

1 Introdução

O objetivo do trabalho é analisar o nexos causal e teorias da causalidade jurídica à luz das complexas relações socioeconômicas contemporâneas, discutindo-se se, para tratá-las adequadamente, deve o direito substituir a inequívoca certeza, na relação de causa e efeito entre o ato e o dano sofrido, pela ideia de probabilidade.

Inicialmente, indaga-se é aceitável que a impossibilidade de comprovação absoluta da relação de causalidade se torne um empecilho para indenizações, exemplificando-se com alguns casos paradigmáticos.

Em seguida, faz-se breves considerações teóricas sobre o nexos de causalidade e se apresenta os pontos mais controvertidos de sua aplicação e inserção na nova visão da teoria da responsabilidade civil.

Trata-se, ainda, da sua aplicação pelos tribunais brasileiros, da interpretação dada ao art. 403 do Código Civil nacional e dos desafios que surgem na concretização dessas teorias. Feito isso, passa-se a analisar as novas teorias do nexos causal e os elementos comuns e peculiares a cada uma deles.

A metodologia utilizada foi a pesquisa documental por meio de revisão bibliográfica da literatura pertinente, textos legais e a análise de decisões dos tribunais brasileiros e de outros ordenamentos jurídicos.

Ao final, conclui-se acerca da necessidade da modificação das definições teóricas sobre o tema e as possíveis soluções para a questão da causalidade jurídica na atualidade.

2 Nexos causal: entre a causalidade e a probabilidade

Se é certo que o instituto da responsabilidade civil sofreu impactos decorrentes da ampliação qualitativa e quantitativa dos riscos, própria da sociedade moderna - com incrementação ainda mais significativa na sociedade pós-moderna - como tratar, no que tange ao nexos causal, situações nas quais a inequívoca certeza seja impossível de ser concretizada? Deve-se admitir que a impossibilidade de comprovação absoluta da relação de causalidade sirva como um empecilho para indenizações, especialmente quando se trata de danos e riscos socialmente relevantes? Será a probabilidade o inevitável substituto da certeza quando se pondera sobre esse elemento da responsabilidade civil? Para contextualização do tema, propõe-se a visualização dos seguintes casos:

Entre os anos de 1941 e 1971 vários laboratórios norte-americanos produziram e venderam a droga diethylstilbestrol (DES). A droga era utilizada por mulheres grávidas com risco de aborto e sua ação era preveni-los. Em 1947, o FDA autorizou a produção e venda solicitando que um aviso de “droga em estado experimental” fosse afixado nas embalagens.

Descobriu-se mais tarde que o DES poderia causar câncer vaginal e cervical nos fetos femininos expostos. A doença se manifestava entre 10 e 12 anos após a ingestão do medicamento. O câncer, um adenocarcinoma, se espalha rapidamente, podendo ser letal. O tratamento é caro, doloroso e exige um monitoramento constante por parte das mulheres atingidas ou em risco. Assim sendo, em 1971, o FDA proibiu a fabricação e comercialização da droga. Ficou estabelecido que os fabricantes sabiam ou deviam saber que o remédio era cancerígeno e, ainda mais, era ineficaz para a prevenção dos abortos. Os fabricantes falharam em comprovar a eficácia e segurança do remédio e, em violação à autorização do FDA, o negociaram em larga escala e não apenas como droga experimental. Na década de 80, Judith Sindell, vítima de um câncer grave associado ao uso do DESⁱ, ajuizou uma ação pretendendo receber danos materiais e danos punitivos pelo uso do medicamento pela sua mãe. Embora pudesse provar o nexo causal entre o câncer e o uso da droga não conseguiria, tantos anos depois, identificar de qual laboratório ou laboratórios eram os remédios por sua mãe adquiridos e utilizados, sendo a ela difícil individualizar a conduta do fabricante e estabelecer com inequívoca certeza a relação de causa e efeito, ou seja, uso de determinado medicamento vs. desenvolvimento do câncer¹.

No Brasil, em 2010, julgou-se, em fase recursal, o pedido de Manoel Cardoso Neto. Manuel, fumante desde quatorze anos de idade, ajuíza ação de indenização contra a Cia. de Cigarros Souza Cruz S/A pretendendo ser ressarcido por danos e custeio de doença associada ao tabaco no valor de oitenta milhões e duzentos mil reaisⁱⁱ. Assim como em outros países, várias pessoas no Brasil acionam o Poder Judiciário pleiteando indenizações materiais e morais por doenças associadas ao tabaco. A despeito de vários argumentos que podem ser discutidos como a responsabilidade objetiva do fabricante, possibilidade de inversão do ônus da prova, periculosidade inerente do produto, licitude de sua comercialização, inexistência de obrigatoriedade de divulgação dos riscos do cigarro até poucas décadas e livre arbítrio do fumante, ressalta-se a questão da causalidade direta, exclusiva e imediata entre as doenças pulmonares e câncer e o uso do tabaco. Como assevera FACCHINI NETO (2016) de cada cem pessoas que contraem doenças relacionadas ao fumo oitenta teriam contraído a doença em razão do uso prolongado de tabaco. Nesse sentido, expressa com propriedade FACCHINI NETO (2016) que ou indenizamos cem por cento dos doentes, em detrimento dos vinte por cento que não teriam contraído a doença em razão do tabaco, ou negamos cem por cento dos pedidos, em prejuízo dos interesses dos oitenta que comprovadamente têm sua moléstia causada pelo fumo².

¹ Para mais detalhes do caso cf. <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm> .

² Para mais detalhes do caso cf. <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17539513/apelacao-civel-ac-55240-rn-2010005524-0/inteiro-teor-17539514>.

No Rio Grande do Sul, em meados dos anos 2000, ajuizou-se ação contra o Estado visando ao recebimento de indenização por danos morais causados em razão da prática do crime de estupro contra uma menor de 10 anos. Em função da ausência de um professor, a menor foi liberada da escola antes do final do horário escolar e, ao retornar sozinha para casa, foi abordada por um homem que a molestou sexualmente. Embora a escola tivesse registrado o fato antecipadamente em bilhete anotado na agenda, entenderam seus responsáveis que o dano causado à menor era responsabilidade do estabelecimento escolar. De outra parte, alega o estabelecimento escolar a culpa dos pais e a inexistência do nexo causal direto entre o a liberação da aluna e o ataque sofrido³.

O que se quer com esses exemplos? Justamente salientar que aos olhos da interpretação restrita da teoria clássica da responsabilidade civil não seria possível indenizar nenhum dos demandantes. Em todos os casos, não é possível se ter inequívoca certeza da relação de nexo causal entre o ato praticado e o dano sofrido.

Por existir inúmeras situações similares é que se propõe uma revisão da teoria da causalidade jurídica ou mesmo a sua substituição pelas teorias probabilísticas.

3 A extensão da causalidade no direito civil contemporâneo.

Não é nova a proposta de se olhar os pilares da responsabilidade civil em harmonia com a realidade social que se põe. BUSNELLI (1998) retrata, na sua conhecida parábola da responsabilidade civil, o caminho desse instituto no direito privado.

A responsabilidade civil é talvez a instituição que mais atraiu interesses e debates dos civilistas italianos na última década. Do mesmo modo estimulou fantasias dos estudiosos que falam de triunfo, eclipse, ocaso e até na morte da responsabilidade civil. [...] Proponho então uma parábola sobre a responsabilidade civil: Uma corrente de água, alimentada por um antigo manancial, atravessa um extenso território e condiciona sua exploração econômica. Ao passar de uma economia agrícola de autossustentação para uma de desenvolvimento industrial cada vez mais intenso, o fluxo da água termina sendo insuficiente. Eis que os experts recorrem a sua engenhosidade e constroem diques, canais e outros aparelhos que permitem utilizar e distribuir melhor o escasso líquido disponível. Sem aviso, a corrente de água transborda em razão do aumento inesperado do seu volume pela confluência de uma série de riachos provenientes de novos mananciais. Em tal situação os experts são chamados, uma vez mais, para idealizar um mecanismo de contenção das águas capaz de eliminar os riscos de inundação. Esta seria a metáfora.

³ Cf. para mais detalhes do caso

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300878882&dt_publicacao=23/10/2006.

É fato que diante de tantas “inundações”, vozes se levantam para falar da crise da responsabilidade civil, do ocaso da culpa, da flexibilização do nexo de causalidade, multiplicação dos danos... Todos esses temas são tratados pela doutrina e antecipados pela jurisprudência há décadas. Aquela busca renovar a teoria, ao passo que esta se concentra muito mais em quem pode suportar os riscos e indenizar os danos, do que no (re) estabelecimento lógico e coerente da trilogia clássica: culpa, dano e nexo causal.

Na perspectiva do nexo de causalidade pode-se defini-lo como sendo a

“relação de causalidade e o liame entre dois diversos fenômenos, no qual um é efeito do outro: quando um fenômeno existe em razão de outro, se diz que ele é causa deste, indicando uma relação de causalidade que se encaixa entre os dois. Mais precisamente, o nexo causal é o nexo material que liga um fenômeno a outro e que quando concerne a um dano, constitui um fator de imputação desse ao sujeito (DE CUPIS, 1954).

Em outras palavras, “o dever de reparar um dano depende da existência de nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso” (SCHREIBER, 2013) e seria o “mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado” (SILVA PEREIRA, 1999).

CRUZ (2005) adverte que é no nexo de causalidade que reside a última fronteira da responsabilidade civil, ao passo que BODIN DE MORAES (2010) sinaliza que é necessário nesse momento histórico e em um ambiente complexo inovar cientificamente, mas com metodologia fundamentada.

Com a referida objetivação das hipóteses de responsabilidade civil e o afastamento do elemento subjetivo da culpa na análise da obrigação de indenizar, jurisprudência e doutrina se voltam para este elemento com o objetivo de determinar a imputação da responsabilidade objetiva. No entanto, esta demanda crescente conjugada à falta de desenvolvimento científico do instituto no direito brasileiro acarreta uma babel de opiniões, teorias, subteorias e (in) decisões sobre o conceito de nexo de causalidade, que tornam a investigação da causa, na melhor das hipóteses, um exercício de adivinhação.

Fica claro assim que, mesmo que de forma marginal, o que se torna relevante em vários casos é muito antes o afastamento da causalidade do que sua perscrutação. Com as dificuldades concretas, os tribunais acabam afastando a necessária comprovação do nexo causal e a substituem por uma das duas possíveis indagações: Quem teve culpa? Ou, quem assumiu o risco? Assim, “se há culpa, há responsabilidade, se há risco, há responsabilidade, independentemente da existência de um nexo causal previamente demonstrado” (MULHOLLAND, 2010).

De volta ao nexo causal e às suas fragilidades (SCHREIBER, 2013), é preciso entender que nem sempre um evento que do ponto de vista fático causa outro, o será também juridicamente. BODIN DE MORAES (2010) explica que grande parte dos equívocos que cercam o tema estão no fato de que recorrentemente se confunde o nexo causal com um elemento fático e não jurídico.

Sem dúvida, qualquer análise se inicia pela investigação material da cadeia de eventos geradora do resultado danoso, e esta é evidentemente fatural. Mas esta análise produz uma simples indicação das condições que levam ao dano, a que deve conduzir em seguida à indicação da condição do dano que gera a obrigação de indenizar, seja ela a necessária, a eficiente, a preponderante ou a adequada. E esta indicação não é material, de fato, mas jurídica, pois se refere à seleção daquele a quem será atribuída a obrigação de indenizar.

Note-se, também, que no âmbito da realidade da responsabilidade subjetiva é frequente que a comprovação do nexo causal seja mais uma formalidade, já que no afã de indenizar a vítima muitas vezes se mistura a culpabilidade com a causalidade. MULHOLLAND (2010) comenta a questão:

A confusão entre culpabilidade e causalidade se justifica a partir do momento em que as duas noções têm em comum o elemento da previsibilidade do resultado danoso. Os dois conceitos são complementares, na medida em que, quando se trata de uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva, estes dois elementos serão indispensáveis para a configuração da obrigação de indenizar. No entanto, não são noções idênticas, importando, pelo contrário, a necessidade de investigar-se primeiramente – e sempre – a existência da relação causal pra posteriormente identificar-se a existência de algum tipo de conduta culposa em sentido lato.

Outro aspecto, salientado por SCHREIBER (2013) é que no campo da responsabilidade objetiva o único empecilho entre a vítima e sua indenização é a ruptura entre o resultado e a ação na sua relação de causalidade. Assim sendo, pode-se dizer que no campo das relações em que não se discute culpa é o nexo causal o principal elemento a ser analisado. Se de um lado isso o torna extremamente relevante para a discussão concreta dos casos, de outro o transforma, nesses casos, na principal barreira para a satisfação dos danos sofridos. Na verdade, não sendo possível estabelecer a relação de causalidade, não se terá constituído a obrigação de indenizar.

Por fim, outra dificuldade que se enfrenta na atualidade, como também indica MULHOLLAND (2010), é que a regra aplicada como regra *all or nothing* ou *the winner takes all* - que se baseia em um método binário e se funda na ideia da capacidade da vítima em fazer prova inequívoca da existência do laço causal entre dano sofrido e ação praticada - é

claramente inadequada para resolver determinadas situações que a vida e suas complexidades vêm nos apresentando.

4 Aspectos teóricos da causalidade e sua aplicação pelos tribunais

Na profusão de teorias que buscam tratar do tema da causalidade oscilam os doutrinadores brasileiros entre a causalidade direta e imediata e sua subteoria da causalidade necessária.

Nesse sentido, afirma MOREIRA ALVES (2009) que

a diferença entre ambas as teorias – a da causa adequada e a do dano direto e imediato na vertente da subteoria da necessidade exigiria pelo menos a consequência extremamente provável, a traduzir a quase certeza, ao passo que na teoria da causa adequada ficaria apenas uma probabilidade menos intensa.

Diz o art. 403 do Código Civil (repetindo o teor do antigo Código Civil que tratava da matéria no art.1060):

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.

Sobre o antigo art. 1060 do Código Civil, opinou em 1992, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 130.764, o Relator Ministro Moreira Alves⁴:

Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1060, do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada a teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo se refira à impropriamente chamada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta o inconveniente das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

A discussão no caso versava sobre a responsabilidade civil do Estado no caso de dano causado por detento que evadira do sistema prisional. No caso, o STF (BRASIL,1992) entendeu inexistir o nexo causal. Nos termos da ementa:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no

⁴ Cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>

artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6 do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexó de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexó de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexó causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexó de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexó de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Em outras situações, contudo, aparentemente similares, decidiu o STF (BRASIL, 2006a) pela existência do nexó causal:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexó de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido.

Comentando a atuação do Poder Judiciário afirma (SCHREIBER, 2013) que

em que pese a inegável importância do debate acadêmico em torno das diversas teorias da causalidade, em nenhuma parte alcançou-se um consenso significativo em torno da matéria. A observação das decisões judiciais revela que as cortes têm empregado ora uma teoria, ora outra, sem que se possa definir sequer um padrão de julgamento a partir dos diversos precedentes emitidos em um determinado ordenamento.

SCHREIBER (2013) continua estabelecendo que o que pode parecer uma “atecnia contumaz por parte das cortes brasileiras” nada mais é do que uma propositada abordagem da questão de modo a garantir a flexibilidade no tratamento da questão da causalidade jurídica e permitir que se concretizem as indenizações que se consideram devidas assegurando-se aos que sofreram o dano a reparação patrimonial. Em síntese, tanto no Brasil como em outros ordenamentos, as decisões misturam teorias, sem se preocupar com a nomeação correta das mesmas, tudo para resolver concretamente a “problemática da causalidade”.

De certa forma, pode-se afirmar que as cortes tem se recusado a dar à prova do nexo causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, haviam atribuído à prova da culpa, com tão injustos resultados, preferindo navegar por opções teóricas mais ou menos amplas diante de uma legislação lacônica sobre a matéria.

Impera, assim, na matéria, a discricionariedade do Poder Judiciário que muitas vezes mescla teorias para alcançar resultados e em outras tantas presume o nexo causal, valendo-se do senso comum e da intuição dos magistrados.

Ilustra bem essa utilização a decisão proferida pelo TJRS, em 2003, levantando a questão se a causalidade seria muito mais uma questão de bom senso do que, como explica MULHOLLAND (2010), a busca pela cientificidade ou racionalidade, ou ainda, juridicidade para causalidade.

As regras da experiência, enfim, demonstram que o exame do nexo causal pode ser ampliado pelo que se tem conhecimento da vida, relativamente ao uso do cigarro, o mal que tem causado aos seus usuários e que estão a nos rodear, trazendo consequências maléficas irreversíveis em muitos casos. Tudo pelo uso inadequado dos dependentes químicos e psíquicos, sem que haja qualquer responsabilização das indústrias fabricantes de cigarros, que apenas lucram com seu agir e em nada contribuem para amenizar o mal que causam à saúde pública desse País.

Ainda nessa linha, afirma MULHOLLAND (2010):

É necessário enfrentar a extensão da causalidade, isto é, saber em que medida e até onde deverá haver a imputação dos danos sofridos, sendo esta verificação daquelas que se realiza através do amplo reconhecimento

de que, mais do que por determinantes jurídicos ou lógicos, a solução jurídica será sempre dada por escolhas político-filosóficas.

Acompanhando esse raciocínio, a mesma autora cita decisão do STJ (2006b) em que o voto vencido da Ministra Nancy Aldrighi ilustra essa posição:

A r. sentença recorrida, embora chegando à conclusão de que não houve recusa na remoção, destaca diversos pontos em que é nítida a falta de atendimento, que se caracterizou pela demora que resultou fatal. Não se está agora afirmando que a recusa ou a falta de atendimento para a remoção teria sido causa única do falecimento do menor, desde que ao chegar ao hospital já mostrava situação desesperadora. Todavia, fica sempre a ausência do serviço de remoção, que não foi atendido regularmente, como era de se esperar, como causa e motivo para colaborar intensamente com o falecimento do menor. Não é difícil formar convicção pela leitura atenta das peças dos autos e especialmente da transcrição das conversas havidas e que reconstituem os episódios ocorridos, demonstrando a falta de zelo no cumprimento contratual. Admitido o não cumprimento do acertado contratualmente, através da ausência da imediata remoção do menor, caracterizada assim a culpa da apelada, a ação deve ser julgada procedente." (fl. 392) Dessume-se desse trecho que, no plano dos fatos, o Tribunal de origem entendeu "a ausência do serviço de remoção, (...), como era de se esperar, como causa e motivo para colaborar intensamente com o falecimento do menor." E essa versão não pode ser revolvida nesta sede por força da Súmula 7/ STJ. Portanto, reconhecida a culpa e o nexos causal vinculando a conduta recorrente ao resultado morte. O reconhecimento da participação da avó na queda da criança não altera o nexos causal reconhecido da prestadora de serviço de plano de saúde e, nem se está aqui negando a existência de fato originário - queda da criança que estava sob os cuidados da avó. O que deve ser analisado é se ocorreu em face da demora no atendimento do plano de saúde uma concausa, que, segundo o Prof. Sergio Cavalieri, é outra causa que se junta à causa principal, concorrendo para o agravamento ou reforço do dano. E continua o Mestre afirmando que "são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano" (Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 4ª edição, revista, aumentada e atualizada, Ed. Malheiros, São Paulo, 2.003). O atendimento médico imediato e que deveria ter sido prestado pela recorrente em razão do contrato de prestação de serviço médico hospitalar que mantém com o pai da vítima, não foi oferecido com a rapidez e presteza necessárias, ocorrente o falecimento enquanto se desenvolvia o telefonema para solução burocrática exigida pela funcionária que atendia o beneficiário do plano de saúde. Deste quadro relatado no acórdão, verifica-se a existência, na produção do evento danoso, de nexos causal múltiplo. Nos dizeres de Andreas Von Thur, citado por Martinho Garcez Neto, (Prática de Responsabilidade Civil, 1.989, Saraiva, p. 33), "a obrigação de indenizar não excede nunca os limites traçados pela conexão causal, mas o ressarcimento do dano não exige, necessariamente, que o ato do responsável seja causa única e exclusiva do prejuízo. Como tudo na vida, o dano surge da coincidência das várias circunstâncias e, decorre, portanto, de causas diversas. Basta que o autor seja responsável por uma

delas, sempre que desta provenha o dano, estabelecida a sua relação com as demais." Não pode subsistir dúvida de, na hipótese sob julgamento, estar caracterizada a multiplicidade de causas eficientes para a ocorrência do dano morte, não se podendo imputar à avó da criança a culpa exclusiva pelo evento e, tampouco considerar o descumprimento contratual da recorrente, representado pela ausência de atendimento médico-hospitalar no tempo adequado, causa única do falecimento do menor. Considerando que a causa e o nexo causal se constituem na matéria mais tormentosa no campo da responsabilidade civil, a jurisprudência tem encaminhado as decisões nestas hipóteses indicando ser aplicável a teoria da causalidade adequada, isto é, deve dar-se relevo à causa que decisivamente foi capaz de produzir o dano, e, em consequência não se reduzir a relevância jurídica da causa adequada, ainda que outras causas tenham contribuído para a produção do dano. Ocorre que, neste julgamento, qualquer uma das causas - queda da criança atingida com grave lesão perfurando o rosto ou a ausência de atendimento no tempo adequado pelo funcionário da recorrente, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da imediata remoção da vítima - são causas eficientes e não independentes donde emerge de modo inequívoco a obrigação de indenizar. Tenho a consciência de que a incorreta identificação do nexo causal pode levar a condenação de alguém a responder pelo que não fez. Por outro lado, também não se pode ignorar o comprovado descumprimento do contrato de prestação de serviço médico-hospitalar na situação crítica como a dos autos, na qual o tempo no atendimento deveria ter sido priorizado a favor do atendimento da vítima a qualquer custo. Detalhes burocráticos e contratuais poderiam ser resolvidos a contento em outro momento, salientando-se o que reconhece expressamente o acórdão impugnado às fls. 392, porque a criança entrou no hospital com vida e a falta de atendimento imediato colaborou "intensamente para o falecimento da criança".

Essa liberdade criativa, contudo, tem ônus que pesa sobre a segurança jurídica e deve ser analisada sob a perspectiva da análise econômica do direito e do impacto econômico das decisões condenatórias nas relações sociais e comerciais. Já que, conforme afirma TIMM (2008), o Direito e o Judiciário afetam de forma clara a performance econômica e são imprescindíveis na análise econômica do direito.

Sobre o tema ZYLBERSZTAJN e SZTAJN (2005) aduzem que

a análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas e imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O direito por sua vez estabelece regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim o direito influencia e é influenciado pela economia.

Na esteira do que, conclui SCHREIBER (2013) sobre a relativização do papel do nexo causal e de sua prova como um filtro da reparação civil, vê-se, de um lado o “imperativo social da reparaçãoⁱⁱⁱⁱ” (FLOUR, 1987) que parece apontar para a flexibilização da prova e dos limites do nexo causal e, de outro, os riscos de que a *blame culture* (ATIYAH,1997) garanta a reparação a qualquer custo impondo-se antes da causalidade jurídica a desgraça da vítima.

Enquanto não se procede à necessária revisão da inteira dogmática da responsabilidade civil, vive-se um momento de evidente perplexidade com a corrosão das bases do instituto. Não resta dúvida de que o nexo causal não logrou substituir a culpa como barreira de contenção ao ressarcimento dos danos. E mais: à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexo causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtragem da reparação, uma erosão cada vez mais visível. O resultado desta tendência é a realização do pior temor dos juristas da modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível.

5 *More likely to be true than not true*: da lógica da certeza para a lógica da probabilidade

Em vista de todos esses pontos tratados, aponta a doutrina para a substituição da causalidade pela probabilidade. Sobre esse tema discorre longamente FACCHINI NETO (2016) que, analisando a questão das indenizações por doenças causadas pelo consumo do tabaco, apresenta várias teorias consideradas mais adequadas para tratar das questões da causalidade jurídica.

O autor menciona que há uma crise filosófica do princípio da causalidade. Decorreria da sua decadência a concepção através da qual a causalidade, mais do que certeza, é probabilidade. Em outras palavras, as várias teorias apresentadas por FACCHINI NETO (2016) estabelecem que um dado acontecimento não desencadeia um determinado efeito, mas aumenta significativamente a probabilidade de sua ocorrência. Assim sendo, a conformação da responsabilidade civil não necessariamente se baseará na prova inequívoca do nexo causal, sugerindo-se o acolhimento de demandas indenizatórias com base na lógica da probabilidade e na relativização da certeza.

FACCHINI NETO (2016) elenca várias teorias que teriam alguns pontos em comum, não obstante apresentem suas peculiaridades.

Segundo o autor, essas teorias, com alguma variação, se baseiam na noção de que os fatos falam por si, ou seja, há evidências concretas e cientificamente apoiadas para que se deduza ser bastante provável ou verossímil (ao menos em um patamar superior a 50%) que existe correlação entre o ato ou ação e o dano sofrido. Embora não se possa utilizar um juízo de certeza, utiliza-se o de verossimilhança. Em certas situações, portanto, se não

posso ter certeza absoluta, a suposição é *more likely to be true than not true* (é mais provável que seja verdadeira do que não).

Outro aspecto que se destaca nessas teorias é uma sugestão de que em dadas circunstâncias, pelas condições especiais da vítima ou da relação jurídica entabulada, há que se reduzir o módulo probatório, ou seja, admite-se a verdade dos fatos alegados, mesmo que não haja provas concludentes a respeito dos mesmos. Em outras palavras, a prova plena deve ser atenuada, dependendo de cada situação, já que não se pode exigir a mesma extensão de provas para todo e qualquer evento, sobretudo quando há leis protetoras de determinadas categorias.

Uma das teorias apresentadas por FACCHINI NETO (2016), a teoria da presunção da causalidade, é desenvolvida por MULHOLLAND (2010) que estabelece que poder-se-ia invocar a responsabilidade por presunção de causalidade quando houvesse os requisitos abaixo:

- a) dificuldade considerável ou impossibilidade da vítima de comprovar, em juízo, a ligação entre o dano que sofreu e a atividade referida como provável causa do dano;
- b) casos de responsabilidade coletiva (causalidade alternativa), em que a conduta ou atividade a qual deve ser relacionada é desconhecida; e
- c) hipóteses em que existe o desenvolvimento de atividades perigosas, isto é, atividades que geram danos qualitativamente graves. (...) Uma vez identificados estes elementos ou requisitos afigura-se legítimo ao magistrado a análise probabilística da causa para fins de imputar a responsabilidade.

MULHOLLAND(2010) também ancora suas ideias na noção de solidariedade social:

A solidariedade social atua concretamente objetivando a distribuição dos riscos derivados da atuação ou da atividade geradora de danos injustos e impondo a responsabilidade àquele que teria a melhor condição ou posição de evitar o dano. [...] o solidarismo social impor a obrigação de indenizar os danos causados por determinada atividade ainda quando não seja possível à vítima do dano fazer a prova irrefutável da existência de um liame de causalidade, por conta da situação peculiar em torno da situação danosa.

Por fim, como apresenta FACCHINI NETO (2016), na abordagem das teorias probabilísticas se estabelece que a relação de causa e efeito entre o fato e o dano deve existir. Contudo, essa relação não precisa ser determinística, podendo ser uma causalidade probabilística. Assim sendo, entende-se que A (fato) é a causa de B (dano) se normalmente esse fato A causa esse dano B, isto é, se é verossímil ou provável que o dano A tenha sido causado por B.

De acordo com FACCHINI NETO (2016), com tais teorias um fato pode ser considerado a causa de um resultado negativo se for alta a probabilidade, à luz de estatísticas científicas, de que este último tenha ocorrido em razão da presença do primeiro.

Dessa maneira, defende o autor que a causalidade baseada na inequívoca certeza estaria superada, sendo possível e imperativo indenizar os danos sofridos com base na probabilidade científica.

Se pode-se apontar vários casos julgados com base na probabilidade nos ordenamentos estrangeiros, bastante interessante é o acórdão proferido pelo Rel. Des. Odone Sanguiné, do TJRS (2007). Em que pese a discussão de outros vários pontos, destaca-se o debate acerca do nexo de causalidade entre o hábito de fumar e o desenvolvimento de um enfisema pulmonar que culminou na morte do fumante.

De um lado, alega a ré, Cia. Souza Cruz Indústria de Cigarros S/A, que:

Ausência de nexo causal entre o tabagismo e o desenvolvimento das enfermidades em questão, dentro dos contornos estipulados no art. 403 do Código Civil (antigo artigo 1060 do Código Civil de 1916), que preleciona o nexo causal direto e certo entre o evento e o dano. Sustenta que descabe, na análise do nexo causal, a consideração de um juízo de razoabilidade ou de mera proporcionalidade para sua aferição, uma vez que prevalece, no sistema normativo brasileiro, a teoria da causalidade direta ou imediata, segundo a qual o tabagismo deve se revelar a causa necessária e suficiente para ensejar o enfisema pulmonar, o que não ocorre no caso, pois a doença supostamente desenvolvida pelo falecido tem natureza multifatorial, uma vez que se submeteu a, pelo menos, três outros fatores de risco além do tabagismo, quais sejam, o etilismo, a predisposição genética e a vida sedentária, daí o descabimento de juízos leigos de razoabilidade e lógica comum contrários a conclusões técnicas.

De outro, arrazou o Tribunal, em sua ementa:

NEXO CAUSAL ENTRE O TABAGISMO E A MORTE. A epidemiologia como método genérico para determinar a causalidade na responsabilidade civil pelo produto. Segundo a teoria da causalidade adequada, aplicada ao âmbito da responsabilidade civil pelo produto, para que se configure o nexo de causalidade, basta que haja séria probabilidade de ocorrência do dano, sendo suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias ou situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente. Nesta perspectiva do nexo causal epidemiológico, subministrado pelas regras do que ordinariamente acontece, a prova coligida aos autos conforta a presença do liame de causalidade entre o tabagismo e a neoplasia pulmonar que produziu a morte da vítima.

No voto, informa o Relator:

Restou incontroverso nos autos que o autor fumou, ao longo de trinta e sete anos, as marcas Continental, Minister, Belmont e Hollywood, todas fabricadas pela demandada. Não há insurgência recursal no ponto, motivo pelo qual a referência à questão em sede de memoriais não tem o condão de devolvê-la a esta Corte. Por sua vez, a prova pericial analisada em conjunto revela indubitavelmente que a vítima padecia de enfisema pulmonar e carcinoma brônquico, é dizer, neoplasia (câncer) pulmonar. Nesse sentido, a certidão de óbito de fl. 22, 1º volume, relata que a ‘causa mortis’ da vítima foi “edema cerebral, insuficiência respiratória, tumor intracraniano e tumor pulmonar” [...] Ao contrário de muitos outros cânceres, o agressor ambiental principal que provoca o dano genético é conhecido. Em primeiro lugar temos o tabagismo (fumo de cigarro). As evidências relativas ao tabagismo resultam de observações estatísticas e clínicas, além de trabalhos experimentais. As evidências estatísticas mostram que 87% dos carcinomas de pulmão ocorrem em fumantes ativos ou naqueles que pararam de fumar recentemente. Comparados com os não fumantes, a média de fumantes de cigarro tem dez vezes maior risco de desenvolver o câncer e os fumantes pesados (40 cigarros por dia durante vários anos) têm 60 vezes maior risco. Além do tabagismo, há também riscos industriais, relacionados a radiação ionizante. Houve um aumento na incidência de câncer de pulmão entre os sobreviventes de Hiroshima e Nagasaki. Dados fornecidos pela Comissão de Tabagismo da Sociedade Portuguesa de Pneumologia, revelam que o tabaco é responsável por 87% dos Carcinomas do pulmão e 82% das Bronquites crônicas/Enfisemas. [...] Há uma erosão do paradigma causal do tipo normológico e uma ruptura da ideia de monocausalidade e da concepção da causa como condição necessária e suficiente, em razão da frequente falta de conhecimento sobre os mecanismos de causação do resultado, em três campos particulares: medicina, danos ambientais provocados pela interação de condutas seriais e danos à saúde derivados de defeito do produto, nos quais se observa uma tendência consistente a reconstruir a causalidade segundo um paradigma puramente probabilístico, que desembocam na via do aumento do risco. Diversos casos analisados pela jurisprudência comparada (Contergan, Lederspray, Holzschutzmittel e do ‘aceite de colza’), têm em comum a falta de individualização dos fatores causadores do dano ao interior do produto suspeito de haver provocado lesões à integridade física dos consumidores. Nos casos Lederspray e Holzschutzmittel, apesar de que os peritos não foram capazes de isolar os fatores produtores do dano ou de indicar a concentração de produto suficiente para determinar danos à saúde dos consumidores, entendeu-se que, apesar da falta de prova em sentido científico naturalístico para afirmar o nexo de causalidade, era suficiente o convencimento judicial, baseada em indícios, da provável existência da correlação causal; basta poder excluir que o dano foi provocado por um produto diverso. As mais conhecidas decisões judiciais sobre responsabilidade penal pelo produto havidas na Alemanha – casos Contergan (ou da talidomida), do pulverizador para o couro (Lederspray ou Erdal) ou protetor de madeira (Holzschutzmittel) – e Espanha – caso da Colza (canola) –, reavivou intensamente o debate sobre a causalidade. Houve casos de responsabilidade pelo produto, como os casos Contergan, Lederspray, ocorridos na Alemanha, e o caso da ‘Colza’, na Espanha, nos quais era controvertida a relação causal que se aplicou para a determinação da causalidade da conduta do autor em relação ao resultado. Na época do caso Contergan, no final da década de sessenta e início dos anos setenta, ainda se discutia sobre se a talidomida, substância ativa do sonífero

Contergan, ocasionava deformações no feto no caso de ser ingerida durante uma determinada fase da gravidez. No caso do Lederspray ('spray para couro'), tampouco era conhecida a substância química ou combinação de substâncias químicas que podiam causar edemas pulmonares, somente se havia constatado uma chamativa coincidência temporal entre a utilização deste spray e a aparição de edemas pulmonares em usuários concretos. Tampouco no caso da canola, decidido pelo Tribunal Supremo Espanhol, pôde determinar-se que combinação química resultou tóxica no azeite de canola. Somente existia uma relação estatística verdadeiramente chamativa entre a aparição de um determinado síndrome tóxico e a difusão do azeite de mesa amarelado com anilina. Nestes casos o tribunal também teve que decidir sobre a questão de como deve provar-se ante um tribunal uma lei causal geral. Considerou o TS que "se deve considerar que existe uma lei causal quando, comprovado um fato em um número bastante considerável de casos similares, seja possível descartar que o acontecimento haja sido produzido por outras causas. Tais condições são suficientes para garantir uma decisão racional do caso desde o ponto de vista do Direito Penal".

6 Conclusão

É inegável que diante das mudanças registradas na sociedade desde o início do século passado não se pode interpretar a causalidade jurídica tal qual se fez nos primórdios da responsabilidade civil. Cumpre refletir, contudo, se de fato é necessária a construção de teorias novas, que redesenhem a causalidade jurídica, ou se simplesmente será possível obter resultados adequados e satisfatórios com aplicação de teorias como a do risco integral e a noção de solidariedade social.

Fato é que caberá ao juiz, no caso concreto, valer-se dos elementos fáticos e jurídicos presentes para vincular, ao dano (resultado), a ação do agente (causa). Poderá o juiz, nos termos do art. 403 do Código Civil assumir que há a imputabilidade e a conseqüente obrigação de indenizar somente se houver inequívoca certeza da causalidade? Parece-nos que essa é uma visão restrita e que não coaduna com uma nova visão do tripé em que se assenta a responsabilidade civil e que já foi há mais de um século revisada por autores tais como Josserand.

Ao contrário, em certas situações em que há danos graves ou coletivos deve-se estabelecer a relação causal preconizando-se muito antes a assunção do risco do que a ligação causal fundada na certeza absoluta. Ademais, é bastante improvável, em qualquer situação, garantir-se tal porcentagem de certeza. Assim, pode-se estabelecer, como faz *Justice Denning*, no famoso caso *Miller vs. Minister of Pension* (1947) que "prova além de qualquer dúvida razoável não significa prova sem sombra de dúvida".

Por fim, se é certo ser a responsabilidade civil casuística, é desejável atribuir ao Juiz tamanha liberdade nas decisões permitindo-o condenar sem a comprovação precisa do nexos causal? Há que se refletir sempre sobre a ação do Poder Judiciário como capaz de

gerar custos para as atividades econômicas e se ponderar sobre quais caminhos deve o julgador seguir, bem como seus reflexos para a coletividade.

7 Referências

- ATIYAH, P. *The Damages Lottery*. Oxford: Hart. 1997.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Prefácio à MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2010.
- BRASIL. STJ. AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA v. MARCOS PAULO DE LIMA E OUTRO. RESp nº 539.736 - SP (20030087888-2). 2006b. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300878882&dt_publicacao=23/10/2006 Data do acesso: 03-07-2017. 2006b.
- BRASIL. STF. Estado do Paraná e Ministério Público do Paraná v. H. KAMINSKI E CIA. LTDA E OUTRO. RE nº 130.764, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>. Data de acesso: 09/07/2017. 2006a
- BUSNELLI, F. Título original: La parabola della responsabilita civile. En: Rivista Critica di Diritto Privato, año VI, núm. 4, Nápoles, 1988. pp. 643 y ss. Traducción, autorizada por el autor, de Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario de la "Banca d'Italia" en la Sección de Derecho Privado del Departamento "G.L.M. Casaregi" de la Universidad de Génova. Disponível em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/16165/16582> . Data de acesso: 09/07/2017.
- CALIFORNIA, *Suprema Corte da Califórnia*. Sindell v. Abbott Laboratories (1980) 26 C3d 588, jMar., 20, 1980. Disponível em <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm> (data de acesso: 03-07-2017).1980.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DE CUPIS, A. *Il Danno*. Milão: Giuffrè, 1979. 2v.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Facchini-Neto-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf> Data de acesso: 09/07/2017.
- MILLER V. MINISTER OF PENSIONS 2 All ER 372. Disponível em http://caselawquotes.net/S/Standard_of_Proof.html. Data de acesso: 09/07/2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos, A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros”. In: LOPEZ, Teresa Ancona (coord.). *Estudos e Pareceres sobre Livre-arbítrio, Responsabilidade e Produto de Risco Inerente – O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

Rio Grande do Norte. *TJRN*. Manoel Cardoso v. Cia. Souza Cruz et al. Apelação Cível nº 55240 RN 2010.005524. Disponível em <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17539513/apelacao-civel-ac-55240-rn-2010005524-0/inteiro-teor-17539514> Data de acesso:04-07-2017. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. *TJRS*. Souza Cruz v. Maria Dornelle et al. Ap. Civ.nº 70016845349 Disponível em http://actbr.org.br/uploads/conteudo/169_RS70016845349merito.pdf. Data de acesso: 01-07-2017.

SCHREIBER, A. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA PEREIRA, C. *Responsabilidade Civil*, Rio de Jnaeiro: Forense, 1999.

TIMM, L. *O Novo Direito Civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

ZYLBERSZTAJN, D. SZTAJN, R. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
