUTO DE INFRAÇÃO. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A AÇÃO TIDA COMO DELITUOSA E O DANO AMBIENTAL QUE NÃO SE SUSTENTA. PROVA. RÉU. ÔNUS SUFICIENTE PROBATÓRIO ACERCA DA OCORRÊNCIA DO ILÍCITO. DANO PRESUMIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAES. REPLANTIO. BIS IN IDEM. AUSÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA À UNANIMIDADE. I - O Ministério Público é parte legítima para propor a ação civil pública na defesa dos interesses sociais e de direitos individuais disponíveis, tendo em vista a atribuição que lhe foi conferida pela própria Constituição Federal (caput, art. 127, da CF). II – Cinge-se a controvérsia recursal acerca da lesão ao meio ambiente cuja conduta consistiu em transportar 8,320 metros cúbicos de carvão vegetal, sem a devida autorização de transporte concedida pelo órgão competente. III – A sentença de piso julgou procedente a ação e condenou o réu a criar e implantar nova área florestal, localizada no município de Marabá, a ser indicada e fiscalizada pelo IBAMA, cuja superfície seja suficiente para o reflorestamento da área degradada, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa mensal fixada em R\$ 2.000,00, recolhida ao Fundo que cuida o art. 13 da Lei nº 7.347/85, bem como, pagar o valor de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais coletivos, devendo a quantia ser revertida para o Fundo que cuida o art. 13 da Lei nº 7.347/85. IV – Suficiência probatória acerca da ocorrência do ilícito. V – Os autos de infração, apreensão e depósito são provas suficientes, porquanto se tratam de documentos emitidos por agentes públicos fiscalizadores competentes, que possuem fé pública, presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, cabendo ao requerido a produção de prova em contrário, nos termos do art. 333, II, do CPC. VI – O dano ambiental é presumido pelo simples transporte do carvão vegetal sem autorização competente, com fulcro no art. 42m parágrafo único e art. 70 da Lei 9.505/98. VII - A responsabilidade objetiva pelos danos ao meio ambiente (art.

14, §1º da Lei Federal nº 6.938/81) pressupõe a lesão ambiental e o nexo de causalidade entre esta e a conduta do agente, assim, configurada a responsabilidade civil, não há como afastar a multa imposta pelo auto de infração. VIII – As multas dos autos de infração não se vinculam à indenização ou aos autos de infração propriamente ditos. IX – A fixação do montante indenizatório por danos morais deve adequar-se ao caso, de modo que as finalidades de reparar o dano ao meio ambiente e a sociedade e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas, observando-se também a condição econômica do causador dos danos, seu grau de culpa, e a repercussão do fato no meio ambiente e na sociedade. X – Com relação ao replantio, não há que se falar em bis in idem, porquanto, além de multa ambiental, a obrigação em reparar o meio ambiente decorre do disposto no art. 14, § 1º da Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente. XI - Recurso conhecido e improvido. Unânime. (TJPA – AC: 0007558-89.2011.8.14.0028. Belém, Relator: Des. NADJA NARA COBRA MEDA, Data de Julgamento: 26/07/2018, 2ª Turma de Direito Público, Data de Publicação: 27/07/2018).

Ainda no Tribunal de Justiça do Estado do Pará é possível analisar:

APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA. DANOS MORAIS AMBIENTAIS INDIVIDUAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. ELEMENTO NECESSÁRIO. DANO PRESUMIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DIMENSIONAMENTO DO DANO AMBIENTAL. PERÍCIA NECESSÁRIA. MATÉRIA PRECLUSA. AFERIÇÃO DO DANO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CONDENAÇÃO ADEQUADA. SENTENÇA MANTIDA. MODULAÇÃO DOS CONSECUTÓRIOS. TEMAS 810/STF E 905/STJ. 1. Trata-se de recursos de apelação, interpostos pelas respectivas partes adversas, contra sentença, que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais, proposta em face do Município de Primavera, declarou a ilegitimidade ativa para o pleito da obrigação de fazer; e condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais ambientais individuais na ordem de R\$ 6.500,00 acrescidos de juros e correção monetária; 2. Os apelantes apontam erro de julgamento na sentença, para a autora/apelante, a condenação se deu em medida inferior ao dano experimentado; enquanto que, para o réu/apelante, sequer se deu a demonstração do prejuízo, máxime do nexo de causalidade entre a conduta e o dano; 3. O prejuízo reclamado não se pode confundir com a natureza difusa/coletiva do dano ambiental propriamente dito. Isto porque advém do efeito ricochete da conduta omissiva de efeitos coletivos, que alcança a esfera privada, ensejando o dano sofrido individualmente pela autora. Incidente, portanto, o viés próprio da responsabilidade civil da Administração por omissão de serviço público. 4. Na espécie,

cuida-se de lixo coletivo exposto em via pública (lixão) na zona urbana do município de Primavera, cuja competência programática, executiva e de controle é municipal, consoante o exposto nos diplomas citados e, mais especificamente, na Lei Complementar nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que fez a competência municipal e proíbe, expressamente o lançamento de resíduos a céu aberto; 5. Considerando o teor da norma prevista no art. 225, caput e §3º, da CF, e art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, atinente à responsabilidade objetiva ambiental, bem como a aplicação, à espécie, do princípio da precaução, em conformidade³ com a relação de causalidade que é presumida com o objetivo precípuo de evitar a ocorrência do dano, é de se impor a inversão do ônus da prova, o que, na prática processual, impõe ao réu o ônus de demonstrar que sua omissão não era passível de impor danos ao meio ambiente, tampouco à autora. É a inteligência do art. 21 da Lei nº 7.347/85, que faz incidirem algumas regras do CDC no trato processual de matéria ambiental; 6. A aferição proporcional do grau do prejuízo reclama prova técnica, na medida em que somente o expert pode informar que tempo e distância de exposição ao lixo são capazes de impor o risco efetivo dano ao indivíduo, e em que medida isto se dá; 7. O juízo proferiu sentença sem que o réu houvesse carreado prova que desconstituísse o direito presumido da autora, e aferiu o quantum indenizatório à mingua de prova do dano, sem que nenhuma das partes houvesse se insurgido a respeito das provas, até então colhidas na instrução da lide. Logo, considerando a confirmação do dano à mingua de prova em contrário; bem como a imprescindibilidade da prova pericial para a medição do nível do prejuízo, ainda que os recorrentes sustentem a impropriedade da sentença, não há fundamento informativo capaz de contrapor a livre apreciação da prova pelo juízo, tampouco a cifra da condenação, que se deu nos limites do livre convencimento. Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer do reexame necessário e das apelações, às quais negar provimento, para manter a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido exordial e condenou o réu/apelante ao pagamento da indenização por danos morais, na ordem de R\$ 6.500,00. (TJPA – APL: 0062008-89.2015.8.14.0044. Belém, Relatora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO, Data de Julgamento: 25/11/2019, 1ª Turma de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2019).

É importante ressaltar que o nexos de causalidade presumido nos danos ambientais, além de carregar princípios constitucionais, em especial de solidariedade, também possui a relevância do patrimônio natural e sua essencialidade à sobrevivência humana das presentes e futuras gerações.

Nesse passo, é certo que a presunção de causalidade, assim como outras alternativas apresentadas na presente dissertação de mestrado, encontra pontos de semelhança na responsabilidade civil, bem como nos princípios formadores desta.

O princípio é mandamento nuclear de um sistema, servindo de critério para a sua compreensão e inteligência, vejamos, alguns dos princípios que dão supedâneo à alternativas de causalidade na responsabilidade civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos analisados ao longo da presente dissertação de mestrado, conclui-se que a importância da análise do nexo de causalidade, lido dentro das relações sociais da sociedade líquida, atende a dupla função do pressuposto, qual seja, imputação do dever de indenizar e limitação das verbas indenizatórias.

As teorias usuais utilizadas pela doutrina e jurisprudência brasileira quanto ao nexo de causalidade são: equivalência dos antecedentes causais, causalidade adequada e direta e imediata.

No que diz respeito a equivalência de antecedentes causais, esta é analisada e utilizada dentro do direito penal, o qual possui ferramentas para sua delimitação, motivo pelo qual permaneceu fora do objeto de pesquisa, uma vez que se buscou no trabalho o nexo de causalidade na responsabilidade civil, porém, pela sua relevância e importância foi brevemente citada.

Já no tocante das teorias da causalidade adequada e causa direta e imediata, foi possível concluir que apesar de serem as teorias mais aplicadas na jurisprudência brasileira, estas são utilizadas de maneira confusa, por vezes trocando os seus conceitos e, também, com fundamentações rasas.

Conquanto haja entendimento doutrinário no sentido de que a teoria dos danos diretos e imediatos tenha sido a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do disposto no artigo 403 do Código Civil, por meio de pequena análise jurisprudencial realizada na presente dissertação, foi possível demonstrar que as três teorias adotada usualmente pelo sistema têm sido aparentemente utilizadas pelos operadores do direito nas fundamentações de suas decisões de maneira controversa.

Foi apresentado na seção 2 exemplos de jurisprudências do STF, STJ e TJPA, nas quais é possível constatar a utilização das teorias, a troca dos conceitos e a pouca fundamentação na sua aplicação.

Assim sendo, não se pode tolerar que a vítima de um dano injusto resta sem ressarcimento, dados enunciados dos relevantíssimos princípios mencionados na seção 4, corolários da responsabilidade civil contemporânea, que acertadamente prestigia a ótica personalista do direito civil, de acordo com os valores da Constituição Federal de 1988, o que leva à admissão e, mais que isso, à necessidade da presunção da causalidade nas específicas situações examinadas no presente estudo.

Conclui-se, também, que a doutrina estrangeira apresentou avanços significativos quanto ao estudo do pressuposto, apresentando possibilidades da análise do nexo de causalidade baseadas em probabilidades, estudos estatísticos e interdisciplinaridade com outros saberes.

Acompanhando essa tendência internacional, pesquisadores no Brasil já apresentaram alternativas ao nexo de causalidade além das teorias usuais utilizadas pelas cortes, visando tutelar relações atuais da sociedade.

Nesse diapasão, corroborando as alternativas do nexo causal apresentadas na presente dissertação de mestrado, em especial a teoria da presunção de causalidade, os princípios constitucionais brasileiros dialogam e corroboram para uma melhor e mais completa tutela da vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERKANE, Hassen. *Du dommage causé par une personne indetermine dans un groupe determine des personnes*. *Revue Trimestrelle de Droit Civil, Paris, t. 56*, 1958.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1972

ARAÚJO. Alexandra Lopes de. DA SILVA, Diogo Severino Ramos. **Relativização do ônus da prova conforme o Código de Processo Civil 2015**. *Revista Derecho y Cambio Social*, nº 55, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEDONE, Igor Volpato. **Elementos da responsabilidade civil e presunção de causalidade**. *Revista brasileira de direito civil constitucional e relações de consumo*, Vol. 09. São Paulo: Editora Fiuza, jan/mar 2011, p. 117.

MORAES. Maria Celina Bodin. **Princípio da solidariedade**. In: **PEIXINHO, Manoel Messias. Aos princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 de set 2019.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de set 2019.

_____. **Código Civil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 set 2019.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezionidi diritto processuale civile*. Vol. II. Padova: CEDAM, 1933, p, 317.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. São Paulo: Renovar, 2005.

DE MASI, Domenico. **A sociedade pós industrial**. 3ª Ed. São Paulo: Senac, 2000.

DESCARTES. **Discurso do método**. São Paulo: 149lb, 1977.

DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). **Repercussões do novo CPC**. São Paulo: Jus Podium, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, vol. 07**. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONNI, Rogério Ferraz. **Prevenção dos danos e a extensão do princípio neminem laedere**. In: Rogério Ferraz Donni e Rosa Maria de Andrade Nery (org.) Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. Editora Revista dos Tribunais: 2009.

FACHIN, Luiz Edson. (coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

FARIAS, Cristiano. BRAGA NETTO, Felipe. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

KLAUTAU FILHO, Paulo. DIAS, Jean Carlos (coords.). **O devido processo legal**. São Paulo: Método, 2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Imputação sem nexos de causalidade e a responsabilidade por danos**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos. Imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

GARRIDO-CORDOBERA, Lidia M R. **La reparación de daños colectivos: daños con motivo de encuentros futbolísticos**. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 1988. p. 25-26.

GHERSI, Carlos Aleberto. **Teoría general de la reparación de daños**. 3 ed. Buenos Aires: Atea, 2003. P. 90-91.

GIFFORD, Donald G; PASICOLAN, Paolo. **Market share liability beyond DES Case: the solution to the causation dilemma in lead ligation?** Legal Studies Research Paper. University of Maryland, nº 10, p. 6, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil: o estado da arte no declínio do segundo milênio e albos de um novo tempo**. In: Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana – Coordenação Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2017.

LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. **Direito ambiental – responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos, a experiência brasileira do tabaco.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 22.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MATOS, Inês Lobinho. **A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do tribunal constitucional, mormente, em matéria de direito penal e direito processual penal.** In: Tratado luso brasileiro da dignidade humana. Coordenação Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional do dano moral.** In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Renato Duarte Franco de. **A causalidade alternativa e a responsabilidade civil dos múltiplos ofensores.** Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=17&Itemid=160&id=47A39906E644&lang=pt-br. Acesso em: 29 de jan. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORSELLO, Marcos Fábio. **O nexos causal e suas distintas teorias: apreciações críticas,** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 213, jan/jun. 2007.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva,* 1990, p. 56-57.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade por presunção de causalidade.** São Paulo: GZ, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NETO, Eugênio Fachin. **A relativização do nexos de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade.** Civilista, 5, n. 1, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações,** vol 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Problemas atuais da livre apreciação da prova.** In: Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de (org.) Prova Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos plano global, regional e local.** In: Tratado luso brasileiro da dignidade humana. Coordenação Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2009.

POSTACIOGLU, Ilhan *E. Faiis simulatanés et le probleme de la responsabilité collective*, cit. P. 438-443.

ROSENVOLD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa.** 15ª Ed. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – 3ª Ed. Rio de Janeiro. Atlas. 2011. P. 74-78

SARLET; Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TARUFFO, Michelle. **A prova.** Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. In: Soluções Práticas de direito: pareceres de novas fronteiras do direito civil.** São Paulo: ed. Revistas dos Tribunais, 2016, v. 1.

_____. **A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar.** Vol. 102, nº 384. Rio de Janeiro: Forense, mar/abr, 2006.