

5962p  
2005

Gisela Sampaio da Cruz

*Advogada. Mestre e doutoranda de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Integrante do Conselho Assessor da Revista Trimestral de Direito Civil. Professora dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas e do CEPED/UERJ.*

## O PROBLEMA DO NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife

2005



Associação Brasileira para  
a Proteção dos Direitos  
Editoriais e Autorais  
RESPEITE O AUTOR  
NÃO FAÇA CÓPIA

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SERGIO BERMUDEZ  
BIBLIOTECA

-4643-

CAPÍTULO II

TEORIAS SOBRE A RELAÇÃO  
DE CAUSALIDADE

**Sumário:** 1. Teoria generalizadora: Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais. 2. Teorias individualizadoras. 2.1. Teoria da Causa Próxima. 2.2. Teoria da Causa Eficiente e Teoria da Causa Preponderante. 2.3. Teoria da Causalidade Adequada. 2.4. Teoria do Escopo da Norma Jurídica Viola-da. 2.5. Teoria da Ação Humana. 2.6. Teoria do Dano Causal Direto e Imediato. 3. Causalidade e imputação objetiva. 4. Causalidade e jurisprudência: valoração das diversas teorias.

*"Find out the cause of this effect; / Or  
rather say, the cause of this defect, / For  
this effective defective comes by cause".*  
William Shakespeare<sup>58</sup>

<sup>58</sup> William Shakespeare (1564-1616), "Hamlet: prince of Denmark", ato II, in *William Shakespeare: the complete works*, New York: Gramercy Books, 1975, p. 1083. Em tradução livre: "Descubram a

As teorias sobre causalidade surgiram em meados do século XIX, no momento em que o pensamento naturalista estava a influenciar as correntes filosóficas, limitando a investigação à observação empírica<sup>59</sup>. No auge do naturalismo, para que se pudesse vincular a ação ao resultado danoso, nasceram, então, as primeiras teorias jurídicas acerca da relação de causalidade, que serão analisadas a seguir.

No presente estudo, a fim de tornar a exposição mais didática, as teorias foram dispostas em duas ordens: i) teoria generalizadora, a qual equipara as causas às condições<sup>60</sup>;

---

causa desse efeito; / Ou, ainda melhor, a causa do defeito, / Porque esse efeito defeituoso deriva de causa”.

59 As idéias filosóficas do naturalismo tiveram seu apogeu com Augusto Comte (1789-1857) e Stuart Mill, e muito influenciaram, especialmente, o Direito Penal. Sobre a influência do naturalismo na ciência jurídica, ensina Luís Greco, na introdução que fez ao traduzir a obra de Roxin: “O Naturalismo, que era perspectiva dominante dos fins do séc. XIX, ignorava a dimensão valorativa da ciência jurídica e de seus conceitos. Para esta postura, modelos de ciência são a Física, a Biologia, a Psicologia. Se o Direito quiser ser digno deste título — Ciência — deve constituir seus conceitos com base no método empírico e avaliado destas ciências da natureza (daí: naturalismo). Conceitos valorados são simplesmente científicos” (Claus Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, tradução e introdução de Luís Greco, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11).

60 Sobre a diferença entre causa e condição, veja-se o comentário de Fernando Noronha: “Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causas do dano são apenas aquelas condições consideradas efetivamente determinantes desse resultado” (*Direito das obrigações*, cit., p. 588). No mesmo sentido, conclui Judith Martins-Costa: “Desse modo, podem ocorrer condições que são mera ocasião e condições que constituem propriamente causa: é mera ocasião a condição que não quebra o equilíbrio da situação levando àquela vedada pelo Direito, mesmo que não possa ser eliminada mentalmente do infinito processo causal. É justamente essa qualifica-

e, ii) teorias individualizadoras, que destacam no conjunto de antecedentes as causas das condições<sup>61</sup>. A primeira abrange apenas a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais; enquanto a segunda engloba, entre outras, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria do Dano Direto e Imediato. Não se tem aqui qualquer pretensão de esgotar o tema, mas tão-só a de oferecer ao leitor uma visão geral e sistemática acerca das principais teorias<sup>62</sup>. Passa-se, pois, ao exame de cada uma delas.

### 1. Teoria generalizadora: Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais

A elaboração da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais — também denominada Teoria da Equivalência das Condições, Teoria Objetiva da Causalidade ou da *conditio sine qua non* (“condição sem a qual não”) — é atribuída ao penalista alemão Maximiliano von Buri, autor da obra “*Über kausalität und derem verantwortung*” (“A respeito da

---

ção de condição como ‘mera ocasião’ que corresponde à qualificação recebida pela condição inicial de processo causal no qual, após um fato primeiro indiferente ao resultado ocorrido, dá-se fato superveniente que por si só produz o evento danoso” (“Do inadimplemento das obrigações”, cit., p. 136).

61 Esta divisão acompanha a doutrina especializada, mas, conforme salienta Atilio Anibal Alterini, há inúmeros critérios que podem ser utilizados para agrupar tais teorias “y su número y matices no constituyen de modo alguno una circunstancia que facilite la consideración del tema” (*Responsabilidad civil: limites de la reparación civil*, 3. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 143).

62 A exposição não poderia mesmo ser completa, “pues han sido tantos los puntos de vista y las tesis que se han elaborado que es más que dificultoso pretender abarcar todo ello” (Rubén H. Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, cit., p. 35).

causalidade e da responsabilidade dela decorrente?), tese publicada pela primeira vez em 1860, sobre relação de causalidade no âmbito do Direito Penal. Há quem aponte o processualista austríaco Julius Glaser como seu criador<sup>63</sup>, mas ninguém discorda que foi com Von Buri que essa teoria ganhou notoriedade.

A origem dessa teoria remonta, consoante abalizada doutrina, aos estudos de John Stuart Mill<sup>64</sup>. Com efeito, em 1843, sob o título “*A system of logic*”, Stuart Mill já afirmava que “todas as condições eram igualmente indispensáveis para a produção do conseqüente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzirmos, de uma ou outra forma, todas elas”<sup>65</sup>, embora tenha sido Von Buri

63 Entre outros: Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal*: parte geral, 4. ed., tradução de José Luiz Manzares Samaniego, Granada: Editorial Comares, 1993, p. 348; Antônio Luís Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 47; Fernando A. N. Galvão, *Imputação objetiva*, 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 46. De fato, em 1858 — um pouco antes, portanto, de Von Buri — Glaser propôs uma fórmula para determinar o nexó causal que consistia na supressão mental das origens da soma dos acontecimentos. Assim, se com a supressão o resultado não se produzisse, era porque a causa tinha sido identificada.

64 Nesse sentido, vejam-se, entre outros: Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 1, tomo II, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 65, nota 4; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 315; Atilio Anibal Alterini, *Responsabilidad civil*: limites de la reparación civil, cit., p. 144; Rubén H. Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, cit., p. 36; Dora M. Gesualdi, *Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución. Relación de causalidad*, 2. ed., Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2000, p. 73; Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños*, cit., p. 334; Marco Capecchi, “Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie ‘fatto illecito’ a criterio di limitazione del risarcimento del danno”, cit., p. 57, nota 15.

65 Considerando a importância da obra, vale reproduzir o trecho de onde foi extraída a passagem acima transcrita: “Todas as condições

que, inspirado no filósofo inglês, a desenvolveu no campo do Direito.

Como magistrado do Tribunal Supremo do “*Reichsgericht*”, Von Buri conseguiu influenciar a jurisprudência alemã com sua fórmula de relação causal, a estabelecer que é causa toda condição da qual dependeu a produção do resultado, sem considerar sua maior ou menor proximidade ou importância, pois, para esse jurista alemão, todas as condições eram equivalentes. Tal equivalência decorria da assertiva de que todo efeito tem uma multiplicidade de condições causais e cada uma delas é necessária para a produção do resultado<sup>66</sup>.

eram igualmente indispensáveis para a produção do conseqüente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzirmos, de uma ou outra forma, todas elas. Um homem toma um remédio, sai de casa e apanha um resfriado. Dizemos, talvez, que a causa de ele pegar um resfriado foi o ter-se exposto ao ar. É claro, todavia, que o ter ele tomado um remédio deve ter sido uma condição necessária do fato de ter apanhado um resfriado; e, embora possa estar de acordo com o costume dizer que a causa de sua doença foi a exposição ao ar, para sermos precisos devemos dizer que a causa foi a exposição ao ar durante o efeito do remédio” (John Stuart Mill, “Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica”, in *Os pensadores*, tradução de João Marcos Coelho, 3. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 184).

66 Ao discorrer sobre a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, Wilson Melo da Silva traduziu, em nota de rodapé, pequeno trecho da primeira página da obra “*Über kausalität und derem verantwortung*” (“A respeito da causalidade e da responsabilidade dela decorrente”), de Von Buri, que retrata como tal teoria era concebida em sua origem, antes da reformulação de Von Liszt: “Deve ser considerada causa de um determinado fenômeno a totalidade das forças que, de qualquer maneira, participaram para a produção do mesmo. E isto porque a existência de tal fenômeno fica a depender, de tal modo, de cada uma dessas forças que, pela supressão de uma só delas (ou dessas condições), teríamos, como conseqüência, a supressão do próprio fenômeno.



Na Alemanha, a *Bedingungstheorie*, como é conhecida, sofreu acirrada crítica, sendo acoimada de paradoxal por Karl von Birkmeyer, entre outros. Mas foi Franz Von Liszt quem lhe deu novos contornos, empenhando-se na tentativa de dirimir suas principais contradições em seu "Tratado de direito penal alemão", em que admitiu a possibilidade de a cadeia causal ser rompida por outra série independente<sup>67</sup>.

De acordo com essa teoria, quando houver pluralidade

---

Por conseguinte, cada condição insuflaria vida à totalidade (ou massa), sem ela inerte, de todas as demais condições, tornando cada condição, pois, causal referente a todas as outras" (*Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 115, nota 14). Em sua análise, Von Buri "*consideró la indivisibilidad del resultado al negar que pudiera separarse una condición de los antecedentes para dotarla de la eficacia de causa única, ya que no es posible dar a esos antecedentes una porción ideal del resultado, como no es posible dividir el resultado*" (Rubén H. Compagnucci de Caso, "Responsabilidad civil y relación de causalidad", cit., p. 37).

67 Na concepção de Von Liszt, havia relação causal entre o "movimento corporal" e o resultado, quando este não tivesse lugar sem aquele, isto é, quando não se pudesse suprimir o movimento corporal sem que se deixasse de produzir o resultado ocorrido. A versão de Von Liszt admitia, ao contrário da versão original de Von Buri, a possibilidade de a cadeia causal ser quebrada por outra série independente: "*Si A hiere mortalmente a B, patrón de una lancha, pero éste se ahoga antes de que la herida haya producido la muerte, porque la lancha naufraga por un golpe de viento inesperado, entonces falta la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad de A y el resultado producido, y A solo puede ser condenado por tentativa de homicidio. Por el contrario, si la serie causal que parece nueva ha sido provocada por la primera manifestación de voluntad, entonces existe relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado producido. Cuando el marinero herido es colocado, precisamente a causa de la herida, en la imposibilidad de gobernar las velas, siendo ésta la causa de que se produjera el naufragio de la lancha, entonces A causó la muerte de B por ahogamiento*" (Franz Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, tomo II, tradução de Jiménez Asúa, Madrid: Reus, 1927, p. 293).

de causas, todas devem ser consideradas eficientes na produção do dano<sup>68</sup>. Tanto as causas quanto as condições assumem, indistintamente, funções de concausas, daí a denominação "Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais". Assim é que uma relação de causalidade só poderá existir entre uma concausa e sua conseqüência quando for possível afirmar que tal conseqüência não teria ocorrido, não fosse a atuação daquela causa, isto é, quando não se puder eliminar a causa sem prejuízo da conseqüência. Significa dizer, por outras palavras, que um fenômeno é condição de outro, quando o primeiro não puder ser suprimido mentalmente, sem que o resultado desapareça em sua forma particular<sup>69</sup>.

---

68 Adriano De Cupis, embora não a adote, explica muito bem a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, como se vê: "*Tutte le condizioni sono del pari necessarie ed essenziali per il verificarsi dell' effetto, e nessuna di esse può scindersi dalle altre senza mettere in questione l'effetto medesimo; questo non è divisibile tra le varie condizioni, e non può sostenersi che una data condizione abbia causato, ad es., 3/5 dell' effetto e un'altra 2/5; mancando una qualunque delle condizioni, sempre manca l'intero effetto. Le condizioni sono, quindi, equivalenti tra loro: tra esse il diritto ne sceglie una determinata, e la considera causa dell'effetto dannoso*" (*Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, v. 1, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1966, pp. 193-194). Em tradução livre: "Todas as condições são igualmente necessárias e essenciais para a verificação do efeito, e nenhuma delas se pode separar das outras sem que isso repercuta sobre o efeito em si; este não é divisível entre as várias condições, e não se pode sustentar que uma dada condição tenha causado, vale dizer, 3/5 do efeito e uma outra 2/5; faltando uma qualquer das condições sempre falta o efeito inteiro. As condições são, portanto, equivalentes entre si, e no direito não se elege uma determinada para considerá-la causa do efeito danoso". De Cupis, como se verá mais adiante, é defensor da Teoria da Regularidade Causal.

69 É o chamado "processo hipotético de eliminação", bastante difundido por Thyren. Na opinião desse autor, "nenhum efeito existe que, de uma maneira ou de outra, não se tenha deixado influenciar por todos

Cada condição origina, assim, a causalidade das outras, e o conjunto determina o evento *causa causae est causa causati*<sup>70</sup>. Como a existência deste depende de cada uma das condições, se hipoteticamente se suprimisse alguma (*conditio sine qua non*), o fenômeno mesmo desapareceria (*sublata causa tollitur effectus*). O fundamento dessa teoria, que entende como causa do dano o conjunto dos antecedentes que o condicionam, é resumido por Ignacio de Cuevillas Matozzi na seguinte passagem:

*"Todas las condiciones son igualmente necesarias y esenciales para la producción del efecto y ninguna de ellas puede separarse de las otras sin evitar el efecto mismo. Las condiciones son, por consiguiente, equivalentes entre sí, y entre ellas el derecho no elige una determinada para considerarla como causa del efecto dañoso, por esto, bastaría que la persona hubiese puesto una de las condiciones para responder por el daño producido"*<sup>71</sup>.

Em seu auge, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais chegou a influenciar estatutos penais de diversos países, inclusive o Código Penal brasileiro em vigor<sup>72</sup>,

seus antecedentes" (*apud* Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 122).

70 Segundo Rodríguez Devesa, o aforisma que pregava que quem era causa da causa o era do mal causado já se encontra utilizado em "Baldus de Ubaldis, *Concilia*, I, Cons. 52, núm. 1" (*Derecho penal español*, 10. ed., Madrid: Dykinson, 1987, p. 372, nota 10).

71 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 82.

72 Nesse sentido: Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 111; Juarez Tavares, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 30; Nelson Hun-

não obstante, quanto ao tema da superveniência de causa relativamente independente, a legislação brasileira tenha acolhido a concepção de condição qualificada<sup>73</sup>. Mas aos

gria, *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 48. Aliás, não só o Código Penal brasileiro em vigor, como se vê: "No Direito Penal brasileiro, o Código Penal de 1940, a exemplo do Código Penal italiano, formulou, no art. 11, disposição sobre a imputação física do crime, como o denominou, e justificou a expressa adoção da teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*, para evitar elucubrações na doutrina. Assim, no art. 11 estabeleceu a relação de causalidade na *conditio sine qua non*, como constava da Exposição de Motivos. O Código Penal de 1969, de efêmera vigência, embora a comissão revisora tivesse suprimido as normas referentes à relação de causalidade, em razão do que denominou deficiências técnicas, principalmente quanto à causalidade na omissão, manteve o art. 11 do anterior, com a mesma redação, agora no art. 13, acrescentando o parágrafo único sobre superveniência de causa relativamente independente. A inclusão se fez necessária pelos debates que ocorreram na doutrina sobre a exclusão da causa superveniente, um dos problemas da teoria da equivalência. O Código Penal vigente (Lei nº 7.209/84), que modificou a parte geral, pretendeu inovar, excluindo a definição de causa, por serem discrepantes as teorias sobre o assunto. Destacou a ação ou a omissão como formas básicas do comportamento humano. A redação do art. 13 considerou a questão do resultado, e quanto à superveniência, foi introduzida, como já havia feito o Código de 1969, a palavra *relativamente*, para dirimir as dúvidas da doutrina e da jurisprudência. A equivalência das condições ou *conditio sine qua non* continuou sendo o fundamento da relação de causalidade" (Antônio Luís Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., pp. 48-49).

73 Ao criticar a sistemática adotada pelo Código Penal brasileiro em matéria de causalidade, explica Paulo José da Costa Júnior que "a cabeça do art. 13 restou como um corpo estranho na sistemática do estatuto atual. Isto porque aceitou a causalidade adequada no § 1º desse artigo e no art. 29, abraçando a c.s.q.n. [*conditio sine qua non*] no art. 13, *caput*. Isto sem falar na incoerência, já apontada, de o mesmo dispositivo adotar duas teorias diametralmente opostas: a c.s.q.n. [*conditio sine qua non*] e a condição qualificada" (*Nexo causal*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 101). Note-se que, nem no Direito Penal,

poucos foi perdendo prestígio entre os penalistas alemães até quando, fora das fronteiras da Alemanha, seu país de origem, acabou sendo acolhida por ilustres civilistas<sup>74</sup>.

Mesmo no âmbito do Direito Civil, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais foi considerada por demais ampla quanto aos seus efeitos, pelo que críticas não lhe faltaram. Nesse sentido, observa Wilson Melo da Silva que a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, "pela nenhuma restrição à ampla regra do estabelecimento da relação de causa e efeito entre condições necessariamente dependentes umas das outras, embora lógica, pode conduzir a resultados aberrantes dentro do direito"<sup>75</sup>.

---

campo em que a culpa funciona relativamente bem como corretivo para restringir regressões infinitas a causas anteriores, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais tem aplicação plena.

74 De início, emprestaram adesão a essa teoria: Jaime Augusto Cardoso de Gouveia, em Portugal; Mazeaud e Mazeaud, Lalou, Demogue, Marteau, Planiol-Ripert, na França; Henri de Page, na Bélgica (cf. Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 117). Sobre a influência que os civilistas italianos sofreram da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, v. Marco Capecchi, "Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno", cit., p. 55, nota 10, em que o autor cita também decisões recentes de tribunais italianos que aplicaram a referida teoria no âmbito do Direito Civil.

75 Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 116. Os efeitos práticos dessa teoria, conforme salienta Atilio Anibal Alterini, nem sempre são satisfatórios: "*La traslación de la teoría a lo empírico conduce a soluciones inaceptables. Así, por ejemplo, responderá de homicidio quien infirió a una persona una lesión que determinó que debiera ser llevada al hospital donde murió víctima de un incendio; o el que convivió íntimamente con una mujer tuberculosa y así apresuró su fin; o quien prestó dinero a un amigo para hacer un viaje que le cuesta la vida; o respondería por lesiones quien hubiese conservado alimento descompuerto que daña la salud a quien lo ingiere sin su intervención; o por incendio quien dejó el combustible a la mano del incendiario; o por*

Com efeito, nos termos da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, a ocorrência de qualquer outra circunstância não é relevante para o efeito de excluir o nexo causal. Assim, responderia por homicídio culposo o sujeito que, ao ferir levemente com uma pedra certo transeunte, acaba matando-o, em razão de sua condição de hemofílico, desconhecida pelo agressor. Diante disso, até os autores que, como Demogue, a consideravam a única teoria cientificamente exata<sup>76</sup>, acusam-na de transformar a série causal em uma cadeia sem fim, por meio dos mais pitorescos exemplos. Ao afirmar que o nascimento de uma pessoa não pode, em absoluto, servir de causa do acidente de que ela própria foi vítima, o referido autor deixa entrever o ponto fraco da teoria<sup>77</sup>.

---

*estafa el tercero que, inocentemente, puso las condiciones exteriores aprovechadas por el delincuente para engañar a la víctima; etc.*" (*Responsabilidad civil: limites de la reparación civil*, cit., p. 144).

76 Nas palavras de Demogue: "*Si nous cherchons à conclure de cet examen des théories de la causalité, nous dirons tout d'abord que le système de l'équivalence des conditions nous paraît scientifiquement le seul exact, les autres ont le défaut commun d'être très imprécis*" (René Demogue, *Traité des obligations en général*: sources des obligations, v. 1, tomo IV, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1924, pp. 16-17). Em tradução livre: "Se nós refletirmos na conclusão deste exame das teorias da causalidade, nós diremos primeiramente que o sistema da equivalência das condições nos parece cientificamente o único exato, os outros têm o defeito comum de serem muito imprecisos". Apesar dessa afirmação, a teoria adotada por Demogue não é a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, pois, a seu ver, a vítima "*doit prouver le lien de nécessité entre le fait et sa prétendue conséquence*" (ob. cit., p. 18). Em tradução livre: a vítima "deve provar o nexo causal necessário entre o fato e as pretendidas conseqüências". Nesta assertiva, Demogue, ainda que não o diga expressamente, parece concordar com a Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato, explicada pela escola da necessidade da causa, que será estudada no final do presente capítulo.

77 Afirma Demogue: "*Si en pure philosophie, cette idée peut être sou-*

Na opinião de Cunha Gonçalves, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais é falsa, porque nem todas as condições do delito ou prejuízo são equivalentes. Assim como no Direito Penal é preciso diferenciar o autor do co-autor e do cúmplice, forçoso é distinguir, na responsabilidade civil, os fatores principais e imediatos do prejuízo dos fatores secundários. Segundo o mencionado autor, quando, por exemplo, um indivíduo é empurrado e cai sobre um muro protegido com cacos de vidro, pelos quais fica gravemente ferido, "não pode dizer-se que o dono do muro foi causa do prejuízo e que o caso fortuito de haver aqueles vidros é equivalente ao empurrão"<sup>78</sup>.

Nelson Hungria, por sua vez, afirma que, de acordo

*tenue, au point de vue pratique, il n'en est pas ainsi. Le lien entre certains antécédents: les antécédents négatifs dans certains cas et les antécédents irrelevants notamment, devient si faible qu'il est préférable de le négliger juridiquement. On ne peut considérer comme cause que les actes qui sont les causes du fait lui-même et non ceux qui ont contribué à ses antécédents. Ainsi la naissance d'une personne n'est pas la cause de l'accident dont elle est victime. Il n'y a pas non plus à tenir compte des causes qui n'influent que sur la modalité du fait. Le pharmacien qui vend un poison à une personne déterminée à se tuer n'est pas la cause de sa mort" (ob. cit., p. 12). Em tradução livre: "Se em pura filosofia, esta idéia pode ser sustentada, do ponto de vista prático não é assim. O nexos entre certos antecedentes: os antecedentes negativos em certos casos e os antecedentes irrelevantes, notadamente, tornam-se tão fracos que é preferível os negligenciar juridicamente. Não se pode considerar causa os atos que são as causas do próprio fato e não aqueles que contribuíram com seus antecedentes. Assim o nascimento de uma pessoa não é a causa do acidente do qual ela é vítima. Não se tem mais que ter em conta os casos que influenciam somente a modalidade do fato. O farmacêutico que vende um veneno a uma pessoa determinada que se mata não é a causa de sua morte".*

<sup>78</sup> Luiz Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, v. 12, Coimbra: Coimbra Editora, 1937, p. 440.

com esta teoria, o fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou responderia pelo evento danoso. E, em nota de rodapé, evoca curiosa passagem de Binding, em que este assinala com fina ironia que, a se acolher a Teoria da Equivalência das Condições em toda a sua extensão, talvez se tivesse de responsabilizar também, como partícipe do adúltero, o próprio marceneiro que fabricou o leito onde se deitou o casal amoroso<sup>79</sup>.

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais mereceu, portanto, as críticas da doutrina, em razão de seus transbordamentos inevitáveis, ensejando regressões infinitas a causas anteriores, que quase sempre levam a decisões injustas. E conforme advertiu Wilson Melo da Silva: "quanto mais se procura remontar à causa primeira do evento, mas se aprofundaria, em verdadeira progressão geométrica, na infinita série de antecedentes causais"<sup>80</sup>.

Com o rigorismo desta teoria, o juiz sequer consegue apreciar bem os fatos, quanto mais introduzir certos abran-

<sup>79</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 66.

<sup>80</sup> Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 122. Isto porque, conforme explica Antônio Luís Chaves Camargo, a causa de um resultado "(...) é precedida de outras que, numa cadeia causal, se sucedem nos fenômenos da natureza, numa série infinita de ações. Desta forma, mesmo uma ação permitida poderia dar lugar a uma conduta proibida tipicamente. Podemos citar como exemplo a entrega de substância entorpecente a terceiro, não autorizada, quando o autor a possuía de forma legal, porque adquirira com receituário, por indicação médica. No caso, embora justa a primeira relação causal, esta determinava um injusto, na sua sucessão. (...) A objeção foi corrigida com a afirmativa da teoria da proibição de regresso, proposta por Frank, segundo a qual somente deveriam ser levado em conta fatores concretos para a determinação do resultado. A base de seleção dos critérios para o estabelecimento dessas restrições não foi claramente informada pelos defensores da teoria da equivalência" (*Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., p. 54).

damentos na série causal<sup>81</sup>. Assim, apesar de algumas vantagens (grande simplicidade de aplicação, maiores probabilidades de reparação das vítimas, intenso efeito preventivo na obstrução de danos<sup>82</sup>), esta teoria conduz a exageros

81 A Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais não resolve, por exemplo, o problema da "causalidad doble" que ocorre quando duas ou mais causas concorrem para o resultado, sendo cada qual suficiente, por si só, para sua produção. Observe-se o seguinte exemplo: A e B, sem que um saiba da conduta do outro, ministram veneno a C, com o intuito de matá-lo. Cada uma das doses é suficiente, por si só, para produzir o evento "morte". De acordo com o processo de eliminação hipotética, nenhuma das condutas poderá ser considerada causa do resultado. Isto porque, suprimida a conduta de A, ainda assim o resultado ocorreria, já que a dose ministrada por B era suficiente para matar a vítima C; por outro lado, eliminada a conduta de B, do mesmo modo o resultado teria ocorrido, pois a dose aplicada por A também era suficiente, por si só, para a produção do evento. Por incrível que pareça, pelo critério da eliminação hipotética, nenhuma das duas condutas poderia, em tese, ser considerada causa do resultado (cf. Hans-Joachim Rudolph, "Causalidad e imputación objetiva", in *Colección de Estudios*, nº 13, tradução de Claudia López Díaz, Bogotá-Colômbia: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, pp. 1-71, 1998, p.16). Como bem sintetiza Luis Díez-Picazo, a fórmula da equivalência das condições peca não só por excesso, mas também por defeito, "ya que no comprende dentro del nexo de causalidad ciertos daños que sería injusto no poner a cargo del autor de un hecho, como ocurre en la hipótesis que ha sido denominada de causalidad acumulativa" (*Derecho de daños*, cit., p. 335).

82 Ao discutir sobre nexo de causalidade, Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, embora seja partidário da Teoria da Causalidade Adequada, salienta que, apesar das críticas, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais tem aspectos válidos: "Em primeiro lugar, qualquer que seja o sentido a dar ao nexo de causalidade, a causa tem de ser tal que o efeito não se teria produzido se ela não ocorresse: quer dizer é necessário, embora não suficiente, que o facto danoso constitua *conditio sine qua non* do prejuízo. No plano prático, isto significa que o agente não responderá por certo dano quando possa provar que, em face das circunstâncias concretas, ele se daria houvesse ou não o facto

inaceitáveis e a soluções injustas<sup>83</sup>. Isidoro H. Goldenberg aponta as seguintes objeções à vigência irrestrita da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais:

"a) *El deber de resarcir, por la mecánica propia de la tesis, no podría atenuarse en forma alguna. La existencia de culpa concurrente de la víctima resultaría, de este modo, irrelevante.*

b) *Quedaría de hecho eliminada la noción de 'concausa'. La misma es considerada — desde esta posición — como causa en sentido jurídico. El vínculo subsistiría entonces aunque para la creación del efecto hubiesen concurrido otros motivos, de aparición simultánea o sucesiva. Por ello, una acción es causal, aunque haya producido el resultado solamente en razón de la especial constitución corporal o anímica del ofendido (por ejem-*

danoso. Em segundo lugar, esta teoria chama a atenção para a responsabilidade do homem quando desencadeia forças naturais, que determinam prejuízos muito superiores aos que a acção humana, por si só, poderia produzir" (*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 390).

83 Outro problema que também é apontado na Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, especialmente pelos penalistas, é o que diz respeito à interrupção de cursos causais salvadores. São exemplos clássicos: o caso do agente que impede que um bote se dirija a uma outra pessoa que está se afogando e o do agente que destrói o único medicamento que poderia salvar a vida de uma pessoa. A dificuldade está em, com a Teoria da Equivalência das Condições, fundamentar a causalidade de atuação, tendo em vista que não houve uma força atuante no sentido das vítimas. É que, no fundo, as causas específicas da morte foram a água e a enfermidade. Mas a doutrina, com razão, reconhece o crime consumado, "desde que a não-interrupção do curso causal salvador, numa probabilidade quase segura, pudesse impedir o resultado" (Antônio Luís Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., p. 53).



plo, de un hemofílico) o a consecuencia de su propia imprudencia (falta de cuidado de la herida) o de resultar de la interposición de un tercero (negligencia del médico).

c) *Se cargan en la cuenta del autor, cualquiera que haya sido su intervención, todas las consecuencias, aún las más remotas y distantes, aunque propiamente ellas no deriven del accionar del sujeto, pues no se admite interrupción alguna del nexo causal*<sup>84</sup>.

A grande oposição que se faz à Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, todavia, diz respeito ao seu excessivo apego à causalidade natural<sup>85</sup>. Com efeito, ao lado da causalidade natural (física e psíquica), há que se levar em conta os limites objetivos traçados pelo sistema jurídico, sob pena de se chegar a resultados contraditórios. Do contrário, o nexo causal estaria afastado na responsabilidade

84 Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., pp. 17-18.

85 Nesse sentido, observa Inocêncio Galvão Telles: "Sem dúvida, como resulta das considerações atrás produzidas, torna-se necessário evitar as seqüências absurdas e chocantes a que levaria a adoção, em matéria de responsabilidade, do puro conceito naturalístico de causalidade. Mas esse objetivo não se alcança pelo simples jogo do requisito da culpa, conforme julgamos acabar de demonstrar. Há que operar no próprio terreno da causalidade. Está desaconselhado fazer a mera importação do conceito naturalista de causa na órbita do Direito. A cada passo este utiliza noções trazidas de outros ramos de saber, mas não raro submete-as a uma relaboração ao introduzi-las nos seus quadros. Adapta-se ou amolda-os aos seus fins próprios. É o que sucede designadamente com a idéia de causalidade" (*Direito das obrigações*, cit., p. 318). Com efeito, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais apresenta "uma latitude incomensurável, quando leva em conta os efeitos naturalísticos do fato ilícito" (Antônio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, cit., p. 334).

de civil por omissão, pois não impedir um fato danoso que se tem o dever jurídico de evitar, sob o prisma naturalístico, jamais equivaleria a produzi-lo.

A doutrina tentou adaptar os postulados dessa teoria aos ditames da justiça, limitando seu sentido e alcance, por meio de certas distinções conceituais, classificando as concausas em juridicamente relevantes e irrelevantes, ou as condições em positivas, negativas e indiferentes. Assim, seriam excluídas da cadeia causal, não sendo levadas em conta na apreciação dos antecedentes, as causas juridicamente irrelevantes e as condições negativas e indiferentes. Na prática, contudo, o problema persistiu, pois em determinadas situações é muito difícil verificar quais das concausas são juridicamente irrelevantes<sup>86</sup>.

86 Várias teses corretoras surgiram para retocar a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais. A própria versão de Von Liszt, conforme já se explicou (v. nota 67), representa certa evolução em relação ao modelo original de Von Buri. Sobre as teses corretoras de Thyrén, Träger e Frank, comenta Atilio Anibal Alterini: "*Otro retoque vino de la mano de Thyrén. Este autor escandinavo distinguió condiciones decisivas y no decisivas, y asimismo condiciones positivas, negativas e indiferentes; así si alguien quiere apuñalar a otra persona por la espalda y un tercero desvía el golpe de manera que sólo lo rasguña, la acción de este tercero — aun siendo condición del rasguño — es jurídicamente una condición negativa. Träger, por su parte, admitió que desde el miraje jurídico ciertas condiciones no son relevantes, aunque deban considerarse tales en lo referente al resultado material: en ejemplo suyo, es irrelevante que en el incendio de una casa alguien acerque un montón de paja. Debe, también, computarse el importante ajuste de Frank. Se trata de la 'prohibición de regreso' ('Regressverbot'), que impide retroceder en la cadena causal cuando interfiere en ella la acción dolosa de un tercero. Como, en ejemplo del mismo autor, cuando el cazador deja su escopeta cargada en una taberna en que varios disputan, no es responsable si alguno de los partícipes en la controversia usa el arma para matar dolosamente a uno de los contrincantes. Ello no obstante, la conducta culpable de un tercero, o de la misma víctima, no alteraría la imputa-*

A fim de restringir o conceito de causa, parte da doutrina tentou ainda inserir na versão original da teoria outro fator corretivo no processo causal: a culpabilidade do agente<sup>87</sup>. Com esta variante, limitou-se a propagação indefinida da série causal, suprimindo suas conseqüências mais injustas, "pero a costa de desvirtuar la construcción teórica elaborada, al superponer y confundir dos cuestiones de naturaleza muy diferente"<sup>88</sup>. É que, conforme esclarece Cunha Gonçalves, "na investigação da culpa pretende-se saber se houve, ou não, responsabilidade moral do agente. Na investigação do nexo de causalidade procura-se, apenas, determinar se o dano foi efeito de certo facto"<sup>89</sup>. Além disso, a culpabilidade do agente é corretivo totalmente inoperante nos casos de responsabilidade objetiva, que independem de culpa<sup>90</sup>.

---

*ción de la consecuencia final al autor del hecho originario en la cadena de circunstancias desencadenantes" (Responsabilidad civil: límites de la reparación civil, cit., pp. 145-146).*

87 Pietro Trimarchi, ao examinar a referida teoria, afirma que para Von Buri: "(...) non è sufficiente avere oggettivamente causato l'evento; è necessario anche che la volontà colpevole dell'agente pervada tutto lo svolgimento causale che ha condotto all'evento dannoso: parallelo al nesso di causalità naturale deve ocorrer um nesso di volontà" (*Causalità e danno*, Milano: Giuffrè Editore, 1967, p. 26). Em tradução livre: "(...) não é suficiente ter objetivamente causado o evento; é necessário ainda que a vontade culpável do agente permeie todo o desenvolvimento causal que tenha conduzido ao evento danoso: paralelo ao nexo de causalidade natural deve ocorrer um nexo de vontade".

88 Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 18. Sobre as falhas do subterfúgio ou paliativo da culpa, v. também: João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, cit., p. 885.

89 Luiz Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, cit., p. 440.

90 É o que adverte Atilio Anibal Alterini: "Otro estadio de evolución doctrinaria de esta línea de ideas está constituido por el intento de

Na opinião de Julio Alberto Díaz, é fundamental distinguir quando o resultado é atribuível à atuação voluntária de um sujeito e quando deve esse sujeito responder juridicamente pelo resultado<sup>91</sup>. O primeiro aspecto, segundo o referido autor, é mais vinculado ao campo da alteração do mundo exterior, do plano físico onde o homem cria, na realidade circundante, situações novas; em outras palavras, provoca resultados. O segundo aspecto, atreve-se a dizer: "(...) é quase uma questão de política legislativa: até onde o direito quer que os homens respondam pelos seus atos"<sup>92</sup>. Não se trata, pois, de relação "causa e efeito" no sentido das ciências naturais, mas de se saber se uma determinada conduta deve ser reconhecida como fundamento jurídico suficiente para a imputação de conseqüências jurídicas.

Em passagem elucidativa, afirma Serpa Lopes que não se deve confundir a relação de causalidade, que importa a determinação de elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do sujeito atentatório dos direitos de terceiros, com a imputabilidade que diz respei-

---

*corregir la imputación del efecto en función de la culpabilidad: al formular el juicio de reproche se toma en cuenta la culpabilidad de los actos que importaron condiciones del resultado final. Aquí se tropieza, por lo menos, con dos serios escollos: (...) el correctivo de la culpabilidad sería inoperante cuando la responsabilidad asentara sobre la mera ilicitud objetiva, sobre la idea de responsabilidad objetiva" (Responsabilidad civil: límites de la reparación civil, cit., pp. 146-147). E também Rubén H. Compagnucci de Caso: "No vemos la posibilidad de su empleo dentro del derecho civil. La adecuación con el elemento culpabilidad no basta, ya que en el derecho civil aparecen algunos supuestos de responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva), donde siempre debe existir una relación de causalidad para que nazca la responsabilidad" ("Responsabilidad civil y relación de causalidad", cit., p. 38).*

91 Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 56.

92 Julio Alberto Díaz, ob. cit., p. 57.

to a um elemento subjetivo, interno<sup>93</sup>. A primeira trata de *imputatio facti*; a segunda, de *imputatio juris*. Ora, como adverte Luís Greco, “ao decidir-se se um determinado fator é ou não causa, não se está dizendo ainda nada a respeito de sua relevância para o Direito: o problema da teoria da equivalência é igualar, erradamente, nexo causal e nexos de responsabilidade”<sup>94</sup>.

Das reiteradas tentativas de evitar os exageros da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais acabou por derivar a distinção entre as diversas concausas. Isto é, já não mais se reconhece como causa toda *conditio sine qua non* do dano, senão apenas uma determinada, a ser individualizada conforme o critério particular que se adote<sup>95</sup>.

93 Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, cit., p. 219.

94 A observação de Luís Greco encontra-se na introdução à obra de Claus Roxin (*Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, cit., p. 28).

95 Nada obstante, parece ser esta a teoria defendida por Maria Helena Diniz, como se vê: “O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se nexos causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. (...) Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência” (*Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 7, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 77). Muitos autores adotam sem saber o que esta teoria realmente significa. Veja-se, a título de exemplo, a explicação de Carlos Alberto Bittar, que confunde a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais com a Teoria do Nexos Causal Direto e Imediato: “Deve, por fim, haver vínculo causal (nexos causal) entre a ação e o evento, de sorte a poder-se concluir que o dano proveio do fato do agente. Por outras palavras, cumpre seja esta causa do prejuízo: que exista uma relação, certa e direta, entre o fato desencadeador e o resultado danoso, dentro da teoria denominada ‘equivalência das condições’. Afastam-se, para o agente, as condições que não sejam há-

## 2. Teorias individualizadoras

### 2.1. Teoria da Causa Próxima

A Teoria da Causa Próxima foi desenvolvida pelo filósofo inglês Francis Bacon<sup>96</sup>, no século XVI, em conhecida passagem das *Maxims of law*, na qual sustentava que seria para o Direito uma tarefa infinita analisar a causa das causas e as influências de umas sobre as outras, em uma concatenação interminável.

De acordo com essa teoria, bastaria considerar a causa imediata (*proximate cause*), analisando as ações segundo esta última e sem necessidade de se remontar à causa de grau superior mais distante (*too remote*). Revive-se o velho aforismo baconiano: *in iure non remota sed proxima causa spectatur*. Assim é que, no complexo dos antecedentes do dano, importaria tão-só aquela condição que aparecesse em último lugar na série, vale dizer, a causa derradeira<sup>97</sup>.

beis à produção do resultado; vale dizer, as consequências que não tenham vinculação com sua ação, ou as que derivem da interferência de causas estranhas (como, por exemplo, a ação da natureza, ou da própria vítima, ou de terceiro estranho, que evitem, desviem ou obstem os resultados da do agente)” (*Responsabilidade civil: teoria e prática*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 13).

96 Rubén H. Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, cit., p. 39.

97 Isto porque, segundo esta teoria, é a última condição que dá a todas as outras a força causal: “Entre outras tentativas, figura a teoria que, para tal, escolheu a última condição, o que não deixa de ser lógico: se o efeito resulta do conjunto das condições necessárias, estas só têm força causal quando estiverem reunidas, e isso se sucede quando às outras se juntar a última condição. Seria esta que daria a todas a força causal. É a teoria da última condição ou da causa próxima” (Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., p. 391).



Embora sua maior aceitação tenha sido na Inglaterra<sup>98</sup>, essa teoria influenciou, em certa medida, o Direito francês e o italiano, bem como o brasileiro, que limitaram a indenização devida aos danos que fossem consequência “direta e imediata” da inexecução, restringindo, dessa forma, os danos ressarcíveis<sup>99</sup>.

98 Na lição de Atilio Aníbal Alterini: *“Recebida por el derecho anglosajón fue luego desechada. En el inglés sobre todo desde la morigeración del caso ‘Rigby c/ Hewitt’ (año 1850), en que se exigió la existencia de una relación directa entre el hecho y el daño para que éste fuera imputable al autor; en el norteamericano también ha sido abandonada”* (Responsabilidad civil: límites de la reparación civil, cit., p. 148). E, em nota de rodapé, continua este autor: *“Ello no obstante se mantiene la denominación (‘proximate cause’); la causa próxima es definida por los Tribunales como aquella que produce el daño, que sin ella no habría ocurrido, en un encadenamiento continuo y natural, no quebrado por otra concausa eficiente. Pero sólo se imputan a la responsabilidad del autor los daños que debió razonablemente prever, con lo cual el sistema se enrola en el tipo de causalidad adecuada; como en el caso ‘Palsgraf c/ Long Island Railroad’ (248 N. Y. 339), en que un guarda de subterráneo de la empresa demandada dio un fuerte empujón a un pasajero hacia la plataforma de un tren en movimiento, provocando la caída de un pequeño paquete de las manos de aquél. El paquete contenía elementos pirotécnicos, y se produjo una explosión que hirió al actor, que se encontraba a unos 25 pies de distancia. La Corte estimó que el guarda no tenía razón para prever que, a causa del imprudente empujón aplicado al pasajero, se irrogaría algún riesgo sustancial al actor ubicado a 25 pies de la plataforma, y rechazó la acción. La imputación del daño exige que el damnificado esté en la ‘previsible órbita de peligro’”* (ob. cit., p. 148, nota 229).

99 Não se está aqui a afirmar que a teoria adotada por esses países é a da causa próxima, mas apenas que desta sofreram influência. Segundo Ignacio de Cuevillas Matozzi, na Itália e na França os danos ressarcíveis foram restringidos àqueles que se reconhecem da causa próxima da inexecução, excluindo-se os que se acham com esta em uma relação mais remota (*La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 86). No mesmo sentido: Alfredo Orgaz, *El daño resarcible*, 2. ed., Buenos Aires: Omeba, 1960, pp. 66-67. A nosso ver, a

Não obstante sua aparente coerência, a Teoria da Causa Próxima também sofreu críticas da doutrina. É que muitas vezes a carga de nocividade efetiva não está no último fator atuante, senão em outro que o precede<sup>100</sup>. Em determinadas situações, não é fácil estabelecer qual é a causa imediata de um dano, pois nem sempre a última condição é a verdadeira causadora do dano, às vezes é uma anterior. Conforme preceitua Ignacio de Cuevillas Matozzi:

*“Así pues, el concepto de inmediatez tiene que poseer un sentido lógico, y no meramente cronológico, por lo cual la imputación que preconiza la teoría que examinamos puede conducirnos a soluciones injustas, por lo que ha sido ya rechazada por la doctrina en general”*<sup>101</sup>.

Teoria da Causa Próxima não foi adotada nem na França, nem na Itália, tampouco é adotada no Brasil, mas esta teoria serviu para fundamentar a distinção entre dano direto e indireto, consagrada nesses países, conforme explica Pessoa Jorge: *“(...) foi esta uma das doutrinas [o autor refere-se à Teoria da Causa Próxima] que permitiriam fundamentar a distinção, consagrada nalgumas legislações, entre prejuízos directos e indirectos (ou imediatos e mediatos), restringindo a obrigação de indenizar aos primeiros. O critério delimitador decorrente da causalidade indirecta, adoptado por exemplo no artigo 1151º do Código Civil francês, não foi aceite pelo nosso direito [Direito português, no qual a teoria consagrada é a da causalidade adequada]”* (Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., p. 392). Na Itália, especificamente, a teoria mais referida pelas cortes é a da regularidade causal que, na prática, é aplicada de modo muito semelhante à Teoria da Causalidade Adequada.

100 Ao criticar tal teoria, observa Giuseppe Maggiore que *“así como la última entre cuatro unidades crea el número cuatro, así el último movimiento es la condición última que causa el efecto, y por esto se convierte en causa. Pero cómo la última de las cuatro unidades podría formar el número cuatro, si no preexistieran las otras tres?”* (*Derecho penal*, tradução de Ortega Torres, v. 1, Bogotá: Temis, 1971, p. 326).

101 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbi-*

Suponha-se que dolosa ou culposamente alguém troca um remédio, que deveria ser dado a determinado enfermo, por uma substância tóxica, e a enfermeira, ignorando a substituição, dá o suposto remédio ao doente que, em razão disso, morre. A enfermeira, não obstante ter produzido a condição mais próxima, não é a "*causante del homicidio*", mas, sim, o agente que, no lugar do remédio, colocou a substância tóxica<sup>102</sup>.

Na Alemanha, Enneccerus valeu-se do seguinte exemplo para sustentar a improcedência da Teoria da Causa Próxima: "*Si un banquero a quien se le ha dado el encargo de vender acciones mineras, negligencia la realización de la venta, responde de los daños que se originen al mandante por la inundación de la mina. Si un depositario utiliza la cosa depositada contraviniendo el contrato, responde de los daños fortuitos que por ello han alcanzado a la cosa*". Certamente, conclui o mestre de Marburg, em um caso, a inundação da mina e, no outro, o evento fortuito é a causa próxima do dano, mas à evidência o fato de descuidar da venda e o de utilizar a coisa ao contrário do estabelecido no contrato não podem ser considerados indiferentes em relação ao resultado danoso<sup>103</sup>.

---

*ta del derecho de daños*, cit., p. 87. No mesmo sentido: "*Por su aparente sencillez y por considerársela inexacta, recibió agudas críticas. Se ha dicho que se trata de un análisis simple y superficial, ya que muchas veces la carga de nocividad efectiva no está en el último factor actuante, sino en otro que le precede. O bien que existe una gran dificultad para establecer cuál es la causa inmediata de un hecho, o que no siempre la última condición es la verdadera causante de un daño, a veces es una anterior*" (Rubén H. Compagnucci de Caso, "Responsabilidad civil y relación de causalidad", cit., p. 40).

102 Alfredo Orgaz, *El daño resarcible*, cit., p. 67.

103 Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolf, *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*, tomo II, 2. ed., tradução da 35. ed.

Com efeito, não é razoável exigir que a causa seja a condição mais próxima do resultado. Em primeiro lugar, porque é muito difícil determinar, com precisão, a distância temporal entre o ilícito e o evento danoso. Em segundo lugar, porque há conseqüências que não são ressarcíveis, embora se verifiquem imediatamente após o evento danoso. Parece mais adequado, como sugere Julio Alberto Díaz, "excluir a responsabilidade pelas conseqüências temporalmente distantes do fato danoso através do recurso do termo de decadência e não do nexa causal"<sup>104</sup>.

A Teoria da Causa Próxima reduz, portanto, a responsabilidade do agente à mera questão cronológica, conduzindo o julgador muitas vezes a soluções injustas<sup>105</sup>, o que não pode ser admitido pela ciência jurídica. Mesmo no Direito anglo-saxão, onde nasceu, esta teoria acabou sendo abandonada. A expressão "*proximate cause*" é, contudo, conservada e definida pelos tribunais "como aquela que provocou o dano — sem o qual este não teria acontecido — em uma cadeia contínua e natural, não quebrada por outra concausa eficiente"<sup>106</sup>.

---

alemã de Blas Pérez González e José Alguer, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1954, p. 71.

104 Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 67. Nesta passagem, o mencionado autor evoca a obra de Cesare Grassetti ("*La responsabilità per la produzione e l'impiego dell'energia nucleare*", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, 1959, pp. 73 e seguintes), que parece lhe ter servido de inspiração.

105 Pietro Trimarchi, ao afirmar que "*si tratta di formule metaforiche, le quali non possono venir prese alla lettera*" (*Causalità e danno*, cit., p. 20) — em tradução livre: "se trata de fórmula metafórica, a qual não podemos vir presos à letra" —, cita várias decisões jurisprudenciais que estendem a responsabilidade também às conseqüências mediatas e indiretas, não obstante o teor do art. 1.223 do Código Civil italiano.

106 Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 65. Confor-

## 2.2. Teoria da Causa Eficiente e Teoria da Causa Preponderante

Na Alemanha, desenvolveu-se a Teoria da Causa Eficiente — também denominada teoria da condição mais eficaz ou mais ativa —, segundo a qual não mais interessa o acontecimento que precedeu imediatamente o dano, senão aquele que estabeleceu a relação causal de maior grau de eficiência no resultado.

Ao contrário da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, a Teoria da Causa Eficiente nega que todas as condições se encontram “*en igual grado de capacidad en la producción de un resultado; muy por el contrario, es de toda necesidad investigar cuál es la condición más activa, o más eficaz, para la producción del evento final*”<sup>107</sup>. Entre os antecedentes causais, os defensores dessa teoria destacavam: (i) a causa que produz o resultado; (ii) a condição que não produz o resultado, mas de alguma forma remove o obstá-

---

me explica Thomas Cooley, *A treatise on the law of torts*, Chicago: Callaghan and Co., 1930, p. 50, à luz do Direito norte-americano, por causa próxima de um dano entende-se a causa eficiente — o ato ou omissão que põe em movimento a cadeia de eventos que, acontecendo em seqüência natural, não quebrada por nenhuma força nova e interveniente, resulta no dano considerado. Nos Estados Unidos da América, a maioria dos adeptos da Teoria da Causa Próxima considera responsável quem teve “*the last clear chance*” de evitar o dano. Na Inglaterra, a decisão que constitui precedente obrigatório na matéria, prolatada pela Casa dos Lordes inglesa, no caso *The Heron II*, julgado em 1969 (AC 350), considera não haver “*remoteness of damage*” quando se possa dizer que havia um “*real danger*” ou uma “*serious possibility*” de que o dano ocorresse, ou, ainda, quando se possa afirmar que o dano era “*not unlikely to occur*”.

107 Rubén H. Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, cit., p. 43.

culo para a atuação da causa; e, (iii) a ocasião que favorece a operatividade da causa eficiente<sup>108</sup>.

Dessa teoria inúmeras vertentes doutrinárias surgiram. A escola liderada por Karl von Birkmeyer acolhia o critério quantitativo para determinar a condição mais ativa, isto é, aquela que em maior medida contribui para a produção do resultado<sup>109</sup>.

A doutrina desenvolvida por Max Ernst Mayer e J. Köhler parte de uma noção qualitativa para destacar a causa eficiente, “*considerando como tal la de mayor eficacia según su calidad intrínseca en el proceso causal, conforme al desenlace normal de los acontecimientos*”<sup>110</sup>. Köhler classificava os antecedentes causais em “condições dinâmicas”,

---

108 Atilio Anibal Alterini, *Responsabilidad civil: limites de la reparación civil*, cit., p. 139.

109 Segundo Atilio Anibal Alterini, “Birkmeyer arrancó de la idea de que el resultado es atribuible a la más activa de las condiciones. Por ejemplo: si una persona proporciona fósforo a otra, y ésta causa un incendio, ambas acciones — la del que suministró las cerillas, y la del incendiario — son condiciones inexcusables para que se produzca el efecto; pero debe considerárselo causado por el hecho de quien provocó el fuego, por ser la condición más activa o eficaz del efecto. En la realidad los sucesos no ocurren con la pureza y simplicidad con que se los imagina en el gabinete. Por ello mismo esta teoría no suministra base cierta para determinar la mayor eficacia de una condición u otra, y arrastra la injusticia de atribuir el efecto a la más activa, prescindiendo por completo de otras que — en entidad menor, pero con relevancia importante — has contribuido a su producción. Veamos: aprovechando la cadena causal, el domador encierra un sujeto en la jaula del león; este animal mata al sujeto del caso, pero aun siéndolo atribuible la condición más activa, no puede negarse que el domador haya puesto una condición anterior a ese resultado. Tocar el órgano — ha dicho Frank — es siempre más que tirar del fuelle” (ob. cit., pp. 148-149).

110 Ignacio de Cúevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 90.

“condições estáticas” e “forças impulsoras”, atribuindo às últimas a qualidade de causa eficiente do evento, pelo que delas dependeriam não só o *ser* ou o *não ser* do resultado, mas também o *como* este ocorreu em concreto. Os outros elementos seriam meras condições<sup>111</sup>.

Já de acordo com a Teoria da Causa Preponderante — também conhecida como Teoria da Preponderância, Teoria da Preponderância Causal ou Teoria da Causalidade Voluntária<sup>112</sup> —, deve-se reputar causa apenas aquela condição que rompe o equilíbrio entre os fatores favoráveis e adversos à produção do dano, pois “*la causa sería la condición última que dentro de las equivalentes positivas y negativas tenga una mayor posibilidad de arribar al resultado*”<sup>113</sup>. Por outras palavras, é preciso identificar “*aquel acto que por su mayor peso o gravitación imprime la dirección decisiva para el efecto operado*”<sup>114</sup>.

111 Consoante explica Atilio Anibal Alterini: “*Una variante de este punto de vista fue suministrada por Kohler: toma en cuenta, como Birkmeyer, la condición más activa, pero en vez de hacer un análisis cuantitativo lo realiza cualitativamente. En el ya citado ejemplo de la semilla, causa del nacimiento de la planta es sembrar la semilla, pues este acto tiene en sí la fuerza determinante de la calidad de la consecuencia; la calidad de la condición que se considera causa de aquella. Pero, en este orden de ideas, la causa de una herida sería la propia víctima, porque la calidad de la consecuencia no estaría determinada por el golpe sino por el objeto que la recibe, esto es el cuerpo de la víctima*” (Responsabilidad civil: límites de la reparación civil, cit., p. 149).

112 É que para essa teoria “*resulta ser el hombre quien con su obrar voluntario, volcará la balanza de las condiciones positivas o negativas, y en ese supuesto pondrá la condición preponderante en el sitio de la causa*” (Rubén H. Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, cit., p. 41).

113 Rubén H. Compagnucci de Caso, ob. cit., p. 40.

114 Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 21.

Pirson e Villé buscaram, nos estudos de Aristóteles, a causa eficiente do dano, a mais importante de todas as causas. Karl Binding e Oertmann defenderam a Teoria do Equilíbrio, que nada mais é do que outra variação da Teoria da Causa Preponderante<sup>115</sup>. No entendimento de Binding, muitos são os fatores que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão-só as condições positivas que preponderarem na sua produção, rompendo o equilíbrio existente entre as condições<sup>116</sup>. De acordo com esta teoria, toda mutação que se produz no mundo fenomênico realiza-se por meio de uma luta de forças contraditórias. O evento danoso, de certa forma, representa a vitória das forças que intentavam modificar a situação preexistente sobre aquelas que se destinavam a conservá-la.

A atividade humana está sempre interferindo na atuação das forças, ora reforçando as condições (positivas) que se endereçam à produção do evento, ora, ao contrário, enfraquecendo aquelas condições (negativas) que dificultam sua realização. Desse modo, qualquer alteração no mundo naturalístico, por mais insignificante que seja, pode implicar o rompimento do equilíbrio entre as forças modificadoras, em vantagem destas últimas. Por esta teoria, então,

115 Sobre as variações dessa teoria v. Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 123.

116 Consoante observa Julio Alberto Díaz, Karl Binding parte do princípio de que “(…) toda mudança nasce de um conflito de forças positivas (dirigidas no sentido da produção do fenômeno) e negativas (atuando no sentido de impedi-lo). A condição que rompe o equilíbrio dessas forças, inclinando o resultado no sentido da ocorrência do fenômeno, é o que ele chama causa. Posteriormente, Binding evoluiu na procura de soluções do problema do autor ou ‘causante’, afastando-se um pouco da teoria da causalidade” (*Responsabilidade coletiva*, cit., p. 71).

causa é a conduta que consegue dar prevalência às condições positivas sobre as negativas e, assim, romper o equilíbrio anteriormente estabelecido, imprimindo direção decisiva para o resultado. A tese de Binding, ao ver de Rubén H. Compagnucci de Caso, acabou analisando, porém, mais o problema da autoria do que o da causalidade<sup>117</sup>. Müller e Mezger, por sua vez, entenderam como causa verdadeira apenas aquela que, em meio das muitas, fosse a mais relevante (“*Relevanztheorie*”)<sup>118</sup>.

A fragilidade dessas teorias e de suas variações consiste em estabelecer, no caso concreto, qual das diversas condições de um resultado é a mais eficiente ou preponderante para a produção do dano<sup>119</sup>. Em razão dessa dificuldade,

117 Rubén H. Compagnucci de Caso, “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, cit., p. 41.

118 Em realidade, como as teorias individualizadoras estão sendo expostas em ordem cronológica, a Teoria da Relevância deveria ter sido apresentada só depois da Teoria da Causalidade Adequada, pois foi elaborada por Mezger somente em 1921. Ocorre que a teoria de Mezger, embora tenha sido extremamente importante no Direito Penal, no Direito Civil não teve tanta repercussão, razão pela qual se preferiu tratar dela aqui mesmo. Segundo Antônio Luís Chaves Camargo, “a teoria da relevância foi proposta por Mezger, em 1921, no seu *Lehrbuch*, que, sem abandonar o conceito científico geral de causalidade, pretendeu distingui-lo do conceito de responsabilidade. Desta forma, não é somente os princípios de adequação que poderão determinar a responsabilidade, mas a interpretação desta relação no sentido do tipo penal e, valorativamente, concluir-se ou não pela responsabilidade. É, assim, uma teoria da responsabilidade que aceita a equivalência das condições como causal, mas reconhece que esta relação causal, por si só, não traz consigo a equivalência, pois entre a causalidade da ação e o problema da culpabilidade jurídico-penal está situada, como requisito indispensável, a tipicidade do resultado” (*Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., p. 59).

119 Entre as principais críticas, pode-se citar: “(...) a dificuldade em diferenciar as condições e estas das causas; ausência de pontos limita-

tanto a Teoria da Causa Eficiente quanto a Teoria da Causa Preponderante são, hoje, consideradas ultrapassadas<sup>120</sup>.

dores das condições e a hierarquia entre estas, no sentido de concretização do resultado. Estas teorias perderam toda a atualidade e, como podemos verificar, não são mencionadas na doutrina brasileira” (Antônio Luís Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., p. 58).

120 Ao ver de Adriano de Cupis: “*Una duplice obizione si oppone all'esposta teoria* [o autor refere-se à Teoria da Causa Eficiente]: *la difficoltà di determinare la maggiore o minore efficienza causale di una condizione rispetto alle altre, e la scarsa opportunità di far dipendere la nozione di causa da una differenza puramente quantitativa; tutte le condizioni essendo indispensabili per la produzione del danno, perchè considerare causa solo quella fra esse che influisce di più su tale produzione? (...) Seppure sia possibile accertare che una condizione ha un valore causale, ad es., di 10 rispetto a un'altra che ha un valore causale di 90, ciò non toglie che, mancando la prima condizione, l'effetto non si verifici, al pari di quanto avviene se manca la condizione che vale 90: perchè, dunque, considerare causa solo questa ultima?*” (Il danno: teoria generale della responsabilità civile, cit., pp. 195-196). Em tradução livre: “Uma dupla objeção se opõe à teoria exposta: a dificuldade de determinar a maior ou menor eficiência causal de uma condição em relação às outras e a escassa oportunidade de fazer depender a noção de causa de uma diferença puramente quantitativa; todas as condições sendo indispensáveis para a produção do dano, por que considerar causa somente aquela que influencia mais em tal produção? (...) Ainda que fosse possível declarar que uma condição tem um valor causal, vale dizer, de 10 respeitos, enquanto a outra tem um valor causal de 90, isto não impede que ao faltar a primeira condição o efeito não se verifique, como igualmente ocorre quando falta a condição que vale 90: por que, portanto, considerar causa somente esta última?”. Apesar das críticas, no entendimento de Alfredo Orgaz, quando se afirma que a indenização deve ser suportada pelo autor e pela vítima na proporção da culpa de cada um na produção do dano se está, em realidade, a aplicar o critério das condições mais eficientes e menos eficientes (*El daño resarcible*, cit., pp. 68-69).



### 2.3. Teoria da Causalidade Adequada

Em oposição à Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, formulou-se em 1871, também na Alemanha, a teoria subjetiva da causalidade, mais conhecida como Teoria da Causalidade Adequada. Embora seu criador tenha sido Ludwig von Bar, quem melhor a desenvolveu foi o fisiólogo alemão Johannes von Kries, por volta do ano de 1888, quando ainda era professor em *Friburg*. Outro autor que costuma ser citado como precursor dessa teoria é o civilista Zitelman, que, em 1879, publicou, a respeito do tema, a obra "*Irrtum und rechtsgeschäft*"<sup>121</sup>.

A Teoria da Causalidade Adequada examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum. Significa dizer que a ação tem que ser idônea para produzir o resultado. E, para que se verifique a adequação da causa, realiza-se um juízo retrospectivo de probabilidade de que, no âmbito doutrinário, é denominado "prognose póstuma" e cuja fórmula se resume na seguinte indagação: "*¿la acción u omisión que se juzga era per se apta o adecuada para producir normalmente esa consecuencia?*"<sup>122</sup>.

121 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 91, nota 74.

122 Na lição de Isidoro H. Goldeberg, de onde se extraiu o trecho acima destacado: "*Dicha teoría aquilata la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos 'id quod plerumque accidit'. Adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos. El concepto de causalidad adecuada implica, pues, el de regularidad, apreciada de*

De acordo com esta teoria, quanto maior é a probabilidade com que determinada causa se apresente para gerar um dano, tanto mais adequada é em relação a esse dano. Assim, diante de uma pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada apta a causar o resultado ("domínio do saber ontológico"). Respondida esta primeira pergunta, questiona-se se essa causa, capaz de causar o dano, é também hábil segundo as leis naturais ("domínio do saber gnomológico").

Não basta, então, que um fato seja condição de um evento; é preciso que se trate de uma condição tal que, normal ou regularmente, provoque o mesmo resultado. Este é o chamado "juízo de probabilidade", realizado em abstrato — e não em concreto, considerando os fatos como efetivamente ocorreram —, cujo objetivo é responder se a ação ou omissão do sujeito era, por si só, capaz de provocar normalmente o dano. Em síntese, o raciocínio no qual a Teoria da Causalidade Adequada se apóia é o seguinte:

---

*conformidad con lo que acostumbra suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, según la interpretación que comentamos, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente. No hay causalidad del caso singular. Si los hechos sólo sucedieran una vez y tuvieran que ser captados en su individualidad no se podría afirmar que entre ellos existe relación de causa a efecto, sino una mera sucesión temporal de fenómenos. La noción de causalidad adecuada supone, pues, necesariamente pluralidad de casos, ya que de lo contrario no respondería a lo que indica la experiencia. (...) A fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era per se apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia? En doctrina se denomina 'prognosis póstuma' al procedimiento consistente en determinar ex post ipso la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes" (La relación de causalidad en la responsabilidad civil, cit., pp. 23-24).*

“Apreciando certo dano, temos que concluir se o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas, perguntase, tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância accidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada”<sup>123</sup>.

Note-se que, ao contrário da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, na Teoria da Causalidade Adequada a “causa” deve ser estabelecida em abstrato<sup>124</sup>, segundo a ordem natural das coisas e a experiência da vida, e não em concreto, a considerar os fatos tal como se deram, já que, em tais circunstâncias, as condições são mesmo equivalentes<sup>125</sup>. Nesse sentido, o processo hipotético de

123 Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 369.

124 Nesse sentido, explica Peirano Facio: “(...) en vez de apreciar el fenómeno causal in concreto (en cuya situación no puede elevarse ninguna condición a la categoría de causa), se analiza in abstracto y en general, buscando si en este plano es probable o cuando menos posible, que alguna de aquellas condiciones produzca el resultado cuya causa concreta se trata de indagar. Si la respuesta es afirmativa, se le atribuye a esa condición (que en concreto no es más que una simple condición de jerarquía igual a las demás condiciones), la categoría de causa” (*Responsabilidad extracontractual*, Montevideo: Barreiro y Ramos, 1954, p. 418).

125 A fim de demonstrar a diferença prática entre a Teoria da Equivalência dos Antecedentes e a Teoria da Causalidade Adequada, Wilson Melo da Silva vale-se do seguinte exemplo formulado por Pierre Marteau: “A dá uma ligeira pancada no crânio de B. Por si só, tal pancada seria insuficiente para ocasionar a morte de B. No entanto, B, por defeito de calcificação que lhe tornou o parietal menos resistente e bem mais frágil que o do comum dos homens, falece em virtude dessa pan-

eliminação não é suficiente para que se determine a existência de uma relação de causalidade. É necessário que o julgador, em sua análise, retroaja mentalmente até o momento da ação ou omissão para estabelecer se esta era ou não adequada para produzir o dano. Realiza-se, assim, uma “prognose póstuma”, já que o julgador se coloca no momento da ação, como se o resultado não tivesse ocorrido, a fim de determinar sua probabilidade<sup>126</sup>.

Para o efeito ser, então, adequado à causa, a ação de que provém a responsabilidade tem de ser, em termos gerais, apta a acarretar o dano causado. Na opinião de Von Thur, isto se dá quando o fato do qual a responsabilidade deriva, em razão de sua natureza, é próprio a produzir o dano, “*de modo que cualquier persona medianamente discreta, colocada en las circunstancias del autor, hubiera podido prevenir el daño*”<sup>127</sup>. Por sua vez, o nexó de causalidade não é

cada que A lhe desferiu” (*Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 119). Como se vê, a pancada sofrida por B, muito embora ligada ao ato ilícito de A, não se teria constituído, em circunstâncias normais, em causa adequada ou eficiente de sua morte. Isto porque, em tese, a natureza leve da pancada não seria capaz de determinar, de maneira normal, a morte de qualquer homem, em condições idênticas. Assim, pela Teoria da Causalidade Adequada, dita “subjetiva”, o dano sofrido por B — isto é, a morte — não poderia ser imputado ao A, o que já não aconteceria em face da teoria objetiva de Von Buri, quando a pancada surgiria como *conditio sine qua non* da morte de B.

126 Chama-se prognose, porque de certa forma constitui uma tentativa de adivinhar, a partir de um determinado fato, o que pode vir a acontecer como conseqüência; essa prognose é póstuma ou retrospectiva, porque o exercício é feito depois de já se saber o que efetivamente ocorreu. O observador coloca-se, então, em momento anterior àquele em que o fato aconteceu, na tentativa de verificar se o dano era previsível ou não.

127 Andreas Von Thur, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, tradução de W. Roces, Madrid: Editorial Reus, 1934, p. 70. Na prática, observa este autor, não há critérios infalíveis que possam determinar a causa

adequado e, portanto, a responsabilidade não existe quando o dano se produz por força de um concurso de circunstâncias excepcionais e fora da experiência da vida.

Destarte, para fazer frente à concepção subjetivista de Von Kries, que tomava como referência o ponto de vista do autor do ato — e, assim, computava o que este conhecia concretamente ou podia conhecer para avaliar a previsibilidade de seu atuar —, surgiram logo percepções de caráter objetivo, como a de Von Thur, que sustentavam que essa análise deveria levar em conta o que era conhecido não pelo agente, senão pelo homem comum médio<sup>128</sup>.

---

adequada: "Sin embargo, para la función de casos concretos, esta teoría sólo ofrece, por lo general, un asidero muy superficial y aparente, ya que no existe ningún criterio infalible que nos diga cuándo un resultado puede considerarse relacionado de tal modo con la causa y efecto adecuado de ella. En estas intrincadas cuestiones no cabe, realmente, más criterio que el buen sentido y el tacto del Juez. Por eso son siempre discutibles los casos liminares y no puede nunca rehuirse como criterio de solución, en mayor o menor medida, el libre arbitrio" (ob. cit., p. 71).

128 Surgem, assim, conforme salienta Isidoro H. Goldenberg, "una serie de variantes a ese planteamiento, como las de Träeger y Hippel, que subordinan el juicio de adecuación a todas las circunstancias que pueden ser captadas o aprehendidas por un experto, o la Grisigni, según la cual lo que el juez debe considerar es lo que el agente realmente conocía, aunque dicho saber fuera superior al del hombre corriente, y una tesis más extrema preconizada por Rümelin que sostiene que es menester computar hasta las circunstancias del hecho sabidas a posteriori" (La relación de causalidad en la responsabilidad civil, cit., p. 25). Na apreciação da causa adequada, a doutrina vale-se do cálculo de probabilidades, com base em prognósticos, conforme explica Antônio Lindbergh C. Montenegro: "Fala-se, então em prognóstico subjetivo, quando se visualiza o grau de madureza e percepção do agente e prognóstico objetivo, quando se focaliza a diligência do homem normal. De outro lado, aparecem o prognóstico precedente (considera-se à época do evento) e prognóstico ulterior (considera-se o dano produzido, de acordo com as circunstâncias determinantes do fato). Colocada a questão nesses termos, indubitado é que, em qualquer situação, o prognós-

Na lição de Mário Júlio de Almeida Costa, o critério que se afigura preferível, nesse juízo ou prognóstico *a posteriori* de adequação abstrata, é o que atende tanto às circunstâncias cognoscíveis à data da produção do fato, por uma pessoa normal (concepção objetivista ou prognóstico objetivo), como àquelas conhecidas do agente (concepção subjetivista ou prognóstico subjetivo): "Exemplo: C agride D com um pequeno encontrão, o qual, em todo o caso, lhe ocasiona a morte, devido a uma sua grave lesão craniana. A agressão de C a D não é, em princípio, adequada a pôr em perigo a vida deste último. Porém, se a deficiência de D era conhecida de C, ou este tinha obrigação de conhecê-la, já existirá um nexo de causalidade adequada entre a agressão e a morte"<sup>129</sup>. É o que também conclui Antunes Varela:

"A doutrina mais acertada é a que entende que na tal prognose confiada ao julgador, ou no juízo abstrato de adequação, se devem tomar em consideração apenas as circunstâncias reconhecíveis à data do facto por um observador experiente; mas que, além dessas, devem ser ainda incluídas as circunstâncias efectivamente conhecidas do lesante na mesma data, posto que ignoradas das outras pessoas"<sup>130</sup>.

Com o passar do tempo, para que fosse possível identificar a causa adequada do dano, surgiram também duas formulações para a Teoria da Causalidade Adequada: a formulação positiva e a formulação negativa.

---

tico objetivo há de prevalecer sobre o prognóstico subjetivo. Reputou-se como concebida a teoria da imputação objetiva das conseqüências danosas produzidas; restou então relegada a segundo plano a imputação subjetiva a título da culpa" (Responsabilidade civil, cit., pp. 335-336).

129 Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., p. 675.

130 João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, cit., p. 892.



No entendimento de alguns autores, partidários da formulação positiva, um fato será considerado causa adequada do dano, sempre que este constitua uma conseqüência normal ou típica daquele. Quer dizer: sempre que, verificado o fato, se possa prever o dano como uma conseqüência natural ou como um efeito provável dessa verificação. Esta formulação procura, como se vê, averiguar se o fato pode ser considerado causa adequada do dano. Os danos que o fato só produziu mercê de circunstâncias extraordinárias, que não poderiam ser previstas pelo observador experiente na ocasião em que o fato se realizou, devem ser suportadas pela pessoa lesada<sup>131</sup>.

Para outros, partidários de uma formulação mais ampla e negativa, na busca da causa adequada o raciocínio a ser utilizado é o inverso: é preciso examinar se o fato é causa inadequada a produzir o dano. O fato que atua como condição do dano só deixará de ser considerado causa adequada quando, dada sua natureza geral, se mostrar indiferente para a verificação do dano, estranhas ou extraordinárias<sup>132</sup>.

131 Dito isto, Antunes Varela formula os seguintes exemplos: "Um indivíduo disparou sobre outro a uma distância tal que, normalmente, mal o poderia ferir; porém, por qualquer circunstância anômala, o projétil atinge mortalmente a vítima. A ama deixa a sua pupila sózinha em casa, por breves momentos. Contra os seus hábitos e contra as advertências da ama, a criança vai para a cozinha, onde sofre um acidente grave. De acordo com a primeira variante da teoria [formulação positiva], nem o disparo da arma, nem o abandono da criança, serão considerados como causa adequada do dano, mas já o serão provavelmente, de acordo com a segunda [formulação negativa]" (*Das obrigações em geral*, cit., p. 891).

132 A inadequação de uma dada causa para um resultado deriva, como assevera Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, "(...) da sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias" (*Direito das obrigações*, v. 1, reimpressão, Almedina: Coimbra, 2003, p. 502).

Assim, em vez de se caracterizar a adequação, aponta-se, nesta formulação, quais são as causas inadequadas do dano. Note-se que essas duas formulações, quando aplicadas, podem levar a resultados opostos.

Para explicar o que foi dito, tome-se o seguinte exemplo de Antônio Lindbergh C. Montenegro: A agride B, o qual ao levar um soco, vem a falecer por ser portador de grave moléstia do coração. De acordo com a formulação positiva, a agressão não terá sido causa adequada do dano, porque o resultado morte não é conseqüência normal de um único soco. Segundo a formulação negativa, porém, será possível admitir-se o nexos causal, já que a agressão não foi de todo indiferente para a produção do dano<sup>133</sup>.

Dessas duas formulações, a que prevalece é a negativa que é mais ampla e, exatamente por isso, aproxima-se mais da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, embora com esta não se confunda<sup>134</sup>. É que, aplicando-se esta

133 A Teoria da Causalidade Adequada reveste-se, como se vê, de duas formulações, conforme salienta Antônio Lindbergh C. Montenegro: "De acordo com a primeira concepção [positiva], uma condição é adequada para produzir evento quando o ato praticado pelo lesante foi relevante para provocar o dano, levando-se em conta o curso ordinário das coisas e a experiência corrente da vida. A concepção formal negativa sustenta de forma mais ampla que uma condição será inadequada, e por conseguinte também irrelevante ('eine Bedingung sei inadäquat und folglich auch irrelevant'), quando for inteiramente indiferente para a verificação do dano, o qual só ocorreu por força de circunstâncias anormais ou extraordinárias que atuaram no caso concreto. Consideremos agora o exemplo da agressão de A sobre B, o qual ao levar um soco, vem a falecer por ser portador de grave enfermidade do coração. De acordo com a primeira concepção, a agressão não terá sido causa adequada do dano. Contudo, se for escolhida a segunda concepção, será possível admitir-se o nexos causal" (*Responsabilidade civil*, cit., p. 336).

134 Para Fernando Noronha, a formulação negativa prevalece por diversas razões: (i) a formulação negativa deixa entrever a razão de subsistência do nexos causal mesmo quando outros fatos tenham contribuí-

teoria, nunca se chegará à conclusão de que o fato foi de todo indiferente à produção do dano, o que pode ocorrer à luz da formulação negativa da Teoria da Causalidade Adequada.

Considere-se o seguinte exemplo: o sujeito que causou uma lesão leve em determinada pessoa que, quando conduzida ao hospital, nele morre em razão de um incêndio, não responderia pelo dano morte se aplicada a Teoria da Causalidade Adequada, mesmo na sua formulação negativa, já que o fato produzido, em abstrato, é indiferente para provocar a morte por incineração. Há aqui, na opinião de Julio Alberto Díaz, uma troca do aspecto lógico da causalidade pelo teleológico. É que a causalidade entre o ferimento e a morte subsiste de um ângulo lógico, porque, se a vítima não tivesse sido ferida, não estaria no hospital e, conseqüentemente, não teria falecido no incêndio. Sob o prisma finalístico, contudo, a causalidade é negada, pois nas condições em que a ação se desenvolveu, não era adequada à produção do evento. Trata-se, como observa o referido autor, de um nexó de pura excepcionalidade<sup>135</sup>. O agente responderia, entretanto, se fosse aplicada a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais.

Com pequenas variações, mas na mesma linha que a Teoria da Causalidade Adequada, segue a teoria formulada por De Cupis, Teoria da Regularidade Causal, segundo a qual se deve considerar causa a condição que regularmente concorre para a produção do efeito. No entendimento de

do para o evento danoso; (ii) a formulação negativa dilata o âmbito da causalidade; (iii) é mais favorável para o lesado, porque facilita a prova do nexó causal; e, por fim, (iv) é mais vantajosa também quando o caso seja de simples modificação dos riscos a que a coisa ou a pessoa estavam sujeitas (*Direito das obrigações*, cit., p. 602).

135 Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., pp. 73-74.

De Cupis, quando uma ação humana produz determinado efeito apenas em razão do concurso de certas circunstâncias especiais que raramente se manifestam, não se pode considerar juridicamente esta ação causa do efeito<sup>136</sup>.

A seu ver, o Código Civil italiano não exclui da indenização os danos mediatos ou indiretos. Contudo, enquanto os danos diretos são sempre indenizáveis, os indiretos podem ou não ser indenizáveis, conforme a regularidade da causa que concorre para sua produção. Segundo De Cupis a expressão "*immediata e diretta*", acolhida tanto no art. 1.229<sup>137</sup> do Código Civil italiano de 1865 quanto no art.

136 De Cupis, a fim de explicar os contornos da Teoria da Regularidade Causal, formula o seguinte exemplo: "*Tizio stipula con Caio, proprietario di case, un contratto di locazione; Caio non adempie gli obblighi che gli derivano dal contratto, ragione per cui Tizio è costretto a trovare altro alloggio; si osservò che tra i danni da risarcire rientrano così la spesa di sgombero come la differenza nel prezzo delle due locazioni, mentre non vi rientra il valore dei mobili deteriorati o rubati durante il trasporto. Al riguardo, fu rilevato che il deterioramento o il furto dei mobili costituisce un'accidentalità occasionale. In verità, non è regolare, non è normale che un siffatto evento si verifici a seguito del menzionato inadempimento, per cui si può comprendere perchè esso non debba far carico al responsabile*" (*Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 191). Em tradução livre: "Tício estipula com Caio, proprietário de uma casa, um contrato de locação; Caio não cumpre as obrigações decorrentes do contrato, razão pela qual Tício se vê obrigado a buscar outro alojamento; observou-se que entre os danos a ressarcir se compreendem os gastos com a mudança e a diferença de preço entre as duas locações, mas não o valor dos móveis deteriorados ou roubados durante o transporte. A este respeito, foi constatado que a deterioração ou o furto dos móveis constituem um acidente ocasional. Em realidade, não é regular, não é normal que tal evento se verifique seguidamente do mencionado inadimplemento, pelo qual se compreende porque não deve correr a cargo do responsável".

137 "Art. 1.229. *Quantunque l'inadempimento dell'obbligazione derivi da dolo del debitore, i danni relativi alla perdita sofferta dal creditore ed al guadagno di cui fu il medesimo privato, non debbono estendersi se*

1.223<sup>138</sup> do vigente, é lacônica, pelo que não pode ser interpretada de forma literal. Assim, se, por um lado, os danos remotos, ligados à ação humana por uma relação de causalidade quase imperceptível, realmente não devem ser ressarcidos; por outro, os danos indiretos, quando advindos de causa regular, são perfeitamente ressarcíveis<sup>139</sup>.

*non a ciò che é una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'obbligazione*". Em tradução livre: "Art. 1229. Ainda que o inadimplemento da obrigação derive de dolo do devedor, os danos relativos à perda sofrida pelo credor e ao lucro do qual foi ele igualmente privado, não se devem estender senão ao que for uma consequência imediata e direta do inadimplemento da obrigação".

138 "Art. 1.223. *Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*". Em tradução livre: "Art. 1.223. Ressarcimento do dano. O ressarcimento do dano por inadimplemento ou pelo atraso deve compreender tanto a perda sofrida pelo credor como o lucro não realizado, enquanto desses sejam consequência imediata e direta".

139 E mais adiante conclui o autor: "*In conclusione, l'art. 1223, secondo cui il danno va risarcito in quanto costituisca una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o del ritardo, va così interpretato: il danno immediato e diretto va sempre risarcito, purchè sussista un nesso di condizionalità (...); il danno mediato e indiretto sembrerebbe, a fermersi alla lettera della legge, sempre escluso dal risarcimento, ma in realtà corrisponde all'intenzione della legge stessa che tale esclusione si limiti al danno mediato e indiretto in quanto irregolare. Il legislatore, pertanto, all'effetto della responsabilità considera derivare causalmente dal fatto dell'uomo il danno immediato e diretto, nonchè il danno mediato e indiretto in quanto regolare. Così configurasi la causalità giuridica secondo la legge civile*" (*Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, cit., p. 204). Em tradução livre: "Em conclusão, o art. 1.223, segundo o qual o dano se ressarce enquanto constitua uma consequência imediata e direta do inadimplemento ou do atraso, deve ser assim interpretado: o dano imediato e direto será sempre ressarcido, porque suscita um nexo de condicionalidade (...); o dano mediato e indireto, se nos ativéssemos à letra da lei, sempre restariam excluídos

De Cupis evoca, como precedente histórico, as fontes romanas, entre outras o D. 19.1.21.3<sup>140</sup>, segundo o qual o contratante que descumpre sua obrigação de entregar o grão vendido responde pelo prejuízo causado ao comprador, no que se refere ao atraso na entrega do grão, já que tal prejuízo decorre imediatamente do inadimplemento; no entanto, explica De Cupis, se os escravos do comprador morrerem de fome, por não ter o senhor deles recebido o trigo encomendado, a solução é outra, pois aqui o procedimento terá sido anormal (irregular). De fato, o comprador poderia ter alimentado seus escravos de outra forma, razão pela qual o vendedor do trigo não responderá por este último dano<sup>141</sup>.

A teoria desenvolvida por De Cupis também foi alvo de críticas. Em primeiro lugar, porque concede ao juiz ampla

do ressarcimento, mas em realidade corresponde à intenção da lei mesmo que tal exclusão se limite ao dano mediato e indireto enquanto irregular. O legislador, portanto, para efeito de responsabilidade considerava derivar casualmente do fato do homem o dano imediato e direto, assim como o dano mediato e indireto enquanto seja regular. Dessa maneira se configura a causalidade jurídica segundo a lei civil".

140 D. 19.1.21.3: "*Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur*".

141 Na opinião de De Cupis, a morte dos escravos, provocada pela fome, constitui um evento danoso ligado ao nexo de causalidade mediato ao inadimplemento do vendedor; e porque não é normal que tal evento danoso se verifique como consequência (indireta) do inadimplemento da obrigação do vendedor, não pode ser ressarcível. A anormalidade resulta de que, ordinariamente, outra fonte de alimentação dos escravos existe além daquela que pode consistir na execução de um determinado fornecimento de grão (*Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, cit., pp. 201-202).

liberdade no exame da "regularidade" da causa. Em segundo lugar, por confundir, segundo seus críticos, causalidade com culpa. Se, por um lado, reconheceu De Cupis que a Teoria da Regularidade Causal confere considerável importância à apreciação discricionária do juiz — isto porque é o juiz que deverá verificar se o dano foi ou não um efeito regular da ação humana —; por outro, nega que pelo critério da regularidade o juízo sobre a relação causal deva convergir, necessariamente, para a noção de culpa. Note-se que a ausência de culpa nem sempre exclui, por si só, a obrigação de indenizar; basta lembrar as hipóteses de responsabilidade objetiva, em que permanece "el obstáculo constituido por el límite inherente a la causalidad jurídica"<sup>142</sup>.

142 Para De Cupis: "Irregolare è tutto ciò che diverge dalla probabilità; questa divergenza può esser tale da escludere la prevedibilità, ovvero può contenersi entro un limite compatibile con la prevedibilità medesima. Deve negarsi, in conseguenza, che, attraverso il criterio della regolarità causale, il giudizio sul rapporto causale converga necessariamente con quello relativo alla colpa. Tengasi inoltre presente che, pur laddove il danno indiretto ed irregolare sia imprevedibile, e non imputabile, quindi, a colpa, la sua irrilevanza giuridica non dipende dall'assenza di colpa: invero, neanche nei casi in cui la responsabilità prescinde dalla colpa (responsabilità oggettiva), la responsabilità stessa estendesi alla detta specie di danno, l'ordinamento giuridico potendo rinunziarsi all'elemento subiettivo della colpa, all'effetto della responsabilità, ma non già all'elemento obiettivo della causalità, determinata secondo il descritto criterio. Vale a dire: pur se l'assenza di colpa non sia di impedimento alla responsabilità, permane l'ostacolo costituito dal limite inerente alla causalità giuridica" (ob. cit., pp. 205-206). Em tradução livre: "Irregular é tudo o que diverge da probabilidade; esta divergência pode ser tal que exclua a previsibilidade, ou pode conter-se dentro de um limite compatível com a previsibilidade mesma. Deve negar-se, em consequência, que, mediante o critério da regularidade causal, o juízo sobre a relação causal converge necessariamente com aquele relativo à culpa. Tem-se ademais em conta que, quando o dano indireto e irregu-

No estudo das diversas teorias que analisam a relação de causalidade, a Teoria da Regularidade Causal não costuma ser tratada pela doutrina especializada com autonomia, pois é considerada apenas uma variante, ora da Teoria da Causalidade Adequada<sup>143</sup>, ora da Teoria do Dano Direto e Imediato<sup>144</sup>, que será explicada mais adiante. A nosso ver, a idéia de "causa regular" aproxima-se mais da de "causa adequada" e foi justamente em razão dessa similitude ontológica que se preferiu incluir a Teoria da Regularidade Causal neste tópico<sup>145</sup>.

lar for previsível, e não imputável, portanto, à culpa, sua relevância jurídica não depende da ausência de culpa: em verdade, nem mesmo nos casos em que a responsabilidade prescinde da culpa (responsabilidade objetiva), tal responsabilidade não se estende à dita espécie de dano, o ordenamento jurídico pode renunciar ao elemento subjetivo da culpa, para o efeito de responsabilidade, mas não já ao elemento objetivo da causalidade, determinada segundo o descrito critério. Vale dizer: a ausência de culpa não impede a responsabilidade, permanece o obstáculo constituido do limite inerente à causalidade jurídica".

143 Nesse sentido: Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 92; Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., pp. 24-26. Isto porque na Teoria da Causalidade Adequada "el concepto de causalidad lleva en sí mismo el concepto de regularidad, el que solamente puede darse frente a una pluralidad de casos" (Dora M. Gesualdi, *Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución. Relación de causalidad*, cit., p. 75).

144 Entende assim Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., pp. 379-380.

145 Apesar disso, não que tange à reparação dos danos indiretos e mediatos, a Teoria da Regularidade Causal é mais parecida com a Teoria do Dano Direto e Imediato, explicada pela escola da necessidade, na medida em que ambas admitem que esses danos devem ser ressarcidos, quando se apresentem como efeito normal (Teoria da Regularidade Causal) ou necessário (Teoria do Dano Direto e Imediato) da ação do agente. Na Itália, a jurisprudência adotou, predominantemente, a Teo-

Os críticos da Teoria da Causalidade Adequada consideraram-na por demais filosófica — a começar pela dicotomia existente entre o saber ontológico e gnomológico —, além de complexa e imprecisa. Como de fato não é fácil determinar qual dentre as concausas é, em tese, a adequada para produzir o dano, censurou-se o método de trabalho adotado: “Por que examinar o que já aconteceu como se ainda não houvesse realizado, se na verdade já se verificou?”<sup>146</sup>.

Com o fito de torná-la mais objetiva, alguns autores tentaram estabelecer critérios para individualizar a causa adequada, o que ensejou o desenvolvimento de uma variação imensa de subteorias. Houve, ainda, quem dissesse que esta teoria era inaplicável à responsabilidade objetiva<sup>147</sup>.

---

ria da Regularidade Causal (nesse sentido: Marco Capocchi, “Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie fatto illecito a criterio di limitazione del risarcimento del danno”, cit., pp. 35-40; Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, *Comentário breve al Codice Civile*, 4. ed., Padova: Cedam, 1996, p. 1236; Michele Cantillo, *Le obbligazioni*, Torino: Utet, 1992, p. 821; F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano: Giuffrè, 1967, p. 199), mas, ressaltese, “quase sempre non distinguono il rapporto di causalità tra la condotta dell'obbligato e l'evento dal rapporto di consequenzialità tra quest'ultimo e il danno” (Michele Cantillo, *Le obbligazioni*, cit., p. 820). Em tradução livre: “quase sempre não distinguindo a relação de causalidade entre a conduta do obrigado e o evento da relação de consequência entre este último e o dano”. É bem verdade que hoje tanto a Teoria da Regularidade Causal, dominante na Itália, quanto a Teoria da Causalidade Adequada, que predomina em Portugal, Espanha e Argentina, são aplicadas com certas correções. Na prática, busca-se, no mais das vezes, aferir se houve ou não interrupção da série causal.

146 Fernando A. N. Galvão da Rocha, “Imputação objetiva nos delitos omissivos”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 33/101-120 pp., ano 9, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar./2001, p. 111.

147 Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, cit., p. 569.

Até mesmo os autores que a defenderam com convicção, como Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, admitem hoje que é preciso introduzir na Teoria da Causalidade Adequada ao menos uma correção: a adequação não deve abranger apenas a causa e o efeito isoladamente considerados, mas todo o processo causal. É que, conforme adverte Pessoa Jorge, pode acontecer de o comportamento do agente ser adequado, por si e em abstrato, a provocar o dano, mas este se produza por um processo diferente. Para explicar o que foi dito, o referido autor vale-se do seguinte exemplo:

“Quando se diz que disparar um tiro contra alguém é causa adequada da morte, está naturalmente a pensar-se na hipótese de o projectil atingir órgãos vitais do visado: é pensando nesse processo que podemos afirmar constituir causa adequada da morte o comportamento de quem aponta uma pistola para outrem e prime o gatilho. Suponhamos, porém, que a vítima, apenas ligeiramente ferida, vem a morrer num desastre da ambulância que a conduz ao hospital. Há aqui os dois pólos da adequação causal (o disparar da pistola e a morte), simplesmente o resultado não se produziu concretamente pelo processo por que o facto era abstractamente sua causa adequada”<sup>148</sup>.

E logo após afirma que esta correção à Teoria da Causalidade Adequada é aceita na doutrina portuguesa e merece inteiro aplauso, pois permite excluir da causalidade do fato danoso não só os prejuízos que este em regra não produzi-

---

148 Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., pp. 395-396.



ria, mas também aqueles que normalmente produziria, embora por processo diferente do que realmente se deu. Em qualquer dos casos, ficariam, assim, afastados os desvios fortuitos<sup>149</sup>.

Na década de 70, ao examinar a responsabilidade do Estado por atos lícitos, Canotilho já atentava para as deficiências dessa teoria, ressaltando a importância de se averiguar o sentido e alcance da norma jurídica. Para este autor, embora a Teoria da Causalidade Adequada fosse "frutuosa", nem sempre resolvia satisfatoriamente todos os problemas relacionados à causalidade:

"a) Uma vez porque a questão não pode ser solucionável em sede de causalidade. A mudança de uma estrada, a supressão de uma via férrea, a deslocação de uma Universidade serão actos estaduais susceptíveis de acarretarem o aniquilamento económico dos hoteleiros ou livreiros que tinham a sua actividade dependente da existência de uma via de comunicação ou de um estabelecimento de ensino. A medida estadual é abstractamente causa adequada dos danos sofridos pelos comerciantes referidos. É fácil de reconhecer, porém, que, alargar a responsabilidade estadual a todos os danos desta espécie, cairíamos na aceitação de uma responsabilidade objetiva geral do Estado. (...) b) Noutros casos passa-se o inverso: a teoria da causalidade adequada leva-nos a negar a existência de um nexó causalístico

149 Na opinião deste autor: "É este, no fundo, o escopo da teoria da causalidade adequada: afastar do campo da responsabilidade os danos provocados por aquilo a que podemos chamar desvios fortuitos" (Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., p. 394).

para certos danos que, razoavelmente, se devem considerar mercedores de tutela reparatória a cargo do Estado"<sup>150</sup>.

Na opinião do constitucionalista português, muitas vezes a Teoria da Causalidade Adequada nega a existência do liame causal para certos danos que deveriam ser reparados pelo Estado. Canotilho, à guisa de exemplo, lembra-se dos danos decorrentes de vacinações obrigatórias: se, por motivo da constituição particular de um indivíduo, este vem a sofrer de uma doença grave logo após ser vacinado, em que medida o resultado danoso pode ser considerado consequência adequada do ato estadual? De acordo com a Teoria da Causalidade Adequada, que põe deliberadamente de lado, na formulação do juízo de adequação, certas circunstâncias que interfeririam no processo causal concreto do dano — como, no caso, a especial constituição física da vítima que a tornava alérgica à vacina —, a resposta só poderia ser negativa. "Um facto só deve considerar-se causa adequada daqueles danos que constituam uma consequência normal, típica, provável dele e a vacina não é, em abstracto, uma causa adequada da morte de um indivíduo que, por hipótese, era alérgico a essa vacina"<sup>151</sup>.

Como, então, proteger as vítimas de uma vacinação obrigatória? "Se não quisermos abandonar a teoria da causalidade adequada, o caminho será o de, através da interpretação de normas, verificar se o sentido dessas normas foi o de incluir a cargo do responsável todos os danos compreen-

150 José Joaquim Gomes Canotilho, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, cit., pp. 313-314.

151 José Joaquim Gomes Canotilho, *ob. cit.*, pp. 314-315.

didos numa certa zona de riscos”<sup>152</sup>. Ao ver de Canotilho, o recurso ao sentido das leis e da ordem jurídica será susceptível de conduzir a uma solução diferente da causalidade adequada.

No entendimento de António Menezes Cordeiro, a fórmula da adequação, se bem se atentar, é pouco explicativa, pois “em abstracto, são viáveis as mais diversas causas, tudo dependendo dos dados que se acrescentem”, o que esclarece com o seguinte exemplo: o agente A atinge a vítima B, no peito, com um tiro; B morre: há relação de causalidade, uma vez que o disparo no peito é causa adequada de morte. Mas se, em vez disso, A apenas deixasse cair os óculos no chão e B, em consequência do susto, morresse: não haveria causalidade, por falta de adequação; contudo, se A, herdeiro de B e conhecedor de sua insuficiência cardíaca, “agravada por grande sensibilidade ao inesperado”, deixa cair os óculos de propósito, na tentativa de matar B que, de fato, morre, já haverá responsabilidade. “E adequação? Se a resposta for positiva, veremos que a fórmula da ‘adequação’ já não é bitola de coisa nenhuma: trata-se, apenas, dum espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético, até que a ciência do Direito seja capaz de explicar o fenómeno”. Além disso, acrescenta que a adequação depara com uma série de dificuldades perante normas de proteção e tutelas indiretas<sup>153</sup>.

Assim, embora esta teoria tenha o mérito de estabele-

152 José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 316. O exemplo de Canotilho envolve outra discussão acerca dos riscos de desenvolvimento que foge ao escopo deste trabalho. Sobre este tema ver: Marcelo Junqueira Calixto, *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

153 António Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, cit., pp. 533-534.

cer uma limitação à infinita série dos antecedentes causais<sup>154</sup>, é criticada por ser muito filosófica, o que dificulta sua aplicação prática. O conceito de causa adequada é algo fluídico e que admite distinções várias, de acordo com este ou aquele autor. Decerto, se, por um lado, a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais não dá margem para que o juiz aprecie bem os fatos; por outro, a Teoria da Causalidade Adequada depende muito do arbítrio do julgador para ser aplicada em concreto. Mas o fato é que quase todas as teorias dependem, por assim dizer, de um certo arbítrio do magistrado. Seja como for, apesar das críticas, a Teoria da Causalidade Adequada tem prevalecido em vários ordenamentos e é, também, uma das teorias mais invocadas no Brasil<sup>155</sup>, onde doutrina e jurisprudência se dividem

154 Conforme observa Luís Greco: “A importância da teoria da adequação, contudo, está em dois fatores: primeiramente, ela dá provas da insuficiência de um tratamento exclusivamente causal-naturalístico da realização do tipo. (...) Em segundo lugar, ao excluir do campo do penalmente relevante tudo que seja imprevisível, isto é, tudo que se produza por acaso, ela não deixa de realizar uma importante tarefa à qual não pode furtar-se nenhuma teoria da imputação” (Claus Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, cit., p. 27).

155 Enumeram-se a seguir os principais autores que afirmam que a Teoria da Causalidade Adequada é a teoria que prevalece em seu país. Em Portugal: Pereira Coelho, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, cit., p. 32; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, cit., pp. 318-319; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., p. 674; João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, cit., p. 900; Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., p. 412; Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, *Direito das obrigações* [1990], v. 1, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 505; João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do produtor*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 712. Na França: Geneviève Viney e Patrice Jourdain, *Traité de droit civil* (1982), 2. ed., Paris: L.G.D.J., 1998, p. 161. Na Espanha: Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, 3. ed., Madrid: Edi-

torial Montecorvo, 1981, p. 217; Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 116. Na Argentina: Isidoro H. Goldenberg, *La Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 22; Rubén H. Compagnucci de Caso, "Responsabilidad civil y relación de causalidad", cit., p. 53; Atilio Anibal Alterini, *Responsabilidad civil: limites de la reparación civil*, cit., pp. 150-151; Dora M. Gesualdi, *Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución. Relación de causalidad*, cit., p. 74; Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 272; Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de derecho civil*, tomo III, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973, pp. 713-714; Carlos Alberto Gherzi, *Reparación de daños*, 2. ed., Buenos Aires: Editorial Universidad, 1992, p. 199. No Brasil: José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v. 2, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 695; Clóvis do Couto e Silva, "Dever de indenizar", in Vera Maria Jacob de Fradera (org.), *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 194; Antônio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, cit., p. 343; Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 71; Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Elementos de responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 53; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, v. 4, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 39; Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 243; Regis Fichtner Pereira, *A responsabilidade pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 399; Raimundo Gomes de Barros, "Relação de causalidade e o dever de indenizar", in *Revista do Direito do Consumidor*, n° 34/135-145 pp., ano 9, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun./2000, p. 141; Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, cit., p. 608; Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, "Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios". In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, v. 13, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 80; Antônio Junqueira de Azevedo, "Responsabilidade civil. Assalto em estacionamento de supermercado. Estacionamento gratuito como caso de 'relação contratual de fato'. Admissão de prova de não-culpa. Estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte. Falta da relação de

entre esta e a Teoria do Dano Direto e Imediato, exposta no final deste capítulo<sup>156</sup>.

causalidade adequada", in *Revista dos Tribunais* — RT, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n° 735, pp. 121-128, jan./1997, pp. 127-128; Judith Martins-Costa, "Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo", cit., p. 95, mas esta última autora considera a Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato uma variação da Teoria da Causalidade Adequada. Na Itália, conforme já se explicou, a jurisprudência adotou, predominantemente, a vertente da regularidade causal, de De Cupis (vide nota 146). Para Fernando Noronha: "Hoje em dia, aliás, até é possível encontrar certo apoio para a causalidade adequada no art. 335 do Código de Processo Civil, que, dispondo embora sobre a apreciação da prova pelo juiz, consagra, como se verá melhor na seção que se segue, a velha regra do *id quod plerumque accidit*, ao determinar que o julgador 'aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece'" (*Direito das obrigações*, cit., p. 610).

156 A bem da verdade, muitos dos autores que consideram a Teoria da Causalidade Adequada a teoria adotada pelo direito brasileiro, no momento de aferir o nexo causal, buscam, no mais das vezes, a causa necessária do dano, confundindo-a com a Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato. Ressalte-se, como exemplo, o seguinte trecho da obra de Sérgio Cavalieri: "A expressão — efeito direto e imediato — está, aí, a indicar uma relação de causalidade direta e imediata; que o lucro frustrado há de ser consequência necessária da conduta do agente" (*Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 74). O referido autor, embora adote nominalmente a Teoria da Causalidade Adequada (vide nota anterior), entende que o dano tem de ser consequência necessária da conduta do agente, tal como determina a Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato. Trechos como esses são bastante comuns nos manuais. Mas essa confusão conceitual não é difícil de se explicar. No Brasil, como o nexo causal não foi muito estudado, é natural que os manuais de responsabilidade civil confundam as teorias, tanto mais a jurisprudência diante deste tema que é tão complexo. Além disso, os próprios defensores da Teoria da Causalidade Adequada, que antes só se interessavam em saber se a causa era adequada, em abstrato, à produção do dano, para só depois analisar a situação em concreto, hoje já ressaltam a importância de se verificar se a cadeia causal foi ou não interrompida,



## 2.4. Teoria do Escopo da Norma Jurídica Violada

Após criticar a Teoria da Causalidade Adequada, afirma Menezes Cordeiro que a jurisprudência do *Reichsgericht*, apesar de algumas hesitações iniciais, acolheu-a ao menos na forma. Mas coube à doutrina firmar uma alternativa clara à fórmula da adequação — este, aponta o mencionado autor, foi o mérito de Rabel, com determinados antecedentes e, depois, de Kramer —, com base na Teoria do Escopo da Norma Jurídica Violada, segundo a qual, explica Antunes Varela:

“(...) a distinção entre os danos indemnizáveis e não indemnizáveis se deve fazer, não em obediência ao pensamento da *causalidade adequada* do facto, mas tendo em vista os reais interesses tutelados pelo *fim do contrato*, no caso de responsabilidade contratual, ou pelo *fim da norma legal*, no caso de responsabilidade extracontratual. O critério fundamental da seleção dos danos reparáveis repousaria, assim, de acordo com a tese lançada por RABEL e que tão larga audiência encontrou entre os civilistas alemães, não na idéia clássica da *causalidade*, mas no elemento positivo do *fim da protecção (Schutzzweck) contratual ou legal*”<sup>157</sup>.

Esta teoria — também conhecida como Teoria da Rela-

---

aproximando a Teoria da Causalidade Adequada à Teoria do Dano Direto e Imediato. Note-se que a preocupação com a interrupção do nexo sempre foi o cerne desta última teoria, e não daquela. Em Portugal, também se afirma que “a causa adequada é, pois, uma condição necessária” (Jorge Leite Areias Ribeiro, *Direito das obrigações*, cit., p. 501).

<sup>157</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, cit., p. 901.

tividade Aquiliana<sup>158</sup> — se funda no pressuposto de que não é possível individualizar um critério único e válido para se aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil. Propõe-se, então, que o julgador se volte para a função da norma violada, para verificar se o evento danoso recai em seu âmbito de protecção. Por outras palavras, quando o ilícito consiste na violação de regra imposta com o escopo de evitar a criação de um risco irrazoável, a responsabilidade estende-se somente aos eventos danosos que sejam resultado do risco em consideração do qual a conduta é vedada. Para explicar a teoria, Marco Capecchi formula o seguinte exemplo: um automóvel estacionado em local proibido, reservado a deficientes, é abalroado. Neste caso, nenhuma responsabilidade deve ser imputada ao motorista só porque estava parado em lugar proibido, “*perché la norma non intendeva prevenire i sinistri, ma solo agevolare i soggetti portatori di handicap*”<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> A observação é de Fernando Noronha: “Esta teoria é conhecida como da relatividade aquiliana. Diz-se que tal como os contratos apenas produzem efeitos entre as partes [v. 3, cap. 26], o que seria a ‘relatividade contratual’, assim também a ação de reparação por danos derivados de atos ilícitos só poderia ter por objeto danos que coubessem no âmbito de protecção da norma violada. A designação ‘relatividade aquiliana’ tem o inconveniente de fazer parecer que a teoria seria aplicável somente no âmbito da responsabilidade culposa, a única que pode ser apropriadamente designada de ‘aquiliana’ [7.1.2.b]. Por isso, e como ela se aplica também (e talvez sobretudo) no âmbito da responsabilidade objetiva, onde não se fala em atos ilícitos, parece que a designação mais adequada ainda é a que apela para o escopo da norma violada” (*Direito das obrigações*, cit., p. 614).

<sup>159</sup> Marco Capecchi, “Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie ‘fatto illecito’ a criterio di limitazione del risarcimento del danno”, cit., p. 98. Em tradução livre: “(...) porque a norma não pretendia prevenir os sinistros, mas somente facilitar os portadores de deficiência”. Para que se possa compreender bem esta teoria, veja-se também o

Conforme observa Menezes Cordeiro, o reconhecimento jurisprudencial dessa doutrina, para efeitos de causalidade, mesmo fora do estrito âmbito das normas de proteção, não tardou, pois, em 22 de abril de 1958, tal teoria foi acolhida por uma decisão do "Bundesgerichtshof". A partir de então, a seu ver, o escopo da norma violada não mais pararia de ganhar terreno, no campo da causalidade. Sem pretensão de exaustão, Menezes Cordeiro refere-se, então, às tomadas de posição de Heinrich Lange e, em especial, de Hermann Lange e depois aponta como seguidores da teoria: Joseph Georg Wolf, Thomas Raiser, Frank Bydlinski, Lüer, Larenz, Hanau, Sourlas, Kramer, Gottwald, Madrich, Lang, Kupisch/Krüger, Schack e Lan-

exemplo de Fernando Noronha: "Figuremos um outro exemplo simples, em que ainda hoje fica patente a limitação da obrigação de indenizar em razão do escopo da norma. Se um pedestre atropelado é abandonado na estrada e, ficando em estado de inconsciência, é vítima de um furto, o causador do acidente será, sem dúvida, responsável não só pelas lesões corporais, como também pelo dano decorrente do furto; se essa pessoa não tiver dado causa ao acidente (por exemplo, se este foi devolvido a fato da própria vítima), o motorista interveniente, que tinha a obrigação de transportá-lo a lugar onde pudesse ser assistido, será responsável pelo furto e pelo eventual agravamento das lesões. Se, porém, é terceiro que passa e omite a prestação de socorro, ele será civilmente responsável apenas pelo eventual agravamento das lesões, mas não pelo posterior furto. É que embora o furto ainda seja consequência adequada da situação de abandono do sinistrado, que é da responsabilidade tanto do causador do acidente como de quem negou socorro, a verdade é que a responsabilidade civil (e até a penal, quando estejam presentes os pressupostos tipificados no art. 135 do Código Penal) do terceiro que omite socorro tem por finalidade salvaguardar a saúde da vítima, não os seus bens: neste caso, a responsabilidade tem de se restringir aos eventos danosos que, para aproveitarmos uma afirmação expressiva de Giovanna Visintini [1996, p. 583], 'constituem a realização do risco em função do qual a conduta é vedada pela lei'" (*Direito das obrigações*, cit., pp. 616-617).

ge/Hagen. Embora com delimitações diversas, acrescenta, ainda, que a Teoria do Escopo da Norma, no tocante à causalidade, é aceita por grande parte dos obrigacionistas, autores das obras gerais mais consagradas, como Larenz, Fikentscher, Esser/Schmidt, Deutsch e Canaris<sup>160</sup>.

Menezes Cordeiro critica a doutrina portuguesa que, segundo ele, se manteve teimosamente à margem desta evolução, já que a maioria dos civilistas portugueses entende que a teoria adotada em Portugal é a da causalidade adequada<sup>161</sup>. Gomes da Silva, no entanto, sem qualquer ligação aos trabalhos de Rabel, adiantando-se a toda a evolução alemã subsequente, propôs uma doutrina da causalidade que, na concepção de Menezes Cordeiro, "praticamente corresponde à do escopo da norma jurídica violada"<sup>162</sup>. Salienta ainda o Professor da Faculdade de Direito

160 António Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, cit., pp. 534-539. A Teoria do Escopo da Norma Jurídica Violada também repercutiu no Direito inglês, mas sob outra denominação ("*breach of statutory duty*"). Hart e Honoré analisaram o precedente mais famoso, em que se examinou o escopo da norma violada. Trata-se de *Gorris v. Scott*, (1874) LR9 Ex. 125. No caso, as más condições metereológicas fizeram com que determinada embarcação virasse no mar, acarretando a morte de certo animal que ali estava sendo transportado. O prejudicado intentou ação contra a transportadora, pleiteando indenização sob a alegação de que fora violada a norma que obrigava a embarcação a transportar o animal em compartimento fechado. No julgamento, o pedido autoral foi negado, porque se entendeu que a norma violada não tinha o objetivo de proteger o animal das condições metereológicas, mas apenas o de evitar o contágio de outros animais (*Causation in the law*, cit., p. 275).

161 Vide nota 155.

162 Menezes Cordeiro critica, especificamente, Antunes Varela, porque este autor se refere à "teoria do fim tutelado do contrato ou pela norma legal infringida", rejeitando-a de forma sumária, "sem contestar a sua utilidade" (*Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, cit., p. 539). Observe-se, no entanto, o que diz

de Lisboa que, na Itália, a doutrina do escopo da norma violada tem muitos defensores, juristas de escol como Pietro Trimarchi, que convivem lado a lado com referências tradicionais à causalidade adequada, como Alberto Trabucchi, e à regularidade estatística, como Francesco Galgano, Benucci e, também, Paolo Forchielli<sup>163</sup>.

Para Menezes Cordeiro, a fórmula da adequação traduziu, efetivamente, “uma cobertura lingüística que permitiu, ao longo dum século, aos tribunais, fazer prevalecer uma causalidade comum, assente no bom senso e na experiência”. Os casos de fronteira ficavam, entretanto, sem solução. “Um conhecimento, mesmo superficial, do actual estado das questões, na literatura jurídico-científica, mos-

---

Antunes Varela acerca dessa teoria: “Ora, não se contesta a utilidade que reveste no domínio da responsabilidade civil a determinação dos interesses concretamente visados, seja pela norma legal infringida, seja pelo contrato não cumprido ou defeituosamente executado. E não se afasta mesmo a possibilidade de recorrer a esse elemento como um auxiliar precioso na resolução das dúvidas suscitadas quanto à existência, em algumas espécies, quer da ilicitude, quer do nexó de causalidade. Mas o que parece manifesto desacerto é a pretensão de substituir o nexó de causalidade adequada pela simples identificação dos interesses tutelados pela norma ou pelo contrato para traçar com rigor o círculo dos danos indemnizáveis. No caso da responsabilidade contratual, é hoje ponto assente que o devedor responde, não só pelo cumprimento dos *deveres* (principal e secundários) *de prestação*, mas também pela observância dos *deveres acessórios de conduta*. E, principalmente quanto a estes últimos, não se afigura possível, como Larenz justamente observa, proceder a uma criteriosa seleção dos danos provenientes da sua inobservância, para distinguir entre o que devem e não devem ser indemnizados pelo obrigado, sem recorrer ao nexó de causalidade entre o facto constitutivo de responsabilidade (a falta de cumprimento, o cumprimento defeituoso, a mora no cumprimento, etc.) e o dano” (*Das obrigações em geral*, cit., p. 902).

<sup>163</sup> António Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, cit., p. 540.

tra que a adequação não mais pode vir referida como a solução definitiva da causalidade. Estamos, já, bastante para além disso”<sup>164</sup>.

Em seguida, passa o mestre português a examinar a maneira pela qual, na prática, são reconhecidas e tratadas as questões de causalidade. Identifica, então, na jurisprudência portuguesa, três fases de evolução:

“Num primeiro grupo de casos, verificamos que a causalidade é tratada, a nível do Supremo, em termos intuitivos, embora sempre com a possível sindicância normativa. (...) Num segundo grupo, o Supremo passa, sob clara pressão doutrinária, a apelar à causalidade adequada supondo mesmo, por vezes — o que não é, reconhecidamente, o caso — que ela tem consagração legal. Subjacente há, contudo, sempre uma interpretação das regras jurídicas em presença. (...) Finalmente, o Supremo, embora referindo, ainda, uma ‘causalidade adequada’, passa a ponderar os problemas em termos normativos. (...) Esta viragem, do Supremo, para um entendimento normativo da causalidade — ainda que, sob referências verbais à adequação — é, ainda, reforçada pela passagem da causalidade, de questão-de-facto a questão-de-direito. Aliás, se a inerente viragem jurisprudencial se deu, apenas, nos últimos anos, isso deve-se, fundamentalmente, ao facto de o Supremo conseguir o mesmo efeito prático — o de reapreciar questões de responsabilidade civil — através da redistribuição das ‘culpas’; recorde-se que a ‘culpa’ já havia, anteriormente, sido promovida à questão-de-direito. Na verdade, causalidade, depende, caso a caso, da interpretação das normas de imputação envolvidas. Elas dão a medida

---

<sup>164</sup> António Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 541.

da protecção, na imputação por acto ilícito, e a medida do risco, na imputação objectiva. Há, sempre presente, um nível normativo, a sindicar pelo Supremo<sup>165</sup>.

Na opinião de Menezes Cordeiro, a Teoria do Escopo da Norma oferece uma efetiva dogmática, com particular utilidade em áreas periféricas, como a da responsabilidade dos administradores. "Aí, na verdade, ela faculta respostas, directas e claras, sobre a causalidade obrigacional — veja-se o teor do vínculo violado — e sobre a causalidade aquiliana — interpreta-se a norma instituidora da ilicitude"<sup>166</sup>. No domínio contratual, a causalidade normativa — expressão da qual também se utiliza Menezes Cordeiro para denominar a teoria — permite delimitar, com a maior precisão, o universo dos danos a considerar<sup>167</sup>. No campo aquiliano, "tudo quanto tenha a ver com omissões, com normas de

165 António Menezes Cordeiro, ob. cit., pp. 542-547.

166 António Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 548.

167 Outro autor português que defende a teoria do escopo da norma jurídica violada é Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, como se vê: "Já a teoria do escopo da norma jurídica violada defende, pelo contrário, que para o estabelecimento do nexos de causalidade é apenas necessário averiguar se os danos que resultaram do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjectivo ou da norma de protecção. Assim, a questão da determinação do nexos de causalidade acaba por se reconduzir a um problema de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos. Tivemos já em tempos a ocasião de defender que nos parece ser esta a melhor forma de determinação do nexos de causalidade. Efectivamente a obrigação de reparar os danos causados constitui uma consequência jurídica de uma norma relativa à imputação de danos, o que implica que a averiguação do nexos de causalidade apenas se possa fazer a partir da determinação do fim específico e do âmbito de protecção da norma que determina essa consequência jurídica" (*Direito das obrigações*, v. 1, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 348).

protecção e com deveres do tráfego tem um enquadramento causal fácil, à luz do escopo das normas em presença"<sup>168</sup>.

A análise de Menezes Cordeiro, a respeito das novas tendências da jurisprudência portuguesa, é mesmo muito interessante. No Brasil, a doutrina não se refere expressamente à Teoria do Escopo da Norma nem para criticá-la, tampouco para elogiá-la. É possível observar, entretanto, uma nítida evolução da jurisprudência, como em Portugal, no sentido de distinguir a causalidade natural da jurídica.

## 2.5. Teoria da Ação Humana

Esta teoria, formulada por Sebastián Soler, que seguiu o caminho iniciado por Binding e Antolisei, centra-se na distinção conceitual entre "ação" e "causalidade". Com efeito, a confusão na definição desses dois termos foi tamanha, a ponto de levar os defensores das teorias causalistas a resultados absurdos na prática, como se percebe na aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, que cria formas hipertróficas de responsabilidade civil.

De acordo com a Teoria da Ação Humana, para o Direito a causalidade natural pouco importa, pois causa normal é apenas a que advém da vontade do sujeito atuante como "força produtora supercausal"<sup>169</sup>. Na formulação de Soler

168 António Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, cit., p. 555.

169 Segundo Jorge A. Carranza, no campo do Direito, a causalidade não se assenta na mera cadeia de precedentes físicos — como ocorre nas ciências naturais —, mas, sim, na concatenação material que sofre interferência do homem — "ser de libertad" —, que intervém como "agente de los acontecimientos", influido nos fatos com sua conduta ("Notas para el estudio de la relación causal en el acto ilícito civil", in L.L. (a)/pp. 145-745, *apud* Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., pp. 31-32).

é, portanto, equivocado observar o problema da causalidade sob o ponto de vista físico, já que o ser humano age segundo sua consciência e vontade, componentes que contribuem decisivamente nas suas relações com o mundo exterior.

A ação humana contém efeitos e elementos que não podem ser encontrados na causalidade: a liberdade humana. Somente a ação humana é criadora de valores, já que o homem é autor, não quando é causa do resultado, "*sino cuando ha tomado parte en la ejecución del hecho*"<sup>170</sup>. Na ótica de seus defensores, em vez de se fazer a pergunta tradicional "quando a ação é causa do resultado?", deve-se antes questionar quando um sujeito é autor de determinado resultado<sup>171</sup>.

170 Rubén H. Compagnucci de Caso, "Responsabilidad civil y relación de causalidad", cit., p. 42. Mais adiante, na mesma página, explica o referido autor que, nos termos da Teoria da Ação Humana, "*el juez debe resolver no sólo la pura relación hipotética sino el total contenido de la acción, lo efectivamente calculado por el sujeto como fuerza productora supercausal, tomando en consideración lo calculable, lo posible, lo probable, resumiéndolo en una causalidad intelectualizada*" (ob. cit., p. 42).

171 É o que ensina Ignacio de Cuevillas Matozzi a respeito desta teoria: "*Lo que se analiza aquí no es la causación natural. Sus partidarios manifiestan que para el derecho sólo es causa normal la voluntad del sujeto actuante como fuerza productora supercausal. Debido a ello, es equivoco mirar el problema desde el punto de vista físico, ya que el ser humano está provisto de conciencia y voluntad, componentes con los que contribuye decisivamente en sus relaciones con el mundo exterior. En la acción humana existe un elemento que no se encuentra jamás en la causalidad: la libertad. En este sentido podemos decir que la acción comprende efectos y elementos que la causalidad no contiene. Por ello, algunos de los sostenedores de la presente teoría dicen que en vez de hacernos la pregunta tradicional '¿cuándo una acción es causa de un resultado?', el planteamiento verdadero sería el de responder al interrogante '¿cuándo deberá considerarse a un sujeto autor de determinado*

A Teoria da Ação Humana, assim como foi exposta, apresenta certas semelhanças com a Teoria da Causalidade Adequada, especialmente em relação à sua concepção subjetivista<sup>172</sup>. Mas, enquanto para esta é suficiente que as conseqüências que se produzam sejam possíveis em tese, a Teoria da Ação Humana, ao contrário, requer um juízo razoável em relação às probabilidades de se produzir tal ou qual resultado, análise que deverá ser realizada tendo em vista o caso concreto, isto é, a situação existente quando da realização da ação, as previsões do seu autor no momento e o curso que realmente seguiu sua ação<sup>173</sup>. As circunstâncias extraordinárias, caso fortuito ou força maior, ou qualquer outro fato imprevisível alheias ao agente devem ser descartados.

Os defensores dessa teoria, no âmbito do Direito Penal,

*resultado?'. Ser autor y ser causa son dos cosas completamente diferentes*" (La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños, cit., p. 95).

172 Ao compará-la com outras teorias, afirma Isidoro H. Goldenberg: "*La doctrina de la acción humana tiene puntos de coincidencia con la de la causalidad adecuada en su versión subjetiva, aunque en la formulación de aquélla se puntualiza el matiz diferencial entre ambas: no es suficiente que las consecuencias sean posibles desde un punto de vista genérico, como lo plantea esta última tesis, sino que es menester la determinación concreta de las posibilidades razonables (probabilidades) de los resultados*" (La relación de causalidad en la responsabilidad civil, cit., pp. 31-32).

173 Nesse sentido, explica Soler: "*Ese juicio razonable debe tomar en cuenta, en primer lugar, el estado de cosas en que la acción fue emprendida, los cálculos hechos por el autor sobre el curso de los fenómenos y los que razonablemente debía hacer; debe examinarse finalmente el curso efectivamente seguido, y ver si en él no existe algún acontecimiento excepcional, fortuito y autónomo, es decir, no abarcado en el 'programa' de acción del sujeto*" (Sebastián Soler, Derecho penal argentino, tomo I, Buenos Aires: Tea, 1963, p. 301).



partiram da premissa de que a causalidade, como ponto crucial da teoria do tipo, deve ser substituída pelo conceito de ação, retornando, assim, "*a la antigua confusión entre acción humana y el desvalor de la misma, es decir, su reprochabilidad*"<sup>174</sup>. Exatamente por isso, esta teoria não é considerada satisfatória para explicar a relação de causalidade no Direito Civil.

## 2.6. Teoria do Dano Direto e Imediato

Por fim, chegou-se ao que é, nos dizeres de Wilson Melo da Silva, o desejável meio termo: a Teoria do Dano Direto e Imediato, também conhecida como Teoria do Nexo Causal Direto e Imediato ou Teoria da Interrupção do Nexo Causal<sup>175</sup>.

174 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 96.

175 Conforme observa Wilson Melo da Silva, os primórdios de tal doutrina já poderiam ser verificados, em germe, no Direito romano, em passagem famosa de Paulo: "Se, como o relembra Paulo na passagem sua, mencionada, do Digesto, vêm a morrer de fome os escravos daquele que o encomendou, a certo vendedor, o trigo que, desse mesmo vendedor, não recebeu, por tal dano (morte dos escravos) não se poderia responsabilizar o dito vendedor. É que a morte dos escravos se deveu não, propriamente, à falta do trigo com que fossem alimentados, mas à incúria do dono deles, o comprador, que, em face da contingência (não recebimento do trigo), deixou de providenciar, desde logo, de maneira outra, para a alimentação de tais escravos. E assim aí, na incúria do comprador, nós encontraríamos a causa estranha do evento, aquela que, com anterioridade, teria efetivamente levado ao resultado danoso que, não obstante, surgiria em virtude do normal desenvolver dos acontecimentos. Pelo contrário, como doutrina Ulpiano e vem repetido por Giorgi, aquele que arrenda a terceiro um campo pejado de ervas venenosas, do que resultasse a morte do gado do arrendatário, teria de responder por essa morte. E tal solução se justifica pelo fato da existência da natural presunção de que teria podido, o arrendante, obstar a tal

Com o objetivo de explicar a essência desta teoria, isto é, o sentido e alcance da expressão "direto e imediato" prevista no art. 1.060 do Código Civil de 1916<sup>176</sup> e repetida no art. 403 do Código Civil de 2002<sup>177</sup>, várias escolas surgiram, tentando descobrir a fórmula perfeita que pudessem resolver todas as hipóteses. Em comum, todas elas defendiam que, se há uma violação de direito por parte do credor ou de terceiro, resta interrompido o nexo causal e, por consequência, libertado da responsabilidade está o autor da primeira causa. Mas quando a interrupção do nexo causal ocorria por fatos naturais, as divergências vinham à tona.

A primeira dessas subteorias famosas é a de Tomaso Mosca, denominada Teoria da Causalidade Jurídica. Em síntese, afirmava o autor:

dano, e não o fez. Deixaria de haver, aí, a causa estranha, suscetível de interromper o nexo causal" (*Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 129). Note-se que a mesma passagem foi evocada por De Cupis como precedente histórico da Teoria da Regularidade Causal.

176 "Art. 1.060. 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". O art. 1.060 do Código Civil de 1916 inspirou-se no art. 1.151 do Código Civil francês de Napoleão, segundo o qual: "*Art. 1.151. Dans les cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*". Em tradução livre: "Art. 1.151. Nos casos mesmo onde a inexecução da convenção resulta do dolo do devedor, os danos e interesses devem compreender, com respeito à perda provada pelo credor e ao ganho do qual ele foi privado, o que for uma consequência direta e imediata da inexecução da convenção".

177 "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".

"(...) quando no complexo dos elementos naturais e voluntários, sem os quais um acontecimento danoso não se teria verificado, há um fato ilícito, este é, juridicamente, causa do mesmo evento, e todos os outros elementos responsáveis não são senão simples condições. Se, pois, os fatos ilícitos são vários, o último se reputa causa direta e imediata e os outros, causa indireta e mediata do evento"<sup>178</sup>.

Baseia-se a subteoria de Mosca na distinção entre causa no mundo físico e causa no mundo jurídico, pois, segundo este autor, não se reputam causas senão os fatos ilícitos. A fim de se determinar a causa direta e imediata no campo jurídico, seria necessário desconsiderar os fatos naturais, bem como os voluntários não ilícitos. Em outros termos, se o novo dano decorresse de fato natural, ou de pessoa inimputável, subsistiria a responsabilidade do causador do primeiro dano, mas se o causador do segundo dano fosse capaz, e o ato, ilícito, o primitivo agente não responderia. A teoria de Mosca peca, entretanto, por excluir o fortuito do papel de causa estranha, interruptiva do nexa causal<sup>179</sup>.

178 Trecho traduzido e citado por Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 373).

179 Agostinho Alvim relata que Polacco, examinando certa crítica do criminalista Pessina à teoria de Mosca, dá razão àquele, cuja objeção entende não ter sido respondida: "A objeção pode ser assim construída: se alguém, por culpa, é causa de que terceiro fique perturbado da mente, e este, em tal estado, causa dano a si próprio ou a outra pessoa, responderá o primeiro também por este dano? Todos decidem que não. E Mosca, respondendo, diz que também ele opina pela negativa, e isso porque aqueles atos só poderiam ser praticados suposto o desleixo de quem, por lei, devesse zelar do demente. O não cumprimento deste dever é um fato ilícito, imputável a alguém, e no desleixo desse alguém temos uma causa do dano, razão por que se interrompe o nexa causal, em relação àquele que deu causa à loucura. Mas, prossegue Polacco,

A segunda subteoria de grande aceitação foi a de Coviello, cuja essência estaria em verificar se a causa que gerou o novo dano o teria produzido, abstração feita do ato do devedor, autor do primeiro dano. Caso a resposta fosse positiva, romper-se-ia o nexa. Na prática, entretanto, os críticos observaram ser difícil chegar à conclusão tão exata, pois seria necessário medir a força do evento para saber se este, por si só, seria ou não capaz de produzir o dano. Coviello baseava sua teoria no art. 1.298 do Código Civil italiano de 1865, que se assemelha ao art. 399<sup>180</sup> do Código Civil brasileiro<sup>181</sup>.

As divergências entre uma e outra escola não chegam a

podemos supor que o louco cause dano, antes que haja um responsável por ele, imediatamente após haver ficado louco e conclui que, para ser coerente, Mosca deveria admitir que, dada esta hipótese, o nexa não se deveria romper, uma vez que não se interpõe a culpa, isto é, o ato ilícito de terceiro. Não sabemos se esta objeção foi respondida por Mosca, mas a nós afigura que Polacco não tem razão quando imagina que aquela teoria é vulnerável por esse lado. E isso porque, de acordo com ela, o nexa causal, nesta hipótese, não se romperia. Para ser coerente (diz Polacco) Mosca deveria admitir esta conclusão. Mas certamente a admitiria se lhe fora proposto o problema, visto estar ela de acordo com a sua teoria. A suposição de Mosca é o desleixo da pessoa encarregada de zelar. Se supusermos, como quer Polacco, que o louco, imediatamente depois de haver perdido o juízo, cause dano a terceiro, antes que haja um curador responsável, o nexa não se terá interrompido, porque, segundo Mosca, é preciso, para que haja interrupção, que alguém tome o lugar do primeiro" (Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., pp. 374-375).

180 "Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada".

181 Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 378.

formar outras teorias, mas tão-só subteorias ou variantes doutrinárias da Teoria do Dano Direto e Imediato. Contudo, a que teve mais êxito ao explicar o significado da expressão “direto e imediato” foi a doutrina da necessariedade da causa, que, criada por Dumoulin e Pothier, contou com o apoio de Colin et Capitant, Huc, Giorgi, Polacco, Chironi e Gabba. De acordo com a escola da necessariedade, o dever de reparar só surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa<sup>182</sup>.

Questionou-se, a princípio, se havia diferença de significado entre os termos “direto” e “imediato”. Para a subteoria da necessariedade, a expressão “direto e imediato”

182 Pothier questiona se os danos que são consequência distante e indireta da ação do agente devem ou não ficar sem reparação: “(...) se a doença contagiosa que foi transmitida a meus bois pela vaca que me foi vendida me impediu de cultivar minha terras, o dano que eu sofri pelo fato de minhas terras terem permanecido sem cultivo parece também uma consequência do dolo desse negociante que me vendeu a vaca infectada, mas é uma consequência mais distante do que aquela sofrida diretamente pelo meu gado. Contudo, seria ele também responsável, por tais danos? E, se pela perda que eu tive do meu gado, e pelo dano que eu sofri pela falta de cultivo de minhas terras, fui impedido de pagar minhas dívidas, e meus credores seqüestraram e venderam meus bens a preço vil, o negociante seria responsável também por esses danos? A regra a ser seguida nesse caso é que, a meu ver, somente não se deve incluir nas perdas e danos, pelas quais um devedor é responsável por motivo de dolo, aqueles danos que são uma consequência distante, e que não são uma consequência necessária, pois eles podem ter outras causas. No caso anterior, por exemplo, o comerciante não será responsável pelos danos que eu tenha sofrido pelo seqüestro de meus bens, visto que este resultado é só uma consequência distante de seu dolo e não uma relação necessária, porque, mesmo que a perda de meu gado, causada por seu dolo, tenha influenciado no desequilíbrio de meus bens, esse desequilíbrio pode ter outras causas” (*Tratado das obrigações*, tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira, Campinas: Servanda, 2002, pp. 148-149).

deve ser interpretada, em conjunto, como “necessário”<sup>183</sup>. Segundo esta escola, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião. Excluem-se, pois, os danos ulteriores, oriun-

183 Nesse sentido, veja-se o comentário de Agostinho Alvim: “A expressão direto e imediato significa o nexo causal necessário. Esta é a interpretação do criador desta teoria (Dumoulin), do seu apologista e divulgador (Pothier), dos expositores do Código de Napoleão (o primeiro diploma que a acolheu) e de Códigos posteriores, alguns dos quais adotaram a expressão necessário ou necessariamente, para substituir a locução direto e imediato” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 384). André Tunc, Henri e Léon Mazeaud assim explicam a razão pela qual os prejuízos indiretos não devem ser reparados: “Para ciertos autores, hay dos razones que explican que el perjuicio indirecto no deba ser reparado. La primera consiste en que la culpa inicial no ha desempeñado un papel suficiente en la realización del daño. La segunda es que no se ha hecho la prueba de que, sin la culpa inicial, no se habría producido el perjuicio. Y, en la práctica, ambas razones se confunden. De ello cabe deducir la consecuencia y decir que el autor de la culpa inicial no responde, en la cadena de los perjuicios, nada más que de aquellos que sean la consecuencia cierta, necesaria, de su acto. La expresión de ‘daño necesario’ o de ‘resultado necesario’, que empleaba ya Pothier, es preferible a la de ‘daño directo’ o a la de ‘resultado inmediato’; marca más exactamente la naturaleza del vínculo de causalidad que se exige y el punto en que se detiene la responsabilidad del demandado. En efecto, no deja que se suponga que tan sólo debe ser reparado el primer perjuicio: el segundo, el tercero, el cuarto, etc., son susceptibles de comprometer la responsabilidad del autor de la culpa inicial: sucede así siempre que exista un vínculo cierto de causalidad con esa culpa; pero, cuanto más se alejan en la cadena de las consecuencias, disminuye más la certeza y se desdibuja el papel desempeñado en la realización del daño” (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, v. 2, tomo II, tradução da 5. ed. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, pp. 278-279, n° 1673).



dos de novas causas, sempre que estas não sejam efeito imediato e direto do inadimplemento da obrigação<sup>184</sup>.

Assim, embora muitos sejam os fatores que contribuem para a produção do dano; nem por isso se deve chamar de causa todos eles, mas tão-só os que se ligam ao dano em uma relação de necessariedade, a romper o equilíbrio existente entre as outras condições. A Teoria do Dano Direto e Imediato distingue, então, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições. Se várias condições concorrem para o evento danoso, nem todas vão ensejar o dever de indenizar, mas apenas aquela elevada à categoria de causa necessária do dano. Nesse sentido, observe-se a lição de Agostinho Alvim:

“A escola que melhor explica a teoria do dano direto é a que se reporta à necessariedade da causa.

(...)

Para explicar a teoria do dano direto e imediato nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessariedade da

184 Esta é, ao ver desta escola, a conclusão que se infere dos vocábulos “direto e imediato”, já adotados pelo Código Civil de 1916 e repetidos no art. 403 do Código Civil de 2002 — único preceito do Código Civil que trata, indiretamente, do nexos causal, embora de forma obscura e insuficiente. O referido dispositivo, apesar de estar localizado no Título IV — “Do Inadimplemento das Obrigações” —, também é aplicado à responsabilidade civil extracontratual, conforme salienta Gustavo Tepedino: “Considera esta doutrina que o art. 1.060, do Código Civil Brasileiro, embora trate de responsabilidade contratual, define a teoria adotada também em matéria de responsabilidade extracontratual, notadamente no que tange à causalidade” (“Notas sobre o nexos de causalidade”, in *Revista Trimestral de Direito Civil* — RTDC/3-19 pp., ano 2, v. 6, abr.-jun./2001, Rio de Janeiro: Padma, 2001, p. 4). A localização do art. 1.060 no Código Civil de 1916 é, aliás, um dos argumentos dos autores que defendem a unificação da teoria da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as considerações que se seguem. Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente.

Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas.

Assim é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.

Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.

Ora, a análise destes termos mostra, iniludivelmente, que a lei impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que ao inadimplemento se atribua, com exclusividade, a causa do dano<sup>185</sup>.

A causa direta e imediata nem sempre é a mais próxima do dano, mas, sim, aquela que necessariamente o ensejou, pois não é a distância temporal entre a inexecução e o dano que rompe o nexos causal<sup>186</sup>. “A idéia central, enunciada e repetida pelos autores, é, pois, a de que o aparecimento de outra causa é que rompe o nexos causal e não a distância

185 Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., pp. 380-381.

186 É claro que “cuanto más alejado está el daño del hecho culposo más difícil es relacionarlo con él” (Louis Josseland, *Derecho civil: teoría general de las obligaciones*, v. 1, tomo II, tradução de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires: Bosch Editores, 1951, p. 337), mas isso não significa que os danos indiretos nunca devam ser ressarcidos.

entre a inexecução e o dano"<sup>187</sup>. O dano indireto pode ser passível de ressarcimento, contanto que seja consequência direta de um ato ilícito ou de uma atividade objetivamente considerada<sup>188</sup>.

Não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas a proximidade lógica. Em regra, conforme salienta Agostinho Alvim, os danos indiretos ou remotos não são indenizáveis, porque quase sempre deixam de ser efeito necessário, em decorrência do aparecimento de concausas, mas se isso não ocorrer, eles devem ser indenizados:

"De tudo o que se vem de dizer, o que se conclui, em síntese, é o seguinte:

a) A doutrina de Pothier, contrapondo embora, o dano remoto ou indireto, ao direto, para o efeito de indenização, não quer, propriamente, excluir o dano indireto, mesmo porque, na fórmula que propõe como síntese de

187 Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 388.

188 Observe-se o exemplo de Agostinho Alvim: "Veamos, agora, o dano que, não obstante remoto, é consequência necessária do inadimplemento da obrigação, visto não haver interveniência de nenhuma outra causa. Alguém dá em arrendamento uma casa, permitindo a sublocação. Mas o senhorio é vencido, posteriormente, em ação reivindicatória; e o contrato de locação, como consequência, deixa de subsistir. Surge, para o locador, a obrigação de indenizar. Seria dano direto do locatário, indiscutivelmente, a diferença a mais que tivesse que pagar por uma casa semelhante, por ter havido alta de alugueres. Mas, se o locatário subalugasse cômodos dessa pensão, e, por força da rescisão, tivesse que indenizar hóspedes e empregados? Estes danos, é certo, não se ligam imediatamente à primeira causa. Todavia, como para o seu aparecimento não concorreu nenhuma outra causa, a consequência é que o dano será indenizável, dada a absoluta ligação entre a primeira causa e o último dano" (ob. cit., pp. 389-390).

sua doutrina, o que ele exige é o nexo causal *necessário* entre a inexecução e o dano, afastando-se aqueles que podem ter outras causas.

b) Esta é a doutrina mais em voga entre os civilistas franceses e italianos, explicando seus respectivos Códigos, iguais neste ponto.

c) Códigos posteriores reportam-se à *necessariedade*, que não é uma evolução da idéia de dano direto e imediato, mas a mesma idéia, diversamente exprimida, apenas com maior precisão, tanto assim, que todos se apóiam em Pothier, cuja regra e exemplos repetem.

d) Finalmente, essa é a interpretação que se deve dar ao art. 1.060 do nosso Código [1916], fiel tradução do art. 1.151 do Cód. de Napoleão.

Quer dizer: os danos indiretos ou remotos não se excluem, *só por isso*; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas.

Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis"<sup>189</sup>.

De acordo com a escola da *necessariedade* da causa, rompe-se o nexo causal, não só quando o credor ou terceiro é autor da causa direta e imediata que provoca o novo dano, mas ainda quando a causa necessária é fato natural (caso fortuito ou de força maior). Sob o ponto de vista da vítima, pode-se objetar que, se a responsabilidade do devedor primitivo desaparece quando um terceiro é autor do novo dano, a vítima não está desamparada, porque este último será obrigado a lhe ressarcir; enquanto que, se a causa do novo dano for um fato natural, e o nexo, em relação ao

189 Agostinho Alvim, ob. cit., pp. 395-396.

autor da causa remota estiver rompido, não haverá quem responda pelo novo dano.

Mas a essa objeção, responde Agostinho Alvim: "Se se preferir outra solução, adote-se outra teoria, porque suposta a obrigação de indenizar somente o dano direto e imediato, já não é possível obrigar o devedor a responder por outros danos, derivados de outras causas"<sup>190</sup>. É que o legislador, no art. 403 do Código Civil, se recusou a sujeitar o autor do dano a todas as nefastas conseqüências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente. Esse foi o seu ponto de vista. E o legislador está certo, na opinião de Agostinho Alvim, porque não é justo que o autor do primeiro dano responda ilimitadamente.

Na Bélgica, De Page já defendia tal solução interpretativa, a ponto de sugerir mesmo a supressão da expressão "dano indireto" do Código Civil. A seu ver, o nexos causal implica a necessidade do dano, pouco importando que se trate de conseqüência direta ou indireta, contanto que possa ser considerado uma conseqüência certa do ilícito<sup>191</sup>.

190 Agostinho Alvim, ob. cit., p. 398.

191 Segundo Henri De Page: "*Le dommage indirect ne donne jamais lieu à réparation, ni en matière contractuelle, ni en matière aquilienne. En réalité, lorsqu'on dit qu'il y a dommage indirect, on entend simplement souligner que la relación causale n'existe pas. Or nous avons vu que, par que la relation causale existe, in ne faut pas qu'elle soit direct; elle peut être indirect, c'est-à-dire médiate, dès l'instant où elle est nécessaire. C'est donc le caractère de nécessité de la relation causale qui prime. Ainsi que nous l'avons dit, il y a relation causale nécessaire lorsque le dommage est une suite certaine de la faut. Elle cesse dès que cette certitude n'existe plus. (...) L'expression 'dommage indirect', qui prête à confusion, devrait donc disparaître de notre langue*" (*Traité élémentaire de droit civil belge*, cit., 818). Em tradução livre: "O dano indireto não dá jamais lugar à reparação, nem em matéria contratual, nem em matéria aquiliana. Em realidade, embora se diga que existe dano indireto, entende-se simplesmente que a relação causal não exis-

A Teoria do Dano Direto e Imediato mostra-se, como se vê, mais apta a enfrentar o problema da causalidade múltipla do que a maioria das teorias expostas anteriormente que quase sempre conduzem o julgador a soluções injustas. É a teoria adotada no Brasil segundo grande parte da doutrina<sup>192</sup>, não obstante a jurisprudência ainda vacile, invo-

te. Nós tínhamos visto que, para que a relação causal exista, não é necessário que ela seja direta; ela pode ser indireta, quer dizer mediata, desde que ela seja necessária. Logo, a característica de necessidade da relação causal é que prevalece. Assim como nós temos dito, há relação causal necessária quando o dano é uma conseqüência certa da falta. Ela cessa assim que esta certeza não existe mais. A expressão 'dano indireto', que gera confusão, deverá, pois, desaparecer da nossa língua".

192 Nesse sentido: Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 372; Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade de sem culpa*, cit., p. 129; Orlando Gomes, *Obrigações*, 15. ed., atualização de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 275; Antônio Chaves, *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*, v. 3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 579; Gustavo Tepedino, "Notas sobre o nexos de causalidade", cit., p. 14; Guilherme Couto de Castro, *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 13; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 524; Paulo Sérgio Gomes Alonso, *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168; Teresa Ancona Lopez, *Nexos causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência do tabaco brasileiro — tese apresentada para obtenção do título de Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, maio/2001, p. 15; Antônio Herman V. Benjamin, "Responsabilidade civil pelo dano ambiental", in *Revista de Direito Ambiental*/5-52 pp., ano 3, nº 9, jan./mar./1998, p. 46; Ricardo Saab Palieraqui, *Responsabilidade civil comum decorrente do acidente do trabalho*, dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pela UnB/UNIGRAN, sob a orientação do Professor Doutor Frederico Henrique Viégas de Lima, dez./2002. Na França também é a teoria que prevalece, segundo Philippe le Tourneau (*La responsabilité civile*, 3. ed., Paris: Dalloz, 1982, pp. 226-227).

cando sem precisão científica outras teorias, como muito bem observou Gustavo Tepedino:

“A tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob a influência de todas as três correntes acima mencionadas, os Tribunais fixam o nexos de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexos causal, e da *conditio sine qua non*, sempre na busca de um liame de necessariedade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja conseqüência direta do fato lesivo. Para se entender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária”<sup>193</sup>.

Também é a Teoria do Dano Direto e Imediato, tal como as anteriores, passível de críticas. Para Fernando Noronha, por exemplo, a causalidade necessária restringe demais a obrigação de indenizar. De fato, parece excessivo exigir que uma circunstância seja condição não só necessária, mas também suficiente de um dano, para que juridicamente possa ser considerada sua causa:

“Todavia, se falar em efeito necessário é melhor que ficar com o efeito direto e imediato a que alude o art. 403, ainda assim uma ‘causalidade necessária’, mesmo que entendida nos termos amplos propostos por A. Al-

193 Gustavo Tepedino, “Notas sobre o nexos de causalidade”, cit., p. 9.

vim, continua restringindo demais a obrigação de indenizar. (...) Nos termos em que A. Alvim formulou a teoria da causalidade necessária, seria possível dizer que causa do dano é a condição necessária e suficiente dele: é condição necessária, porque sem ela não teria havido dano (‘ele a ela se filia’, nas palavras de Alvim); é condição suficiente, porque sozinha era idônea para produzir o resultado (‘por não existir outra que explique o mesmo dano’, com ‘exclusividade’, no dizer do Mestre). Todavia, exigir que um fato seja condição não só necessária como também suficiente de um dano, para que juridicamente possa ser considerado sua causa, parece excessivo. É que dificilmente encontraremos uma condição à qual o dano possa com exclusividade ser atribuído”<sup>194</sup>.

A crítica de Fernando Noronha é procedente, porque quando Agostinho Alvim afirma que a causa necessária deve ser aquela condição suficiente para o evento danoso, no sentido de ser capaz, por si só, de produzir o resultado, este autor parece ignorar o fenômeno da concorrência de causas. A causa necessária não precisa ser aquela que “sozinha” era idônea para produzir o resultado, “por não existir outra que explique o mesmo fenômeno com exclusividade”. O que Agostinho Alvim, em realidade, quis dizer, no trecho acima destacado por Fernando Noronha, é que a causa necessária produz o dano, independentemente das condições que cercam o evento danoso, mas é evidente que duas causas necessárias podem concorrer para a produção do dano. E se forem, por exemplo, duas causas necessárias concorrentes, e não complementares, cada uma delas é, por si só, apta a provocar o dano e, além disso, cada uma

194 Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, cit., pp. 597-598.

delas poderá explicar o fenômeno com exclusividade<sup>195</sup>. Se a concorrência se apresentar na modalidade de causas complementares, também nesta hipótese não se podem eximir os dois agentes da obrigação de indenizar, sob pena de a fórmula da necessidade restringir demais o dever de reparar o prejuízo que deve ser atribuído ao causador do dano.

A Teoria do Dano Direto e Imediato não tem, como reconhece o próprio Agostinho Alvim, o condão de resolver todas as dificuldades práticas que o tema suscita, mas é a que de modo mais simples traduz a expressão "dano direto e imediato" disposta no art. 403 do Código Civil<sup>196</sup>. Além disso, o cerne desta teoria está relacionado à idéia de interrupção do nexo causal que é tão útil para se aferir, no caso concreto, quem deve responder pelo dano que já vem sendo adotada pelos defensores mais modernos da Teoria da Causalidade Adequada<sup>197</sup>. A simples demonstração de que

195 Suponha-se, por exemplo, que Caio e Tício ministrem cada um deles certa dose de veneno em Simprônio. A dose de veneno ministrada por Caio é tão forte que, por si só, é capaz de provocar a morte de Simprônio. O mesmo vale para a dose ministrada por Tício, minutos depois, que acaba apressando a morte de Simprônio. Neste exemplo acadêmico, nenhum dos dois rapazes sabe que o outro ministrou veneno em Simprônio. O que dizer sobre a responsabilidade? A quem atribuir o resultado danoso? A rigor, se fosse aplicada a fórmula de Agostinho Alvim, interpretada literalmente, um dos rapazes poderia deixar de se condenado, o que seria extremamente injusto. Isto porque qualquer um deles teria produzido o dano sozinho, razão pela qual seria possível afirmar que "existe outra causa que explica o mesmo dano, com exclusividade."

196 Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 372.

197 Atualmente, com essa concepção de interrupção do nexo causal, os autores mais modernos que aplicam a Teoria da Causalidade Adequada têm apresentado soluções práticas que em muito se assemelham à causalidade necessária.

outra concausa concorreu com a conduta do agente para a produção do dano não o exime do dever de indenizar; no máximo, atenua sua responsabilidade. Para que se exclua seu dever de indenizar, é preciso que se comprove que houve interrupção da cadeia causal, com a verificação de certos pressupostos que serão estudados no próximo capítulo.

Na prática, como se vê, a difícil questão de se saber até onde chega o nexo causal, já salientava Enneccerus, não se pode resolver "*nunca de una manera plenamente satisfactoria mediante reglas abstractas, sino que en los casos de duda ha de resolverse por el juez según su libre convicción, ponderando todas las circunstancias*"<sup>198</sup>. E, ressalte-se, sem perder de vista a vítima, que deve ser sempre que possível amparada pelo Direito. A subteoria da necessidade da causa não resolve todos os problemas que surgem na aferição do nexo causal, mas é a que melhor explica a doutrina do dano direto e imediato, adotada pelo Código Civil brasileiro.

### 3. Causalidade e imputação objetiva

O dogma causal, durante muito tempo, prevaleceu absoluto no Direito. No início do século XX, entretanto, as insuficiências do naturalismo já restavam evidentes<sup>199</sup>.

198 Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolf, *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*, cit., p. 67.

199 Para Luís Greco: "o primeiro defeito do naturalismo é incorrer naquilo que a filosofia moral chama de falácia naturalista: parte do pressuposto de que o ser é capaz de resolver os problemas do dever ser, ou noutras palavras, de que aquilo que é, só por ser, já deve ser, o que é uma evidente falácia. O segundo defeito é o caráter classificatório e formalista do sistema, que imagina que todos os problemas estão de antemão resolvidos pela lei, bastando a subsunção desvalorada e auto-



## CAPÍTULO V

# O NEXO CAUSAL E O DANO CAUSADO POR MEMBRO INDETERMINADO DE UM GRUPO

**Sumário:** 1. O dano causado por membro indeterminado de um grupo: aspectos gerais do problema. 2. A responsabilidade coletiva na legislação comparada. 3. Do dogma causal à causalidade suposta: os primeiros contornos da responsabilidade coletiva no Direito Civil brasileiro. 4. Novos rumos da responsabilidade civil.

*"Sic dolce il dubbio a chi nuocer può 'l vero."*

Michelangelo Buonarroti<sup>463</sup>

---

<sup>463</sup> Michelangelo Buonarroti (1475-1564), *Rime*. Em tradução livre: "Que seja doce a dúvida a quem a verdade pode fazer mal."

## 1. O dano causado por membro indeterminado de um grupo: aspectos gerais do problema

Quando o agente causador do dano não é individualizado, mas apenas o grupo do qual ele faz parte (grupo de possíveis responsáveis), surge a questão de se saber se é justo, e em que termos, que a falta de identificação do agente deixe a vítima desamparada.

Trata-se de situação cada vez mais freqüente na prática; basta lembrar dos novos fenômenos sociais, com grandes conglomerados (v.g., espetáculos públicos desportivos, musicais, manifestações etc.), que interferem, segundo os estudiosos, no próprio conceito clássico de conduta e ação humana. Essas atividades coletivas geram danos que, na maioria das vezes, são potencialmente mais graves do que os habituais, pois a reunião de pessoas multiplica sua eficácia, bem como sua periculosidade<sup>464</sup>.

464 Cf. Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 271. Inúmeros são os casos que aportam os tribunais, afirma Vasco Della Giustina, que cita vários exemplos: "(...) a) Duas ou mais pessoas desfecham tiros em um alvo, sendo que uma bala perdida atinge terceiro, ignorando-se qual dos atiradores é o responsável; b) várias pessoas participam de uma rixa ou insolentemente atiram pedras pela ladeira de uma rocha; se na rixa ou por uma pedra é morta ou lesionada uma pessoa, e não se puder determinar qual dos partícipes do fato deu o golpe fatal ou atirou a pedra, porém, sendo certo que foi um deles; c) três filhos de lavradores organizam uma corrida com suas carroças. Um menino é atropelado precisamente quando os três participantes da corrida galopavam envoltos em pó. Não se pode assegurar qual das rodas passou sobre o menino. Foi apenas uma! d) exemplo do agente laranja, que produzido por inúmeras empresas, causou danos materiais e pessoais de toda a ordem na guerra do Vietname. Quais e em que intensidades devem as empresas ser responsabilizadas? e) exemplo do óleo comestível envenenado, produzido por várias empresas na Espanha, que ocasionou morte e enfer-

O exemplo mais típico, citado na doutrina, é o do acidente de caça<sup>465</sup>. Um disparo proveniente de um grupo de caçadores fere, acidentalmente, uma pessoa, sem que seja possível identificar, precisamente, o agente causador da lesão. A situação cria, conforme observa Julio Alberto Díaz, certa perplexidade, pois mistura dois elementos antagônicos: dúvida e certeza. "Uma dúvida, pois se ignora qual bala, proveniente de que arma, foi a que provocou a tragédia; uma certeza, porque se sabe que foi uma delas"<sup>466</sup>.

O cerne da questão consiste em saber qual deve ser a resposta do ordenamento jurídico diante da impossibilidade de se provar a autoria singular. A doutrina divide-se: de um lado, estão os autores que defendem a exoneração dos

midade as mais variadas em inúmeras pessoas. Como repartir-se a responsabilidade? (...) f) um córrego é poluído com detritos dos riachos que lhe são caudatários pela água contaminada proveniente de fábricas situadas acima e a montante, sem que se possa determinar qual delas é a responsável, ou antes, determinar-se em que proporção cada uma delas é responsável pela poluição" (*Responsabilidade civil dos grupos: inclusive no Código do Consumidor*, Rio de Janeiro: Aide, 1991, pp. 63-66).

465 Hassen Aberkane, "Du dommage cause par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes", cit., p. 517. Outro exemplo clássico é o da corrida de carruagens na via pública de que resulta o atropelamento de uma pessoa. Do ponto de vista criminal, se apenas uma carruagem atingiu a vítima, não é possível a condenação de todos os participantes, a menos que se identifique com precisão qual o carro que provocou o dano. Na esfera cível, porém, há muitos anos a jurisprudência francesa vem admitindo a condenação de todo o grupo que criou a situação perigosa, sem a qual o dano não se teria produzido.

466 Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 81. É bem verdade que o exemplo do grupo de caçadores se tornou um pouco ultrapassado, pois hoje em dia os exames de balística estão tão avançados que é possível identificar, com segurança, a arma da qual proveio a bala que lesionou a vítima.

membros do grupo, pois entendem que é preferível a vítima ficar sem indenização do que se condenar quem, ainda que vinculado circunstancialmente ao evento danoso, não tenha causado o prejuízo; de outro, os que, ao contrário, sustentam que todos os membros do grupo devem ser solidariamente responsáveis, sob o fundamento de que não se pode tratar a vítima com mais rigor do que aquele que criou o risco<sup>467</sup>.

O problema, assim colocado, impõe a escolha entre duas posturas ideológicas de forte conteúdo político<sup>468</sup>. A primeira corrente repudia a condenação solidária, porque considera que a responsabilidade deve ser sempre individual. Condenar todos os membros do grupo solidariamen-

467 O "juicio de reproche" a todos os membros do grupo fundamenta-se, ao ver de Isidoro H. Goldenberg, "en la circunstancia de que la acción del conjunto aprehendida como fenómeno unitario es la que posibilita la consecuencia dañosa. Sin esa participación grupal el resultado no habría acontecido; es, por ende, condicio sine qua non" (*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 125). Na opinião desse autor: "La moderna tendencia en materia de responsabilidad civil reposa en la idea de que debe garantizarse la seguridad a todo individuo que vive en el medio social. En efecto, la conciencia jurídica actual tiende a buscar antes que la existencia de un responsable una reparación asegurada para la víctima" (ob. cit., p. 125, nota 310).

468 Aliás, a disciplina da responsabilidade civil, como um todo, "(...) deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas. A propósito, observou-se que somente será possível dizer que um sujeito causou um dano depois de ter havido a decisão de responsabilizá-lo — assertiva que se desdobra nesta outra: será a sucessiva coligação a um sujeito determinado que vai servir a tornar um dano ressarcível. De fato, o dano, em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem 'justo', nem 'injusto'). A decisão — ética, política e filosófica, antes de jurídica — deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento" (Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 21).

te, quando apenas um deles produziu o dano, é transformar incerteza em verdade, suspeita em culpabilidade. Referem-se seus defensores à noção de suspeito, que, até mesmo no Direito Penal, em que é mais conhecida, justifica no máximo a abertura de um inquérito, mas nunca a condenação direta. À vítima cabe a demonstração do nexo de causalidade, sem a qual não há dever de indenizar.

Os partidários da segunda corrente, ao revés, têm em vista o dano injustamente sofrido pela vítima e tomam por base o princípio da solidariedade<sup>469</sup>. O fundamento filosófico da responsabilidade civil sofreu, no decorrer do século XX, profunda transformação: a reparação do dano injustamente sofrido alcançou, pouco a pouco, papel mais relevante do que a própria sanção pelo dano causado<sup>470</sup>. Além disso, argumenta-se que a condenação solidária dos integrantes do grupo nunca será absolutamente descabida, afinal, o causador do dano é um deles.

A reiteração desse tipo de dano produzido por grupos de pessoas, sem que seja possível identificar o agente causador do prejuízo, somada à crescente preocupação do Direito com a vítima, tem levado juristas de todo o mundo a

469 Na lição de Jaime Santos Briz: "Se trata de orillar las dificultades de prueba con la misma finalidad, atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa. Hay en ello un fundamento de solidaridad que acarrea la consecuencia de personalizar la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo através de su representación única, ya transitoria, ya permanente" (*La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., p. 126).

470 Sobre a passagem do ato ilícito para o dano injusto v. Orlando Gomes, "Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil", in *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 296. No próximo capítulo, volta-se a falar sobre essa mudança ocorrida no núcleo do Direito Civil.

estudar soluções para o que se convencionou chamar de responsabilidade anônima ou coletiva<sup>471</sup>.

## 2. A responsabilidade coletiva na legislação comparada<sup>472</sup>

Da responsabilidade coletiva, conforme salienta Ignacio de Cuevillas Matozzi, "*se ha ocupado un sinnúmero de legislaciones, aunque sin una proyección muy clara al supesto del miembro indeterminado de un grupo*"<sup>473</sup>. Com efeito, na legislação comparada, é possível identificar pelo menos duas vertentes. Na primeira, estão os ordenamentos jurídicos que, como o alemão, contêm uma norma geral a contemplar o problema do dano causado por membro indeterminado de um grupo; ao passo que, na segunda, os que não apresentam, tal qual o brasileiro, essa norma geral, mas apenas uma ou duas disposições específicas, de aplicação mais restrita.

De acordo com o § 830 do Código Civil alemão — BGB (1896) —, se várias pessoas causaram um prejuízo por meio de um ato ilícito praticado em comum, cada uma

471 A expressão "responsabilidade coletiva", observa Julio Alberto Díaz, pode conduzir a equívocos: não se deve entendê-la como a responsabilidade de vários sujeitos identificados na execução de um ilícito, pois em tal caso a responsabilidade continua sendo individual, embora múltipla. A responsabilidade coletiva surge, precisamente, quando se está diante de uma impossibilidade de individualização, dentro de um grupo, do particular autor do fato provocador do dano (*Responsabilidade coletiva*, cit., p. 124).

472 O exame aqui se limita à legislação comparada. Não se chegou a fazer um estudo mais profundo de Direito Comparado.

473 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., pp. 272-273.

delas é responsável pelo dano. A segunda parte do dispositivo impõe idêntica solução quando não for possível descobrir, dentre os vários participantes, quem, com seu ato, causou o dano: No Direito alemão, como se vê, não se deixa sem amparo o lesionado só porque não foi possível identificar o responsável pelo prejuízo<sup>474</sup>.

Na opinião de Karl Larenz, a possibilidade de uma pessoa ter causado o dano — por participar, com outros, em ação suscetível de produzir prejuízo, sem que se tenha identificado o autor do dano — é suficiente para fundamentar sua responsabilidade:

*"No es necesario que la actuación peligrosa de varios se base en un acuerdo entre ellos; basta que según el criterio de la práctica íntegre un fenómeno unitario. Así, cuando varios, aunque sea 'espontáneamente', participan en una riña o insolentemente arrojan piedras por la ladera de una roca; si en la riña o por una piedra es muerta o lesionada una persona, no se podrá normalmente determinar cuál de los partícipes en el hecho dio el golpe funesto o arrojó la piedra causante de la muerte o las lesiones; pero es seguro que ha sido uno de ellos, y por ello debe afectar a todos la misma culpabilidad. La igualdad de inculpación justifica la responsabilidad solidaria de todos los 'partícipes', aunque sólo uno de ellos haya producido el resultado. Pero no será responsable el*

474 Além da norma geral do § 830 do BGB, o Direito alemão apresenta na legislação extravagante outros dispositivos específicos que se referem à responsabilidade coletiva, como a Lei Federal de Penções de 1950 e a Lei de Nivelção de Cargas, que estabelecem uma responsabilidade coletiva pelos danos derivados das perturbações civis e pelos sofridos por pessoas e coisas em consequência de guerras (cf. Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 275).

que pueda probar que no ha podido ser 'posible' causante del daño; por ejemplo, porque la lesión sobrevino por una cuchillada y el partícipe en cuestión era el único de los que intervinieron en la riña que no llevaba cuchillo"<sup>475</sup>.

Para J. W. Hedemann, quando não é possível averiguar qual dos vários partícipes causou o dano por sua ação, todos deverão responder. Esta é uma solução ousada, reconhece o autor, mas que se justifica, já que todos participaram da conduta perigosa:

*"Es ésta una conclusión muy atrevida. Si sólo uno puede haber sido el autor, entonces podría el inocente quedar exonerado. La justificación para la solución negativa reside en que él ha tomado parte en la conducta peligrosa. No se quiere en estos supuestos dejar sin satisfacción al lesionado, simplemente por que no se pueda asegurar quién haya sido verdaderamente el causante del acto ilícito"*<sup>476</sup>.

475 Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, tomo II, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 625.

476 J. W. Hedemann, *Tratado de derecho civil*, v. 3 — obligaciones, trad. de Jaime Santos Briz da última edição alemã, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 545. Para ilustrar o referido dispositivo, Hedemann formula, então, o seguinte exemplo: "Tres hijos de labradores organizan una carrera con sus coches de caballos. Un niño es atropellado precisamente cuando los tres participantes en la carrera galopaban envueltos en polvo. No puede asegurarse qué rueda pasó por encima del niño; sólo puede haber sido una, de modo que según el principio de causalidad hay un solo 'agente'. Sin embargo, responden los tres culpables solidarios, porque todos 'han tomado parte' en el exceso. Si cada uno de ellos hubiere conducido su coche con independencia del otro (sin participar en una carrera) hubiera faltado la 'coparticipación'. Consecuentemente en esta última hipótesis, y debido a la imposibilidad de prueba, no respondería ninguno" (ob. cit., p. 545).

Ao comentar o § 830 do Código Civil alemão, observa Clóvis do Couto e Silva que, de início, a jurisprudência alemã exigia "a existência de um fato unitário nos seus elementos objetivos, temporais e espaciais"<sup>477</sup>. Face à realidade moderna, entretanto, os tribunais têm aliviado a coexistência desses elementos. É preciso apenas que a relação entre os membros do grupo não seja simplesmente ocasional; "enfim, que exista um laço de homogeneidade de riscos, segundo os dados da vida prática"<sup>478</sup>.

Em 1985, o alemão Theo Bodewig publicou um artigo sobre o problema da causalidade alternativa<sup>479</sup>, no qual examinou a questão dos danos causados por medicamentos prejudiciais à saúde. Muitas das drogas que foram prescritas às mulheres grávidas para prevenir aborto ou má-formação do feto deixaram seqüelas na geração seguinte. Casos como o da talidomida tornaram-se conhecidos no mundo inteiro. Os filhos prejudicados geralmente conseguiam provar que suas mães tomaram um dos medicamentos cuja fórmula continha o composto nocivo, mas não tinham como, anos e anos depois, provar de que laboratório procedia o remédio ingerido. Nessas situações, em que as vítimas esgotam todas as possibilidades de identificação dos responsáveis, conclui Bodewig, deve-se aplicar o § 830 que impõe a responsabilidade a todas as indústrias farmacêuticas que, na época, fabricaram aquele tipo de medicamento.

477 Clóvis V. do Couto e Silva, *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, 1988, p. 75.

478 Clóvis V. do Couto e Silva, ob. cit., p. 75.

479 Theo Bodewig, "Problem alternativer kausalität bei Massenschaden", in *Archiv für Civilistische Praxis*, v. 185, caderno 6, München, 1985, pp. 521-524 — apud Vasco Della Giustina, *Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor, cit., pp. 115-118.



Perante a vítima, todos esses fabricantes serão responsáveis solidários, ainda que não se demonstre de qual laboratório proveio o remédio efetivamente tomado. No entanto, nas suas relações internas, indaga Bodewig, qual seria o melhor critério para distribuir o prejuízo entre os fabricantes? Se a hipótese fosse de concorrência efetiva de causas, diz o autor, bastaria pesar o grau do prejuízo causado pelos diversos agentes. Como, porém, se trata de causalidade não esclarecida (causalidade alternativa), o prejuízo causado por cada agente não é comprovado, razão pela qual não é possível estabelecer a eficácia causal de cada conduta. Sugere Bodewig, então, que seja adotado o critério do "grau de possibilidade da causalidade", já que, nesses casos, a causalidade real é substituída pela possibilidade de causalidade (causalidade suposta).

Assim, é o grau de possibilidade com que certo participante provocou realmente o prejuízo (grau de risco) que deve, a seu ver, servir de parâmetro para a distribuição da indenização entre eles<sup>480</sup>. A partir da premissa de que todos os ofertantes de um produto distribuído no mercado podem ser incluídos entre os eventuais causadores do dano, conclui Theo Bodewig que o "grau de possibilidade de causalidade" de cada eventual causador deve corresponder, mais ou menos, à sua participação no mercado. O raciocínio no qual Bodewig se apóia é o seguinte:

"A probabilidade com que uma mulher grávida tomou o medicamento de um fabricante com 50% de partici-

480 O grau de risco, nas palavras de Vasco Della Giustina, "corresponde à probabilidade com a qual o perigo se realiza no caso concreto e à probabilidade com que um dos participantes no caso concreto realmente foi o causador" (*Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor, cit., p. 117).

pação no mercado perfaz — sob condições iguais — também 50%. E a probabilidade com que uma fábrica com 25% de participação no mercado causou o prejuízo é apenas a metade da de um produtor com 50% de participação. Para um equilíbrio entre os fabricantes participantes, portanto, é justo que o fabricante com 50% de participação no mercado, também arque com 50% da indenização e o fabricante com 25% de participação, um quarto. Assim, conclui Bodewig, tem-se a possibilidade relativa de que cada fabricante ou causador de um dano, responda realmente pelo prejuízo por ele ocasionado"<sup>481</sup>.

A doutrina alemã volta-se hoje para os chamados danos de massa. Com base na participação de cada eventual causador do dano no mercado, calculam-se porcentagens aproximadas, a fim de que o prejuízo seja adequadamente distribuído entre esses supostos agentes. Garante-se, assim, a justiça das indenizações.

481 Vasco Della Giustina, ob. cit., pp. 117-118. A jurisprudência norte-americana registra um interessante caso que ficou conhecido como *Sindell vs. Abbot Laboratories*. Tratava-se também dos efeitos maléficos de um medicamento antiabortivo chamado "DES". Esse produto aumentava a probabilidade de as mulheres, cujas mães o tivessem utilizado durante a gravidez, terem câncer. Muitas das filhas das consumidoras do medicamento, que desenvolveram a doença, acionaram os onze laboratórios que na época produziram o remédio, já que, devido ao decurso do tempo, era impossível determinar de qual deles procedia o medicamento consumido por cada uma das mães. A Corte estabeleceu solução similar à proposta por Theo Bodewig. A idéia de causalidade probabilística tornou-se útil para, no caso concreto, justificar a condenação solidária. Nas suas relações internas, porém, cada empresa foi responsabilizada por uma parte dos danos equivalentes à sua participação no mercado (cf. Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., pp. 159-160).

O Código Civil japonês (1896) é outro que também contempla a responsabilidade coletiva. A 1ª parte do art. 719 estabelece que, quando várias pessoas tenham causado um dano à outra, por meio de um ato ilícito comum, estão obrigadas solidariamente à reparação do prejuízo. A 2ª parte do referido artigo, tal como o § 830 do Código Civil alemão, também determina a aplicação desta regra quando não for possível reconhecer qual dos co-autores do ato causou o dano.

O art. 137 do Código de Obrigações da Polônia (1926) também apresenta solução similar, quando determina que, na hipótese de o evento danoso ter sido causado por várias pessoas, estas responderão solidariamente pelo prejuízo, a menos que estabeleçam qual dentre elas e em que medida contribuiu para causar o dano<sup>482</sup>.

No Código Civil da Etiópia (1960), sob a epígrafe "Dano de autor indeterminado", o art. 2.142 assim preceitua: "Se um dano tiver sido causado por culpa de um ou outro entre várias pessoas, sem que seja possível estabelecer precisamente qual dessas pessoas é o autor, os juízes podem, fundados na equidade, condenar o grupo de pes-

482 Cf. pesquisa de Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., pp. 276-277. Este autor critica o Código do Japão e da Polônia, porque, a seu ver: "Tanto el Código japonés, como el polaco, se expresan con términos literales — realización del acto por varias personas — que hablan más de coautoría, lo que nos alejaría de nuestro supuesto concreto, donde el autor del daño es atribuible a una persona solamente. Así pues, el Código japonés en vez de hablar de 'cuál de los coautores del acto ha causado el daño', debería referirse a 'coparticipantes' o expresiones similares, para no pensar en casos de coautoría. También el Código polaco presenta contradicciones de carácter gramatical: no se puede admitir que sólo alguna de ellas ha contribuido a la producción del mismo daño" (ob. cit., p. 276).

soas à reparação do dano causado, se no grupo se encontra certamente o autor do dano"<sup>483</sup>.

A mesma orientação seguiu o Código Civil holandês (1992), ao dispor, no art. 166, que, se um ilícito pode ser atribuído a qualquer de duas ou mais pessoas, estas serão solidariamente responsáveis se for certo que o dano é consequência do ato de uma delas, mas incerto qual delas o causou. Qualquer um que prove que a perda não é consequência de seu ato se isenta do dever de reparar<sup>484</sup>.

Na outra vertente, estão os Códigos que não apresentam norma geral sobre o problema do dano causado por membro indeterminado de um grupo, mas apenas disposições específicas. É o caso, por exemplo, do Código Civil francês (1804) que, no art. 1.734, possibilita que todos os co-locatários sejam responsabilizados pelos danos decorrentes de incêndio, quando a origem do fogo permanecer desconhecida. Além do Código Civil, a Lei de 4 de abril de

483 Cf. Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 16, nota 312.

484 O dispositivo foi reproduzido na versão de 1995. Na Diretiva nº 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, que dispõe sobre a responsabilidade pelos produtos defeituosos, o art. 3º determina que: "Where the producer of the product cannot be identified, each supplier of the product shall be treated as its producer unless he informs the injured person, within a reasonable time, of the identity of the producer or of the person who supplied him with the product. The same shall apply, in the case of an imported product, if this product does not indicate the identity of the importer referred to in paragraph 2, even if the name of the producer is indicated". Em tradução livre: Se o produtor do produto não puder ser identificado, cada fornecedor será considerado produtor, a menos que ele informe à vítima, dentro de um prazo razoável, a identidade do produtor ou da pessoa que lhe forneceu o produto. A mesma solução deverá ser aplicada, no caso de o produto ser importado, se o produtor não indicar a identidade do importador referido no parágrafo 2, mesmo se o nome do produtor estiver indicado.

1989, hoje inserida no art. 210 do Código Rural, impõe aos proprietários de cabras, conduzidas em comum, uma responsabilidade solidária pelos danos causados pelos animais<sup>485</sup>.

Na França, salvo nesses dois casos previstos pelo legislador, durante muito tempo, doutrina e jurisprudência, presas à responsabilidade individual, entenderam que nenhuma condenação poderia ser pronunciada, a menos que a vítima conseguisse provar a relação de causalidade que ligava a conduta do ofensor ao dano. O Direito Civil francês, observa Ignacio de Cuevillas Matozzi, passou por três fases até chegar ao reconhecimento pleno da responsabilidade coletiva<sup>486</sup>.

A primeira caracterizou-se pela negação total da responsabilidade coletiva: desconhecido o autor do dano, ainda que fosse certo o encontrar em determinado grupo, os tribunais rejeitavam as tentativas das vítimas de condenar *in solidum* todos os participantes. Na opinião dos irmãos Mazeaud; se o dano fosse causado por um dos membros de um grupo, sem que se pudesse determinar qual integrante o provocou, não era possível condenar todos eles e, pior ainda seria impor-lhes a responsabilidade solidária. Ao comentar caso julgado em 17 de janeiro de 1949 pela Corte de Orléans, em que uma criança teve o olho perfurado

485 Cf. Vasco Della Giustina, *Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor, cit., p. 98. Não se chegou na França, observa este autor, ao avanço do Projeto de Reforma do Direito das Obrigações de Quebec que visava a inserir no livro V do Código Civil um artigo nos seguintes termos: "Quando muitas pessoas cometeram faltas distintas susceptíveis cada uma de causar dano, sem que seja possível determinar qual efetivamente o causou, elas são solidariamente responsáveis" (art. 313).

486 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 282.

quando dois caçadores, simultaneamente, desfecharam tiros sobre um faisão, os irmãos Mazeaud aplaudiram a decisão que considerou a vítima carecedora de ação<sup>487</sup>.

Nessa época, a relação entre o fato gerador da responsabilidade e o dano era considerada, conforme explica Aberkane, uma espécie de garantia individual. A reclamação da vítima que pretendia valer-se da condenação solidária afrontava o individualismo que invocava, a seu favor, não só todos os princípios referentes ao ônus da prova, mas também considerações extraídas da moral e da equidade<sup>488</sup>.

487 André Tunc, Henri e Léon Mazeaud, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., p. 620. Contrário também à condenação solidária v. Henri Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4. ed., Paris: Librairie Dalloz, 1949, p. 63 e, também, René Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., p. 12 e ss.. Em 1912, o Tribunal de Seine julgou improcedente o pedido de condenação de um grupo de jogadores de futebol: a bola, lançada por um deles, que não foi identificado, quebrou uma vidraça e feriu uma pessoa. Na época, o tribunal entendeu que, ainda que todos tivessem agido com culpa, jogando bola na rua, um só cometeu o dano: o que arremessou a bola no vidro. Dessa forma, todos não poderiam por ele responder. Essa decisão, aplaudida pelos irmãos Mazeaud, foi objeto da análise crítica de Aguiar Dias: "Temos dúvida em aceitar a conclusão, no caso concreto, em que o autor do dano ficou indeterminado. Se isto se deu, resultou do silêncio do autor do dano e dos demais participantes do jogo. Embora incontestável que o autor do dano seja um só, e só ele deva responder, por aplicação das regras de solidariedade, não é menos verdade que o expediente não podia vingar, precisamente, porque, depois do fato, o silêncio do verdadeiro agente e de seus companheiros criou a solidariedade, que aqui entra na sua acepção mais vulgar e menos discutível. E até se poderia, pois nada há que se lhe oponha, apelar para a regra da solidariedade contratual, que resulta da vontade das partes. Tacitamente, é verdade, mas inequivocadamente todos os jogadores se teriam solidarizado com o autor direto do dano. Esse critério importaria em deixar sem reparação um sem-número de danos" (*Da responsabilidade civil*, cit., p. 805).

488 Hassen Aberkane, "Du dommage cause par une personne indeter-

Até os anos 50, mais ou menos, os tribunais rejeitaram as tentativas das vítimas de condenar solidariamente todos os participantes do grupo. Na segunda fase, vozes discordantes começaram a se exaltar, sobretudo a de Ripert que, ao comentar a decisão acima mencionada, afirmou que a solução dada pela Corte de Orléans "*choca al buen sentido y lesiona la equidad; la coexistencia de culpas no debe llegar a una irresponsabilidad*"<sup>489</sup>. Para este autor: "*No se trata en este caso de obedecer a la idea, condenable en sí, de la responsabilidad colectiva, puesto que, de acuerdo con los datos de la situación, cada uno de los demandados en la acción ha cometido una falta susceptible de ocasionar el daño*"<sup>490</sup>.

A jurisprudência, pouco a pouco, passou a admitir a responsabilidade coletiva indiretamente, com base na idéia de culpa comum do grupo, isto é, considerava-se que o grupo, ao não tomar as precauções adequadas para evitar o dano, agia com culpa. Os tribunais franceses, nesta fase, procuraram na noção de "*faute collective*" ou de "*fautes connexes*" o fundamento para condenar todos os componentes do grupo, quando o dano fosse anônimo<sup>491</sup>.

minée dans un groupe déterminé de personnes", cit., pp. 517-518.

489 Georges Ripert e Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil*: según el tratado de Planiol, cit., p. 109.

490 Georges Ripert e Jean Boulanger, ob. cit., p. 109. Demogue vai um pouco além, pois, a seu ver, à vítima caberia provar que o réu causou pessoalmente o resultado danoso ou, ao menos, que ele fazia parte de um grupo e que o dano decorreu de um dos membros que o compunham, caso em que todos deveriam ser responsabilizados (*Traité des obligations en général*: sources des obligations, cit., pp. 222-224).

491 Cf. Geneviève Viney e Patrice Jourdain, *Traité de droit civil*: les conditions de la responsabilité [1982], 2. ed., Paris: L.G.D.J., 1998, p. 207. Segundo esses autores, a primeira tentativa de fundamentar a responsabilidade coletiva ocorreu em 1936, quando a Corte de Bordeaux presumiu a existência de uma culpa coletiva dos caçadores que,

A idéia de guarda comum também foi explorada nessa segunda etapa. Não era razoável exigir da vítima a prova "*diabolique*" de precisar de qual das armas provinha o disparo. A presunção de responsabilidade pesava, na lição de Julio Alberto Díaz, sobre o guardião do rifle, que era considerado arma perigosa. Cabia a cada um dos guardiões provar "que o dano concreto não foi provocado pela coisa submetida a sua custódia". Em suma: invertia-se o ônus *probandi*<sup>492</sup>.

Outros critérios de natureza semelhante foram esboçados na tentativa de amparar a vítima. Em alguns casos, admitia-se a ação direta contra a seguradora, quando todos os membros do grupo estavam cobertos pela mesma seguradora; em outros, buscava-se a culpa do organizador da atividade danosa para lograr tal fim<sup>493</sup>.

A partir dessas idéias, a noção de responsabilidade grupal começa a se desenhar. Finalmente, na terceira fase, a jurisprudência passa a admitir a responsabilidade coletiva, sem apelar à noção de culpa grupal ou à teoria da guarda. A doutrina inclina-se a favor da condenação solidária de todos os membros do grupo. Destacam-se, nessa fase, os estudos de Hassen Aberkane.

A solução preconizada por Aberkane consistia no reconhecimento da juridicidade do grupo. Na opinião desse autor, a falha comum de organização ou guarda coletiva enseja uma espécie de "personificação do grupo". A questão centra-se, a seu ver, em saber quando um grupo está sufi-

em condições de visibilidade insuficientes, criaram uma zona de perigo comum da qual resultou o dano.

492 Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 129.

493 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 280.

cientemente coerente para restringir a individualidade de seus membros, a ponto de ascender, ele mesmo, à cena jurídica. A noção de grupo implica a existência de um interesse coletivo, advindo da vontade comum de seus integrantes, ainda que não organizada. É preciso distinguir-se, entretanto, o grupamento fortuito do grupo intencional: apenas no grupo intencional o fenômeno da "semipersonificação" pode ocorrer, pois, quando a aproximação é fortuita nenhum grupo jurídico se formará<sup>494</sup>.

Para Geneviève Viney, essa solução tem a vantagem de limitar eficazmente o domínio da obrigação solidária, já que exclui a responsabilidade se o dano emanar de uma reunião acidental. Apesar disso, não traduz o verdadeiro objetivo da jurisprudência, do qual parece não se ter dado conta a doutrina, que é o de repartir de forma mais equitativa o ônus da prova do nexos causal em certos casos em que a identificação do causador do dano se apresenta impossível. Sabe-se que, em regra, cabe à vítima a prova do nexos causal, mas os tribunais não estão privados de criar certas presunções ou flexibilizações quando lhes parecer necessário<sup>495</sup>.

Dessa forma, se a vítima consegue demonstrar que as condições da responsabilidade estão reunidas contra um dos membros de um grupo, embora não se saiba exatamente contra qual, os tribunais franceses têm entendido que essa prova já é suficiente. A identificação do causador do dano é tarefa que fica por conta dos demais integrantes do grupo. A fim de se eximir da obrigação de indenizar, cada um deles terá de provar que não contribuiu para a produção

494 Hassen Aberkane, "Du dommage cause par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes", p. 519 e ss.

495 Geneviève Viney e Patrice Jourdain, *Traité de droit civil* (1982), cit., p. 212.

do evento danoso ou, então, apontar o causador efetivo do dano. Significa dizer, por outras palavras, que a responsabilidade solidária dos eventuais causadores do dano anônimo repousa, simplesmente, na idéia de que a vítima satisfaz as exigências impostas por lei quanto à prova da causalidade, quando foi estabelecido que o fato que provocou seu dano não pôde ser cometido senão por uma das pessoas designadas no processo<sup>496</sup>.

Nessas circunstâncias, todos os membros do grupo são, presumidamente, causadores do dano, razão pela qual devem responder de forma solidária. Tal presunção não é, porém, absoluta, admitindo, ao revés, prova em contrário. As soluções elaboradas pela jurisprudência aparecem, ao ver de Viney, como decorrência da flexibilização das regras relativas ao ônus da prova, mas a responsabilidade coletiva só deve ser admitida quando o autor provar haver levado a juízo todas as pessoas que possam ter produzido o dano.

O Código Civil espanhol (1888), por sua vez, determina, no art. 1.910, que "*el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma*". Já a *Ley y del Reglamento de Caza* estabelece, no art. 35.6.b, expressamente que: "*En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza. A estos efectos, se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño se ha producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño*"<sup>497</sup>.

496 Geneviève Viney e Patrice Jourdain, ob. cit., pp. 212-213.

497 Cf. Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 285.



O Código Civil do Chile (1855), no art. 2.328, dispõe que o dano causado por uma coisa que cai ou se desprende da parte superior de um edifício é imputável a todas as pessoas que habitam a mesma parte do prédio, e a indenização dividir-se-á entre todas elas, a menos que se prove que o fato se deu exclusivamente por culpa ou má intenção de alguma pessoa.

Da mesma forma, nos termos do art. 1.119 do Código Civil argentino (1869), são responsáveis os pais de família, inquilinos da casa, em todo ou em parte dela, pelo dano causado aos que transitam, por coisas lançadas na rua, ou em terreno alheio, ou em terreno próprio mas sujeito à servidão de passagem, ou por coisas penduradas ou postas de um modo perigoso que cheguem a cair<sup>498</sup>. Quando duas ou mais pessoas habitam o prédio e se ignora a unidade de onde procede a coisa, respondem todos pelo dano causado, mas se for possível identificar o responsável, só a ele caberá o dever de indenizar<sup>499</sup>. O Código Civil do Uruguai de

498 Conforme observa Isidoro H. Goldenberg, ao comentar o referido dispositivo: "(...) *el fundamento de la responsabilidad es de naturaleza objetiva, ya que se impone el deber jurídico de indemnizar a un grupo de individuos, atendiendo sólo a una circunstancia de hecho: habitar el inmueble desde el cual cayó o fue arrojada la cosa. Y tal responsabilidad encuentra su justificación en el riesgo que entrañan para los transeúntes los objetos suspendidos o puestos de un modo peligroso o los arrojados a la calle, y la necesidad de amparar a las personas que resulten damnificadas, criterio que se ha afirmado entre nuestros autores*" (*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 128).

499 Na Argentina, a "Ley 24.032 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial", afastada pelo Decreto 2.719/1991, estabelecia, no art. 1.119, que: "*El daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros, los hace responsables solidarios. Sólo se liberará quien demuestra que no participó en la causación del daño*". Devido à obscuridade da norma, incorporou-se no projeto a seguinte nota explicativa: "Também aplica-se ao dano causado por um

1946 (art. 1.330), o Código Civil de El Salvador de 1860 (art. 2.079), o Código Civil do Equador de 1970 (art. 2.255) e o Código Civil da Colômbia de 1887 (art. 2.355) apresentam dispositivos idênticos.

### 3. Do dogma causal à causalidade suposta: os primeiros contornos da responsabilidade coletiva no Direito Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro, conforme já se explicou, enquadra-se no segundo grupo, isto é, não apresenta norma geral sobre o dano causado por membro indeterminado de um grupo. Há, no entanto, uma disposição específica que

membro não identificado de um grupo determinado de indivíduos que realizam uma atividade perigosa para os terceiros". De fato, a norma parece exigir a demonstração do nexo de causalidade entre o dano e a ação conjunta, daí a conclusão de Zavala de Gonzáles de que não se trata do dano causado anonimamente por alguns dos membros do grupo, mas do dano causado pela coletividade e que se projeta, para os efeitos da indenização, para todos os seus integrantes (*apud* Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 165). Na opinião de Bustamante Alsina, a norma trata, sim, do problema do dano causado por membro indeterminado de um grupo, mas tem redação deficiente. Em primeiro lugar, porque não se refere à não identificação de seus membros que é o que dá lugar a esta responsabilidade anônima. Em segundo lugar, porque a parte final, que alude à liberação de quem demonstrar que não participou do dano, deveria ser completada para determinar que isso também deve ocorrer na hipótese de se provar quem o causou ("Algunas acotaciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial", in *Revista La Ley*, Tomo 1987-E, p. 863 e ss. — *apud* Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 166). Para Jorge Mosset Iturraspe, o texto do projeto é ruim, porque admite dupla interpretação: "*causación por el agente*" e "*causación por el grupo*" (*Responsabilidad colectiva: daño y protección a la persona humana*, Buenos Aires: La Rocca, 1993, p. 135).

trata da responsabilidade civil por coisas lançadas dos prédios, prevista no art. 938, segundo o qual "aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido", que vem sendo aplicada mesmo nos casos em que não é possível identificar o apartamento de onde proveio a coisa.

A responsabilidade pela queda ou arremesso de coisas em local indevido tem origem na *actio effusis et dejectis* do Direito romano, quase-delito aplicável ao habitante que lançava ou permitia queda de coisa sobre a via pública, gerando prejuízo a outrem<sup>500</sup>. O legislador de 2002, ao estabelecer tal responsabilidade de caráter puramente objetivo, repetiu a orientação já adotada em 1916<sup>501</sup>. O habitante do prédio responde, independentemente de culpa<sup>502</sup>, pelo

500 Era o preceito romano: "*Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio debetur, cum sane impossibile est scire quis deiecessit vel effudisset*" (Se vários residirem na mesma habitação de onde caiu algo, se dará esta ação contra qualquer deles, dado que é realmente impossível saber quem o jogou — Digesto 9, 3, 1, 10-9, 3, 2).

501 Código Civil de 1916: "Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido".

502 Nesse sentido: Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 679; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 20, 12. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 339; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, cit., p. 328; Sérgio Cavaliéri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 138; Orlando Soares, *Responsabilidade civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 263; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 242; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 83; Teresa Ancona Lopez, *O dano estético: responsabilidade civil*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 64; Paulo Sérgio Gomes Alonso, *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*, cit., p. 118;

dano causado por queda ou arremesso de coisa em local indevido e, consoante abalizada doutrina, não se escusa alegando que o ato prejudicial foi praticado por outra pessoa<sup>503</sup>. Admite-se, como excludente de responsabilidade

Antônio Lindbergh C. Montenegro, *Responsabilidade civil*, cit., p. 38; Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 203. Foi o que também entendeu o TJ/RJ, no julgamento da Apelação Cível nº 2000.001.07471: "Responsabilidade Civil. Indenização. Queda de parte de janela de edifício, atingindo e lesionando a autora. Identificação do imóvel de onde proveio o objeto. Responsabilidade objetiva do proprietário ou ocupante. O proprietário de sala de edifício comercial responde, independente de culpa, pelos danos causados a terceiros, em razão do desprendimento de parte da janela de sua unidade comercial. A responsabilidade a que se refere o artigo 1.529 do Código Civil é objetiva, bastando a certeza de que de determinado apartamento caiu o objeto que produziu o dano, para que se tenha como suficiente a responsabilidade do proprietário ou mesmo mero ocupante do imóvel. Preliminares rejeitadas, apelos improvidos" (TJ/RJ, 10ª Câm. Civ., AC 2000.001.07471, Rel. Des. Jayro S. Ferreira, j. 04.07.2000, v. u., data de registro: 04.09.2000). Em sentido contrário, Alvinio Lima, isolado na doutrina, sustenta que a responsabilidade do art. 1.529 não é objetiva: "Os nossos comentadores sustentam ser objetiva a responsabilidade regulada no citado artigo, porquanto basta que haja a queda ou o lançamento de qualquer coisa em lugar indevido, causando dano, para que surja a responsabilidade, mesmo que o fato seja praticado por outrem. Entretanto, é discutível esta opinião para toda e qualquer hipótese, porque exigindo o citado art. 1.529 que a coisa tenha caído ou sido lançada em lugar indevido, a culpa reside na imprudência de atirar objetos em lugares onde o público passa, podendo, pois, ser presumível a culpa. O próprio fato de lançar a coisa em lugar indevido atesta um erro de conduta, o que jamais praticaria o homem diligente" (*Culpa e risco*, cit., pp. 306-307).

503 Na opinião de Clovis Bevilacqua, pouco importa que não haja postura municipal ou regulamento de higiene proibindo atirar coisas para fora da casa em lugar não destinado a esse mister. O ponto de vista do Código Civil, ao seu ver, é o dano à pessoa ou aos bens de outrem. A responsabilidade é objetiva e recai sobre o habitante da casa, que não se escusa alegando que o ato prejudicial foi praticado por outra pessoa

civil, a prova de rompimento do nexo de causalidade entre a queda da coisa de determinada habitação e o dano sofrido pela vítima, que pode ocorrer pelo fato exclusivo da vítima, pelo fato exclusivo de terceiro e por caso fortuito ou de força maior<sup>504</sup>.

Questão controversa, que veio à tona ainda na vigência do Código Civil de 1916, foi aquela relativa à queda de coisas de condomínios de apartamentos. O art. 1.529 do Código anterior referia-se ao habitante de "uma casa ou parte dela", expressão que levou alguns autores a sustentarem que, no caso de condomínios de apartamentos, se tornava necessário que a vítima demonstrasse de que unidade autônoma proveio a coisa arremessada, não se admitindo, em caso de dúvida, a responsabilização de todos os condôminos. Nesse sentido, afirmava Caio Mário da Silva Pereira:

"A inteligência racional do art. 1.529 não autoriza condenar todos os moradores, rateando a indenização ou impondo-lhes a solidariedade. Se se impõe ao habitador a responsabilidade, é preciso conciliá-la com a no-

(*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., p. 679).

504 Veja-se, a esse respeito, a lição de Carlos Roberto Gonçalves: "O art. 938 do Código Civil brasileiro pode ser considerado como exemplo mais flagrante da presunção de responsabilidade do guarda da coisa inanimada, em nosso direito. A vítima só tem de provar a relação de causalidade entre o dano e o evento. A presunção de responsabilidade do chefe de família que habita a casa (dono, locatário, usufrutuário, comodatário) só é removível mediante prova de culpa exclusiva da vítima (por ter provocado a queda do objeto) ou caso fortuito (que afasta a relação de causalidade). Na demonstração da culpa da vítima pode ser alegado que a coisa foi lançada em local adequado, destinado a esse fim (depósito de lixo, terreno interno), e que a vítima ali não deveria estar" (*Responsabilidade civil*, cit., pp. 242-243).

ção de unidade autônoma, pois que, se de uma delas ocorreu o fato danoso, somente quem a habita é o responsável, e não todos, indiscriminadamente"<sup>505</sup>.

Outra corrente, sustentada por José de Aguiar Dias, atribuía responsabilidade solidária aos moradores da ala em que se deu a queda do objeto, eximindo os da ala oposta. Na opinião desse autor, embora seja evidente que a expressão "todos os moradores" corresponde a "todos os habitantes a cuja responsabilidade seja possível atribuir o dano", "nos grandes edifícios de apartamentos, o morador da ala oposta à em que se deu a queda ou lançamento do objeto ou líquido não pode, decerto, presumir-se responsável pelo dano"<sup>506</sup>.

505 Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, cit., p. 115. No mesmo sentido, v. também Silvio Rodrigues, *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 131. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho criticam a opinião de Caio Mário, com o seguinte argumento: "Se as unidades condominiais constituem propriedade autônoma e exclusiva de cada condômino, mister se faz não esquecer que, no conjunto, formam o condomínio, como um todo indivisível, pelo que devem todos responder pelos danos causados a terceiros. É claro que em tal circunstância, se posteriormente vier o condomínio a identificar o responsável, poderá ele ajuizar ação para ressarcimento do que foi pago. (...) Tratando-se, como se trata, de responsabilidade objetiva, não nos parece possível deixar a vítima sem a correspondente indenização por não ter sido possível apurar o apartamento de onde veio o objeto causador do dano, caso em que deve ser responsabilizado o edifício como um todo, o condomínio como entidade jurídica integrada por todos os condôminos" ("Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios", cit., pp. 291-292).

506 José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., p. 441, nota 81. Na opinião de Barbosa Moreira, cabendo a responsabilidade aos moradores das unidades de que se possa cogitar como origem, não tem o condomínio legitimidade passiva *ad causam*, mormente quando não entra em consideração qualquer sorte de culpa *in vigilando* (TJ/RJ, 5ª

Exclui-se, de acordo com essa corrente, não só o morador da ala oposta, mas também os habitantes de unidades das quais o lançamento comprovadamente não se efetou. Significa dizer que o condômino pode, por exemplo, demonstrar que seu apartamento estava vazio e fechado à época do dano, provando a impossibilidade de a coisa ter caído de sua unidade. O que não se pode é impor à vítima o pesado ônus de indicar de que apartamento caiu ou foi arremessado o objeto, para, só então, ressarcir-la.

Atenta à necessidade de assegurar à vítima a reparação pelo dano sofrido, a jurisprudência, entretanto, orientou-se no sentido de atribuir a responsabilidade ao próprio condomínio do edifício de onde caíra a coisa, já que na maioria dos casos não é possível identificar a unidade de onde veio o objeto. A opção jurisprudencial de responsabilizar o condomínio, conforme observa Maria Celina Bodin, "se não obedece à literalidade da norma contida no artigo 1.529 do Código Civil [art. 938 do Código Civil de 2002], gerando maiores encargos aos condôminos, vem em socorro da vítima, para quem qualquer outra solução, embora mais fiel à lógica do sistema, seria de difícil realização"<sup>507</sup>.

Câm. Cív., AC 1988.001.02164, Rel. Des. Barbosa Moreira, j. 09.08.1988, v. u., data de registro: 22.09.1998). No julgamento da Apelação Cível nº 338/78, a 1ª Câmara Cível do TA/PR decidiu, por unanimidade, que a reparação de dano causado pelo arremesso de coisas de edifícios "deve ser exigida de quem o causou, provada ou presumidamente. Havendo no edifício conjuntos ou apartamentos de onde são impossíveis os arremessos, manifesta se torna a ilegitimidade dos proprietários dessas partes para responderem pelo prejuízo e do síndico do condomínio para responder por todos, indistintamente" (TA/PR, 1ª Câm. Cív., AC 338/78, Relator Schiavon Puppi, j. 04.10.1978, RT 530:212).

<sup>507</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, cit., p. 153.

De fato, especialmente no caso dos grandes edifícios, é inviável que a vítima tenha de proceder à citação judicial de todos os moradores do prédio, ou mesmo das colunas de onde presumidamente teria partido o objeto.

No Brasil, predomina, portanto, na jurisprudência, o entendimento segundo o qual a responsabilidade deve ser atribuída ao próprio condomínio<sup>508</sup>. Qualquer tipo de rateio entre os moradores constitui tarefa *interna corporis* da assembléia condominial, a ser realizada depois que a vítima for ressarcida. A solução é louvável, até porque "o problema da responsabilidade civil não consiste na investigação ou na descoberta do 'verdadeiro' autor do fato danoso. Ele diz respeito, apenas, à fixação do critério graças ao qual se pode substituir a atribuição automática do dano por um critério jurídico"<sup>509</sup>. Por outras palavras: à responsabilidade civil cabe tão-só a (difícil) tarefa de estabelecer quem, em que condições e no âmbito de que limites, deve suportar o dano, mas é o Direito Penal que deve procurar os culpados.

<sup>508</sup> Foi o que decidiu o STJ, no julgamento do REsp 64682: "Responsabilidade civil. Objetos lançados da janela de edifícios. A reparação dos danos é responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529, do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido" (STJ, 4ª T, REsp 64682/RJ, Rel. Min. Bueno de Souza, j. 10.11.1998, v. u., DJ 29.03.1999, p. 180). No mesmo sentido: TJ/RJ, 10ª Câm. Cív., AC 2002.001.18948, Rel. Des. Ivan Cury, j. 15.10.2002, data de registro: 28.11.2002; TJ/RJ, 11ª Câm. Cív., AC 2000.001.05654, Rel. Des. Luiz Eduardo Rabello, j. 09.11.2000, data de registro: 13.12.2000; TJ/PR, 4ª Câm. Cív., AC 018071400, Rel. Des. Cordeiro Cleve, j. 22.06.1994, v. u.; TA/SP, 3ª Câm. Cív., AC 571.287-2, Rel. Des. Carvalho Viana, j. 25.10.1994, v. u., RT 714:153).

<sup>509</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, cit., pp. 152-154.

Como no Brasil não há norma geral a contemplar o problema do dano causado por membro indeterminado de um grupo, a doutrina nacional mais clássica não se ateve ao estudo da responsabilidade coletiva, limitando-se a comentar o art. 1.529 do Código Civil de 1916. Pontes de Miranda, por exemplo, dedicou apenas um parágrafo à causalidade alternativa, sem, contudo, se posicionar a respeito do tema<sup>510</sup>.

Também não se prendeu ao problema da responsabilidade coletiva Aguiar Dias. Na opinião deste autor, a solidariedade passiva extracontratual, em regra, só se configura se cada um dos membros do grupo tiver agido com culpa, o que deve ser comprovado da mesma forma que o fato de o dano ter resultado da atuação coletiva. A seu ver, no entanto, há casos em que, mesmo o causador do fato sendo um só, todos os membros do grupo devem responder, com base na aplicação da teoria da guarda.

Formula, então, Aguiar Dias, o seguinte exemplo: certo grupo de animais, pertencentes a vários donos, pulam o cercado e disparam em direção à estrada. Um deles, que não se pode determinar qual, causa a morte de uma pessoa. A perícia médica revela que a lesão mortal foi causada por um só animal. No entendimento desse autor, não se pode, só por deixar de identificá-lo, negar indenização à vítima e contestar a obrigação solidária dos donos dos animais:

510. Pontes de Miranda explica apenas que há duas soluções de técnica legislativa para a causalidade alternativa: "a) a de se entender que na falta de prova de quem causou o dano, ainda que haja indícios veementes contra ambos os apontados, nenhum pode ser responsabilizado; b) uma vez que os fatos se apresentam como um todo, há de ter como responsável qualquer dos participantes", mas não se posiciona (*Tratado de direito privado*, cit., p. 192).

"Outra causa de hesitação reside no fato de ter sido o dano causado por animal ou animais de um grupo em que se tenham reunido vários, de propriedade diversa. Os Mazeaud distinguem as hipóteses, reconhecendo a responsabilidade solidária dos vários donos somente no caso de ser o dano produzido por diversos animais, negando-a, entretanto, se o dano se deve a um ou a alguns animais de um grupo e se torna impossível precisar a qual ou a quais se deve atribuir. Não temos dúvida em adotar ponto de vista contrário. Se há presunção contra o dono do animal, qualquer prova no sentido de sua escusa deve ser trazida por ele. Prove que não foi o seu animal que causou o dano ou, não o fazendo, suporte sua parte na responsabilidade. E nem se diga que essa opinião sanciona princípio do risco, pelo qual, aliás, no caso, não sentimos nenhuma repugnância. É pura aplicação da teoria da guarda, como a querem os mais ferrosos partidários da culpa" (grifou-se)<sup>511</sup>.

Já Orlando Gomes, ao tratar de forma superficial da causalidade alternativa, afirmou que "não sendo possível demonstrar quem ocasionou o prejuízo, que poderia ter sido causado por um ou outro, não se concretiza a responsabilidade"<sup>512</sup>. Silvio Rodrigues, por sua vez, analisou tangencialmente a questão e, da mesma forma, concluiu que é "inacolhível a idéia de uma responsabilidade comum, por ato individual de um dos participantes de um grupo, do

511 José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., p. 447.

512 Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p. 275. E mais adiante concluiu este autor que da causalidade alternativa se deve distinguir a situação que se configura pela participação de várias pessoas em um ato em cuja execução um dos partícipes causa o dano. Para Orlando Gomes, neste caso, aí, sim, todos respondem (ob. cit., p. 276).



qual partiu o ato danoso, apenas porque não se conseguiu provar quem foi o autor do ilícito”<sup>513</sup>.

Não obstante tais contribuições, o primeiro jurista brasileiro que estudou, profundamente, a responsabilidade coletiva foi Clóvis do Couto e Silva que, após proferir um curso na Faculdade de Direito e Ciências Políticas de Saint Maur, Paris XII, reuniu em 1988 suas conferências na obra *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, na qual dedicou um capítulo à causalidade alternativa. Depois dele, foram, ainda, publicados no Brasil dois importantes trabalhos a respeito do tema: em 1991, *Responsabilidade civil dos grupos*, de Vasco Della Giustina; e, em 1998, *Responsabilidade coletiva*, de Julio Alberto Díaz.

Após explicar em que consiste a chamada causalidade alternativa, Clóvis do Couto e Silva, na obra acima referida, aponta alguns dos ordenamentos jurídicos que a acolhem expressamente. Comenta, então, o § 830 do Código Civil alemão que prevê a responsabilidade coletiva em termos gerais. A partir daí, indaga o emérito civilista qual seria a melhor forma de, na ausência de dispositivo semelhante, resolver o problema. De acordo com o Direito brasileiro, a solução clássica seria a de negar o pleito da vítima, pois cabe a ela o ônus de demonstrar o nexo de causalidade, sem o qual não se configura o dever de indenizar.

Pondera Clóvis do Couto e Silva, entretanto, que, se a causalidade alternativa fosse admitida, todos os possíveis responsáveis seriam solidariamente condenados. Resolver-se-ia, em grande parte, o problema dos danos coletivos, como os causados por produtos químicos distribuídos à população com efeitos muitas vezes catastróficos. A causali-

513 Silvio Rodrigues, *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., pp. 163-164.

dade alternativa corresponde, a seu ver, ao delito de rixa no Direito Penal<sup>514</sup>. Na opinião de Clóvis do Couto e Silva, não se trata de “questão de presunção”, mas de transformar a própria noção de causalidade real pela admissão de uma “causalidade suposta”<sup>515</sup>. Cita, então, dois precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que se tornaram paradigmáticos.

O primeiro deles envolveu várias empresas especializadas em corte de pinheiros as quais operavam, sucessivamente, na mesma região. O problema ocorreu porque uma quantidade muito superior àquela prevista no contrato foi abatida, sem que se pudesse saber qual das empresas contratadas era a responsável pelo excedente. A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que, “desconhecendo-se qual dos réus praticou o ilícito, há solidariedade”<sup>516</sup>. Essa decisão representou uma perfeita admissão da causalidade alternativa, porque o agente causador do dano, embora desconhecido, se encontrava em um círculo delimitado.

514 Clóvis do Couto e Silva, “Responsabilidad alternativa y acumulativa”, cit., p. 237. Sobre o modelo do delito de rixa, salientando as diferenças entre Direito Penal e Direito Civil, v. Vasco Della Giustina, *Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor, cit., pp. 66-77. A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao examinar um caso de rixa em que restou gravemente ferido um dos participantes, aplicou a causalidade alternativa para acolher o pedido de indenização formulado pela vítima (TJ/RS, 5ª Câm. Cív., AC 596046680, Relator Des. Alfredo Guilherme Englert, j. 12.09.1996).

515 Clóvis V. do Couto e Silva, *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, cit., p. 77.

516 TJ/RS, 3ª Câm. Cív., AC 21.062, Rel. Des. Antônio V. do Amaral Braga, j. 08.11.1973.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, entretanto, por maioria, reformou a decisão, sob o argumento de que restaram violados os artigos 904 e 1.518 do Código Civil de 1916. No voto vencido, o Ministro Cunha Peixoto valeu-se da doutrina estrangeira para fundamentar sua decisão: "os doutrinadores e a jurisprudência alienígena têm se orientado no sentido de, no caso da prática de um ato em conjunto, que causou prejuízo a terceiro, quando há dificuldade ou mesmo a impossibilidade de se identificar o autor do dano, responsabilizar-se a todos que dele participaram", ponderando as lições de A. Cammarota, Mazeaud, Lalou, Demogue, Robert Bouillene e Aguiar Dias<sup>517</sup>.

O segundo precedente refere-se a certo desfile de carros alegóricos realizado na cidade de Flores da Cunha, na 1ª Festa da Vindima. Durante o desfile, uma pessoa foi gravemente ferida por um disparo de arma de fogo que partiu do carro alegórico denominado "Os Caçadores". Os integrantes desse carro portavam espingardas de caça e carregavam uma gaiola com pombos a serem soltos e alvejados diante do palanque oficial. Efetuarium, porém, apenas disparos com balas de festim, utilizando, em vez de chumbo, confete. Ocorre que um dos integrantes, não identificado, disparou, durante o desfile, balas de verdade que atingiram um espectador no rosto e no tórax, causando-lhe perda de visão e problemas pulmonares. Nenhum dos caçadores que ali desfilavam assumiu a autoria do fato. Por falta de prova, foram todos absolvidos na esfera criminal. A vítima, então, intentou uma única ação indenizatória em face de todos os que ocuparam o mencionado carro alegórico.

517 STF, 1ª T, RE 86.446/RS, Rel. Min. Antônio Neder, j. 14.06.1977, v. m., cujo inteiro teor foi publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* — RTJ, v. 83, mar./1978, pp. 954-968.

Em 1ª instância, a responsabilidade solidária foi afastada, sob o fundamento de que "a condenação só poderia recair na pessoa do verdadeiro culpado". O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mais uma vez reconhecendo a causalidade alternativa, reformou a decisão *a quo*, ao considerar "(...) solidária a responsabilidade, muito embora só um tenha sido o causador do dano, pois o fato decorreu da falta do dever de vigilância, na guarda de coisa perigosa e que a todos competia zelar". Referindo-se a esse dever de vigilância, afirmou o Desembargador Oscar Gomes Nunes, relator do processo: "Todos, evidentemente, falharam no cumprimento daquele dever e só isso bastaria para que, solidariamente, respondessem pelo pagamento da indenização"<sup>518</sup>.

Nessa decisão, enfrentou-se o problema da causalidade alternativa, ainda que se tenha usado como fundamento para a condenação a teoria da guarda. Não obstante se ignorar quem desfechou o tiro que veio a cegar a vítima, todos os possíveis autores, que se encontravam em um círculo restrito de pessoas, foram considerados responsáveis solidários. Houve, no caso, conforme observou Vasco Della Giustina, "uma nítida substituição da causalidade real pela possibilidade de causalidade"<sup>519</sup>.

Ao analisar o problema da responsabilidade civil dos grupos, salienta Vasco Della Giustina que nenhuma das tentativas de flexibilizar o princípio do ônus da prova conseguiu eliminar o nexos causal como elemento da responsabilidade civil. Apesar disso, doutrina e jurisprudência cons-

518 TJ/RS, 1ª Câm. Cív., AC 11.195, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes, j. 25.11.1970, v. u., cujo inteiro teor foi publicado na *Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, pp. 206-208.

519 Vasco Della Giustina, *Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor, cit., p. 137.

truíram outra forma de causalidade paralela e complementar à clássica: a causalidade suposta, que nasceu da necessidade de maior proteção à vítima. Afinal:

“De que vale construir pressupostos da responsabilidade, distinguir entre autoria, antijuridicidade, culpabilidade, relação de causalidade e outras distinções mais, se na hora de provar calcamos toda esta pesada atividade na vítima ou nos herdeiros e não distinguimos entre situações onde é razoável que eles provem, porque lhes é fácil, e situações onde a prova, por razões, também, de facilidade, deve estar a cargo de quem se presume ou pode ser o agente danoso?”<sup>520</sup>.

Ao ver desse autor, estabelecem-se, então, duas formas de causalidade: a primeira, real (tradicional); a segunda, suposta. Esta última advém do reconhecimento da causalidade alternativa, “pressupondo sempre a existência do dano resultante de uma ação ou omissão coletiva, havendo dúvida sobre o autor ou autores, mas fazendo ele ou eles parte de um grupo identificado de pessoas que o poderiam ter causado”<sup>521</sup>.

Na opinião de Julio Alberto Díaz, Vasco Della Giustina não cuidou devidamente de uma distinção necessária para que se possa analisar o problema. Na responsabilidade coletiva, existem sempre duas atividades: “uma, coletiva, anterior à produção do dano; e a outra — que é a que efetivamente provoca o dano — individual, só que desconhecida.

520 Vasco Della Giustina, ob. cit., p. 14. Na opinião desse autor, é evidente que “(...) entre os membros do grupo se conhece quem é o autor, se conhece onde está o responsável e é muito mais fácil exercer-se, assim, a recuperação e a reintegração” (ob. cit., pp. 15-16).

521 Vasco Della Giustina, ob. cit., p. 141.

Mas o fato de ser desconhecida não autoriza a afirmar que *o dano é resultante de uma ação ou omissão coletiva*”<sup>522</sup>. De fato, se o dano fosse resultante de uma ação ou omissão coletiva, a questão seria de causalidade concorrente ou cumulativa, mas nunca de alternativa.

Em sua tese de doutorado sobre responsabilidade coletiva, Julio Alberto Díaz defendeu a aplicação analógica da solução prevista pelo art. 1.529 do Código Civil de 1916 a todos os casos em que, comprovado um dano, não seja possível identificar o verdadeiro autor integrante de um grupo determinado de pessoas. É o que se extrai da parte conclusiva de sua obra:

“Perante o dilema de valor criado pelo anonimato opta-se pela não exoneração dos membros componentes do grupo identificado.

Interpretamos que a norma contida no art. 1.529 do Código Civil é suscetível de aplicação analógica, o que possibilita o reconhecimento de um sistema de responsabilidade aplicável a todos os casos em que apareçam os extremos configurantes deste tipo de responsabilidade (anônima).

Com referência à extensão do ressarcimento, estima-se deva ser integral e, finalmente, consideramos que a obrigação resultante não é solidária.

Assim configurada, a responsabilidade coletiva satisfaz os requerimentos do moderno Direito de Danos, alargando o círculo de responsáveis e alcançando a todos os integrantes do grupo participante do risco resultante de sua ação comum”<sup>523</sup>.

522 Julio Alberto Díaz, *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 196.

523 Julio Alberto Díaz, ob. cit., p. 211.

Vasco Della Giustina, por sua vez, não chega a defender a aplicação analógica do referido dispositivo, afirmando apenas que, embora não exista no Brasil qualquer previsão legal no tocante à causalidade alternativa, a socialização da indenização "aconselha a adotar-se linha legislativa, doutrinária e jurisprudencial voltada para a aplicação dos princípios da causalidade alternativa, à semelhança dos países europeus do sistema romano-germânico"<sup>524</sup>.

Sustenta, porém, Vasco Della Giustina que o Código de Defesa do Consumidor, ao arrolar no § 3º do art. 12, como causa de exclusão de responsabilidade civil do fornecedor, a não colocação do produto no mercado, passou a admitir, ainda que de forma implícita, a causalidade alternativa. Isto porque, a seu ver, "aqueles que estão no círculo de causalidade, de onde poderia ter saído o produto, são solidariamente responsáveis, a menos que comprovem não ter colocado o produto no mercado"<sup>525</sup>.

Na jurisprudência, já há decisões que admitem, na presença de certos requisitos, a causalidade alternativa. No julgamento da Apelação Cível nº 591047451, realizado em 10 de dezembro de 1991, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao analisar uma ação de indenização movida por viúva e filhos de torcedor assassinado com golpes de pedaços de madeira, após partida de futebol, por membro indeterminado de um grupo rival, entendeu que a causalidade alternativa era suficiente para a fixação da responsabilidade civil:

524 Vasco Della Giustina, *Responsabilidade civil dos grupos*: inclusive no Código do Consumidor, cit., p. 159.

525 Vasco Della Giustina, ob. cit., p. 151.

"Causalidade alternativa. Forma suposta de causalidade. Inadmissível para efeitos penais, mas suficiente para a fixação da responsabilidade civil. Falta de prova suficiente de haver qualquer dos demandados, individualmente, golpeado a vítima de modo a concorrer efetivamente para causar-lhe a morte, fundamento da absolvição criminal, sem força, entretanto, para afastar a responsabilidade civil, a cuja configuração basta a prova de integrarem os réus o grupo participante da briga durante a qual tais golpes foram desferidos. Lições doutrinárias e precedentes pretorianos"<sup>526</sup>.

Em seu voto, o Desembargador Adroaldo Fabrício, relator do processo, após discorrer sobre as lições de Clóvis do Couto e Silva e de Vasco Della Giustina, afirma que, no Direito Civil, a causalidade alternativa "ganha corpo, e parece que a tendência é ganhar cada vez mais aceitação, na medida em que as atividades coletivas de caráter perigoso tendem a aumentar na sociedade massificada". E, a seguir, indaga:

"O que tem isso a ver com o caso concreto? No caso concreto, estabeleceu-se uma briga, aparentemente desdobrada em mais uma fase, segundo se pode inferir

526 TJ/RS, 6ª Câ. Cív., AC 591047451, Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, j. 10.12.1991. Com o advento do Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003), as entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes, passam a responder "solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo" (art. 19). Procura-se aqui responsabilizar o organizador do evento para evitar o problema da falta de identificação do agente causador do dano.

da prova e, ao mesmo tempo, ou em diferentes momentos dessa refrega, participaram com outros os ora demandados. Qualquer dos demandados poderia ter causado o dano. Mas independente de qualquer deles ter, efetivamente, causado o dano, todos, sem dúvida nenhuma, concorreram para que o dano se produzisse, pelo simples fato da participação na briga. Aqui se argumenta, por exemplo na apelação, relativamente a um dos demandados, que ele não empunhava trama de cerca, nem moirão, apenas um graveto leve que não poderia produzir lesões de maior gravidade. Dentro da idéia de causalidade alternativa isto é irrelevante, não importa se ele poderia ter sido autor direto do dano, ele concorreu para que o dano se produzisse pelo simples fato da sua participação na atividade perigosa que se desenvolvia”.

A decisão foi mantida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>527</sup>.

Em 1993, o 3º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no entanto, ao examinar o caso de um hemofílico que, valendo-se de vários bancos de sangue, contraiu AIDS durante o tratamento, rejeitou com razão os Embargos Infringentes interpostos pela vítima, porque “a causalidade alternativa só é possível se todos os intervenientes do círculo causador do dano forem chamados à lide, sendo inviável a opção exclusivamente contra um”. A vítima, no caso, não sabia em qual banco de sangue tinha contraído o vírus HIV; logo, deveria, segundo o tribu-

527 STJ, 4ª T, REsp 26.975/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 18.12.2001, v. u., DJ 20.05.2002, p. 142.

nal, ter ajuizado a ação contra todos os bancos de sangue nos quais fez transfusão, e não em face de um só<sup>528</sup>.

Dois anos depois, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível nº 195116827, afirmou que “mesmo que não se saiba quem foi o autor do dano, se há vários indivíduos que poderiam ser, todos estão obrigados a indenizar solidariamente”, pois da vítima, “a quem não se pode atribuir qualquer culpa pelo acidente, não se pode exigir que descreva e prove minuciosamente a culpa de cada um dos motoristas”. Tratava-se, no caso, de um grupo de jovens que promovia corridas não autorizadas pelas madrugadas adentro. Durante uma dessas corridas (“pegas”), em que havia numeroso público às margens da rodovia, um dos veículos — não se soube qual —, em alta velocidade, saiu pelo acostamento e atingiu várias pessoas, matando algumas delas e ferindo outras<sup>529</sup>.

Essas são, em linhas gerais, as principais opiniões acerca do tema. A princípio presas ao dogma causal, doutrina e jurisprudência brasileiras atualmente já reconhecem e admitem, em certos casos, a causalidade suposta, com vistas a proteger a vítima.

528 TJ/RS, 3ª Grupo de Câm. Cív., Emb. Inf. 593048838, Rel. Des. Décio Antônio Erpen, j. 03.12.1993. Em 1997, o 3º Grupo de Câmaras Cíveis do TJ/RS também rejeitou a aplicação da causalidade alternativa, quando, em 1997, julgou um caso em que a vítima moveu uma ação indenizatória em face de todos os participantes de uma briga, indicando, porém, dentre os componentes do grupo, quem foi o autor do dano (TJ/RS, 3ª Grupo de Câm. Cív., Emb. Inf. 596219006, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 07.03.1997).

529 TA/RS, 5ª Câm. Cív., AC 195116827, Rel. Des. Riu Portanova, j. 23.11.1995.



#### 4. Novos rumos da responsabilidade civil

Durante o século XIX, época de triunfo do individualismo, a responsabilidade civil era, marcadamente, individual. No século XX, assistiu-se à importante mudança de perspectiva em direção ao conceito de proteção da dignidade humana: a vontade individual cede lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é inerente. As situações existenciais, quando contrapostas às patrimoniais, passam a ter clara prevalência<sup>530</sup>.

Nesse contexto, ganha força o princípio da solidariedade social. E é justamente no campo da responsabilidade civil, como observa Maria Celina Bodin de Moraes, que mais se percebe "o notável incremento das exigências da solidariedade"<sup>531</sup>. A propagação da responsabilidade objetiva, a nova conotação dada à noção de acidente e o surgimento dos sistemas de seguridade social são corolários da marcada tendência de solidarização da responsabilidade civil. Com efeito:

"A multiplicação de acidentes, ditos anônimos, que deixavam a vítima completamente desassistida, fez com que, paulatinamente, passasse a se atribuir responsabilidade não apenas em razão de manifestação culposa ou dolosa, mas também em decorrência da atividade exercida (e dos benefícios dela obtidos), através das noções de risco-proveito e risco-criado"<sup>532</sup>.

530 Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, trad. de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 153-157. No Brasil, essa mudança de perspectiva se deve, precipuamente, ao art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e à nova ordem por ela instaurada.

531 Maria Celina Bodin de Moraes, "O princípio da solidariedade", cit., p. 181.

532 Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., p. 181.

O incremento do número de danos produzidos por grupos de pessoas, sem que seja possível identificar o agente causador do prejuízo, somado à crescente preocupação do Direito com a vítima, tem provocado reações da doutrina e da jurisprudência, no sentido de admitir, em certas hipóteses, a substituição da causalidade real ou efetiva pela causalidade suposta.

A mera falta de prova, entretanto, não pode beneficiar a vítima a ponto de ensejar a admissão da causalidade alternativa. O dano anônimo caracteriza-se pela impossibilidade real de determinação do agente que o causou. A vítima deve tentar esgotar todas as possibilidades de identificação dos responsáveis, reduzindo-os a um círculo mínimo de pessoas.

Para que uma pessoa possa ser comprometida como membro de um grupo, é preciso, antes, saber se ela realmente fazia parte desse grupo. Conforme ressalta Isidoro H. Goldenberg, impõe-se "(...) como presupuesto inexcusable la prueba cabal de la participación del sujeto en la acción riesgosa o culposa llevada a cabo por el grupo, aunque ella en sí misma no sea reprehensible (v.gr. el ejemplo de los cazadores)"<sup>533</sup>. Esta é uma espécie de prova mínima que deve ser exigida da vítima; do contrário, a responsabilidade coletiva passa a ter uma extensão inadmissível.

Em suma, a causalidade alternativa ou suposta só deve ser aplicada diante de certas circunstâncias sem as quais não há que se falar em responsabilidade coletiva:

"Os elementos de fato considerados pela Teoria da Causalidade Suposta são constituídos por um conjunto de circunstâncias, a saber:

533 Isidoro H. Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 125.

- a) o anonimato do dano, assim qualificado porque não é possível identificar o seu autor;
- b) a certeza de ter sido o dano provocado por integrante, ou integrantes, de um grupo de pessoas (v. g., os alucinados integrantes de uma 'torcida organizada' que, ao saírem do campo de futebol, seu time tendo sido derrotado, resolvem danificar os automóveis estacionados nas cercanias do estádio);
- c) o grupo aparece perfeitamente caracterizado, e seus integrantes são determinados, embora não se saiba qual deles causou o dano;
- d) o grupo não precisa ser 'organizado' ou 'institucionalizado' juridicamente: é um 'grupo de fato', podendo ser constituído pelas mais variadas formas;
- e) não se trata de um dano causado *pelo grupo enquanto tal*, o que caracterizaria uma responsabilidade subjetiva plural e solidária: o autor é apenas um, ou alguns, não se tratando de co-autoria entre todos os membros do grupo;
- f) o grupo não tem um 'chefe', a quem reconduzir a responsabilidade, sendo igualitária a situação de seus componentes;
- g) o grupo desenvolve atividades de risco, ou perigosas;
- h) o verdadeiro autor do dano permanece oculto, escudado na atividade grupal, impossibilitando à vítima identificá-lo"<sup>534</sup>.

Da aplicação da causalidade alternativa decorrem, ao menos, três vantagens: (i) não se deixa sem reparação o dano injustamente sofrido pela vítima; (ii) a repartição do prejuízo entre os membros do grupo torna a indenização

534 Judith Martins-Costa, "Do inadimplemento das obrigações", cit., pp. 142-143.

menos onerosa, já que ela fica diluída entre os suspeitos; e, (iii) a condenação global evita eventual manobra do grupo para impossibilitar a identificação do autor. Mas como fundamentar juridicamente a aplicação da chamada causalidade alternativa? Com a aplicação analógica do art. 938 do Código Civil (1.529 do Código Civil de 1916), como sugeriu Julio Alberto Díaz?

A nosso ver, essa não parece ser uma boa solução. Apenas os casos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. Melhor seria justificar a atribuição da responsabilidade a todos os membros do grupo com base no princípio da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana que têm sede na Constituição Federal de 1988. A tendência da responsabilidade civil é, marcadamente, flexibilizar a determinação da relação de causalidade, com incremento até mesmo das hipóteses em que se presume o nexos causal. Fala-se hoje, até mesmo, em causalidade flexível.

Nessa linha, é possível que, diante de uma dificuldade de se identificar o membro do grupo que causou o dano, os tribunais venham a admitir, especialmente nas hipóteses de responsabilidade objetiva, que a vítima apenas demonstre o nexos causal que liga a atividade perigosa do grupo ao dano. Com o advento do Código Civil de 2002, o Direito brasileiro passou a ter uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil e que convive, lado a lado, com a cláusula geral de responsabilidade subjetiva (art. 186 do Código Civil). Essa cláusula geral de responsabilidade objetiva, devidamente interpretada, abrangerá boa parte dos casos de dano causado por um membro indeterminado de um grupo.

Não obstante a sedutora complexidade do tema, propícia às mais palpitantes reflexões, o fato é que qualquer solução que se dê ao problema não será de todo justa. Na opinião de Judith Martins-Costa, por exemplo, a adoção

dessa teoria faz a responsabilidade civil recair num jogo de azar:

“O que ocorre, na verdade, é a atribuição do nexó de imputação ao grupo, *in solidum*, o que entre nós só poderá ser alcançado por via de uma interpretação extremamente ampliativa do art. 942, segunda parte e seu parágrafo único.

Porém, no nosso entendimento, a adoção desta teoria (de resto, não expressamente acolhida pelo Código Civil e que nada inova, em termos históricos) pode levar à injustiça, recaindo num certo jogo de azar, ao responsabilizar cada um dos integrantes de um grupo que provocou um dano pelo fato de se ter provado que um agente não-identificado, mas componente do grupo, foi o autor. O princípio da segurança social não leva a tais extremos quando existem outros meios, no ordenamento, que razoavelmente, condizem com uma efetiva tutela”<sup>535</sup>.

O problema do dano causado por um membro indeterminado de um grupo é, como se vê, um *hard case* cuja solução, justamente por não apresentar uma única e correta resposta, “nem sempre satisfaz o sentimento pessoal de justiça do intérprete”<sup>536</sup>. A aplicação da teoria da causalidade alternativa ao menos “evidencia uma significativa altera-

535 Judith Martins-Costa, ob. cit., pp. 143-145.

536 A frase é de Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 89, para quem o princípio da igualdade é dos que mais se presta a ensejar *hard cases*, mas foi escrita no capítulo em que a autora tratou do referido princípio, isto é, fora do contexto da responsabilidade dos grupos e da causalidade alternativa.

ção no modo de examinar o tema da responsabilidade civil, deixando de lado o ato ilícito para olhar a existência do dano injusto”<sup>537</sup>. Parece-nos, por ora, uma solução alternativa, desde que presentes, evidentemente, as circunstâncias acima elencadas, já que à responsabilidade civil também não cabe proteger a vítima a qualquer custo, tampouco distribuir riquezas para fazer justiça social. De *lege ferenda*, espera-se que a matéria receba regulamentação própria.

537 Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, “Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios”, cit., p. 293.