

FERNANDO BAUM SALOMON

NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PRIVADO E AMBIENTAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Instituições de Direito do Estado, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre

2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S174n Salomon, Fernando Baum

Nexo de causalidade no direito privado e ambiental / Fernando Baum Salomon. – Porto Alegre, 2006.
154 f.

Dissertação (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS, 2006.

Orientador Prof. Dr. Juarez Freitas.

1. Direito Privado. 2. Direito Ambiental. 3. Responsabilidade Civil. 4. Nexo Causal. 5. Interpretação Sistemática. 6. Concepção de Direito Privado. I. Freitas, Juarez. II. Título.

CDU 342.151
341.347

Bibliotecária Responsável
Iara Breda de Azeredo
CRB 10/1379

FERNANDO BAUM SALOMON

NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PRIVADO E AMBIENTAL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Instituições de Direito do Estado, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em de de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juarez Freitas – PUCRS

Prof.

Prof.

À Valéria e Caio, um por compreender a busca e o outro pela ausência sentida.

Ao Prof. Dr. Juarez Freitas, jurista que o vernáculo limita na possibilidade de elogios pelo seu trabalho até hoje desenvolvido, incansável pesquisador, pela dedicação, incentivo e paciência na orientação da presente dissertação de mestrado.

Ao Tiago Bitencourt De David, que se empenhou na pesquisa e apuração de muitos textos utilizados, parceiro de todas as horas e pessoa de valores que demonstrou ser.

Agradecimentos

Ao Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto, que, com seu conhecimento, engrandece o direito civil brasileiro e pelas suas consistentes contribuições.

Aos Professores Doutores Claudio Fortunato Michelin Júnior e Jorge Cesa Ferreira da Silva, pelos incentivos recebidos.

À Advogada e Mestre em Direito Karine Demoliner, pelos momentos dedicados de reflexão e ajuda na pesquisa deste trabalho.

Aos Sócios Newton Domingues Kalil, Arthur Rocha Baptista e Luisa Falkenberg, e demais colegas de escritório, pela compreensão e suporte dedicados.

*The lawyers, not the philosophers, are the
clergy of liberalism.*

Alasdair MacIntyre

RESUMO

O mais vasto campo do direito civil e talvez de toda a ciência do direito é o da responsabilidade civil. Ela, com seus pressupostos básicos, o agente, o dano e um nexos de causa entre eles, acompanha a evolução e a complexidade dos fatos criados pela mente humana. As novas tecnologias, os meios de divulgação, enfim, um sem número de situações que estão a demandar respostas da sociedade. A preocupação doutrinária que competentemente tratou da responsabilidade civil deu ênfase à análise do dano e do seu agente, sem dar o mesmo tratamento ao nexos de causalidade. Não foi somente a doutrina que tratou de forma desdenhosa o instituto, ou seja, a legislação, e especialmente o Código Civil – Lei nº 10.406/2002, dedicou apenas e tão somente um artigo dando indicação da metodologia a ser utilizada para avaliação do fenômeno causal. Mesmo nas legislações periféricas, que também tratam de estabelecer responsabilidade, modificam a metodologia, ou mesmo dispensam, o nexos de causalidade. Pode-se cogitar que tal fenômeno tenha origem na falta de uma mínima unicidade de pensamento sobre este pressuposto quando tratado na filosofia, que acaba gerando reflexos nas diferentes concepções de direito privado. As concepções autonômica, da análise econômica do direito, a aristotélico-tomista e da constitucionalização do direito privado guardam entre si poucas identidades ou intersecções, restando na ordem proposta de uma menor para maior interferência do estado nas relações privadas. Outra circunstância a ser levada em consideração é que o tema da causalidade foi objeto de enfrentamento no direito penal, o qual por muito tempo influenciou sobremaneira a responsabilidade civil, o que até hoje acontece. A mesma distinção de idéias e fundamentos encontramos nos estudos dos cientistas ligados às ciências naturais. O nexos de causalidade, portanto, é motivo de diferentes interpretações e teorias que complicam muito uma abordagem segura sobre o tema na ótica do direito privado. A jurisprudência tem enfrentado o tema de forma caótica, mesclando formulações sobre nexos de causalidade ora dentro ora fora do sistema jurídico pátrio, instabilidade e heterogeneidade. Ademais, há outra importante questão a ser salientada, que implicará sobremaneira a análise de casos concretos. Não vivemos mais uma era de uma lógica pragmática desprovida de valores. A interpretação do direito conforme os cânones constitucionais, sopesando valores que interagem entre si com o fito de serem aplicados na base do ordenamento, nos conduzem a uma racionalidade razoável que pode dar um sentido mais extensivo ou restritivo ao conceito de nexos de causalidade. Assim, enfrentar o tema do nexos de causalidade frente aos diversos

danos e agentes que se apresentam na sociedade atual, analisar as suas teorias e interpretações advindas das ciências naturais e da filosofia e enquadrá-la dentro de uma concepção do direito privado, são os intentos que, de forma despretensiosa, constituem o foco do presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Privado, Direito Ambiental, Concepção de Direito Privado, Responsabilidade Civil, Nexu de Causalidade, Interpretação Sistemática.

ABSTRACT

The broadest field of civil law and perhaps of the law is civil liability. It, with its basic presuppositions, the agent, damage and a causal nexus between them, keeps pace with the evolution and the complexity of the facts created by the human mind. New technologies, means of communication, and other countless situations are demanding answers from society. The preoccupation of the doctrine that treated civil liability emphasized the analysis of the damage and its agent, without giving the same treatment to causal nexus. It was not only the doctrine that treated it in a disdainful way, that is, legislation and especially the Civil Code – Law n. 10,406/2002, dedicated only one article to it indicating the methodology to be used to assess the causal phenomenon. Even peripheral legislation, which also attempt to establish liability, modify the methodology, or even dispose of causal nexus. It can be assumed that such phenomenon arises from the lack of a minimal unity of thought about this presupposition when treated by philosophy, which generates reflexes on the different conceptions of private law. The autonomic conception, of the economic analysis of the law, the Aristotelic homist conception and the constitutionalization of private law, share few characteristics or intersections, which leads us from a smaller to a larger interference of the state on private relations. Another instance to be taken into account is that the theme of causal nexus was the object of a dispute in penal law, which has exerted a great influence for a long time on civil liability, which still takes place. The same distinction of ideas and foundations are found in the studies of scientists linked to the natural sciences. The causal nexus, therefore, is the reason of different interpretations and theories that complicate a safe approach about the theme in the light of private law. Jurisprudence has faced the theme in a chaotic way, mixing formulations about causal nexus which are either inside or outside the national legal system, generating instability and heterogeneity. Moreover, there is another important issue to be highlighted that shall implicate greatly on the analysis of concrete cases. We not live in an era of logical pragmatics deprived of values anymore. The interpretation of the law in accordance to the constitutional canons, balancing values that interact with the aim of being applied based on ordinance, lead us to a reasonable rationality that can give a broader or narrower sense to the concept of causal nexus. Thus, facing the issue of causal nexus in face of several kinds of damage and agents that are present in our society, analyzing its theories and interpretations arising from the natural sciences and philosophy and fitting it into a conception of private law are the aims that this study intends to accomplish.

Keywords: Private Law, Environmental Law, Conception of Private Law, Tort Law, Causal Nexus, Systematic Interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 AS PREMISSAS METODOLÓGICAS.....	28
1.1 CAUSALIDADE NAS CIÊNCIAS NATURAIS.....	28
1.2 CAUSALIDADE NA FILOSOFIA.....	30
2 DIRETRIZES HERMENÊUTICO-FILOSÓFICAS PARA AFERIÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO.....	36
2.1 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE DIREITO PRIVADO E O NEXO DE CAUSALIDADE.....	36
2.2 NOÇÃO DE SISTEMA E SUA INTERPRETAÇÃO.....	42
3 TEORIAS SOBRE RELAÇÃO DE CAUSALIDADE.....	49
3.1 EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES.....	49
3.2 CAUSA PRÓXIMA.....	52
3.3 CONDIÇÃO PREPONDERANTE.....	56
3.4 AÇÃO HUMANA.....	56
3.5 CAUSA EFICIENTE.....	57
3.6 CAUSALIDADE ADEQUADA.....	59
4 A CAUSALIDADE ADEQUADA COMO OPÇÃO DE METODOLOGIA DE ANÁLISE DO NEXO CAUSAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	64
4.1 CONTEÚDO DA EXPRESSÃO “EFEITO DIRETO E IMEDIATO”.....	68
4.2 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES.....	73
4.2.1 Equivalência das condições e relevância do elemento causalidade para o nascimento do dever de reparar: a análise das críticas formuladas à teoria.....	75
4.2.2 A aplicabilidade da teoria nos dias de hoje.....	77
4.3 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA.....	79
4.3.1 Causalidade adequada e previsibilidade.....	81
4.3.2 Causalidade adequada e probabilidade: a repartição do ônus probatório.....	83

4.3.3 A admissibilidade da teoria: limites	84
4.4 A NECESSÁRIA SÍNTESE ENTRE AS TEORIAS.....	86
4.5 DESENVOLVIMENTOS RECENTES DA ANÁLISE CAUSAL.....	88
4.5.1 Problemas específicos relacionados à causalidade	90
4.5.2 Causalidade suposta ou alternativa	91
4.5.3 Causalidade hipotética	93
4.5.4 Danos por ricochete: danos indiretos	94
4.6 O PROBLEMA DAS CONCAUSAS.....	95
4.6.1 Concausa em sentido estrito: pluralidade de causadores	97
4.6.1.1 “Concorrência de culpas”.....	99
4.7 NEXO DE CAUSALIDADE: QUESTÃO DE FATO OU QUESTÃO DE DIREITO?.....	100
4.8 CONTEÚDO DA EXPRESSÃO “SEM PREJUÍZO NO DISPOSTO NA LEI PROCESSUAL”.....	101
4.9 GRAUS DA CULPA: ARTIGOS 403 E 944, PARÁGRAFO ÚNICO.....	101
5 EXCLUDENTES DE CAUSALIDADE	103
5.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	103
5.2 FATO DE TERCEIRO.....	109
5.3 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA.....	112
5.4 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.....	114
6 A REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS FACE AOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	117
6.1 SOCIEDADE DE RISCO: A IMPORTANTE FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR E A JUSTA MEDIDA DA INDENIZAÇÃO.....	117
6.2 PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	126
6.3 A IDÉIA DE DANO E A TUTELA PROCESSUAL CIVIL EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	129
6.4 O NEXO DE CAUSALIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	137
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS	145

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil baseada na conduta moralmente censurável, originada em Lacio Aquilio, tribuno romano, foi a base de nosso ordenamento civil até bem pouco tempo. As modificações havidas com a Lei nº 10.406/2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003¹, tiveram como objetivo suprir a sociedade com outras ferramentas frente às realidades sociais que vivemos. No que tange à responsabilidade civil, este projeto foi pródigo em mudanças, instituindo, também, a responsabilidade objetiva como método da análise do ato lesivo, ou seja, suprimindo o elemento subjetivo para mirar o vetor da responsabilidade em direção ao agente, no princípio do máximo ressarcimento e especialmente reconhecendo a existência de sérios riscos que redundariam no não provimento às futuras gerações com os meios naturais que dêem sustentação à vida no planeta.

Nessa esteira, deve-se sempre objetivar o mais amplo ressarcimento dos atingidos pelos danos que a sociedade de risco impõe aos cidadãos, cabendo ao direito a busca de metodologias apropriadas para a proteção dos diferentes bens já

¹ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 206-210.

de muito reconhecidos – patrimoniais e extra-patrimoniais –, não se esquecendo dos bens ambientais, estes últimos que proclamam por um atendimento enérgico que já de muito tempo superou, não somente o elemento culpa, como a responsabilidade objetiva calcada na demonstração inequívoca do nexo de causalidade, dentro da opção teórica da causalidade adequada. Os elementos da responsabilidade civil foram objeto de apreciação doutrinária de forma muito acurada, a exceção do nexo de causalidade.

O dano, a ação, ilícita ou não, a subjetividade da pessoa do agente ou a sua atividade que dispensasse esta apreciação, foram e são exaustivamente tratados na doutrina. Diferentemente, foi enfrentado o tema do nexo de causalidade. Causalidade, como termo genérico, como vocabulário, e seus significados, na filosofia, na física e noutras ciências, parece-nos ter sido relegado a um plano secundário, o que nos parece equivocado. Especialmente no direito ambiental, como de resto nas atividades onde as tecnologias somente de forma aparente são de domínio público (telecomunicações, indústria da energia, indústria química, etc.) esta estrita ligação entre o agente e o dano se torna, na maioria das vezes, quase que impossível. Precisamos avaliar, portanto, se esta opção teórica do legislador brasileiro pela causalidade adequada responde aos anseios mínimos da sociedade em que nos encontramos. A mudança dos paradigmas exige um estudo pormenorizado da idéia da teoria da causalidade adequada em uma acepção onde se suscita um nexo de causa alargado e, face à existência de uma responsabilidade intergeracional, como no caso dos danos ao meio ambiente.

Não podemos esquecer neste aspecto, que qualquer análise tanto das teorias de nexos de causalidade como a sua aplicação no direito ambiental, deve passar por uma escolha metodológica sobre qual concepção de direito privado está adstrito o direito pátrio.

Quando falamos em nexos causal e em causa direta e imediata, podemos estar diante de uma dificuldade do sistema ou da opção doutrinária e metodológica, como dito acima. Já foi dito, inclusive, que

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na sociedade².

Essa assertiva reforça a necessidade de conduzirmos o estudo da responsabilidade civil não somente pela análise exaustiva da conduta do agente e do dano conseqüente, mas, também, de aclararmos as aplicações e restrições de um modelo de relação de causalidade, qual seja, a causalidade adequada, que salvo juízo diverso – especialmente dos que defendem a idéia de micro-sistemas – que admitem outras teorias/métodos de análise do nexos de causalidade, como o da equivalência das condições.

A Parte Geral do Novo Código Civil, no seu Livro III, introduz uma nova formatação relativa aos fatos jurídicos, dando contornos diferentes à categoria dos negócios jurídicos. O Título I é dedicado exatamente aos negócios jurídicos, restando ao Título II os atos jurídicos lícitos e o Título III para algumas disposições

² ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. V. 2. Milano: Giuffrè, 1995, p. 316.

gerais acerca dos atos ilícitos (arts. 186 a 188). Estes dispositivos da legislação civil específica são complementados depois no Título IX (arts. 927 a 954) do Livro I da Parte Especial, denominado Da Responsabilidade Civil.

Quando falamos em responsabilidade civil, a primeira grande divisão doutrinária e metodológica a ser feita é aquela que diz respeito a sua fonte, ou seja, se é ela oriunda de um contrato ou ato ilícito, ou mesmo lícito, como veremos adiante. Para a responsabilidade oriunda dos contratos ou da lei, existem diversos preceitos esparsos no Código Civil que estabelecem na espécie e dão os contornos da responsabilidade dos contratantes. A opção do legislador, em verdade, foi no sentido de espriar os aspectos particulares da disciplina da responsabilidade civil nos diversos contratos em espécie, inclusive. Além disso, restaram disposições avulsas para disciplinar certos aspectos particulares³ (como, por exemplo, os arts.

³ Uma das inovações mais importantes do novo estatuto civilista é o capítulo referente aos direitos da personalidade, introduzido logo nos primeiros artigos do código (arts. 11 a 21). O caráter pedagógico de tal previsão é sobremodo importante, por revelar um novo sistema de valores, uma chave de leitura oferecida ao intérprete já no início do código. Tal previsão pode ser interpretada como um sinal da atenuação do patrimonialismo reinante no direito civil clássico, e como um impulso em direção à desejada repersonalização do direito privado. Ou seja, um direito em que a pessoa humana (e sua dignidade existencial) passa a ser colocada no centro do sistema, no lugar do patrimônio.

O *Codice Civile* italiano de 1942 foi o primeiro a disciplinar (embora sucintamente), em forma sistemática, os direitos da personalidade (arts. 5º a 10). No código civil português, a matéria é tratada nos arts. 70 a 81. Para uma visão sintética a respeito da sistemática portuguesa, consulte-se PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 84-88, 206-213. A respeito da evolução da tutela dos direitos da personalidade na Alemanha, em prisma comparativo, veja-se MARKESINIS, B. S. **The german law of obligations**. 3. ed. V. II – The law of torts: a comparative introduction. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 63 e ss.

A tutela dos direitos da personalidade é ampla e variada, abrangendo a repressão penal, proteção administrativa, tutela reparatória, preventiva e inibitória. No âmbito restrito da responsabilidade civil, a tutela meramente reparatória muitas vezes revela-se deficiente ou inadequada, motivo pelo qual é justamente em tema de tutela dos direitos de personalidade que mais se percebe a perseverança de instrumentos sancionatórios de tipo punitivo (como a idéia de pena privada), quando não se lograr evitar o dano, através de uma tutela preventiva (que o novo C.C., em seus arts. 12, 20, e 21, corretamente propicia). Sobre a aplicabilidade do instituto das penas privadas para a tutela dos direitos de personalidade, veja-se GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano, Giuffrè, 1996. p 8-15; e PONZANELLI, Guido. **La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 15. Sobre os direitos de personalidade em geral, veja-se CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 485 e ss; Em perspectiva constitucionalista, consulte-se BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernst *et al.* **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial

12, 20, 43, 206, par. 3º, inc. V, 398, 406, 1.278, 1.296, 1.311, par. único, 1.385, par. 3º, dentre outros).

Embora não o diga expressamente a sistematização do legislador revela toda a complexidade do abrangente tema da responsabilidade civil. O art. 186⁴, por exemplo, deve ser lido conjuntamente com o art. 927, *caput*, pois ambos assentam a regra geral da responsabilidade extracontratual⁵ subjetiva por fato ilícito. Já o preceito do art. 188⁶ deve ser compreendido à luz do que dispõem os arts. 929⁷ e 930⁸. Da sua conjugação percebe-se a previsão de hipóteses de responsabilidade civil extracontratual por fato lícito. O art. 187, por sua vez, contém importante preceito, aplicável tanto a direitos absolutos quanto relativos, contratuais ou não, direitos obrigacionais, reais, de família ou outros. O parágrafo único do art. 927, e arts. 931 e 933, além de outros, de forma expressa adotam o princípio da responsabilidade civil objetiva – fora aqueles que sustentados por cláusula geral da

Pons, 2001. p. 117-144, bem como PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵ Adotamos a classificação tradicional de responsabilidade contratual e extracontratual. No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38-39. Sustenta a distinção entre responsabilidade negocial e extranegocial: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 30.

⁶ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

⁷ “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes-á direito à indenização do prejuízo de sofreram.”

⁸ “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

segunda parte do parágrafo único do art. 927 refere que “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”, como também é o caso, a título meramente exemplificativo, dos arts. 936, 937 e 938⁹.

Assim, podemos notar que em alguns pontos o legislador civilista foi bem em levantar um cenário mais realista sobre o momento social, político e econômico em que vivemos, abraçando a idéia de progredir de uma responsabilidade subjetiva calcada na culpa para um modelo que visa mais a forma objetiva de análise do fato danoso. Exagerou em alguns aspectos o legislador, como, por exemplo, ao estabelecer no art. 735¹⁰ que a culpa de terceiros não é motivo para a elisão da responsabilidade do agente transportador de pessoas, superando a noção de responsabilidade objetiva para adotar a objetiva integral, o que já fora objeto de enquadramento para os concessionários de serviços públicos com disposição constitucional específica.

⁹ “Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

(...)

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

(...)

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

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

¹⁰ Foi repetido pela Lei Civil o disposto na súmula 187 do STF ao preceituar que: “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

Preceitua, neste tópico, a Constituição Federal, em seu art. 37, §6º¹¹, que a responsabilidade civil do Estado e dos seus prepostos e daqueles que agem na condição de concessionários é objetiva¹². Tal qual posto no NCC, há um conflito

¹¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹² Pela adoção da responsabilidade objetiva do Estado decidiu o Superior Tribunal de Justiça em acórdão que elucidativamente define os contornos da questão: “1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva; vale dizer, independe da culpa, posto não ser subjetiva. Assentou-se na venda a *non domino*, o que implica o fenômeno objetivo da evicção, cujos conceitos são respeitados pelo direito privado. A extensão da responsabilidade não é (...) Pela Constituição, que aduz aos prejuízos, circunstância que depende de prova do *an debeatur*. *In casu*, à míngua de prova objetiva, também exigível em contrapartida à responsabilidade e sem indagação de culpa do Estado, não se entrevê ilegalidade na devolução do preço, juros, correção e *omissis*. Deveras, a responsabilidade objetiva e a subjetiva não se distinguem pela extensão do dano, senão pelo elemento subjetivo, dispensável quando se trata de ilícito perpetrado pelo Estado. Por isso, a indenização pleiteada pelos autores, em razão da alienação promovida pelo Estado do Paraná de terras de domínio da União (venda a *non domino*), deve ser solucionada levando-se em conta a responsabilidade objetiva da Administração, prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal. 2. Destarte, a reparação do dano aqui pleiteada não pode ser realizada nos moldes do ilícito absoluto (art. 159 do Código Civil), posto não se tratar o objeto da indenização de um bem dominical da União, pertencente ao patrimônio disponível da Administração, mas, sim, de um bem afetado à finalidade pública específica (segurança nacional), indisponível per se. 3. Na Teoria do Risco Administrativo, adotada pelo Brasil, a culpa é inferida do fato lesivo da Administração, motivo pelo qual é suficiente que a vítima demonstre o ato administrativo injusto, o dano e nexos de causalidade existentes entre eles. Referida teoria baseia-se no risco que a atividade pública gera aos particulares e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade. 4. O quantum a ser fixado na ação de indenização deve assegurar a justa reparação do prejuízo calcado nos cânones da exemplaridade e solidariedade, princípios estes informadores de toda a teoria objetiva, fundamentada no risco, sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor. A doutrina sobre o tema preconiza essa proporção assentando que: “A indenização deve abranger todo dano, só o dano, nada mais do que o dano, excluindo-se, *in casu*, os lucros cessantes, ante a ausência de prova de que os autores ocupavam as terras. 5. Deveras, o princípio da *a restitutio in integrum*, informada pela máxima consagrada de que ninguém deve enriquecer à custa alheia (*nemo locupletari potest alterius jactura*) o que produziria o desnível ou descompensação entre dois patrimônios, um elevando-se, outro diminuindo, sem causa justificadora, impõe-se solução jurídica adequada, reconduzir o prejudicado à situação anterior ao dano. 6. Por fim, reitera-se que a diferença entre a eleição da responsabilidade objetiva do estado ou sua responsabilidade subjetiva repousa no ônus da prova, do qual se exonera o lesado, sendo-lhe mais favorável a primeira causa *petendi*, mercê de inalterável a indenização que, aliás, foi-lhe concedida. 7. Desta sorte, não houve infração à Lei, senão irrisignação dos autores quanto ao resultado da ação, o que descaracteriza o cabimento da ação rescisória, posto voltado para decisões ilegais e não injustas. 8. A injustiça é reparável pela via dos recursos, insubstituíveis pela ação rescisória, posto pressupor esta, o trânsito em julgado. Ademais, é de sabença que o trânsito em julgado tem como escopo a estabilidade e a segurança sociais, por isso que não se desconstitui a coisa julgada por mera irrisignação ou suposto *error in iudicando*, salvo quando a decisão de solidifica com alto grau de imperfeição como aqueles mencionados como causa *petendi* da ação autônoma de impugnação. 9. Ação rescisória improcedente. (STJ – AR 1438 – PR – 1ª S. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 10.05.2004 – p. 00158)”

sistêmico na interpretação da norma civilista, ou seja, a interpretação conforme¹³ a Constituição encontra alcance diferente, mais restritivo quando o transportador de pessoal estiver prestando serviço público, o que nos parece mais razoável num primeiro momento. Assim, podemos afirmar que houve mutações importantes na tópica da responsabilidade civil, a exemplo das expostas acima.

De outra sorte, e por este aspecto é que anda o foco do presente trabalho, pois não houve qualquer alteração sobre a opção teórica quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, especialmente no que tange ao nexos de causalidade.

O liame existente entre a ação/omissão realizada pelo agente causador de um dano e o resultado desta é o que podemos chamar de nexos de causalidade. Sergio Cavalieri Filho¹⁴ define o nexos causal nos seguintes termos: “É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”, enquanto Sílvio de Salvo Venosa¹⁵ advoga que o conceito em tela “é o liame que une a conduta do agente ao dano.” Entre um dano efetivo e um agente há uma ação que deva corresponder ao prejuízo. A idéia de que a cada ação corresponde uma reação não é privilégio do mundo da ciência Física. O direito abraçou esta máxima para incorporá-la ao mundo da responsabilidade civil, sendo ela condição para a reparação, ou seja, é elemento essencial para tornar indene ato de quem quer que seja, tendo este relação de causa e efeito com o dano sofrido.

¹³ Ver sobre o tema da interpretação obras como: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 71.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 53.

Fernando Pessoa Jorge¹⁶ apresenta três teorias significativas para entendimento do nexo de causalidade, as quais formariam o triunvirato, que são as seguintes: a) a teoria da equivalência das condições, b) teoria da última condição e a mais importante, no seu entender, c) a teoria da causalidade adequada. Vamos focar esta última, pois, na análise do ilustre civilista, é esta a mais adequada e completa formatação para o entendimento deste pressuposto.

A princípio, o Direito brasileiro elegeu a causalidade adequada¹⁷, afastando-se neste aspecto do direito penal¹⁸, do qual a responsabilidade civil é tão ligada, pois a formulação elaborada por Von Kries¹⁹ pretende retirar dos fatos a causa que for mais adequada a produzir concretamente o resultado.

Na codificação civil pátria, sem divergir de outros países, como Itália, França e Argentina, foi adotada a teoria da causalidade adequada, conforme dispõe o art. 403, que consigna a seguinte redação:

¹⁶ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. Trazemos uma das elucidações do autor sobre a teoria da causalidade adequada (p. 394): “O problema do nexo de causalidade, em matéria de responsabilidade civil, põe-se sempre, como assinalamos, depois de praticado o facto lesivo e, em regra, depois de produzido o dano, o que suscita a seguinte dúvida: sendo o juízo de probabilidade um juízo de previsão, como é possível formulá-lo em relação a factos passados? Respondem os autores: trata-se, na verdade, de um juízo feito *ex post*, mas colocando-se, por abstracção, o julgador no momento da prática do facto e decidindo-se os prejuízos, que se verificaram, eram prováveis conseqüências daquele; faz-se, portanto, um prognóstico *a posteriori*. Este juízo permite excluir os efeitos que, embora se tenham dado porque ocorreu certo facto, não eram conseqüências normais dele e se devem, por isso, considerar resultado de uma evolução extraordinária, imprevisível e, portanto, improvável do referido facto. 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. Voltaremos mais adiante a este ponto.”

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 72; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 54; VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: editora, 2004, p. 52. Sérgio Cavalieri Filho aduz também ter sido a teoria da causalidade adequada adotada na Itália, França e Argentina (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 76-77). Contra: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. **Responsabilidad civil y relación de causalidad**. Buenos Aires: Astrea, 1984. p. 39-40.

¹⁸ Art. 13.

¹⁹ Importante gizar que von Kries não foi jurista, mas fisiólogo. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 87.

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.

Vê-se, pois, que na menção de um “efeito dela direto e imediato” deixa claro que não é qualquer causa que será objeto de apreciação como nexos de causalidade, mas sim a causa direta e imediata do dano ou suas conseqüências.

João de Mattos Antunes Varela²⁰ observa que:

não basta que a causa seja condição *sine qua non* do prejuízo, é preciso que constitua, em abstrato, uma causa adequada para o dano. Nossa jurisprudência tem efetivado a teoria da causalidade adequada, dando conta da necessidade de uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida²¹.

²⁰ ANTUNES VARELA, João de Mattos. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 617.

²¹ “Tratando-se somente de perdas e danos no faturamento da empresa ante a publicação de anúncio com número de telefone de contato equivocado, é imprescindível a comprovação do efetivo prejuízo material e do nexo causal, que não se presumem. Recurso não conhecido. (STJ – RESP 545483 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 24.11.2003 – p. 00325)”

“1. Desnecessária a prova da não utilização de roupas especiais e da ausência de orientação sobre os cuidados a serem tomados na limpeza da área contaminada pelo césio 137 para a configuração da responsabilidade estatal, bastando para tanto a execução da referida limpeza pela vítima e o resultado morte decorrente de moléstia que pode ter sido adquirida em razão dessa atividade. 2. A única possibilidade de afastamento da responsabilidade do Estado, no caso, consistiria na prova da ausência do nexo de causalidade entre o fato e o dano, prova essa da qual a CNEN não se desincumbiu. Inexistência de suposta contradição na aplicação da teoria do risco administrativo. 3. Não configura omissão do acórdão embargado a ausência de remissão às Leis nº 4.118/62 e 6.891/74, pois não cabe a este Juízo o dever de esclarecer a embargante sobre a finalidade para a qual foi criada, tampouco estando obrigado a responder a questionário feito pela parte. 4. A redução da indenização pelo dano moral não implica, necessariamente, redução da verba honorária, não havendo omissão em relação a esse aspecto, pois a sentença recorrida foi expressamente mantida, excepcionado apenas o valor da indenização pelo dano moral. 5. Não é aplicável a disposição do art. 5º do novo Código Civil (diminuição da maioria para 18 anos) à hipótese dos autos, pois inexistente à época do fato e da sentença. Embargos dos autores. 6. Trecho do acórdão que se reporta à lide diversa da discutida nos autos configura erro material corrigível via embargos de declaração. 7. O acórdão embargado em nenhum momento afirma ter o evento danoso sido ocasionado por caso fortuito ou afasta a responsabilidade objetiva da autarquia apelante, razão pela qual não há que se falar em contradição ou julgamento contra a prova dos autos. 8. A disciplina sobre os efeitos da antecipação de tutela concedida na sentença foi dada pelo julgamento do AG 2002.01.00.027953-0/GO, não havendo omissão a ser suprida neste ponto. 9. Quando o acórdão afirma: ‘Quanto ao mais, mantenho a sentença recorrida’, significa, por óbvio, que tudo o que restou decidido pela sentença recorrida fica mantido, exceto o aspecto em que foi expressamente reformada, no caso, no que tange ao valor da indenização por danos morais. 10. Embargos de declaração da CNEN rejeitados. 11. Embargos de declaração dos

Jorge Bustamate Alsina²², por sua vez, assevera que existe uma necessidade da conformação do nexo de causalidade sob pena de responsabilizar a pessoa errada pelo dano causado, sendo assim suas ponderações:

(...) há necessidade da existência do nexo de causalidade pois de outro modo se estaria atribuindo a uma pessoa o dano causado por outro. Por isto a relação causal é um elemento do ato ilícito e do incumprimento contratual que vincula o dano diretamente com o ato, e indiretamente com o elemento de imputação subjetiva ou de atribuição objetiva. É o fator aglutinante que faz com o dano e a culpa, ou no seu caso o risco, integrem-se em uma unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar. É um elemento objetivo porque alude a um vínculo externo entre o dano e o ato da pessoa ou da coisa.

Somente é gerada a responsabilidade ao aliar a ação/omissão (conduta) ao dano. Há possibilidade de gerar responsabilidade apenas quando se mostra viável a conexão entre estes dois elementos (conduta comissiva ou omissiva e dano), sob pena de, não fazendo, forçar pessoa errada a indenizar, o que não se coaduna nem como uma idéia de justiça comutativa nem distributiva. Os limites da segurança jurídica estão justamente quando é possível, através do processo legal, baseado na inobservância do dever de não lesionar outrem identificada na pessoa do faltoso, impor-lhe obrigação de indenizar.

Rodière pondera que "todo sistema de responsabilidade requer uma relação de causa e efeito". Porém, afirma ele que é nesta relação que surge a diferença

autores parcialmente acolhidos, para correção do erro material. (TRF 1ª R. – AC 35000124970 – GO – 5ª T. – Relª Desª Fed. Selene Maria de Almeida – DJU 16.12.2003 – p. 06)”

²² ALSINA, Jorge Bustamate. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979. p. 217. No original, a citação tem o seguinte texto: “Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el dano causado por otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el dano directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el dano y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque avlde a un vínculo externo entre el dano y el hecho de la persona o de cosa.”

entre a teoria subjetiva e a objetiva: "se é fundada na culpa, o vínculo deve unir a culpa ao dano sofrido; se é fundada no risco, o vínculo deve conduzir do fato gerador do risco ao dano cuja reparação é pleiteada". Pondera ainda que: "impõe-nos como uma necessidade inelutável que o efeito danoso somente pode ser reparado pelo autor de um fato antecedente"²³. É a imposição e necessidade da causalidade.

A essa concepção de responsabilidade objetiva, frente ao nexos causal, com prisma no elemento informador que a interpreta, estará associada, por exemplo, ao vínculo causal entre um ganho ou lucro do agente e o dano causado ou, enfocada pela doutrina do risco criado²⁴, a relação causal entre o dano sofrido pela vítima e a atividade por aquele que provocou o prejuízo. Em ambos os casos, como vimos anteriormente, ao analisarmos cada um desses elementos informadores, constatamos, no primeiro, a correlação do fato do dano com proveito ou vantagem da atividade para o agente; no segundo, a relação de causalidade está na atividade criadora do risco ao dano por ela provocado. Em ambas as situações, a reparação é feita não porque seja culposos o ato ou a ação desenvolvida pela atividade, mas porque é causal.

²³ RODIÈRE, nome. *Apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 287.

²⁴ A doutrina da socialização dos riscos assevera a existência de basicamente seis tipos diferentes, sendo estes: a) risco-administrativo, caracteriza-se pela inversão do ônus da prova perante o Estado; b) risco-integral, justifica a responsabilização até mesmo ante a ausência de nexos causal; c) risco-profissional, defende a responsabilização do empregador independentemente de culpa; d) risco-excepcional, dá-se em consequência de uma situação de risco, de caráter incomum, gravosa à coletividade, por exploração de atividades de elevada periculosidade; e) risco-proveito, considera obrigado a indenizar o responsável por dano que tira vantagem econômica de atividade danosa; e, f) risco-criado, trata-se de ampliação do risco-proveito na medida em que apenas dispensa a vítima de que o ofensor extrai vantagem econômica da atividade, basta a mera verificação do exercício de atividade que crie riscos para a responsabilização pelos eventuais danos decorrentes da mesma. O uso do hífen, na tentativa de neologismar, consta no texto original de VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 68, 88-89. Ainda sobre a classificação dos riscos: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 35-36.

A doutrina sobre a responsabilidade objetiva funda-se também na idéia de estar presente o nexo de causalidade que na opção do legislador brasileiro é definido nos termos da teoria da causalidade adequada. Assim, somente haverá obrigação de reparação se o dano for causado pela atividade do agente, independentemente da culpabilidade²⁵. Acresça-se a estas condicionantes, a premissa de que a causa direta e imediata do dano deve ter relação com a atividade do agente.

Pois bem, como foi abordado sobre a teoria objetiva, esta necessita da identidade do dano e do outro elemento que ora discutimos, que é o nexo de causalidade.

Montenegro vai além, afirmando que mais conteúdo merece apreciação na responsabilidade objetiva:

Do expendido, lícito é concluir que não basta um mero nexo de causalidade física para caracterizar-se a responsabilidade pelo risco. Daí porque errôneo seria proclamar que a responsabilidade pelo risco é a mesma responsabilidade pelo resultado. Preciso se faz que o dano esteja em relação com o risco da coisa ou da empresa, da qual o responsável se beneficia²⁶.

Na categoria de dano coletivo, este começou a ter grande importância a partir do momento em que as causas de poluição – desmatamentos, destruição de

²⁵ Adotada a responsabilidade objetiva tem-se uma mudança de foco da culpabilidade para a imputabilidade, de modo a este último conceito abarcar e responsabilizar aquele que com conduta proba causa prejuízo à outrem. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 71.

Anota Pietro Trimarchi que a idéia de responsabilidade subjetiva foi amplamente aceita no século XIX, sendo, todavia, exceptuada no Code Napoleón, quando da admissão da responsabilidade objetiva no que tange a danos causados pelos filhos a serem ressarcidos pelos pais e pelos empregadores, quando da ocorrência de atos lesivos de empregados. TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961. p. 11.

²⁶ MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 29.

espécie de animais, etc. – passaram a gerar em nossa sociedade fatos importantes de agressão ao próprio homem. Os resíduos e emissões de gases tóxicos decorrentes do exercício industrial foram lançados na atmosfera, de modo a tornarem-se cada vez mais presentes em nosso dia-a-dia, a ponto de algumas atividades gerarem perdas irreversíveis de elementos da fauna, da flora e outros diversos prejuízos ao bem-estar humano.

Do mesmo modo os danos causados aos consumidores receberam este tratamento, ou seja, os danos oriundos do fato ou do produto consumidos serão indenizados independentemente de culpa do fornecedor.

Aqui é importante esclarecer a existência de uma fissura no sistema até aqui sustentado como único no arcabouço legal brasileiro. Isto porque no Código de Defesa do Consumidor a formulação para a relação de causalidade indica aos incautos uma outra sistemática de conexão entre dano e agente, qual seja, uma idéia mista entre risco integral para os participantes da cadeia produtiva ou de serviços com equivalência das condições – teoria que será adiante explicada.

Dentro deste foco pulsante do tema a ser enfrentado, no momento apropriado tentaremos mostrar como é possível superar esta confusão utilizando ferramentas como a interpretação sistemática do direito e a concepção mais adequada de direito privado.

Fica claro, portanto, em qualquer instância da análise que possa ser feita, que o nexo de causalidade é elemento fundamental na responsabilidade civil,

merecendo tratamento diverso daquele que lhe foi dispensado até o momento, com o que o presente trabalho pretende contribuir, de modo a delimitar as mudanças sofridas pelo direito de danos ao longo dos tempos, com especial atenção ao Código Civil de 2002 e ao direito ambiental, dentro de uma opção conceitual de direito privado, especialmente quanto à responsabilidade civil emanada das relações privadas.

1 AS PREMISSAS METODOLÓGICAS

Para a devida compreensão da causalidade faz-se necessária a abordagem interdisciplinar da relação causa-efeito a fim de evitar-se uma perspectiva reducionista do estado em que se põe a questão. O presente trabalho neste capítulo assentará as bases da definição do nexa causalidade partindo de sua compreensão naturalística, seguida de sucinta abordagem filosófica. Relegamos ao capítulo segundo uma análise mais completa do nexa de causalidade no direito brasileiro dentro de uma opção teórica de direito privado.

1.1 CAUSALIDADE NAS CIÊNCIAS NATURAIS

O homem vive em um mundo de mutação constante onde é modificado e modifica. Esta interação constitui um incessante processo de causa-efeito que consiste na transformação dos objetos naturalisticamente concebidos e que não é – e nem deveria ser – ignorada pela ordem jurídica.

A causalidade jurídica nem sempre coincide com a causalidade física, adverte Paulo José da Costa Júnior²⁷. O mesmo entendimento é expresso por Isidoro H. Goldenberg²⁸, que assinala que se traçássemos duas linhas paralelas entre as causalidades fática e jurídica encontraríamos ampliações e reduções do

²⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 65.

²⁸ GOLDENBERG, Isidoro H. **La relación de causalidad en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 9.

processo de sucessão de fatos que revelariam a disparidade entre as duas realidades. Esta idéia já adianta a complexidade de traçar as primeiras linhas sobre o que pode ser entendido como causa.

A causa deriva da filosofia e das ciências naturais e não é lícito ao intérprete do Direito redefinir seus termos para manipulá-lo conforme os ditames do ordenamento jurídico; sendo assim, urge a necessidade de univocidade do conceito. A busca pela preservação do conceito não afasta a sua compreensão dentro do sistema normativo, giza-se apenas a inviabilidade de ser entendido de formas diversas, sob pena de criar-se uma causa supranatural²⁹. Nesta senda, Dilthey advertiu que “a natureza se explica; a cultura se compreende”³⁰. Cavaliere Filho³¹ sustenta que “o conceito de nexa causal não é jurídico; decorre das leis naturais.” Ao fazê-lo, o autor remete à indispensabilidade do respeito ao caráter ontológico de causa e de resultado.

Depreende-se do exposto a instrumentalidade da concepção de causa em seu caráter factual; no entanto, como será demonstrado adiante, no item 1.3, o ingresso deste elemento no espectro jurídico remete a uma revisão do termo em tela, pois, uma vez dimensionado um fato como jurídico, incide todo um plexo axiológico-deontológico³².

A seguir será abordado o aspecto filosófico da questão, de modo a analisar questões de cunho naturalístico que suscitam grandes questões contemporâneas e

²⁹ DILTHEY, *apud* GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 10-11.

³⁰ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 12.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 71.

³² VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 8.

procurar-se-á revelar que a discussão do nexos causal durante toda história da filosofia é preponderantemente um debate sobre lógica.

1.2 CAUSALIDADE NA FILOSOFIA

O debate sobre causalidade é bastante antigo e remonta à origem de todas as coisas, ou seja, busca a origem do universo. Discute-se qual a prima causa, aquela que por sua vez não teve fato algum antecedente e que iniciou tudo que existe³³.

Entre os filósofos pré-socráticos foram vários os que enfrentaram a inquietante indagação sobre a gênese do ser humano e do mundo onde vivemos. Anaximandro distinguiu o ápeiron como elemento formador e originário do universo, substância esta caracterizada pela natureza indeterminada e intangível que não se confunde com a água, a terra, o ar ou o fogo³⁴. Tales de Mileto apontou a água que se manifesta em seus diversos estados, mas sendo ainda um mesmo elemento, como princípio de todas as coisas³⁵. Anaxímenes e Diógenes sustentaram ser o ar o começo da matéria³⁶.

³³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 67.

³⁴ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. Atlas: São Paulo, 2005. p. 31; GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 3.

³⁵ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 31.

³⁶ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Madrid: Gregos, 1998. p. 82; ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 31; GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 3.

Aristóteles iniciou o estudo científico do causalismo e definiu basicamente quatro causas³⁷. Leciona Goldenberg³⁸ que para o estagirita todo efeito tem de ser produzido por algo ou alguém, sendo denominada causa eficiente (*efficientis*), para algo, chamando-a causa final (*finalis*), a partir de algo, nominando-a causa material (*materialis*) e caracterizando a introdução de algo, sua especificidade, a razão de ser da coisa, tem-se a causa formal (*formalis*)³⁹. Alasdair MacIntyre aduz que:

Um segunda aspecto da filosofia de Aristóteles foi importante na formação das tradições aristotélicas particulares que floresceram nas comunidades islâmicas, judaicas e cristão-medievais. É central, na minha argumentação, o fato de que a polis, e na verdade uma concepção particular da polis, forneceu o esquema no qual Aristóteles desenvolveu sua compreensão de justiça, do raciocínio prática e da relação entre eles. Mas isto não pode ocultar o fato de que Aristóteles compreendeu o movimento da potencialidade humana para sua atualização dentro da polis como exemplo do caráter metafísico e teológico de universo perfectível. O seu universo é universo hierarquicamente estruturado – é por isto que estrutura hierárquica das ciências é apropriada para uma compreensão realista de tal universo – e cada nível da hierarquia fornece a matéria na qual e através da qual as formas do próximo nível superior se atualizam e aperfeiçoam. O físico fornece o material para a formação biológica, o biológico, o material para a formação humana. As causas eficiente e material servem às causas final e formal.⁴⁰

Tomás de Aquino discerniu as causas entre *directa* e *indirecta*, sendo a primeira aquela que produz efeito e a segunda a que deixa se realizar-se algo⁴¹.

³⁷ ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 82; LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, ano. p. 142; MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 114; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. p. 82.

³⁸ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 3.

³⁹ Aristóteles apresenta na Metafísica as causas nos presentes termos: “Es obvio, pues, que necesitamos conseguir la ciencia de las causas primeras (desde luego, decimos saber cada cosa quando creemos conocer la causa primera). Pero de ‘causas’ se habla en quatro sentidos: de ellas, una causa decimos que es la entidad, es decir, la esencia (pues el porqué se reduce, en último término, a la definición, y el porqué primero es causa y principio); la segundala materia, es decir, el sujeto; la tercera, de donde proviene el inicio del movimiento, y la quarta, la causa opuesta a esta última, aquello para lo cual, es decir, el bien (éste es, desde luego, el fin a que tienden la generación y el movimiento).” ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 79-80. As causas supra correspondem respectivamente às terminologias contemporâneas formal, material, eficiente e final. Tradução livre: “

⁴⁰ MACINTYRE, Alasdair. *Op. cit.*, p. 114.

⁴¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 67.

René Descartes, filósofo que sustentou ser a dúvida o meio de persecução da verdade⁴², definia a causa como sinônimo de razão, *ratio*⁴³. Diferentemente de Aristóteles, a razão ou verdade de um juízo, no método cartesiano, reside no que lhe confere sentido; trata-se da premissa da qual é deduzido⁴⁴.

Desenvolvendo concepções cartesianas, Leibniz advoga que “a causa não é mais do que uma razão real”. Posteriormente, tal acepção foi desenvolvida por Wolff, Schopenhauer e Malebranche⁴⁵.

Autor que deu grande contribuição ao que hoje se entende tradicionalmente por causa e seguidor de Galileo Galilei, foi Thomas Hobbes com quem ganhou força a idéia de que causa é todo aquele fato sem o qual determinado efeito não se produziria. Este pensador, desenvolvendo investigações realizadas por Galileo, formula a teoria da equivalência das condições ao definir a causa *sine qua non*⁴⁶.

David Hume, filósofo escocês que defendeu o abandono da supremacia da razão e buscou a reconstrução do conhecimento humano a partir de bases sensoriais, lançou em Londres, no ano de 1748, a obra “Investigação Sobre o Conhecimento Humano” (*An enquiry concerning human understanding*), que constitui um dos mais completos estudos sobre o problema da causalidade⁴⁷.

⁴² ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 33.

⁴³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 67-68.

⁴⁵ LEIBNIZ, nome. *Apud* COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁶ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁷ *Idem, ibidem*; ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 254-255.

Kant sustentou que “o conceito de causa significa uma particular modalidade de síntese, na qual a qualquer coisa, A, se opõe, segundo uma regra, qualquer coisa inteiramente diferente, B”⁴⁸. Goldenberg⁴⁹ assinala que Kant, no que tange à gnoseologia da causa, é partidário dos ensinamentos de Hume, enquanto Paulo José da Costa Júnior⁵⁰ observa que as idéias do filósofo alemão contrapõem-se às do empirista escocês.

Após esta incursão pela história da causa na filosofia é necessário trazer à baila os contornos atuais do que se entende por causa. Neste estágio da pesquisa poderá ser observada uma enorme gama de pontos de convergência entre as acepções naturalística e filosófica de nexos causal.

A teoria do Big Bang define o início do universo como uma explosão ocorrida em menos de um trilhonésimo de segundo, seguida de uma expansão contínua, repetindo o que já havia sido afirmado pelos gregos milênios atrás⁵¹.

A pergunta natural face ao fenômeno descrito seria: o que havia antes do Big Bang? A resposta encontra-se em Einstein, que trouxe ao mundo a idéia de que não há tempo sem espaço; logo, não havendo matéria, não pode ter havido momento precedente à explosão⁵².

⁴⁸ LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Tradução de: Fátima Sá Correa e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 144.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 5.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 68.

⁵¹ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 6.

⁵² *Idem, ibidem*.

Stephen Hawking⁵³, ao discorrer sobre o Big Bang e os buracos negros, afirmou a inexistência de um princípio e fim do universo. Esta afirmação está baseada na superação de que o tempo, assim como o espaço, seria absoluto, sendo o mesmo relativo – a tese não é inédita neste ponto, vez que Einstein já diferenciava tempo objetivo e relativo⁵⁴.

Hawking questiona a possibilidade de ser construída uma teoria unificada completa de todo o universo⁵⁵. Assevera a existência de três possibilidades: a) há uma teoria unificada completa que um dia pode vir a ser descoberta; b) não existe uma teoria unificada do universo, senão uma sucessão de explicações cada vez mais precisas sobre o mesmo; e c) não pode haver uma teoria deste tipo, vez que não pode ser precisada a ordem dos acontecimentos além de certo ponto.

Esta última hipótese, denominada teoria antrópica, é, para Brian Greene, uma “saída de emergência” para aqueles que, não podendo resolver uma questão, simplesmente afirmam que as coisas são como são, porque se não fossem assim, não estaríamos aqui para tentar respondê-las, sendo que, ao agirem assim, esquivam-se de perguntas que ao longo do tempo poderão vir a ser respondidas⁵⁶.

O estado atual da causa no aspecto da Física teórica contribui para que no âmbito jurídico examine-se o fato em termos de probabilidade, de modo a abandonar um determinismo rígido e, ao mesmo tempo, gizar que continua sendo essencial ao

⁵³ HAWKING, Stephen. **Historia del tiempo**: del big bang a los agujeros negros. 2. ed. Buenos Aires: Crítica, 2002. p. 71.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 41. Hawking alude a dois defensores do caráter absoluto do tempo e do espaço: Aristóteles e Newton. *Idem, ibidem*, p. 35-37.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 7.

⁵⁶ **REVISTA Scientific American Brasil**, São Paulo: Duetto, a. 2, n. 20, p. 57, jan. 2004.

operador jurídico o exame do nexo de causalidade. As premissas assentadas anteriormente servirão para embasar a teoria da causalidade adequada de von Kries, que será apresentada no item 3.6

A seguir será apreciado o liame causal no sistema jurídico, de modo a completar o exame das premissas metodológicas da pesquisa.

2 DIRETRIZES HERMENÊUTICO-FILOSÓFICAS PARA AFERIÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Neste capítulo será abordada a relação entre a filosofia do direito privado e a perspectiva hermenêutico-sistêmica, de modo a ser analisado o nexo de causalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DE DIREITO PRIVADO E O NEXO DE CAUSALIDADE

A evolução do direito privado impõe a necessidade de estudo do instituto da responsabilidade civil, na qual as esferas pública e privada aproximam-se e se interseccionam⁵⁷. Esta fase do direito privado está representada pelo novo panorama instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo Código Civil de 2002 e pelo arcabouço legislativo protetivo do meio ambiente, nos quais ficou evidenciada a restrição à liberdade das partes em favor da sociedade e de uma ênfase na pessoa e em seu bem estar⁵⁸, daí a inclusão das lesões ao meio ambiente

⁵⁷ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104-114. Afirma o autor, à p. 109 mais especificamente, que: "Torna-se necessário que o direito privado, sozinho ou em atuação conjunta com o direito público, reordene e reestruture o seu – por assim dizer – campo de atuação sob esta nova perspectiva, não dicotômica."

⁵⁸ Anota Miguel Reale que a humanidade deve à Kant a consciência de que o homem considerado em si mesmo, mesmo tomado como simples possibilidade de realizar-se na sociedade e no Estado, possui um valor infinito, sendo o centro de todas as preocupações éticas e jurídicas. Assim, o homem é *personalidade* situada no cosmos, dentro do mundo, mas superior a ele porque

em nosso estudo, ao contrário do patrimonialismo característico do Código Civil de 1916. Para tanto, é preciso a adoção de uma perspectiva zetética⁵⁹, ou seja, a de explicitar algumas premissas e abrir o foco do direito privado de modo a contemplar e questionar diversas racionalidades e implicações da temática em tela, buscando correlações entre os diplomas legislativos e suas aproximações e distanciamentos com segmentos da filosofia do direito.

Uma das áreas que mais sofreu mudanças foi o *direito de danos* devido ao abandono do individualismo caracterizado pela avaliação do ato danoso sob o

não fica dependente das coisas mesmas, mas reorganiza-as, de modo a imprimir sua própria ordem (**Nova Fase do Direito Moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 61.)

Aduz ainda, o eminente professor, que o ser humano é valor-fonte do ordenamento jurídico, vez que em última análise a compreensão do Direito é a instrumentalização da ordem como condição da sobrevivência humana nas melhores condições possíveis. Esta premissa, assim sustenta REALE, é deduzida do reconhecimento da pessoa como preocupação central da maioria dos ordenamentos jurídicos (*Ibidem*, p. 59).

Miguel Reale definiu a questão do ser humano em sociedade nos seguintes termos: “a linha do progresso humano é representado pelo ‘modelo ideal’ (no sentido weberiano deste termo) de um ordenamento jurídico-político no qual cada homem possa alcançar o *máximo de preservação de sua subjetividade com o máximo de participação aos valores comunitários*.” (grifos no original) (*Ibidem*, p. 63).

Em outra obra, o professor Miguel Reale, aduz com precisão o sentido do que representa a pessoa criadora de mecanismos de modificação do mundo e da importância do ser humano enquanto observador do mundo, inclusive lançando suas percepções e sentimentos de toda ordem como valores a serem tutelados pelo Direito. Lecionou nos termos que seguem: “O homem é valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estímulos.” (**Filosofia do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 210).

Para REALE, só o homem é um ser que inova, reconstrói o mundo que o cerca valendo-se do conhecimento acerca dos nexos causais que ligam os fenômenos. É apenas o ser humano, o possuidor de dois mundos diferentes, os das coisas naturalmente dadas e do mundo construído, a saber, a dimensão cultural. Defende, ainda Miguel Reale, ser a pessoa capaz de no exercício da liberdade, criar valores, sendo estes nada mais do que uma dimensão do espírito humano, construção axiológica que nada mais é do que a expressão da liberdade espiritual e da autoconsciência (*Ibidem*, p. 212-213).

⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 44. O autor faz as seguintes afirmativas: “O campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da sociologia, da antropologia, da psicologia, da história, da filosofia, da ciência política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. À medida, porém, que esse espaço é aberto, elas incorporam-se ao campo das investigações jurídicas, sob o nome de Sociologia do direito, Filosofia do direito, Psicologia forense, História do direito etc. Existem, ademais, investigações que se valem de métodos, técnicas e resultados daquelas disciplinas gerais, compondo, com investigações dogmáticas, outros âmbitos, como é o caso da criminologia, da penologia, da teoria da legislação, etc.”

prisma da negligência, imprudência e imperícia do agente, marca das codificações oitocentistas, conjugada com uma evolução necessária no sentido de dar efetividade aos dos princípios constitucionais nas relações privadas. A inserção de princípios como os do poluídos pagador, da prevenção e da precaução, mesmo que fora do âmbito legislativo do código civil, denotam a adoção de novos paradigmas para o direito privado. Este cenário legislativo obriga o intérprete a harmonizar os ditames clássicos e contemporâneos da esfera contratual, de modo a permitir a convivência harmônica no sistema⁶⁰. Neste ínterim, cabe-nos aferir a mutabilidade de funções de um mesmo princípio no sistema, a interconexão entre os institutos, a prevalência ora dos princípios clássicos ora dos contemporâneos e a aplicação das normas face às características do caso concreto ante “erupções tópicas”⁶¹.

Em face deste novo cenário que iniciou com o CDC e que agora se consolida com a lei 10.406/2002. Urge a necessidade de observar o que mudou quanto ao padrão de Justiça que baliza o direito privado. Para tal intento parece mais adequada a análise através das *archés*, que denotam nada menos do que o ponto de partida a ser tomado para investigar o que determina se uma teoria sobre esta face do Direito foi bem conduzida e qual o fator determinante para afirmar se a busca de uma resposta foi bem sucedida⁶². Trata-se de encontrar um norte para a pesquisa e ao mesmo tempo demonstrar qual explicação apresentada pelas

⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-20, abr. 1998; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 111.

⁶¹ PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. *Op. cit.*, p. 168-171..

⁶² MACINTYRE, Alasdair. *Op. cit.*, p. 55, 92-93. No mesmo sentido: MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 21, p. 101, mar. 2002.

diversas teorias contempla mais abrangentemente e precisamente o momento jurídico atual.

A investigação do padrão de Justiça adotado pelo legislador brasileiro a partir do CDC passa obrigatoriamente pela averiguação de por quais motivos os ditames vigentes até então foram superados. Como sustenta Cláudio Fortunato Michelin Júnior, para uma busca racional pelas razões do direito privado é necessário versar sobre a superação das *archés* anteriores e apresentar um novo prisma que mostre o que seria ter chegado ao fim de uma busca racional pelas razões do direito privado⁶³.

Podem ser vislumbradas diversas *archés* para o direito privado: liberal/autônômica, análise econômica do direito (funcionalista), aristotélico-tomista e constitucionalização do direito privado (funcionalista), no entanto, nossa pesquisa escolherá apenas uma dentre elas que se mostra como a mais adequada para justificar a opção teórica de relação de causalidade a ser aplicada no direito brasileiro.

As primeiras *archés* a serem tratadas são a análise econômica do direito e a constitucionalização do direito privado, por poderem ser classificadas como *achés* funcionalistas. As *archés* funcionalistas correspondem a uma concepção em que as relações inter-partes são marcadas pela concretização de objetivos determinados dentro da seara do Direito Público. Aduz Cláudio Fortunato Michelin Júnior que uma pesquisa marcada pelo viés funcionalista terá, quando completada, encontrado os

⁶³ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Op. cit.*, p. 110-111.

meios mais eficazes de atingir certos objetivos sociais. Esta doutrina pode concluir, inclusive, pela dispensabilidade do direito privado para a realização das metas do Estado⁶⁴.

Rafael de Freitas Valle Dresch caracteriza o *funcionalismo* como instrumentalização do direito privado, sendo os fins deste, determinados externamente⁶⁵. Ernest J. Weinrib assevera que essa visão não distingue direito público e privado, refletindo uma concepção em que são justificáveis como finalidades aquelas diretrizes dadas por outras disciplinas, tais como teoria política, economia e filosofia moral⁶⁶.

As críticas a essa aceção de direito privado centram-se na dispensabilidade de uma teoria da justiça, sacrificando a racionalidade do Direito enquanto área autônoma em relação às outras. O *funcionalismo* possui como custo a extinção de categorias e valores tradicionais do direito privado, podendo até levar ao desaparecimento do mesmo. Richard Posner, um dos defensores do *funcionalismo* em sua variante denominada *law and economics*, também conhecida como *análise econômica do Direito*, reconhece as críticas, assim como buscou rebatê-las⁶⁷.

⁶⁴ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Op. cit.*, p. 102-103.

⁶⁵ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB/Thomson, 2005. p. 125.

⁶⁶ WEINRIB, Ernest Joseph. **The idea of private law**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1995. p. 6-7. POSNER, Richard. Wealth Maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry. In: OWEN, David G. (Org.). **Philosophical Foundations on Tort Law**. New York/London: Oxford University Press, 1995. p. 101 e ss. O primeiro argumento utilizado por Richard Posner para defender-se das críticas é justamente assumir-se como *utilitarista*. (*Ibid.*, p. 106). A partir do estabelecimento dessa premissa ele ataca outras aceções de justiça, principalmente as idéias kantiana e aristotélica, sendo interessante neste estudo verificar apenas a crítica à esta última concepção de correta aplicação e explicação do Direito.

⁶⁷ Aduz POSNER, que a estrutura formal de direito privado fornecida por Aristóteles há 2.500 anos atrás é incapaz de demonstrar, por exemplo, como a redução de acidentes pode ser mais adequada, eficaz e barata, de modo a depender inexoravelmente da Economia para direcionar a aplicação do Direito. Assim, o magistrado norte-americano, propõe uma alternativa conciliadora, a união da idéia de justiça corretiva com a contínua busca da maximização de riquezas (Wealth

A segunda *arché* é a *autônômica*, constituindo-se como a razão do direito privado em que se objetiva a liberdade. Centrada na idéia de que a possibilidade de cada um determinar seu próprio destino, esta concepção do direito privado coloca o acento na autonomia privada⁶⁸, devendo a vontade do indivíduo constituir a única fonte de deveres cogentes para si mesmo⁶⁹. Um precedente histórico dessa corrente pode ser encontrado na economia fisiocrata do século XVIII, especialmente na figura de Gournay, autor da célebre frase “Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même”⁷⁰.

Uma crítica possível a essa teoria é a de que a maximização sem limites, por parte do Estado, da liberdade dos indivíduos constituiria uma racionalidade tão individualista a ponto de isolar as relações civis, comerciais e consumeristas da tábua axiológica das constituições contemporâneas, de modo a consagrar o abuso do poder econômico. Este modelo representa o paradigma ultrapassado do *Code Napoléon* e conseqüentemente também o Código Civil de 1916, vez que o legislador brasileiro do início do século XX assentou as bases do direito privado pátrio em

Maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry. In: OWEN, David G. (Org.). **Philosophical Foundations on Tort Law**. New York/London: Oxford University Press, 1995. p 108-109).

⁶⁸ Perspicaz observação faz a professora Judith Martins-Costa, quando aduz haver distinção entre *autonomia privada* e *autonomia da vontade*. A autonomia da vontade é conquista ideológica datada do século XIX, sendo uma deturpação de idéias kantianas para fins de oposição aos efeitos colaterais originários do liberalismo econômico. Este conceito é eminentemente *subjetivo*, tratando da vontade, ou seja, da dimensão psicológica do ser humano na criação de efeitos jurídicos.

A autonomia privada, por sua vez, é acepção de caráter objetivo, podendo ser dito que trata-se do poder, conferido pelo ordenamento jurídico, do indivíduo de auto-determinar seus interesses, de modo a criar direitos e obrigações no âmbito permitido, ou seja, não proibido, por normas estatais (fonte heterônoma) ou simplesmente acordados com outrem (fonte negocial) (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos e taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. *Op. cit.*, p. 614).

A idéia de autonomia privada não logrou a unanimidade. John Gilissen ao tratar da autonomia da vontade, mas trabalhando com relato perfeitamente aplicável à autonomia privada, traz à lume alguns nomes de pensadores socialistas que lutaram contra a idéia de liberdade contratual, nesta senda encontram-se Comte, Saint-Simon e Karl Marx, que se insurgem contra a ausência de proteção aos fracos (**Introdução histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de: António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 739).

⁶⁹ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Op. cit.*, p. 103-104.

⁷⁰ Nossa tradução livre: “Deixe fazer, deixe passar, o mundo caminha por si mesmo”.

premissas ideológicas do período imediatamente posterior à Revolução Francesa. Com razão Fábio Ulhoa Coelho⁷¹ quando aduz que “a liberdade escraviza e a lei liberta”.

A visão por nós adotada neste trabalho é representada pela adoção da *arché formalista*⁷² ou *aristotélica*⁷³. Esta linha de pesquisa permite a absorção dos valores mais representativos da lógica jusprivatista contemporânea, de modo a coordenar os valores da igualdade, da liberdade e da justiça. Não há razão para afirmar que o direito privado tem apenas uma racionalidade, no entanto, neste trabalho adotaremos a teoria de justiça aristotélica, abordando apenas obliquamente a obra de Tomás de Aquino, para verificar a compatibilidade do que se entende hodiernamente por *direito privado* e pesquisando a adequação das diversas acepções dadas até então ao *nexo de causalidade*.

2.2 NOÇÃO DE SISTEMA E SUA INTERPRETAÇÃO

A interação dialética entre sujeito e objeto (intérprete e ordenamento), consubstancia superação da mera subsunção formal, passando a ser adotada a hierarquização axiológica ou modelo de ponderação. Este esquema dialógico

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206.

⁷² DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Op.cit.*, p. 127 e ss.; WEINRIB, Ernest J. *Op. Cit.*, p. 22 e ss.

⁷³ A expressão aristotélico-tomista foi utilizada por Cláudio Fortunato Michelin Júnior (*Op. cit.*, p. 105 e ss.). No entanto, o presente trabalho a denominará, por diversas vezes, simplesmente de *arché* aristotélica, vez que o enfoque principal será sobre a doutrina aristotélica e apenas indiretamente será examinada a presente linha de pesquisa através do desenvolvimento da mesma pela obra de Tomás de Aquino.

culmina com a definição do que se poderia denominar vontade axiológica do sistema⁷⁴.

Para adoção dessa perspectiva é necessário adentrar no que seja sistema⁷⁵. Segundo Claus-Wilhelm Canaris, duas características básicas do conceito em tela são: ordem e unidade⁷⁶. O professor de München leciona ainda que a ordem jurídica derive da própria idéia de justiça, de modo a consubstanciar organização axiológica e teleológica, ultrapassando-se o paradigma lógico-formal⁷⁷. O sistema não é mera conexão de problemas, antes de suas soluções, ao contrário do que defendeu Max

⁷⁴ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 26.

⁷⁵ Interessante abordagem sobre a evolução da idéia de sistemas foi realizada por PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-173. Conforme a autora, a sistematização ocorreu por volta do século XVIII, sendo o Direito na Idade Média caracterizado até então pelo particularismo (aplicação do ordenamento correspondente à classe, etnia, profissão e família na qual a pessoa havia nascido). Com o advento do jusracionalismo agregado às teorias sociais da época, ganhou força a idéia de um Direito universal e válido para todas as pessoas. Foi essa primeira concepção caracterizada pela lógica do tipo axiomático-dedutivo e pela inexistência de abertura, aspirando assim à totalidade, como referiu a autora: "A toda a questão jurídica deveria ser dada uma resposta, obtida segundo uma operação lógica do pensamento, de subsunção adequada". Mais tarde, a referida evolução do Direito serviu de base para a formação do Estado Moderno, sobressaindo os valores da igualdade, justiça e segurança jurídica. Outra conquista decorrente desse momento histórico foi a separação entre sociedade e Estado. (*Idem, ibidem*, p. 150-156).

Adiante, aduz a professora que se contrapõem ao sistema fechado diferentes concepções de sistema aberto. A primeira compreende uma ordem jurídica casuisticamente construída e apoiada na jurisprudência, com especial oposição à idéia de codificação. A outra aceção de abertura é dada pela modificabilidade, ou seja, a incompletude permite uma constante evolução do sistema. (*Idem, ibidem*, p. 158-160.) Aduz Claus-Wilhelm Canaris que, face à classificação exposta supra pode ser considerado o ordenamento jurídico alemão como fechado, vez que codificado, ao mesmo tempo em que é aberto no que tange à possibilidade de complementação, modificabilidade e vocação para a evolução. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 103-104.).

Carin Prediger afirma com razão que a modificabilidade é diferente de outra característica propugnada por Canaris que é a mobilidade. (PREDIGER, Carin. *Op. cit.*, p. 160.). Canaris desenvolve a idéia de mobilidade concebida por Wilburg, definindo-a como característica do sistema onde inexistente hierarquia entre os elementos e há possibilidade de substituição mútua desses componentes. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 129.).

Superando a análise de sistemas interno/externo de Canaris, Juarez Freitas tangencia o conceito de mobilidade ao abordar de forma original a hierarquização axiológica, conceituando-a como princípio ou metacritério. Para Juarez Freitas, o escalonamento é realizado pelo intérprete que atua de forma tópico-sistemática para no caso concreto verificar a diferente intensidade da incidência de valores, princípios e regras (normas em sentido estrito). (FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 64, 113-30).

⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 18-21.

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 66-67.

Salomon⁷⁸. Outra concepção a ser afastada é a de Heck e da jurisprudência dos interesses, que definiam o ordenamento como instrumento de resolução de conflitos, porque as idéias básicas, tomando-se como exemplo o direito privado, de liberdade contratual, tutela da confiança, etc., não se referem tão-somente à decisão de conflitos, antes lhe subjazem⁷⁹.

Situado na perspectiva do sistema, o próximo passo a ser dado pelo jurista é a conformação da hermenêutica com o princípio da hierarquização axiológica. Quanto ao resultado deste processo, Juarez Freitas define que “hierarquizar princípios, regras e valores constitucionais sem permitir a quebra de qualquer princípio, eis a tônica da interpretação sistemática”⁸⁰.

Nessa senda, vislumbra-se a interpretação como atividade em que o intérprete examina o ordenamento como um todo, sendo a Constituição o centro emanador de eficácia jurídica. Nestes termos, toda concretização do Direito é também aplicação constitucional⁸¹.

Aarnio⁸² traz a interpretação sistêmica, cuja ideologia, segundo ele, pressupõe que o setor do ordenamento jurídico objeto de análise seja internamente

⁷⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 45-46.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 62-63.

⁸⁰ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 185.

⁸¹ Correta é a exegese de Juarez Freitas quando observa que “a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”. (*Idem, ibidem*, p. 70-74). Adiante, o autor assevera a importância da perspectiva constitucionalizadora, ao dispor que “A sistemática interpretação da Lei Fundamental supõe, assim, uma consideração unitária e aberta que reconheça suas disposições sob o prisma dos nunca inteiramente inócuos princípios superiores. Há, como afirmado, eficácia direta e imediata, no núcleo essencial, de todos os princípios fundamentais.” (*Idem, ibidem*, p. 183.) Em outra passagem da obra o professor assevera “toda interpretação sistemática é, de certo modo, interpretação constitucional”. (*Idem, ibidem*, p. 81.) Com razão, Juarez Freitas advoga que “a interpretação conforme a Constituição nada mais é do que uma das facetas da interpretação sistemática.” (*Idem, ibidem*, p. 79).

⁸² AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 113-114 passim.

consistente. A completa totalidade das normas jurídicas constitui uma unidade sistêmica e o propósito da interpretação é descobrir as conexões sistêmicas entre as normas e colocar cada norma de maneira adequada como parte do todo. Os critérios de formação do todo sistêmico ocupam uma posição chave neste tipo de interpretação. Frequentemente, a forma diminui pelo fato de a mesma norma que é interpretada contribuir para a unidade do sistema. O resultado da interpretação depende do todo sistêmico e este, por sua vez, depende do conteúdo que recebe a norma a qual é interpretada.

O sistema de direito privado brasileiro é aberto, no sentido de que a maior parte dele pode ser modificada conforme a evolução das idéias, da cultura; enfim, muda de forma a acompanhar a evolução da sociedade. A noção de nexo causal surge predominantemente da evolução do conceito nas ciências naturais e na filosofia, sendo acolhida pelo Direito, ganhando, assim, relevância jurídica quando adentra esse sistema através de suas aberturas, ponto a ser desenvolvido em outra altura da presente pesquisa.

Toda lei surge de atividade política e funciona na sociedade. Por meio da aplicação o *output* da lei é necessariamente de natureza social, cultural ou política. Assim, a interpretação está conectada, de uma parte, com o contexto normativo (com o sistema jurídico enquanto sistema de normas) e, por outra, com valores sociais e culturais. Nestes termos, absorveu-se a idéia de causalidade tão cara aos filósofos e profissionais das ciências naturais para que a mesma seja aplicada pelo jurista.

Assevera Vilanova⁸³ que “a causalidade natural não pode fundar-se em si mesma, ou por via lógico-formal.” Nestes termos, o autor remete o liame entre ação (comissiva ou omissiva) e dano, ao sistema normativo, constituindo-se uma causalidade à luz do conjunto axiológico-deôntico em que trabalha e é limite para atuação do jurista⁸⁴. Como causalidade física deve ser entendida a não-normativa, seja natural ou sociológica, em que as relações efetivamente se dão, não como as que se devem dar⁸⁵. Em momento algum o doutrinador defende uma redução dos dados éticos, sacrais, econômicos, políticos, científicos e de outros sistemas ao âmbito jurídico, mas sustenta uma inclusão destes no espectro deontológico à luz do referencial gramatical próprio da Ciência do Direito⁸⁶, cabendo ao intérprete do Direito articular a relação meio/fim em que o ser humano tece seus intentos ao levar à cabo seus fins utilizando-se de suas causas⁸⁷.

Adiante, advoga o professor de Pernambuco a interação entre mundo-de-objetos e sistemas de linguagem, de modo a serem concebidos pelo operador do Direito através de uma ótica capaz de perceber a interpenetração entre os mesmos, tal como dessa relação surgir a juridicização ou desjuridicização de um fato⁸⁸. Pode haver causalidade natural sem consequência jurídica, caso não se trate de fato juridicizado, existe ainda a possibilidade de que o ato/fato considerado fisicamente tenha previsão em ação definida em suporte fático sem que corresponda à causalidade normativa, de modo que não ocorra assim a responsabilização (ex:

⁸³ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, p. 7.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 8. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 53; e CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, p. 71 aduzem que o nexa causal decorre das leis naturais, sendo que o primeiro autor expressamente nega o caráter jurídico do conceito; no entanto, parece que esta posição sustenta que o ordenamento não define a natureza do nexa causal, sendo que apenas o absorve.

⁸⁵ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, p. 61.

⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 9.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 12.

⁸⁸ *Idem, ibidem*.

conduta típica em que é prevista excludente de imputabilidade) e, por fim, mostra-se viável a ocorrência de efeitos jurídicos sem que haja causalidade natural (ex: crime omissivo por comissão)⁸⁹. Em suma, pode ser observado que a causalidade natural pode ser componente de suporte fático⁹⁰.

O ponto nevrálgico da discussão em termos de responsabilização civil por dano causado a outrem reside na norma que institui a relação jurídica de causalidade⁹¹, em nosso ordenamento jurídico-privado estabelecida a partir do disposto no art. 403 do Código Civil, que prescreve o dever de indenizar daquele que com sua conduta causar efeito dela direto e imediato. Sabido que normalmente a linguagem jurídica tem algum grau de supergeneralidade, isto é, pode ser em certa medida vaga e inexata, cabe ao operador jurídico averiguar o sentido de seus termos, no caso do nexos de causalidade, mais precisamente o que é efeito direto e imediato.

Neste ponto da pesquisa abordaremos o nexos de causalidade como elemento da responsabilidade civil dentro do quadro normativo estabelecido pelo conjunto de princípios⁹², regras (normas em sentido estrito) e valores que versa

⁸⁹ VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, p. 9-10.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 61.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 8. O autor descreve três tópicos do conhecimento sob o ponto de vista da Teoria Geral do Direito que são: i) o fato tipificado na hipótese e o fato tipificado na consequência; ii) a norma que institui a relação jurídica de causalidade; iii) o sistema dentro do qual a norma vale, em relação de pertinência (por ser gerada segundo as geratrizes de normas). No âmbito da pesquisa urge a necessidade de abordar prioritariamente o estado da questão no que tange à interpretação/concreção da norma que define os termos da responsabilização civil na recente codificação.

⁹² Não sendo o objeto da nossa pesquisa não abordaremos a polêmica acerca do caráter normativo dos princípios. Pela corrente que defende não serem normas, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 96. Pela adoção dos princípios como normas, ver: AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis (Org.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 33; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70; FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 56.

sobre a temática em tela. A metodologia abordada será a utilização de uma perspectiva sistemática do Direito, de modo a permitir a visualização da relação de causalidade como um todo indissociável, ao mesmo tempo em que buscaremos harmonizá-lo em favor da maior coerência possível.

3 TEORIAS SOBRE RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Neste capítulo traçaremos um panorama bastante geral sobre as respostas teóricas apresentadas pela doutrina para definição e aferição do nexos de causalidade. De início, cabe-nos recordar precioso ensinamento de Enneccerus⁹³, segundo o qual não há como ser definida a questão do nexos causal apenas mediante regras abstratas, senão que o nosso objeto de estudo há de ser analisado ante as peculiaridades do caso concreto.

3.1 EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

A explicação da relação de causalidade como equivalência entre as condições é de autoria do penalista alemão Maximiliano von Buri, datada de 1860. Como afirmado supra (item 1.1), é atribuída a Thomas Hobbes, seguindo premissas desenvolvidas por Galileo Galilei, a definição dos termos filosóficos mediatos que embasaram a tese⁹⁴. Há quem defenda a contribuição de John Stuart Mill no assentamento das bases utilizadas para a elaboração da doutrina em tela⁹⁵.

⁹³ ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de las obligaciones. *In*: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín (Org.). **Tratado de derecho civil**. V. 1. T. 2. Barcelona: Bosch, 1947 p. 67.

⁹⁴ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 5, 15.

⁹⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H.. Responsabilidad civil y relación de causalidad. *In*: AUTOR. **Seguros y responsabilidad civil**. V. 5. Buenos Aires: Astrea, 1984. p. 36; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 72; GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 16. Este último autor, assim como o primeiro, aponta ainda outras influências, culminando nos nomes de Berner, Glasser, Hälschner, von Liszt e Köstlin. *Contra*: COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Op. cit.*, p. 78.

Essa vertente doutrinária, também conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*, não diferencia causa (aquilo de que depende a existência de determinada coisa) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos e negativos). Define-se causa como aquela ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Assim, se várias causas concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância, equivalendo-se todas. Nestes termos, não cabe qualquer indagação se uma foi mais ou menos adequada ou eficaz em relação ao dano/prejuízo.

As duas grandes questões sobre relação de causalidade suscitadas por André Tunc, Henri e Leon Mazeaud⁹⁶, quais sejam, a multiplicidade de causas de um evento e a produção de sucessiva de resultados por atos humanos, de modo a gerar uma cadeia de causas-efeitos, são respondidas por esta teoria. A pluralidade de causas é amplamente admitida, delimitando-se a questão da responsabilidade na seara da culpa. A teoria da equivalência das condições delimita de maneira bastante abrangente a sucessão de fatos ligados ao prejuízo em voga; assim, a imputação do resultado dá-se a todos que obraram de modo que, se sua conduta fosse excluída da cadeia hipotética, inexistisse o dano. Mais uma vez a questão de quem deve indenizar recai sobre outro elemento da responsabilidade civil, a culpabilidade.

Aponta Sergio Cavalieri Filho que seus defensores sustentam a indivisibilidade do resultado, logo, das causas que seriam equivalentes⁹⁷.

⁹⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Tomos I-V. Buenos Aires: Europa-América, 1977. p. 5-6.

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 72.

Elucidativamente, destaca Rubén H. Compagnucci de Caso⁹⁸, as linhas gerais desta corrente acerca do liame causal:

Con esta tesis se afirma que la adición de la totalidad de las condiciones es la que brinda y da el resultado. Todas las fuerzas intervinientes coadyuvan para que se dé la consecuencia final, por lo que resultan "causa", todas las condiciones, sin poderse llegar a discriminar entre ellas. Hay, como lo dice su enunciado, "equivalencia" entre todas las condiciones, no dándose posibilidad de aislar una de ellas para que sea útil como antecedente para el análisis valorativo sobre el resultado acontecido.

Para aplicação da teoria em voga e exame basta a pergunta sobre a possível ocorrência do resultado na hipótese de retirada da ação ou omissão da cadeia causal. Caso a resposta seja no sentido de que sem o fato o resultado não teria ocorrido, trata-se então de causa. Afirmado que mesmo com a exclusão da conduta, o fato teria ocorrido, não há de falar-se em relação de causalidade⁹⁹.

Esta teoria foi adotada pelo Código Penal vigente, conforme entendimento da doutrina em geral¹⁰⁰. Observa-se a adoção da *conditio sine qua non* nos ditames delineados retro, da leitura da Lei Criminal, que, em seu artigo 13, *in fine*, preceitua que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Conforme apontado supra, e sendo o mesmo entendimento esposado por Paulo José da Costa Júnior¹⁰¹, há de ter-se claro que uma interpretação racional e coerente, que preze pela ordem e unidade do sistema jurídico, levará em conta que

⁹⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁹ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁰ Exemplificativamente: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 178; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 72; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 101; GOLDENBERG, Isidoro. *Op. cit.*, p. 17; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁰¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 82.

o fenômeno causal é o mesmo nas órbitas cível e penal. Ante o exposto, esta reconstrução das linhas gerais do que é nexa causal no Código Civil de 2002 exige a interpretação do conjunto de dispositivos sobre a temática em tela, até mesmo face ao preceituado no direito criminal.

As críticas ao defendido pela teoria da equivalência dos antecedentes baseiam-se em um ponto nevrálgico. Como pode se considerar causa como todo aquele ato sem o qual não teria ocorrido o resultado sem chegar-se a uma responsabilização quase infinita. Poder-se-ia responsabilizar não somente o condutor negligente do veículo que ocasionou acidente, mas também o fabricante e até mesmo a instituição financeira que o financiou, vez que sem todos estes aquela situação não ocorreria. Este determinismo extremado desafia a própria natureza das coisas, sua álea intrínseca, pressupondo um Hércules, que tudo sabe e tudo vê, ignorando que precisaríamos alcançar o todo, mas o todo é demais para nós.

3.2 CAUSA PRÓXIMA

Criada por Francis Bacon, no século XVI, deita raízes na tradição jurídica inglesa. Surge como uma resposta à tarefa infinita de ter o operador jurídico de buscar as causas de cada qual e suas influências, umas sobre as outras¹⁰². Pode ser observado que esta corrente surge tal como é conhecida hoje da assimilação de vários aspectos da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada¹⁰³. A

¹⁰² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 523.

teoria da causa próxima é definida por Rubén H. Compagnucci de Caso¹⁰⁴ como a doutrina que explica o nexo causal a partir da escolha da condição, sem a qual o dano não teria ocorrido, que esteja situada mais próxima cronologicamente do evento. Aplicam-se os efeitos da imputação do resultado àquele que tiver dado efeito de forma imediata, conforme o critério lógico-temporal.

Essa corrente alcançou grande influência não só na *common law*, mas também foi recepcionada pelos códigos civis italiano, francês e argentino. Dispõe o artigo 520, do Código Civil argentino:

En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

No mesmo sentido é a redação do artigo 901:

Las consecuencias de un hechos que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

Pode ser observado que a redação do dispositivo supra assemelha-se bastante à redação do artigo 403, do Código Civil de 2002.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁵ denomina esta corrente como a definição da responsabilização pelos danos diretos e imediatos e advoga ter a mesma sido escolhida pelo legislador quando da redação do artigo 403 do Código Civil de 2002.

¹⁰⁴ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 523-524, 526.

Assim, aduz, ainda, a existência de preocupação dos que exercem a atividade legiferante no sentido de exclusão das conseqüências do ato do agente, quando estas não mais estejam ligadas ao mesmo.

No mesmo sentido de Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (grifos no original), na vertente da “causalidade necessária”. Aludem os autores que, por vezes, a jurisprudência aplica a teoria da causalidade adequada com o presente sentido, de modo a confundir os pressupostos e caracteres próprios de cada teoria, devido ao caráter “sedutoramente empírico do tema”¹⁰⁶.

Essa teoria recebeu severas críticas, sobretudo por sua simplicidade e inexatidão¹⁰⁷. Aponta-se a fragilidade da definição de causalidade pelo critério lógico-formal, no sentido de que nem sempre a última determinante do resultado possui a mais alta carga nociva frente ao desiderato protetivo de bem jurídico contemplado pela norma. Alega-se, também, a dificuldade de estabelecer o conteúdo da expressão causa imediata de um evento.

Rubén H. Compagnucci de Caso, na esteira do lecionado por Orgaz, traz à baila um exemplo que resume toda a crítica: troca-se o remédio do paciente por veneno, que é aplicado por uma enfermeira que não tinha conhecimento do novo conteúdo da embalagem, que até então era um mero analgésico. Pergunta-se:

¹⁰⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 104-105.

¹⁰⁷ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Op. cit.*, p. 40.

poderia ser considerada a enfermeira como a causadora do evento morte do doente? Pela teoria em voga a resposta é afirmativa.

Uma faceta da crítica contra a causa próxima pode ser vista em Isidoro H. Goldenberg¹⁰⁸ ao assinalar que a “imediatidade” deve possuir sentido apenas lógico, ao invés de cronológico, sob pena de a aplicação do ordenamento jurídico ficar divorciada do bom senso. Alude, ainda, que, face aos termos tais como originalmente expressados, esta tese não encontra recepção nos países em geral.

Enneccerus¹⁰⁹ em dois exemplos procura demonstrar a fragilidade da causa próxima. Na primeira hipótese, imagina-se um corretor imbuído de negociar quotas de uma reserva mineral, que acaba por, negligentemente, não obter a venda. Segue-se, então, uma inundação que causa prejuízos ao dono da mina. Para o autor, caso aplicada a teoria em tela, o agenciador deve ressarcir os prejuízos decorrentes do desastre natural.

Outra situação descrita pelo civilista germânico é a perda face caso fortuito de objeto de contrato de depósito decorrente de inadimplemento do dever de guarda do depositário. Segundo Enneccerus¹¹⁰, deve o sujeito que descumpriu o contrato responder por todos os danos ocorridos após a retirada indevida do objeto do armazém do contratante, caso adotada a teoria em voga.

¹⁰⁸ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p 20.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 71-72.

¹¹⁰ ENNECCERUS, Ludwig. *Op. cit.*, p. 71.

3.3 CONDIÇÃO PREPONDERANTE

Formulada por Binding¹¹¹, essa explicação do nexos causal atribui o status de causa ao fato que desequilibrar a lógica “normal” dos acontecimentos. Admite-se como causa aquele fato que imprime a direção decisiva para o efeito ocorrido¹¹².

Binding distinguiu entre fatores positivos e negativos, sendo causa apenas a condição positiva que prepondere sobre a negativa¹¹³.

A crítica dessa teoria e da causa eficiente é apresentada por Isidoro H. Goldenberg que leciona que:

Sin embargo, cuando se trata de establecer en la práctica la apura que permita seleccionar entre las diversas condiciones de un resultado la más eficiente o la más preponderante, se advierte con nitidez la fragilidad de estas teorías.

En efecto, la imposibilidad de escindir materialmente un resultado, de suyo indivisible, para atribuir a una condición “per se” un poder causal decisivo, hace caer dichas construcciones teóricas en un empirismo que las despoja de todo rigor científico.

3.4 AÇÃO HUMANA

Criada por Soler, baseado nos ensinamentos de Beling, Binding e Antolisei, a tese em tela objetiva a diferenciação entre ação e causalidade. A partir desta

¹¹¹ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *Op. cit.*, p. 40-41.

¹¹² GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 21.

¹¹³ *Idem, ibidem.*

premissa, segue-se a exclusão da causalidade em seu âmbito físico-naturalístico, para vislumbrar-se o nexos de causalidade a partir da vontade do sujeito¹¹⁴. O ser humano está provido de consciência e vontade, elementos com os quais contribui decisivamente em suas relações com o mundo exterior¹¹⁵.

Na ação há liberdade, agindo o ser humano coloca sob seu jugo as forças da natureza. A causalidade deve ser depreendida da vontade e inteligência da pessoa, vez que o acontecer por mera causalidade natural não possui importância jurídica. A relevância do agir, em vez do causar em sua acepção física, é dada para que avaliasse não as conseqüências decorrentes do ato, mas sua conformidade com os valores estabelecidos pela ordem jurídica¹¹⁶.

Esse acento na figura do autor determina a finalidade da investigação não no sentido de reconhecer a causa, mas quem foi o autor do resultado, estabelecendo-se causa e autoria como conceitos bastante diferentes.

3. 5 CAUSA EFICIENTE

Essa tese tem origem na doutrina germânica com o desenvolvimento da idéia de causa eficiente. Também conhecida como teoria da condição mais eficaz ou mais ativa, foi desenvolvida em oposição à teoria da *conditio sine qua non*¹¹⁷. Ao

¹¹⁴ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 31.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 31.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 43

contrário do pensamento de von Buri, nega-se a igualdade de grau de todas as condições para a consumação do prejuízo, muito pelo contrário, aqui aparece imprescindível a aferição da importância de cada conduta para realização do evento¹¹⁸. Dentro desse pensamento o estabelecimento da causalidade dá-se conforme o critério da eficiência da conduta face ao resultado¹¹⁹.

Dentre os autores que defendem a tese em tela, pode ser observada a divisão entre aqueles que sustentam o critério quantitativo, dentre eles Birkemeyer, para caracterizar a condição mais ativa, assinalando que é aquela que em maior medida contribui para o resultado, enquanto outros, tais como Mayer, Stoppato e Kahler, advogam a noção qualitativa (*Qualitätentheorie*) para determinação da causa eficiente, levando-se em conta a qualidade intrínseca do fato no processo causal, segundo o que ordinariamente ocorre (*id quod plerumque accidit*)¹²⁰.

A crítica que sofreu essa corrente baseou-se na dificuldade de cisão do resultado diante do que comumente ocorre nos pretórios. No entanto, a aplicabilidade da causa eficiente é evidente quando se tratar de culpa concorrente, onde os tribunais obrigam-se à divisão do resultado e conseqüentemente atribuem graus diferentes de importância às diversas causas¹²¹.

¹¹⁸ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 20.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 20-21. Aqui parece ter havido uma aproximação da aplicação do Direito com o senso comum. A doutrina da causa eficiente vislumbrou uma interessante intersecção entre o problema da definição do nexo de causalidade e as máximas de experiência, categoria esta última expressamente adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro e pelo Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 335 e 6º, inc. VIII, respectivamente.

Sobre o tema: ROSITO, Fernando. **A aplicação das máximas de experiência no processo civil de conhecimento**. 2004. 177 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre; STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990; TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 355, p. 101-18, 2001.

¹²¹ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 21-22.

Aponta Rubén H. Compagnucci de Caso¹²² a existência de semelhanças entre esta corrente e a teoria da causalidade adequada. Assim, passaremos à análise desta última no tópico que segue.

3.6 CAUSALIDADE ADEQUADA

Inicialmente desenvolvida por Luis von Bar, esta teoria foi exposta pela primeira vez em 1871, sendo seus contornos atuais definidos por von Kries em 1888¹²³. Esta teoria possui grande aplicação atualmente, sendo considerada por grande parte da doutrina nacional¹²⁴ a escolhida pelo legislador, quando da elaboração do Código Civil de 2002.

Assevera Isidoro H. Goldenberg que tal corrente dispõe ser a causa um juízo sobre a possibilidade e probabilidade de ocorrência de um resultado, consoante, tal como defendido quanto à causa eficiente, o que comumente acontece (*id quod plerumque accidit*). A aplicação da causalidade adequada remete à aferição do fato e sua relação com o resultado, abstraindo-se qualquer juízo de valor sobre a conduta, sem verificar-se a qualidade ou quantidade de cada ação para a ocorrência do evento e excluindo-se qualquer alusão ao critério cronológico. Assim, o critério passa a ser o lógico, sem, no entanto, atribuir-se como causa todo aquele ato sem o

¹²² COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. **Responsabilidad civil y relación de causalidad**. *Op. cit.*, p. 45.

¹²³ *Idem*, ibidem, p. 22.

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 72; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 54; VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 52.

qual o dano não teria ocorrido, vez que se admite a relação de causa-efeito entre aquilo que repetidamente acontece e, assim, espera-se que aconteça.

Enneccerus¹²⁵ advoga a necessidade de três requisitos para aferição do liame causal: a) inexistência de circunstâncias extraordinárias entre o fato examinado e a conduta; b) capacidade segundo a natureza das coisas para haver relação causa-efeito; e c) adequação para produção do dano. Adiante, defende que o nexo causal não precisa ser imediato, no sentido de que a causalidade pode ser de forma mediata, admitindo a imputação de resultado ocorrido, até mesmo 20 anos depois do fato originário¹²⁶.

Um exemplo clássico e bastante elucidativo é a impossibilidade de se atribuir o resultado morte, ocorrida dentro de hospital, ao agente que deu causa ao fato pelo qual a pessoa foi até o estabelecimento para buscar a cura. Nestes termos, o ferimento ocasionado em virtude do acontecimento originário não pode ser considerado como causa do óbito¹²⁷.

Exige-se que habitualmente seja atribuída aquela espécie de resultado àquele tipo de ato. Se a ação do agente mostrava-se normalmente apta para a produção do dano, é de ser imputado ao mesmo tal resultado. Aduz Paulo José da Costa Júnior¹²⁸ que a idoneidade da causa é aferida conforme a regularidade estatística.

¹²⁵ ENNECCERUS, Ludwig. *Op. cit.*, p. 68-69.

¹²⁶ *Idem, ibidem*, p. 72. O autor cita diversos precedentes sobre a superveniência de causas e suas conseqüências jurídicas civis, na ótica da jurisprudência tedesca.

¹²⁷ GOLDENBERG, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 24.

¹²⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Op. cit.*, p. 88.

Esse juízo caracteriza-se por ser *post-factum* e abstrato, vez que se verifica o que se sucede na normalidade dos casos em análise posterior à ocorrência do acontecimento examinado em tela.

O fator previsibilidade deve ser levado em conta quando da aferição da relação de causalidade em termos do que a experiência revela ser causa adequada. Assim, evita-se eventual aproximação com a culpabilidade, devendo essa ser avaliada *in concreto*.

Posição bastante interessante é defendida por Franz von Liszt¹²⁹, que ataca os defensores da causalidade adequada, aduzindo que a opinião dos que a defendem é completamente arbitrária, e repousa, especialmente a de Merkel, sobre a confusão já acentuada entre causalidade e culpabilidade. Adiante, define a importância desta vertente como de mera aplicação subsidiária, sendo necessária apenas quando tratar-se de responsabilidade objetiva. A posição de von Liszt consubstancia exatamente a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes como regra geral no art. 13 do Código Penal brasileiro.

Analisando algumas decisões italianas, Valentina Di Gregorio¹³⁰ revela a adoção da causalidade adequada quando pessoas que, de forma mediata, causaram prejuízo a outrem, foram condenados a indenizar as vítimas, mesmo na falta dos requisitos exigidos pelo artigo 1.223, do Códice¹³¹. A doutrinadora

¹²⁹ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. T. 1. Campinas: Russel, 2003. p. 27.

¹³⁰ DI GREGORIO, Valentina. **La valutazione equitativa del danno**. Padova: CEDAM, 1999. p. 167.

¹³¹ O artigo em tela tem a seguinte redação:

“1.223 Risarcimento del danno. – Il risarcimento del danno per l’inadempimento per il ritardo deve comprendere così la perdita súbita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.”

reconheceu nos precedentes um juízo de equidade para que os desideratos legais fossem atingidos, mesmo sem a correspondente adequação dos casos à previsão do dispositivo em voga.

No mesmo sentido, há diversos julgados dos tribunais italianos prevendo a indenizabilidade do dano causado mediatamente e de forma indireta, desde que exista previsibilidade, consoante a regularidade dos acontecimentos. Elucidativamente colacionamos nota de Andréa Barengi¹³² à jurisprudência da península, situando-se o comentário no mesmo diapasão do anteriormente exposto:

I danni devono essere conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento ma può essere risarcito anche il danno mediato e indiretto quando risulta che esso è effetto normale dell'inadempimento secondo il principio della regolarità causale.

Rui Stoco¹³³ sustenta não ter sido essa teoria acolhida pelo nosso Código Civil atual nos termos que seguem:

(...) o nexu causal é elemento de ligação entre a pessoa que praticou o ato e o resultado que dele decorre, enquanto a disposição invocada pertine apenas às seqüências da inexecução das obrigações, sejam elas decorrentes de obrigação contratual, sejam do ato ilícito, pressupondo, portanto, que este já esteja identificado e completo em sua formação.

Para Stoco, a aferição do liame causal é indispensável a verificação das provas e da interpretação das mesmas estabelecer se houve ou não fato gerador de dever de indenizar, independentemente da teoria que se adote para definição do

¹³² RESCIGNO, Pietro (Org.). **Codice civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, ano. p. 1.310. Precedentes: CC 20 ago. 1984/4661, dentre outros.

¹³³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 147.

nexo de causalidade¹³⁴. Data vênia, é difícil sequer imaginar como um magistrado pode definir a relação causa-efeito sem o estabelecimento preciso dos ditames da teoria que define a relação causal.

Os dois pontos cruciais para análise da causalidade – a multiplicidade de fatos geradores de um resultado e a sucessão de eventos a partir de uma causa – são respondidos pela teoria da causalidade adequada. A doutrina em tela possui como admissível a pluralidade de atos relacionados a um dano e defende a exclusão não somente daqueles atos que se abstraídos, culminariam na inocorrência do prejuízo analisado, mas também advoga a subtração da sucessão causal daqueles que laboraram para o resultado com meios tidos como naturalmente inadequados para a produção do mesmo.

¹³⁴ STOCO, Rui. *Op. cit.*

4 A CAUSALIDADE ADEQUADA COMO OPÇÃO DE METODOLOGIA DE ANÁLISE DO NEXO CAUSAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O disposto no artigo 1.060 do código Civil de 1916 foi reeditado no mesmo texto no art. 403 do novo Código Civil e, como anteriormente já colocado, é sobre ele que o codificador apoiou-se para elaborar a opção pela qual seriam analisados os comandos legais sobre nexo de causalidade na responsabilidade civil. No dano que se quer ver indenizado a causa é o fato que de maneira única e singular lhe dá origem ou que serve para enfatizar ou radicalizar os seus efeitos, de modo que nexo de causalidade é a “colagem” possível de ser feita entre o ato humano e o dano conseqüente.

É importante anotar que o texto assentado no art. 403 do Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406/2002 – acabou por ter influência forte da obra de Pothier sobre o Código Civil francês, código que foi referência e acabou por influenciar a redação de outros tantos. O *Code* teve seu texto reproduzido para diversos códigos romano-continuais, entre os quais o italiano, o português, e de resto influenciou outros países que adotaram este sistema, como os sistemas civis argentino e o brasileiro. Este texto e suas conseqüências continuam vigentes na França, na Itália, na Argentina e no Brasil.

Os códigos citados, ao manterem a fórmula adotada na codificação francesa, acolhem como metodologia a causalidade adequada tanto para a análise dos danos originados pelos fatos da vida como pelos negócios jurídicos, ou seja,

tanto para a responsabilidade civil oriunda de fatos da vida como dos contratos. O exemplo do código civil italiano está no art. 2056¹³⁵. Por outro lado, entende-se que a fórmula utilizada é por demais lacunosa e imprecisa, sendo por isto incapaz de, sem complementos doutrinários e jurisprudenciais, dar vazão à abrangência do problema causal. Por isto, na interpretação do texto, mais importante do que entender o conteúdo veiculado pela expressão “efeito direto e imediato” é ter em conta a dimensão geral do problema causal, e como ele é resolvido à luz deste texto.

Assim, e aqui vai uma primeira impressão necessária para a continuidade do desenvolvimento do presente estudo, faz-se necessário entender e contextualizar o que até aqui foi exposto sobre o tema, enquadrar o papel da causalidade na responsabilidade civil e, posteriormente, reavaliar as teorias que acima foram resgatadas, para que possamos aproveitar o que for possível delas para oferecer uma visão geral do tema.

A causalidade é um dos pressupostos da responsabilização civil. Assim, inexistindo causalidade, não se constitui o dever de indenizar. Nascido tal dever, há que se perguntar pela extensão do dano e, para isto, também a causalidade será determinante. Em verdade, a causalidade é que dirá quais os danos que serão indenizáveis e quais não serão suportados pelo agente por não se relacionarem com o fato.

No suporte fático do dever de indenizar colocam-se, lado a lado, causalidade e imputação, não se confundindo, ainda que atuem sobre uma mesma cadeia de

¹³⁵ “Art. 2.056 Valutazione dei danni Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223,1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.”

fatos e se voltem à análise de fatos idênticos. Por causalidade entende-se a relação entre um efeito (no caso, o dano) e sua causa, ou seja, o que o tenha gerado. Por sua vez, a imputação é imposição do dever de indenizar, que decorre de uma dada razão jurídica, a qual pode ser a culpa do causador, ou risco por ele produzido, ou uma garantia.

Na maioria dos casos, as análises relativas à causalidade e à imputação concentram-se em um mesmo transcurso de fatos. Neles verifica-se, em um primeiro momento, qual ou quais geraram o dano. A partir disto questiona-se se ao causador é imputável o dever de indenizar, tendo em vista a razão jurídica de imputação aplicável. Em outras hipóteses, a imputação é teoricamente totalmente afastável do percurso causal em sentido estrito, dado ser possível imputar a um terceiro o dever de indenizar (ao Estado, por exemplo). Na responsabilidade civil negocial, é muitas vezes o negócio jurídico que estabelece a base para a imputação. Assim, por exemplo, se alguém se compromete a levar o seu co-contratante de volta a sua casa e, para isto, contrata terceiro que dá causa ao acidente, aquele que se comprometeu é responsável, não por ter causado diretamente o acidente, mas pelo dever de resultado decorrente do contrato¹³⁶.

Imputação também não se confunde com imputabilidade, como visto na introdução ao capítulo 4. Imputabilidade é a capacidade que o sujeito tem de responder por algo, o que é matéria do art. 3º do Código Civil. Esta capacidade não se confunde, como se percebe, com a imputação, que é razão da imposição, a uma determinada pessoa, do dever. A imputação pressupõe a imputabilidade.

¹³⁶ Ag. Reg. no AG 416760, STJ, 3a. T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 04.04.2002.

Na esteira da distinção anterior, há que se distinguir, na análise do caso concreto, a culpa da causalidade, quando a responsabilidade é subjetiva. Ocorre que é comum que sejam tomados um pelo outro, ato culposo e ato causador, sobretudo naquelas hipóteses tradicionais de responsabilidade civil. Agir com culpa nem sempre gera dano. Danos podem ser decorrência de atos não culposos e, mais do que isso, quem age com culpa e se envolve em evento danoso não necessariamente dá causa ao dano. É o que ocorre com o aquele que estaciona mal o automóvel (ou seja, age culposamente) e é abalroado por outro, não porque estava parado em local proibido (circunstância que se revelou indiferente), mas porque o condutor do outro veículo estava alcoolizado e o dirigia em alta velocidade.

Causalidade é elemento de análise das ciências exatas e bioquímicas, é ocupação da filosofia e, em certo sentido, da teologia. No âmbito do Direito, a noção de causalidade não pode se equiparar às demais; nele, a causalidade é essencialmente jurídica. Decorre disto que as regras sobre nexos causais não são, nem podem ser, uma mera reprodução de idéias importadas de outros ramos do conhecimento, mas se fundam em uma valoração da realidade objetiva.

O Direito, além disso, dedicado a resolver problemas práticos, acolhe por princípio limitações da análise causal, dado que, caso contrário, jamais poderia dar certeza sobre a solução definitiva de uma determinada controvérsia. A exigência de chegar-se a uma coisa julgada traz consigo a aceitação de que a causalidade jurídica é necessariamente probabilística, afastando-se, portanto, de uma determinação, de cunho absoluto, entre fato e consequência. O que se exige é que,

tendo em vista os valores em jogo e a metodologia condizente com estes valores, se chegue a certo grau de probabilidade.

4.1 CONTEÚDO DA EXPRESSÃO “EFEITO DIRETO E IMEDIATO”

A expressão “efeito direto e imediato” é, seguramente, umas das mais imprecisas utilizadas pelo novo Código, ainda que se constitua em locução já tradicional no direito brasileiro e no direito comparado. Esta *vagueza semântica*¹³⁷ é típica decorrência dos “conceitos jurídicos indeterminados”¹³⁸. Esta imprecisão é fruto da circunstância de se entender, por efeito direto e imediato, efeitos que não podem ser classificáveis nem como diretos, nem como imediatos, considerando o sentido comum destas palavras, de sorte que a interpretação literal, início de todo o processo hermenêutico, deixa de ser operativa. Além disto, quando a doutrina se volta a oferecer um sinônimo sintético dela, normalmente acaba por chegar à outra fonte de imprecisão.

É comum a referência de que exigência de “efeito direto e imediato” afastaria o dano remoto, ou seja, aquele que decorreria de outras causas ou que não oferecesse certeza a sua ocorrência futura. Foi este o esclarecimento de Clóvis

¹³⁷ Aqui a expressão utilizada foi no mesmo sentido tal como delineado por Judith Martins-Costa (**A boa-fé no Direito Privado**. *Op. cit.*, p. 324 e ss).

¹³⁸ Karl Engisch descreve o conceito jurídico indeterminado como “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos” ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Tradução de: João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. p. 208.

Bevilaqua em seus Comentários¹³⁹ e, no mesmo sentido, lecionou Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁰. Contudo, é inegável que doutrina e jurisprudência, brasileira e estrangeira, tanto aceitam a existência de danos indiretos e mediatos, quanto remotos. Os chamados “danos por ricochete”, a seguir analisados, são exemplos de danos “indiretos” ou “mediatos”. A Súmula 491, do Supremo Tribunal Federal (“é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”), por sua vez, é exemplo de dano “remoto”.

A Súmula 491, de dezembro de 1969, é corretamente tida pela doutrina como um modo de indenização do dano extrapatrimonial, antes que tais danos fossem ordinariamente reconhecidos. Nada obstante, importa perceber que a jurisprudência do Supremo, mesmo buscando atingir objetivo diverso (a indenização do dano extrapatrimonial), aceitava uma indenização, a título patrimonial, de cunho claramente remoto, inclusive utilizando-se de padrões liquidatórios próprios dos danos desta espécie (idade limite, momento de início da contagem, etc.). Tal proceder revela que, independentemente de móvel condutor das decisões, eram aceitos danos remotos ainda quando o regime próprio os afastasse, em tese.

Tendo-se em conta o aspecto histórico da expressão, pode-se dizer que se visou, através dela, afastar a ressarcibilidade das conseqüências que, embora se tivessem oportunizado pelo inadimplemento, não decorreriam somente deste, mas de outros fatores que se seguissem¹⁴¹. É assim o tão conhecido quanto expressivo exemplo oferecido pelo autor: um negociante vende a um fazendeiro uma vaca que

¹³⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 9. ed. V. IV. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953. p. 216.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 238.

¹⁴¹ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002. p. 148-149.

sabia sofrer de uma doença contagiosa. A vaca contamina o rebanho do adquirente, impossibilitando-o de arar a terra e prepará-la para o plantio. Por isto, torna-se insolvente e perde os bens em execução. Ante tal conjunto de circunstâncias, afirma Pothier¹⁴², o vendedor seria responsável pela perda do rebanho, mas, mesmo tendo agido com dolo, não seria responsável pela ausência de preparo da terra, já que este poderia ter sido realizado de outro modo (p. ex., empréstimo ou aluguel de outros bovinos). O desequilíbrio do patrimônio do fazendeiro não é, pois, indenizável porque ele pode ter advindo de outras causas.

Como se percebe, o intuito inicial era separar as conseqüências entre si por meio da avaliação da relevância de um determinado fato para o dado efeito. Esta “relevância” foi então traduzida, na linguagem do Código Civil francês, pela expressão “efeito direto e imediato”. Contudo, ainda assim, à tentativa de estabelecer um critério de relevância da causa, a noção de “efeito direto e imediato” não estabelece uma fronteira clara, nem oferece uma âncora semântica segura. Como demonstrou Fernando Noronha, mesmo no famoso exemplo referido acima, há danos tidos por indenizáveis que não se deixariam classificar, de modo rigoroso, como diretos e imediatos. A morte da vaca que foi vendida doente é, sem dúvida, um efeito direto do ato do vendedor. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da morte do rebanho, já que ela decorre do fato de o rebanho pré-existir e da circunstância de o animal adquirido não ter ficado separado dos demais. Assim, entre a venda do animal doente e a morte do rebanho intervém uma causa intermediária, que é o contágio¹⁴³.

¹⁴² POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 149.

¹⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 594.

Ademais, ainda que se aceitasse uma absoluta identidade semântica entre a terminologia utilizada e o objetivo originalmente visado, ter-se-ia de manter presente que, com o passar dos anos e com a vasta evolução observada na compreensão da responsabilidade civil, o significado atribuído à expressão também há de ter evoluído. Por isto, faz-se fundamental analisar as teorias que buscaram, muito mais do que explicar, estabelecer o critério de descoberta da causalidade jurídica, independentemente da terminologia legal.

Descendo-se da análise abstrata para os casos concretos, vê-se que a idéia de “causa necessária” não se constitui em explicação operacionalmente precisa, pois permanece a dúvida sobre o que poderia ser entendido como “efeito necessário”. No mundo das relações físicas – ao qual as regras da responsabilidade civil se reportam – todo efeito é fruto de um conjunto infinito de causas. Com ela, pois, permanecem sem respostas perguntas como “qual das causas é a necessária?”, ou “qual delas é a mais relevante?”

Desse modo, parece mais correto deixar de classificar a “Teoria da Causalidade Direita e Imediata” como verdadeira teoria, pois ela acaba por não oferecer uma explicação do nexos causal. Muito mais do que isto, o que ela oferece é uma melhor explicação do texto legal, constituindo-se em uma atuação hermenêutica, importante sem dúvida, mas não em uma delimitação teórica da causalidade jurídica. Enfim, o problema reside fundamentalmente no enfoque hermenêutico.

A relevância da exata classificação daquilo que se entende por “Teoria da Causalidade Direta e Imediata” encontra-se não só no plano doutrinário. A partir dessa análise pode-se visualizar se ela se contrapõe às demais teorias da causalidade ou se, ao contrário, ela se constituiria em elemento comum à análise das demais. Se a chamada “Teoria da Causalidade Direta e Imediata” é uma teoria sobre a causalidade, então ela se contrapõe às demais. Se, por outro lado, ela é uma ferramenta hermenêutica do texto legal, então ela deve ser utilizada ao lado da teoria da causalidade aplicável.

E, como se viu acima, na verdade a sua função é de ferramenta hermenêutica. Por isto, não se deverá limitar a exigência de “necessidade” da causa apenas a ela, mas se estender às demais. Aliás, é exatamente isto que se observa na análise daqueles que defendem o acolhimento de outras teorias. Veja-se a seguir o desenvolvimento desta idéia.

Henri De Page¹⁴⁴, autor belga que escreveu na primeira metade do século XX e que acolhia a Teoria da Equivalência das Condições, afirmava textualmente:

É importante, em outras palavras, que o fato qualificado como culpa tenha, não obstante a interposição de outras “causas”, necessariamente criado o dano, o que significa que, sem o ato culposo, o dano, tal como se apresenta *in concreto*, não se teria realizado.

Em resumo, o que o autor sustentava, era que, no âmbito da Teoria da Equivalência das Condições, uma causa só pode ser assim entendida quando for “necessária”.

¹⁴⁴ DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de droit civil belge**. 2. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1940. p. 906. Grifos do autor; no original: “Il faut, en d’autres termes, que le fait qualifié faute ait, nonobstant l’interposition d’autres ‘causes’, nécessairement créé le dommage, c’est-à-dire que, sans la faute, le dommage tel qu’il se présente *in concreto* ne se serait pas réalisé”.

Por sua vez, analisada a Teoria da Causalidade Adequada, como adiante se fará, pode-se verificar que, com ela, busca-se estabelecer um critério para a interrupção do nexos causal anterior, fixando-se qual a causa que é preponderante. Assim, se se quiser, pode-se ver nisto também a idéia de “necessariedade” do fato causal. Deste modo, não estranha que Sergio Cavaliere Filho, em trabalho que entre nós vem ganhando merecido reconhecimento como texto introdutório à responsabilidade civil, se manifeste identificando a “Teoria da Causalidade Adequada” à “Teoria da Causalidade Direta e Imediata”¹⁴⁵ – citação de acórdão relatado pelo autor no qual ele afirma: “E, de acordo com a teoria da causalidade adequada adotada em sede de responsabilidade civil, também chamada de causa direta ou imediata...”.

Por todo o exposto, há que se entender que a exigência de “necessariedade” da causa, que decorre do texto legal, não se explica por si, mas demanda complementações dogmáticas. Para isto, é necessário ter em vista o posto pelas demais teorias referidas acima.

4.2 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

A Teoria da Equivalência das Condições, também conhecida como Teoria da “*conditio sine qua non*” ou, simplesmente, da Condição, foi formulada na Alemanha, inicialmente para o Direito Penal, por von Buri, entre os anos de 1860 e 1885. Em

¹⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 85.

período de acentuado naturalismo – lembre-se que Charles Darwin publicou “A origem das Espécies” em 1859 – von Buri parte, exatamente, de uma visão naturalista de causa, pela qual afirma que um efeito é, sempre, fruto de vários fatores e que estes, entre si, são de distinção quase impossível. Por isto, basta que a fato ou o ato seja uma *conditio sine qua non* do efeito para que venha a ser tido por causa.

Verifica-se que um fato ou ato é *conditio sine qua non* de um efeito por meio da retirada hipotética do fato ou ato do itinerário causal e pela imagem de qual, então, teria sido o resultado. Se retirado o elemento pesquisado, o dano se processaria; então ele, o elemento em questão, não pode ser tido por “causa”. Se, no entanto, o dano deixasse de ocorrer, o elemento pesquisado é sim uma das causas.

A teoria passou a gozar, logo em seguida, de grande reconhecimento, tendo sido acolhida não só pela doutrina de alguns países, como foi o caso da França e da Itália, como também por algumas legislações, cujo exemplo mais expressivo é, entre nós, o art. 13 do Código Penal brasileiro (“o resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”). Concorreram para tal acolhimento três elementos fundamentais: gozar de neutralidade axiológica, visto que não hierarquiza as causas; ser simples, não se constituindo em obstáculo teórico para a atividade prática e oferecer uma explicação da causalidade que não afete o fundamento da responsabilidade civil, conforme entendido à época, qual

seja, coibir e punir os atos culposos geradores de danos. Este último ponto merece mais atenção.

4.2.1 Equivalência das condições e relevância do elemento causalidade para o nascimento do dever de reparar: a análise das críticas formuladas à teoria

É comum que a Teoria da Equivalência das Condições seja criticada em razão de ser muito abrangente, de modo a incluir elementos irrelevantes do ponto de vista valorativo, como a venda (autorizada e realizada conforme os padrões legais) da arma de fogo que, posteriormente, será usada para o homicídio. A crítica é inegavelmente correta, mas deve ser cuidadosamente contextualizada, para que não gere julgamentos injustos em relação à teoria.

A partir da crítica formulada, muitos afastam a aplicabilidade da teoria com base na compreensão de que ela, por ampliar demasiadamente a abrangência da causalidade, tornaria exageradamente extenso o leque de responsáveis. Contudo, analisada com certo cuidado, observa-se que a teoria acaba por realizar exatamente o oposto.

Pela “Teoria da Equivalência das Condições”, a preponderância da causalidade simplesmente deixa de existir. Na medida em que todos os elementos causais são “causas” em sentido jurídico, redundaria que à causalidade não é atribuído nenhum papel decisivo quando à constituição do dever de indenizar. O que,

portanto, ela acaba por realizar é um aumento da importância de um outro elemento da responsabilidade: o fator de imputação. Considerando a fisionomia da responsabilidade civil no final do século XIX e no início do século XX, período no qual ela era fundamentalmente entendida como um meio de “punição” do agir culposo e, portanto, censurável, coube à Teoria da Equivalência das Condições realçar a importância da culpa. Em outras palavras: sendo todos os elementos causais de igual importância jurídica, o que definirá a responsabilidade será o agir que, no percurso causal, for classificável por culposo (ou, obviamente, doloso).

Veja-se que, se a Teoria da Equivalência das Condições fosse tão inconsistente, ou, talvez, tão geradora de insegurança ou “perigosa”, ela não seria adotada no Direito Penal e nem seria a teoria que, até hoje, é adotada no Direito da Responsabilidade Civil italiano, ao menos no que pertine à responsabilidade subjetiva. A teoria só é adotada, e adotável, porque os problemas porventura dela decorrentes são resolvidos por outros critérios, vale dizer, pelos critérios de imputação.

Em regimes que se assentam em critérios de imputação subjetivos (culpa ou dolo, como é o Direito Penal ou a Responsabilidade Civil subjetiva), a Teoria da Equivalência das Condições não apresenta, pois, problemas maiores, não podendo ser descartada de plano. Os excessos da sua abrangência são desde logo barrados pelo fator de imputação.

A questão que se põe é se o mesmo não poderia ser dito em alguns casos de responsabilidade civil objetiva, na qual o risco é o fator de imputação.

4.2.2 A aplicabilidade da teoria nos dias de hoje

Na responsabilidade objetiva, a Equivalência das Condições pode trazer efeitos gravosos quando o fator específico de imputação não está claro ou quando é duvidosa a abrangência do risco implicado pela norma.

Nada obstante, é certo que existem casos de responsabilidade objetiva legal que melhor se explicam pela Equivalência das Condições. Tome-se como exemplo o art. 18, do Código de Defesa do Consumidor. Nele, há uma imposição de responsabilidade legal, solidária, com regime próprio estabelecido no dispositivo, a todos os membros da cadeia de fornecimento (fabricante, importador, distribuidor, comerciante, etc.), de modo que o simples envolver-se na cadeia já atribui a qualquer um dos fornecedores a possibilidade de responder pelas conseqüências previstas nos incisos do referido artigo. Como afirma Cláudia Lima Marques¹⁴⁶, a responsabilidade objetiva prevista no art. 18, que se concentra no resultado e não na ação do fornecedor, “se deve à necessidade de responsabilizar alguém pelo domínio da técnica de produzir, em uma sociedade de massas, como a nossa”. Como se constata, a Teoria da Equivalência das Condições é a que melhor se amolda à decisão – correta – do legislador, tendo em vista que é ela capaz de alargar o espectro dos responsáveis, melhor protegendo o consumidor. Além disto, como se verá a seguir, não se questiona se o ato de importar, por exemplo, é adequado a causar o prejuízo ao consumidor. Ainda que inadequado, há responsabilidade.

¹⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 994-995.

Importante sublinhar a responsabilidade objetiva, genericamente, não exige que a Teoria da Equivalência das Condições seja necessariamente aceita. Ao contrário. É, aliás, justamente a responsabilidade civil objetiva que é geralmente usada para demonstrar os limites dessa teoria. O que se quer apontar aqui é que, no intuito de desenvolver uma melhor proteção a alguns, a teoria pode ser utilizada. É de ressaltar-se ainda que, no Código de Defesa do Consumidor, a Equivalência das Condições não tem uma aplicação generalizada, como comprova o art. 12. Nele está prevista uma responsabilidade objetiva, solidária e relativa a alguns membros da cadeia de fornecimento. Contudo, tendo em vista que o nexó de causalidade aplicável é, no caso, o que liga o dano ao defeito e não o dano à conduta, a teoria aplicável é a da Causalidade Adequada. Maiores explicações serão dadas quando do estudo deste tema, a seguir.

Igualmente no tocante à responsabilidade subjetiva encontram-se hoje posicionamentos jurisprudenciais que, voltados à melhor proteção da vítima, parecem ser mais corretamente explicáveis pela Teoria da Equivalência das Condições do que por qualquer outra. É o caso da responsabilidade civil do proprietário do veículo pelos danos causados por terceiro que tenha recebido o bem por empréstimo. Entende a jurisprudência existir culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do proprietário e, por isto, ele responderia (cf., p. ex., TJRS, AC 598584779, 12a. CC, Rel. Des. Ana Maria Nedel, j. 28.10.1999). A existência de uma tal culpa é questionável, mas ainda que assim não fosse, o nexó de causalidade a ligar o empréstimo ao dano só se faz compreensível quando pensado nos termos da Equivalência das Condições (ver p. ex., Súmula 492, do STF: “A empresa locadora

de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.”).

Como se constata, afastar de plano a utilidade da Teoria da Equivalência das Condições é equívoco que deve ser evitado. Isto porque ela não só explica mais corretamente alguns casos de responsabilidade civil, como também serve como passo inicial na pesquisa causal. Note-se que, ainda que ela não seja no todo utilizada, é a Equivalência das Condições a teoria que oferece um primeiro critério, de cunho negativo, para a definição da causa. A partir da sua aplicação, pode-se, desde logo, descartar aquelas circunstâncias que, seguramente, não ensejaram o efeito.

4.3 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

Como visto, a Teoria da Equivalência das Condições, apesar de ter recebido rápida acolhida, também foi objeto de críticas praticamente desde o seu surgimento, sempre em razão da sua excessiva abrangência. As críticas eram completadas com tentativas de forjar teorias que, de modo mais operativo, diferenciasses as condições entre si, apontando aquelas que poderiam ser tidas como verdadeiras “causas”. Variadas foram as sugestões propostas, mostrando-se a maioria, no entanto, insuficiente. Entre elas, porém, surgiu aquela que, mais tarde, acabou por

se consolidar como a teoria mais aceita, seja no Brasil¹⁴⁷, seja no estrangeiro¹⁴⁸: a Causalidade Adequada.

Também orientada inicialmente para o Direito Penal e igualmente formulada nas últimas décadas do século XIX, na Alemanha (1871, por von Bar), a teoria é assim sintetizável: só podem ser tidos por efeitos de uma causa aqueles que, no normal andar dos acontecimentos, dela costumam decorrer.

Partindo de um conceito amplo de causa, pelo qual ela é identificada com toda aquela condição que propicia o efeito (Equivalência das Condições), a Teoria hierarquiza as condições entre si. Após estabelecer quais as condições que dão ensejo ao evento, o interprete deve, segundo ela, questionar-se sobre qual entre elas é capaz de gerar o resultado, tendo em conta a normalidade dos acontecimentos e a experiência comum. No exemplo do homicídio antes referido, a venda da arma é “condição” do dano, mas o seu disparo em direção à outra pessoa é a “causa”. Assim o é porque, partindo-se de um juízo abstrato de regularidade dos acontecimentos, do ato de vender uma arma não decorre o homicídio, mas do ato de atirar em direção a alguém, sim.

Devendo ser o dano consequência normalmente previsível de um determinado ato ou fato, a Teoria da Causalidade Adequada acaba por introduzir, na definição causal, um juízo de probabilidade. Basta à causa que, dela, seja o efeito

¹⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 243.

¹⁴⁸ VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998. p. 161.

“provável”. Previsibilidade e probabilidade, por sua vez, são noções que exigem complementos.

4.3.1 Causalidade adequada e previsibilidade

Com relação à previsibilidade, há que se questionar para quem o efeito deve ser previsível, qual o critério de previsibilidade e, também, qual o momento desta avaliação.

Entende-se não ser necessário que o efeito seja previsível para o causador. Aliás, se assim fosse, a teoria engendraria intrincados problemas práticos, envolvendo sérios obstáculos no campo da prova e mal protegendo a vítima. No entanto, se o autor do dano previsse o resultado ou se fosse capaz de prevê-lo, o pressuposto se tem por satisfeito, pois a previsibilidade para o autor já demonstra por si a previsibilidade. Por isto, se o resultado só era previsível para o causador (por ser ele um expert no assunto), o requisito é preenchido.

No tocante ao critério parece ser indicável a idéia de “observador experiente”, ou seja, a previsibilidade não teria por base os sujeitos concretamente envolvidos, a experiência própria do juiz ou a de um imaginável “bom pai de família”, mas sim daquele que, não sendo expert, poderia prever o resultado em face da experiência comum. Este requisito assemelha-se à culpa, mas não se deve ver nele qualquer espécie de identidade com a culpa, pois os elementos subjetivos não

entram em questão. Não se analisa se houve ou não culpa, ou se o sujeito era inculpável, temas que dizem respeito a outras instâncias. Analisa-se aqui apenas o critério para identificar se o resultado era previsível.

Por fim, será o momento da análise, que é sempre retrospectiva, que determinará se uma dada causa é, provavelmente, geradora de um determinado dano. A evolução da ciência, portanto, pode oferecer, hoje, respostas distintas das de ontem. Deste modo, o momento da sentença é o que fixará o último instante de avaliação, independentemente da época em que o dano foi perpetrado.

Ainda com relação à previsibilidade, discute-se se ela deve ser entendida positiva ou negativamente. Positivamente, uma causa é tida por adequada quando favoreça a produção do evento posterior, ou, em outras palavras, quando a consequência seja normal ou típica do fato. Negativamente, uma causa é adequada quando não é indiferente ao resultado, ou seja, quando de um determinado fato não possa deduzir aquela consequência. Se, do específico fato “x” não pode surgir a consequência “y”, então a causa é inadequada e o nexo causal não se institui¹⁴⁹. Esta última formulação é preferível, por ser mais abrangente e, por conseguinte, mais protetiva do lesado.

¹⁴⁹ NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 601-602; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 240.

4.3.2 Causalidade adequada e probabilidade: a repartição do ônus probatório

Por sua vez, a idéia de probabilidade traz consigo um necessário desdobramento do processo de descoberta causal. É inegável que toda causalidade jurídica envolve um certo grau de incerteza, grau este que deve ser aceito como natural a estas teorias. A causa jurídica é, sempre, uma causa provável. Contudo, para a Teoria da Causalidade Adequada o juízo de probabilidade faz parte da sua específica formulação. Não se trata, pois, de uma circunstância “natural” do tema, mas de um elemento da própria teoria. Daí porque, para que a teoria não seja insegura e, por conseguinte, injusta em seus resultados, a pesquisa causal deve se desdobrar em dois momentos: um de formulação do que seja provável, do qual decorre uma presunção relativa, e outro, relativo à prova.

Inicialmente há que se indagar qual das condições do dano era a mais adequada (a mais provável) a produzi-lo, considerando os efeitos normais ordinariamente verificados. A prova dessa adequação cabe ao autor lesado, já que se trata de fato constitutivo do seu direito. No entanto, este não pode ser um juízo definitivo. Como anotava Pontes de Miranda, “a causação pode, por circunstância extraordinária, não se dar, embora de regra geral fosse de esperar-se”¹⁵⁰. Por isto, inverte-se então o ônus da prova. Caberá ao réu demonstrar que, no caso concreto, aquilo que seria de se esperar não se verificou ou que há uma grande improbabilidade de se ter verificado. Assim tem de ser porque a causa não pode ser

¹⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsó, 1971. p. 188.

simplesmente uma qualquer entre as “condições adequadas”, mas sim aquela que teve interferência decisiva.

4.3.3 A admissibilidade da teoria: limites

Por ser uma teoria explicativa da causalidade jurídica que estabelece critérios de hierarquização das condições, bem como por centrar-se em critérios minimamente compartilhados (a imagem de um resultado a partir de um fato), a Causalidade Adequada acabou por se constituir, não sem razão, naquela que goza da preferência doutrinária. Além disto, tendo em conta o elemento que utiliza para desvendar o liame causal, ela se mostra bem aplicável tanto à responsabilidade subjetiva, quanto à objetiva, como exemplifica o art. 12, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo ele, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, objetiva e solidariamente, pelos danos decorrentes de defeitos do produto. Defeituoso, conforme o parágrafo primeiro, “é o produto que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”. Assim, se um produto é defeituoso, é adequado dizer-se que, dele, provirão danos, ou, no mínimo, que o gerar danos não é algo indiferente ao uso daquele bem.

Essa preferência doutrinária, contudo, não pode ser admitida sem algumas ponderações.

A primeira delas, fundada no princípio do Estado de Direito, é que o julgador, ao acolher o juízo de probabilidade do resultado, deve ter especial cuidado para não se fundar em preconceitos ou em análises superficiais, notadamente quando se tratar de questões novas, do ponto de vista jurisprudencial, ou de produtos ou serviços novos, do ponto de vista científico. Tome-se o exemplo, hoje atualíssimo, dos produtos transgênicos, cujos efeitos à saúde e ao meio ambiente ainda não são de todo conhecidos, e que são, por muitos, combatidos com argumentos científicos. Nestes casos, a posição política (em sentido amplíssimo) prévia do julgador ou os preconceitos sociais não devem interferir na determinação do resultado causal ou do procedimento destinado a comprovar, no processo, o respectivo nexos. O julgador não poderá perder de vista que, no âmbito da “experiência comum”, muitos são os ventos que podem conduzir a vela a lugares indesejados.

Para o caso específico dos transgênicos ou de outros produtos decorrentes do processo industrial, cujos efeitos só poderão ser conhecidos com o transcurso do tempo, a responsabilidade é tema que muitas vezes só se concretiza anos após a introdução do produto no mercado. Nestes casos, à causalidade será agregado outro elemento, intitulado “riscos do desenvolvimento”. Entende-se por “riscos do desenvolvimento” aqueles que, não previsíveis no momento da colocação do produto ou do serviço no mercado, revelam-se com o passar do tempo e com a evolução tecnológica. Acerca deles discute-se se a impossibilidade de conhecimento dos prejuízos configuraria uma excludente de causalidade, notadamente no campo da responsabilidade objetiva. No Brasil, ao contrário de outros países, não há regramento específico, razão pela qual se deve entender que os riscos do desenvolvimento não configuram excludente de responsabilidade.

A segunda ponderação necessária relaciona-se com o papel das teorias da causalidade na análise concreta. É comum verificar-se doutrinariamente uma certa “partidarização” das teorias, pela qual o autor, ao acolher esta ou aquela teoria, sustenta ser esta a única viável, afastando as demais. Contudo, é fundamental ponderar que o problema causal, do ponto de vista jurídico, é muito mais amplo do que as teorias isoladamente consideradas, de modo que a preferência pela Teoria da Causalidade Adequada não pode significar uma exclusão das demais doutrinas ou teorias. Por isso, há que se formular pontes de conexão entre elas, sem cair no erro de propor qualquer espécie de sincretismo teórico, capaz de gerar mais confusão do que esclarecimentos.

4.4 A NECESSÁRIA SÍNTESE ENTRE AS TEORIAS

Do exposto pode-se constatar que inexistente uma relação de oposição ou exclusão entre as doutrinas analisadas, mas sim de complementaridade, no sentido de que a compreensão jurídica do fenômeno causal é mais corretamente feita e explicada – tornando-se com isto mais compreensível – na medida que elementos de influência múltipla são racionalmente concatenados.

De plano pode-se verificar a complementaridade entre as teorias da Equivalência das Condições e da Causalidade Adequada, na medida em que esta

parte daquela para estabelecer a distinção entre causa e condição¹⁵¹. Os círculos são, por assim dizer, concêntricos, mas de raios distintos. Por sua vez, a Causalidade Adequada não prescinde da pesquisa sobre a “causa mais adequada”, nem sobre a relação de “necessariedade” entre causa e dano, no sentido de que a intervenção de outro elemento causal afasta o vínculo causal anterior, constituindo um novo. Tal circunstância, aliás, leva autores a equiparar a Causalidade Adequada à doutrina intitulada Dano Direto e Imediato, como ocorre com Cavalieri¹⁵².

O processo probatório, portanto, terá de ir além das indicações iniciais propiciadas pela Causalidade Adequada. Como bem assinalaram Geneviève Viney e Patrice Jourdain¹⁵³, a Causalidade Adequada

não implica de nenhuma forma que o observador seja autorizado a visualizar as condições “a priori” adequadas e que possa ser dispensado de submeter a um exame crítico severo o processo de desenrolar causal e de reconhecer eventualmente que, em um caso particular, uma circunstância à primeira vista não adequada, teve um papel decisivo.

O procedimento de descoberta causal, assim, pode ser descrito do seguinte modo: busca-se desvendar, inicialmente, quais os elementos que propiciaram que o dano se produzisse, aplicando-se os ditames da Equivalência das Condições; posteriormente, entre as condições do dano, deve-se buscar aquela ou aquelas que foi ou foram adequadas à sua produção, afastando-se as demais, intervindo, portanto, a Causalidade Adequada. Segue-se disto à análise da prova, que poderá, inclusive, afastar a causa aparentemente adequada, visto não ser esta, no caso

¹⁵¹ SILVA, Clóvis do Couto e. Dever de indenizar. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 195.

¹⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 283. Ver também TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 296, p. 13, jun. 2002.

¹⁵³ VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. *Op. cit.*, p. 162.

concreto, a causa necessária. De qualquer modo, toda vez que outro nexos causal se instituir, pela interposição, por exemplo, de outro fator adequado, os efeitos anteriores não se misturarão aos novos. Para a definição acerca do surgimento de um outro liame causal, os fatores de imputação exercerão importante papel (culpa, risco). Além disto, independentemente da análise da culpa, as intervenções voluntárias de alguém, vítima ou terceiro, devem ser especialmente consideradas na quebra do liame causal, tendo em consideração a responsabilidade própria decorrente de qualquer ato humano. A boa-fé objetiva deve ser aqui também utilizada.

Na doutrina alemã, historicamente responsável pela evolução das teorias sobre a causalidade, não se observa qualquer relação de oposição entre as teorias, de modo que elas são utilizadas como ferramentas complementares.

4.5 DESENVOLVIMENTOS RECENTES DA ANÁLISE CAUSAL

Tendo em conta que os casos de responsabilização civil trazem à discussão problemas relacionados ao nexos causal, não seria crível que os desenvolvimentos teóricos a ele relativos se restringissem àqueles realizados na segunda metade do século XIX.

Esses estudos, no entanto, têm por limitador o fato de exigirem a pressuposta aceitação dos ditames gerais da Análise Econômica do Direito, o que

limita a absorção de suas propostas. O mesmo não pode ser dito, porém, da doutrina que, a partir da década de 1960, se consolidou na Alemanha ao lado das outras duas anteriormente referidas, intitulada “Âmbito de Proteção da Norma” (*Schutzbereich der Norm*).

Sustenta essa doutrina que, depois de superadas as análises causais decorrentes da Equivalência das Condições e da Causalidade Adequada, o julgador deve avaliar a eventual finalidade protetiva da norma cujo descumprimento geraria a responsabilidade. Se o dano não se encontra nesse âmbito de proteção, não há responsabilidade, ainda que haja causalidade decorrente da aplicação das duas outras teorias. Do mesmo modo, se o âmbito de proteção da norma determina ser um específico interesse especialmente protegido – finalidade só encontrável por meio do processo interpretativo – o dano é ressarcível, mesmo que os elementos decorrentes das outras duas teorias não se encontrem presentes.

Exemplo de escola é o do condutor do automóvel que, em uma auto-estrada, desenvolve uma velocidade muito superior à permitida. Um policial rodoviário exige que o automóvel pare, mas a ordem não é obedecida, o que faz com que o policial saia em perseguição ao condutor. Porém, fazendo-se necessário empregar grande velocidade, o policial acaba se acidentando, ou o automóvel tem o motor danificado. Identificado o motorista, é-lhe enviada a conta do conserto, como dano decorrente do seu ato ilícito culposo. Na hipótese, é correto afirmar que o ato do condutor é condição do dano e que é adequado que, fazendo-se necessária uma perseguição policial, danos sejam causados àquele que persegue. No entanto, a norma que veda empregar-se uma tal velocidade tem por finalidade a proteção dos envolvidos no

trânsito e da vida daquele que dirige e não a proteção do patrimônio público, caracterizado no automóvel de uso policial.

Outro exemplo, agora no sentido oposto, é encontrável em uma hipotética norma que determine a indenização por danos àqueles que se alimentem com produtos compostos por matérias primas com um índice maior ou igual que “x” de transgenia. Ainda que não se encontre relação causal adequada, haveria responsabilidade se o produto não respeitasse o ditame legal.

Essa doutrina, apesar de oferecer ferramenta hábil a solucionar importantes problemas práticos, é de generalização duvidosa, pois nem sempre será fácil identificar, nos limites do caso concreto, qual o objetivo perseguido pela norma, de modo que ela poderia tornar-se fonte grande de insegurança. No entanto, quando o objetivo legal da responsabilidade estiver claro, a doutrina pode ser bem utilizada, de modo complementar.

4.5.1 Problemas específicos relacionados à causalidade

A dinâmica de certos fatos, assim como a necessidade de proteger as vítimas observando padrões de proporcionalidade, conduziram ao desenvolvimento de tópicos causais, nos quais as teorias ou doutrinas gerais sobre a causalidade têm aplicação reduzida ou considerada de modo especial. Estes são os casos da

Causalidade Suposta ou Alternativa, da Causalidade Hipotética e do Dano por Ricochete.

4.5.2 Causalidade suposta ou alternativa

A idéia de uma “causalidade suposta” – porque não pode ser confirmada, nem negada – foi pensada na Alemanha, originalmente, para permitir a indenização de danos decorrentes de brigas violentas entre diversas pessoas ocorridas em bares, algo semelhante ao delito de rixa, no Brasil, sendo hoje aplicável, na Alemanha, sobretudo a casos de acidentes de trânsito envolvendo diversas pessoas¹⁵⁴. Tendo em conta ser difícil identificar um causador específico do dano ou identificar a causa direta deste, incluiu-se no BGB um dispositivo (§ 830) destinado a afastar questões relacionadas à causalidade. Segundo ele:

se várias pessoas causaram um dano, em decorrência de ato ilícito [absoluto] praticado de modo coletivo, então cada um dos participantes é responsável. O mesmo vale para os casos nos quais não é possível descobrir quem, entre os diversos partícipes, causou o dano.

Como se constata, a primeira alínea do parágrafo 830 se assemelha ao disposto no art. 942, segunda parte, e parágrafo único, do novo Código Civil. A novidade encontra-se, portanto, na segunda alínea.

¹⁵⁴ MEDICUS, Dieter. **Schuldrecht**: Allgemeiner Teil. 15. Aufl. München: C.H. Beck, 2004. p. 290.

No Brasil, mesmo à míngua de um dispositivo específico, a doutrina tem aceitado o nexo de causalidade em tais circunstâncias¹⁵⁵. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela condenação de grupo devidamente identificado como causador, mesmo que o autor direto do fato, no caso, a morte de um pai de família, não pudesse ser identificado, o que também ocorreu, em mais de uma oportunidade, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁵⁶. Assim, questão que se põe diz com o fundamento jurídico da aceitação.

Na AC 195116827 supracitada, a condenação fundou-se no “direito do ser humano à integralidade física”, o que, sem embargo da importância do fundamento, é por demais extenso para justificar a exceção à regra geral da causalidade. Sendo ele plenamente admitido, todo e qualquer dano físico ao indivíduo deveria ser ressarcível, mesmo que os demais elementos do suporte fático da responsabilidade civil não se fizessem presentes.

Em outros acórdãos a questão é deixada de lado. A ausência de uma ligação normativa, contudo, pode também conduzir a resultados graves, pois a mera participação em um grupo, mesmo passageira e sem qualquer institucionalização, pode acarretar a condenação solidária de alguém que não teve nenhuma contribuição para o evento.

No caso do direito brasileiro, a fundamentação parece se encontrar na interpretação extensiva do art. 942, segunda parte, e parágrafo único, interpretação

¹⁵⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *Op. cit.*, p. 235 ss.

¹⁵⁶ AC 195116827, 5a. CC, Rel. Des. Rui Portanova.

esta só aplicável subsidiariamente, ou seja, quando o grupo for identificável e certo, mas impossível se identificar o causador ou causadores individuais.

A doutrina da Causalidade Suposta ou Alternativa aplica-se bem aos casos de danos causados por produtos ou por tratamentos de diversas marcas ou fornecedores utilizados ao longo do tempo (hemofílico que é contagiado por doença, sem poder identificar qual foi o hospital, p. ex.). A responsabilidade é solidária dos membros do grupo, podendo o autor, portanto, escolher a quem dirigirá a ação (em sentido contrário TJRS, EI 593048838, 3º Grupo Cível, Rel. Des. Décio Antônio Erpen, j. 03.12.1993).

4.5.3 Causalidade hipotética

Suponha-se que um determinado resultado danoso viria a acontecer, invariavelmente, por outra causa, que ocorreria em seguida: a carga deixou de ser embarcada no navio, o que impossibilitou a prestação, visto ser o negócio jurídico fixo; contudo, o navio afundou durante a viagem que transportaria a carga. Há uma causa que gerou a impossibilidade e outra, a virtual, que invariavelmente a geraria. Pergunta-se, então, se o tema é levado em conta na fixação do dever de indenizar, seja para impor o dever ao causador virtual, seja para afastar o dever do causador real.

Salvo hipóteses de expressa referência legal (como ocorre nas hipóteses de mora), a regra geral deve ser aplicada. Assim, havendo a interrupção do nexo causal, o segundo causador arcará com os danos decorrentes do fato após a interrupção, enquanto o primeiro, com os anteriores. Deste modo, no exemplo anterior, o causador do atraso responde pelo inadimplemento, enquanto o causador do naufrágio, pelos danos respectivos.

De qualquer forma, a causalidade hipotética se aplica bem às situações nas quais os danos decorrentes de um determinado evento se projetam no tempo.

4.5.4 Danos por ricochete: danos indiretos

Entende-se por “danos por ricochete”, como o próprio nome já indica, o dano que decorre de outro diretamente sofrido por terceiro, a vítima direta: a esposa dona de casa e os filhos menores, cujo sustento dependia do falecido em acidente, sofrem tal dano. Nestes casos, do ponto de vista dos que sofrem o dano, há relação direta com o fato lesivo (a morte do esposo e pai). No entanto, do ponto de vista do ato lesivo, circunstância na qual se ancora a causalidade, há relação indireta ou reflexa. Nada obstante, a doutrina e a jurisprudência o acolhem como dano indenizável¹⁵⁷.

Problema do dano por ricochete é a extensão do grupo passível de ser indenizado, haja vista que, aceitando-se a indenização por dano extrapatrimonial, as

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 10.

pretensões indenizatórias poderiam regredir ao infinito (o amigo e o colega de trabalho do falecido em acidente seguramente sofrerão abalo de ordem psíquica, p. ex.). No Brasil, aceita-se a indenização àqueles que dependiam da vítima, como filhos menores e o cônjuge sobrevivente, assim como a parentes próximos, desde que comprovada, ou presumida, a relação de dependência. Para tanto, serve de fundamento analógico o art. 948, II, do Código Civil.

No caso de danos extrapatrimoniais, os vínculos familiares são especialmente tutelados, não se subordinando à dependência econômica. Contudo, a autonomia de vida, como a de um filho maior que já constituiu família, há de ser levada em conta, inclusive para afastar a indenização.

Nesse campo, interessante perceber a tendência jurisprudencial brasileira de acolhimento de demandas destinadas ao ressarcimento de danos extrapatrimoniais de nascituros que ficaram privados de contato com o pai, morto em acidente, o que tem implicações reflexas na compreensão do conceito de personalidade civil, veiculado pelo art. 2º do Código¹⁵⁸.

4.6 O PROBLEMA DAS CONCAUSAS

Existem danos cuja fonte não se encontra somente em uma causa, como o caso do rio que é poluído pelos dejetos de várias empresas. Em outras hipóteses,

¹⁵⁸ STJ, RESP 399028, 4a. T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002, DJU 15.04.2002, p. 232; TJRS, AC 70004045027, 12a. CC, Rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 28/11/2002.

ele decorre de apenas uma causa, mas extensão do dano, de duas ou mais: a causa da lesão do motociclista é o agir negligente do motorista que o atinge, mas os efeitos da lesão poderiam ser inferiores se a vítima estivesse portando capacete. Nestas hipóteses, há o que a doutrina chama de concausas. Particular nas concausas é a qualidade de não se excluírem mutuamente, dado que, sozinhas, não seriam capazes de gerar o dano, razão pela qual não se pode visualizar, no caso concreto, a constituição de um novo nexa causal¹⁵⁹.

As concausas não se afastam das teorias causais antes analisadas. Ao contrário, só podem ser bem compreendidas no âmbito delas. Assim, por exemplo, o critério da adequação deve ser utilizado para identificar se só a reunião dos dejetos de duas ou mais empresas é capaz de gerar a poluição específica, ou se a ausência do capacete é capaz de aumentar as lesões cranianas. A matriz identificatória, portanto, é a mesma.

Duas são as espécies de concausas a serem diferenciadas: aquelas cuja participação da vítima não ocorre, havendo pluralidade de causadores (“concausa em sentido estrito”) e aquelas nas quais esta participação se evidencia (“concorrência de culpas”).

¹⁵⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. *Op. cit.*, p. 197.

4.6.1 Concausa em sentido estrito: pluralidade de causadores

A pluralidade de causadores pode decorrer de fatos concomitantes, ou seja, que se realizam ao mesmo tempo (dejetos de várias empresas em um mesmo rio, que não restaria poluído se fossem lançados dejetos por uma apenas), e fatos sucessivos (a pessoa chega em estado gravíssimo ao hospital, que não lhe atende a tempo)¹⁶⁰.

Se as causas são concomitantes, a responsabilidade dos causadores, frente à vítima ou a seu representante (p. ex., o Ministério Público em se tratando de dano ecológico) é solidária, em face do art. 942, não se perquirindo sobre quem deve ser tido como responsável principal, em sentido contrário, entendendo pela repartição da responsabilidade: TRF 4a. Reg.; 3a. T., AC 1999.04.01.071217-0-RS, Rel. Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrière, DJU 06.12.2000, p. 452. No entanto, na extinção das relações internas, ou seja, no exercício do direito de regresso, deve-se buscar identificar o “*quantum*” de responsabilidade de cada um, no que alguns critérios de presunção poderão ser utilizados, como o percentual do mercado pertencente a cada empresa responsável, o volume de produção, o tempo de atividade relativamente ao dano, etc. Não havendo critério aplicável, divide-se em partes iguais o valor da condenação¹⁶¹.

Já com relação às causas sucessivas, há que se verificar, inicialmente, se a causa posterior interrompe ou não o nexos causal, o que se dará quando ela for

¹⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 192 e ss.

¹⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 17.

adequada para, sozinha, gerar o dano¹⁶². É o que ocorreria, por exemplo, se o acidentado teve de ser levado ao hospital, onde faleceu por um erro na intervenção cirúrgica. Nestas hipóteses, o culpado pelo acidente não responde pela morte.

Pode ocorrer, contudo, que a causa posterior não tenha força para interromper o nexo causal já iniciado, mas pode ser determinante para o resultado específico: o acidentado é mal atendido na emergência do hospital e, por isto, vem a falecer. A doutrina costuma não atribuir efeito a estes fatos posteriores, salvo se o dano, ou parte dele, resulta do evento posterior (embora pudesse ter resultado também do primeiro), o que corresponde a uma interrupção total ou parcial do nexo causal.

Essas duas hipóteses gerais – fatos concomitantes e fatos sucessivos necessários à ocorrência do efeito danoso – não se confundem com as condições pré-existentes sem as quais o dano não teria se produzido, notadamente condições particulares relacionadas à vítima. É o que ocorre no exemplo, rotineiramente referido, daquele que sofre um pequeno golpe na cabeça, tendo o crânio fraturado em decorrência de uma má formação congênita. Ainda que o agente não tivesse conhecimento do fato, responde, pois a sua atitude é que operou o efeito.

¹⁶² ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 303.

4.6.1.1 “Concorrência de culpas”

Ocorre a “concorrência de culpas” quando agente e lesado concorrem para o resultado danoso ou para a extensão do dano. Não se trata, como se constata, de verdadeira existência de duas “culpas” contrapostas, mas sim de concausas, possível de verificar-se em qualquer hipótese de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, negocial ou extranegocial¹⁶³. Nada obstante, a nomenclatura “concorrência de culpas” se consolidou.

Como bem distingue o Código Civil italiano¹⁶⁴, duas são as circunstâncias que podem ensejar a concorrência de culpas: quando o dano decorre de duas ou mais causas, sendo uma proveniente da vítima (o motorista do automóvel dirigia, à noite, com os faróis apagados e o motociclista dirigia em sentido contrário ao permitido naquela via); ou quando o dano decorre de uma causa apenas, mas a extensão do dano é vinculada ao agir da vítima. Na primeira hipótese, a responsabilidade é reduzida proporcionalmente ao percentual causal do agir de cada um, aplicando-se o disposto no art. 945. No segundo, conquanto inexista referência legal expressa, também há redução proporcional, relativamente à parcela do dano que decorre da conduta da vítima. Há, aqui, uma interrupção parcial do nexo causal.

Há que se questionar sobre a fronteira delimitadora do comportamento exigível da vítima, em face da extensão do resultado. Teria ela o dever de intervir,

¹⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 196.

¹⁶⁴ “Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.”

visando a minorar os resultados, ou cabe-lhe apenas não agravar o já ocorrido? A resposta parece encontrar-se na verificação da conduta conforme a boa-fé objetiva, considerando o que seria de se esperar dentro de padrões temporais e geográficos de “normalidade”, acrescido da verificação do que estaria ao alcance da vítima. Sendo uma conduta esperável e estando ela ao alcance da vítima, é ela devida e, por conseguinte, o devedor não arcará com o alargamento respectivo do resultado.

4.7 NEXO DE CAUSALIDADE: QUESTÃO DE FATO OU QUESTÃO DE DIREITO?

Não se pode dizer que o problema da causalidade seja exclusivamente fático, ainda que os fatos correspondam a uma parcela fundamental na resolução do caso concreto. Como bem formula Geneviève Viney¹⁶⁵, trata-se de “questão mista”. Relativamente à prova, a causalidade é tema relacionado aos fatos, afastando-se, pois, do Recurso Especial (Súmula 07, STJ). Porém, quanto à teoria incidente, ou quanto ao ônus da prova, ou ainda quanto à extensão da reparabilidade do dano por ricochete, por exemplo, a matéria é jurídica, cabendo recurso ao Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁶.

¹⁶⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁶⁶ REsp 102231, 4a. T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.08.1997, DJU 29.09.1997, p. 48212.

4.8 CONTEÚDO DA EXPRESSÃO “SEM PREJUÍZO DO DISPOSTO NA LEI PROCESSUAL”

O art. 403 praticamente reproduz o disposto no art. 1.060, do Código de 1916, salvo no tocante à expressão “sem prejuízo do disposto na lei processual”, ao final do texto. Tal ressalva faz-se necessária tendo em vista que o sistema de reparação do dano decorrente da má utilização das regras processuais possui regras próprias. Nelas, é levada em conta a má-fé subjetiva, o que se assemelha ao dolo, e são distintos os limites indenizatórios. Assim, os arts. 14, parágrafo único, 16, 17, 18 e 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

4.9 GRAUS DA CULPA: ARTIGOS 403 E 944, PARÁGRAFO ÚNICO

Conforme o art. 403, o grau da culpa nenhum efeito tem em relação ao nexo de causalidade. Por ele, o grau da culpa não tem relação com a extensão do dano. Por sua vez, o parágrafo único do art. 944 autoriza o juiz a reduzir a indenização se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, de modo que o grau da culpa pode ser levado em conta ao ser fixada a reparação. Entre estes dispositivos não há contradição.

Como se constata, trata-se de momentos lógicos distintos e sucessivos. Primeiro incide o disposto no art. 403, pelo qual se verifica a abrangência da

causalidade e, por conseguinte, a extensão do dano. Depois, passa-se à análise do *quantum* indenizatório. Em outras palavras: em primeiro lugar se constata até aonde o dano chegou. Depois, com base em análise de cunho valorativo, se o reduz, se for o caso.

5 EXCLUDENTES DE CAUSALIDADE

As hipóteses de exclusão do nexo causal, também conhecidas como excludentes de responsabilidade, delimitam a relação entre dano e conduta, de modo a evitar que aquele que apenas aparentemente der causa seja obrigado a indenizar. Esta questão possui grande importância prática, pois apenas com limites bem delineados pode ser imputado o resultado ao seu verdadeiro causador.

As excludentes de causalidade na seara extracontratual são: caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro. O liame entre inadimplemento contratual e prejuízo é rompido quando das quatro hipóteses anteriores mais ante a existência da cláusula de não-indenizar.

5.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O caso fortuito e a força maior foram previstos no art. 1.058 do Código Civil de 1916 e contemplados novamente pelo atual, no art. 393, como excludentes de responsabilidade. Embora exista controvérsia entre a terminologia, é de ser gizada a isonomia com que o legislador tratou as duas causas de interrupção do nexo causal. As diferenças entre uma e outra possuem escasso significado prático, avultando a importância do correto entendimento da extensão das mesmas.

O caso fortuito é definido como o evento humano, imprevisível e, por isso, inevitável, enquanto a força maior (*act of God*), caracteriza-se pela previsibilidade e inevitabilidade do evento decorrente da natureza¹⁶⁷. Exemplos de caso fortuito são: guerras, greves e determinações do Poder Público (*factum principis*); enquanto podem ser arrolados ilustrativamente como hipóteses de força maior os terremotos, as inundações e os incêndios decorrentes de causas naturais¹⁶⁸.

Yussef Said Cahali adverte que, embora o caso fortuito e a força maior sejam excludentes de responsabilidade no direito privado, o mesmo não ocorre quando se trata da responsabilidade civil do Estado¹⁶⁹. Parece ter sido nesta linha o posicionamento do STF na já revogada súmula 187, em que não era ilidido o dever de indenizar do transportador face à culpa de terceiro, contra o qual teria ação regressiva. O entendimento jurisprudencial foi recepcionado pela Lei nº 10.406/2002, em seu art. 734, sendo reconhecida a exclusão de responsabilidade apenas diante de força maior. Parece-nos que é duvidosa a constitucionalidade da norma em voga, vez que não há permissão constitucional para a adoção da teoria do risco integral, o que culminaria por ocorrer face à imputação de resultado a outrem mesmo na existência de caso fortuito, isso em uma interpretação *prima facie*. Adiante mostra-se o dispositivo apto a sofrer uma interpretação conforme a constituição que delimite seus termos dentro da quadra axiológica e teleológica da Carta Maior, conforme revela a doutrina e extrai-se de alguns julgados colacionados infra.

¹⁶⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 55-56; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 372-373; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 91.; VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 43. A terminologia em tela pode ser encontrada invertida, como refere VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. *Op. cit.*, p. 55.

De outra banda, Marçal Justen Filho advoga que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade em todos os ramos do Direito, inclusive ante demanda contra o Estado¹⁷⁰. Para o doutrinador o Estado só deve ser responsabilizado ante o descumprimento de todas as cautelas específicas derivadas do dever de diligência a ele imposto¹⁷¹. Exemplo colacionado pelo professor é o da ocorrência de uma tempestade que acarreta a destruição de via pública e a falta de sinalização por parte do Estado no sentido de informar as pessoas que por ali transitam da situação excepcional de tráfego e que vem a ocasionar um acidente automobilístico. Para o administrativista nesta hipótese não deve ser excluída a responsabilidade do Estado¹⁷².

Instigante questão é suscitada pela adoção da culpa exclusiva de terceiro como excludente de causalidade à luz do CDC, vez que esta excludente assemelha-se muito ao caso fortuito, diferenciando-se apenas quanto à existência da identificação do terceiro¹⁷³, sendo este dispositivo inteiramente aplicável aos contratos de transporte. Parece que a finalidade da omissão do legislador ao excluir do contrato de transporte a exclusão do caso fortuito foi a proteção do contratante face aos fatos inerentes aos riscos da atividade do transportador, tal como leciona Cahali ao advogar a indenizabilidade dos prejuízos decorrentes de disfunções próprias do funcionamento da Administração Pública¹⁷⁴.

Há na doutrina e na jurisprudência a divisão do caso fortuito em externo e interno e cremos que a definição destes termos possa aclarar esta polêmica questão

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva: 2005. p. 804.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*.

¹⁷² *Idem, ibidem*, p. 805.

¹⁷³ VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. *Op. cit.*, p. 55-56.

acerca do contrato de transporte. Sergio Cavalieri Filho¹⁷⁵ sustenta a relação do caso fortuito interno à atividade desenvolvida pelo transportador, exemplificando com o infarto do piloto ocorrido durante o vôo de um Boeing. Como caso fortuito externo aduz ainda o autor, que se trata de evento não relacionado à atividade da empresa e tendo como outra característica ser inevitável.

Estranhamente, aduz Cavalieri Filho¹⁷⁶ que seriam exemplos de caso fortuito externo as tempestades e as enchentes; no entanto, causa-nos certa perplexidade, vez que visivelmente e dentro da própria definição do autor, de força maior. Outra questão não esclarecida pelo Desembargador carioca é a razão de ser uma das características do caso fortuito externo a inevitabilidade, pois a força maior e o caso fortuito externo também o são conforme aduzido pelo autor na mesma obra. Talvez, tenha quisto o doutrinador asseverar que o caso fortuito externo é inevitável, mas previsível, nos mesmos termos em que a força maior; no entanto, o traço distintivo do caso fortuito interno seria, assim, a previsibilidade, além da autonomia em relação à organização do transporte.

Na quadra da discussão em tela pode ser observado que os precedentes infra ilustram a existência de situação onde não foi declarado interrompido o liame causal pela existência de caso fortuito interno:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DO NÚMERO DO CPF E OUTROS DOCUMENTOS DE PESSOA FÍSICA. QUANTUM COMPENSATÓRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Induvidoso o dever de indenizar daquele que inscreveu indevidamente o nome de outrem perante os cadastros restritivos de crédito, mormente ante a inexistência de qualquer relação jurídica entre as partes. O cuidado necessário para a

¹⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 322.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 91.

concessão de crédito pela instituição bancária é inerente à sua própria atividade, sendo, portanto, caso fortuito interno, não havendo que se falar em aplicação da norma do art. 14, § 3º, II, CDC, até porque inexistia relação de consumo entre as partes. A verba compensatória pelo dano moral deve atender ao princípio da razoabilidade, à extensão da ofensa e às condições socioeconômicas das partes. Além disso, tem caráter didático e de exemplaridade. (RECURSO IMPROVIDO. 2005.001.20248 – APELAÇÃO CIVEL Rel. DES. JOSE C. FIGUEIREDO – Julgamento: 21/09/2005 – DÉCIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL, TJRJ).

AÇÃO INDENIZATÓRIA. COLISÃO DE COLETIVOS. CONTRATO DE TRANSPORTE INADIMPLIDO. EVENTO ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO CIVIL, REGIDO PELO DISPOSTO NO DECRETO Nº 2.681, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1912, CONSOANTE EXPLICITADO PELO VERBETE Nº 187 DA "SÚMULA" DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CULPA DE TERCEIRO QUE EXCLUÍ O DEVER DE INDENIZAR. O transportador só se exonera do dever de indenizar provando o caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima. Por se tratar de fortuito interno, a culpa de terceiro em colisão de veículos, previsível e inerente ao ramo de negócio, não exonera a transportadora da obrigação de indenizar, a ela cabendo apenas o direito de regresso. Desprovisionamento do recurso. (2005.001.28203 – APELAÇÃO CIVEL Rel. DES. SERGIO LUCIO CRUZ – Julgamento: 05/10/2005 – DÉCIMA QUINTA CÂMARA CIVEL, TJRJ).

No sentido de ter havido interrupção do nexo de causalidade devido à ocorrência de caso fortuito externo, seguem os julgados:

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO EM COLETIVO, QUE RESULTOU NA MORTE DE UM DOS PASSAGEIROS – CASO FORTUITO EXTERNO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – FATO DE TERCEIRO, QUE NÃO GUARDA QUALQUER RELAÇÃO COM O CONTRATO DE TRANSPORTE – IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATA DE FATO PREVISÍVEL E DE QUE CABE AO EMPRESÁRIO TOMAR MEDIDAS PARA COIBIR OS FREQUENTES ASSALTOS AOS PASSAGEIROS, UMA VEZ QUE A SUA OCORRÊNCIA É INEVITÁVEL, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE SE PRECISAR O DIA E O MOMENTO EM QUE O COLETIVO SERÁ ASSALTADO, MESMO PORQUE A REFERIDA EMPRESA NÃO CONTRIBUIU, EM NENHUM MOMENTO, PARA A OCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. (2005.001.09327 – APELAÇÃO CIVEL. Rel. DES. BINATO DE CASTRO – Julgamento: 04/10/2005 – DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CIVEL, TJRJ).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DO NÚMERO DO CPF E OUTROS DOCUMENTOS DE PESSOA FÍSICA. QUANTUM COMPENSATÓRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Induvidoso o dever de indenizar daquele que inscreveu indevidamente o nome de outrem perante os cadastros restritivos de crédito, mormente ante a inexistência de qualquer relação jurídica entre as partes. O cuidado necessário para a

concessão de crédito pela instituição bancária é inerente à sua própria atividade, sendo, portanto, caso fortuito interno, não havendo que se falar em aplicação da norma do art. 14, §3º, II, CDC, até porque inexistia relação de consumo entre as partes. A verba compensatória pelo dano moral deve atender ao princípio da razoabilidade, à extensão da ofensa e às condições socioeconômicas das partes. Além disso, tem caráter didático e de exemplaridade. RECURSO IMPROVIDO. (2005.001.20248 – APELAÇÃO CIVEL. Rel. DES. JOSE C. FIGUEIREDO – Julgamento: 21/09/2005 – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CIVEL, TJRJ).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO DE CARGA. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. FATO DECORRENTE DE CONDUTA DOLOSA DE TERCEIRO. CONFIGURAÇÃO DE CASO FORTUITO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. PROTESTOS QUE DEVEM SER REALIZADOS DE IMEDIATO, VISTO QUE NÃO DOTADO DE EFEITO SUSPENSIVO EVENTUAL RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70007136518, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 10/03/2004).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURADORA. DIREITO DE REGRESSO CONTRA A TRANSPORTADORA. INCABIMENTO. ROUBO À MÃO ARMADA. CASO FORTUITO EXTERNO. Ausente o dever da transportadora em ressarcir o valor despendido pela seguradora, que efetuou o pagamento da indenização devida ao seu segurado, quando as mercadorias foram roubadas por assalto à mão armada, configurado o caso fortuito externo que exonera a empresa de responsabilidade. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70005893920, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 26/11/2003).

Ante o exposto verificou-se que o Código Civil de 2002 tratou caso fortuito e força maior como sinônimos, exceto em alguns dispositivos, tais como os arts. 734 e 936¹⁷⁷, que excluem a responsabilidade apenas quando da ocorrência de força maior; no entanto, cabe à jurisprudência definir em que termos se dará a aplicação dos respectivos dispositivos. Conforme o exposto pela doutrina e sinalizado pelas decisões colacionadas, verificou-se que o caso fortuito interno não exclui a responsabilidade porque não significa a existência de interrupção do nexo de

¹⁷⁷ “Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”

causalidade, de modo a confirmar a exclusão da teoria do risco integral pelo legislador civil.

5.2 FATO DE TERCEIRO

Quando pessoa diversa do autor aparente do dano tiver causado-o, caracterizar-se-á a exclusão da responsabilidade, cabendo ao demandado pelo prejuízo a identificação e convocação desse terceiro para compor a relação processual. Havendo simples alegação, não se exonerará o autor aparente do dever de indenizar, podendo este, quando vier a ter consciência de quem foi o verdadeiro causador do resultado, propor contra este ação regressiva¹⁷⁸.

Quando não for possível saber quem é o terceiro supostamente causador do evento pode ser ventilada a ocorrência de caso fortuito, sendo novamente necessário discutir o caráter externo ou interno do mesmo, tal como leciona Patricia Ribeiro Serra Vieira¹⁷⁹.

Sergio Cavalieri Filho aponta a proximidade entre o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior, sendo uma conduta estranha ao autor aparente, de caráter imprevisível e inevitável. Aduz, ainda, tratar-se de exclusão do nexos de causalidade

¹⁷⁸ VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 46-49.

que surge quando de ação indenizatória ajuizada equivocadamente contra o causador aparente¹⁸⁰.

O Código de Defesa do Consumidor alude expressamente à exoneração de responsabilidade por fato de terceiro nos arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II. O Código Civil não fez alusão expressa a esta excludente de responsabilidade.

Acreditamos ser o fato de terceiro uma das hipóteses de caso fortuito, sendo cabível sua definição como de caráter externo, ou seja, existe rompimento do liame causal. A indenizabilidade do dano ante fato de terceiro não identificado somente deve ocorrer quando se tratar de mera alegação não provada; assim, quando ficar evidenciada a ocorrência de evento por força de outrem, mesmo que não identificado, restará escusado o autor aparente de qualquer dever ressarcitório. Tratando-se de fato de terceiro inexoravelmente ligado à atividade exercida, em outros termos, fizer parte da gama de riscos assumidos e inerentes ao tipo de conduta, não de falar-se de interrupção do nexa causal, mas de mero caso fortuito interno.

Abaixo estão arrolados alguns precedentes que ilustram a aplicação da excludente de responsabilidade em tela.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. FATO DE TERCEIRO. ASSALTO A TRANSPORTE COLETIVO. AUSÊNCIA DE CULPA. A empresa que explora o transporte coletivo não tem obrigação de garantir a segurança de seus passageiros contra o fato de terceiro, principalmente na hipótese de assalto à mão armada, o que não seria impedido sequer pela própria vítima, ante a total impossibilidade de interromper, de impedir o evento danoso praticado. Não se reconhece, pois, o dever de indenizar por parte da empresa, ante a alegação do agir culposos, introduzido pela

¹⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 90.

omissão, em face de danos sofridos pelo passageiro que resulta ferido em assalto praticado no interior de transporte coletivo. Ausência de nexo causal e de culpa. Responsabilidade civil não reconhecida. Apelo improvido. (Apelação Cível Nº 70008902553, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 24/06/2004).

O primeiro acórdão analisado evidencia a irresponsabilidade decorrente de assalto a passageiro, caracterizando-se a violência urbana como fato de terceiro, ou seja, caso fortuito externo nos termos expostos retro no presente trabalho.

Em sentido contrário ao acórdão anterior, aduzindo a existência do nexo de causalidade, vez que não presente a característica da inevitabilidade, segue o julgado:

EMENTA: ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE. O FATO DE TERCEIRO, SE NÃO SE REVESTIR DE CARACTERÍSTICAS DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE DO CAUSADOR DIRETO DE DANO. CULPA CARACTERIZADA POR EXCESSO DE VELOCIDADE PARA QUEM TRAFEGA ENTRE 80 A 90 KM/H, À NOITE, COM NEBLINA, CIRCUNSTÂNCIAS QUE REDUZEM A VISIBILIDADE À FRENTE A CERCA DE DEZ METROS. IMPRUDÊNCIA. NEXO CAUSAL PRESENTE ENTRE A AÇÃO CULPOSA E O RESULTADO CAPOTAGEM DE OUTRO VEÍCULO. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 196104244, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Ari Darci Wachholz, Julgado em 15/01/1997).

O próximo acórdão versa sobre a inexistência de exclusão de responsabilidade do Estado perante dano causado por incidente decorrente do desenvolvimento de seu respectivo dever constitucional de prover a educação e manter a ordem do ambiente escolar, havendo procedência da demanda indenizatória do lesado que teve seu veículo danificado por cadeira arremessada por aluno. Segue a ementa:

EMENTA: RESPONSABILIDADE DO ESTADO. FALHA DO SERVIÇO. NEXO DE CAUSA E EFEITO. A DANIFICAÇÃO DE VEÍCULO ESTACIONADO, PERTENCENTE A PARTICULAR, POR CAUSA DE

OBJETO (UMA CADEIRA) JOGADA POR UM ALUNO DE ESCOLA ESTADUAL, RESPONSABILIZA CIVILMENTE O ESTADO. NAO SE TRATA DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO (O ALUNO) E SIM POR FALHA DO SERVICO, QUE NAO TEM SUFICIENTE VIGILÂNCIA SOBRE SEUS ALUNOS PARA IMPEDIR A PRÁTICA DE ATOS DE VANDALISMO. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível N° 596244434, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Julgado em 05/03/1997).

Assim, há distinção entre a responsabilização do Estado em atos comissivos e omissivos. Sendo que os atos omissivos serão avaliados pela metodologia da culpa conquanto os comissivos pela responsabilidade objetiva. Diferentemente do direito privado, onde no caso acima, em sendo escola particular, estaríamos falando de relação de consumo, onde a escola seria condenada pelo ato do aluno sem avaliação dos elementos negligência, imprudência e imperícia, apenas e tão somente por ter sido o ato lesivo originado dela.

5.3 FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA

O fato exclusivo da vítima, também conhecido como culpa exclusiva da vítima, caracteriza a exclusão da responsabilidade do autor material quando o fato decisivo do evento der-se por força do comportamento da vítima¹⁸¹. A origem desta causa de rompimento do liame causal data de 1912, sendo instituída através do Decreto nº 2.681 que regula a responsabilidade das estradas de ferro, sendo aplicável aos outros meios de transporte até o início da vigência do CC/2002. Foi novamente reconhecida como excludente de responsabilidade no art. 6º da Lei nº

¹⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 89.

6.453/77, sendo exonerado do dever de indenizar o operador nuclear por dano ocorrido exclusivamente por culpa da vítima.

Tal como ocorreu no Código Civil de 1916, a Lei nº 10.406/2002 não previu expressamente esta excludente do nexo de causalidade, sendo disposta como atenuante de responsabilidade na redação do art. 945, nos seguintes termos:

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

Não se falar-se em rejeição dessa excludente pelo Código Civil vigente, porque se a culpa concorrente diminui o *quantum* indenizatório, com mais razão a culpa exclusiva elimina toda a responsabilidade sobre o dano. Coloca-se aqui a determinação romana de que quem se submete a um dano não pode alegar que o sofreu (*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*)¹⁸².

No que tange à responsabilidade civil do Estado, aduz Cahali¹⁸³ que havendo culpa exclusiva da vítima não existe dano injusto; logo, não existe pretensão ressarcitória. Aduz, ainda, o professor da USP, que, se dando a lesão devido ao comportamento do lesado, não há de se falar em indenização, vez que a adoção do risco administrativo apenas exonera o prejudicado de provar a culpa do Estado, vez que não recepcionada por nós a teoria do risco-integral¹⁸⁴.

¹⁸² VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁸³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. *Op. cit.*, p. 64-65.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 58-65.

Gize-se que apenas a culpa exclusiva isenta de indenizabilidade, quando houver concorrência de culpas, preceitua o art. 945 do CC/2002, o dever ressarcitório parcial de modo proporcional, atuando, assim, como excludente parcial. O Código de Defesa do Consumidor alude expressamente à culpa exclusiva da vítima como excludente do nexo de causalidade nos art. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II.

5.4 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Esta excludente de causalidade por razões óbvias só possui aplicação na seara da responsabilidade civil contratual. O fundamento da referida escusativa foi o art. 1.025 do Código Civil de 1916, sendo adotada pela Lei nº 10.406/2002, nos arts. 840-850¹⁸⁵. Esta escusativa já era conhecida no direito romano e possui o condão de equilibrar a tensão entre os interesses da parte lesada e da tutela da livre iniciativa, assim como institutos semelhantes como a cláusula limitativa do dever de indenizar, a cláusula penal e o seguro de responsabilidade¹⁸⁶.

Existem limites para a convenção sobre a responsabilidade civil contratual, pois do contrário romperia-se o sinalagma (*synállagmasi*) contratual com a anuência do ordenamento jurídico, hipótese inconcebível pela sistemática jurídico-privada contemporânea. A ordem pública, a boa-fé objetiva, os bons costumes, preceito cogente de lei e o sinalagma próprio de cada pacto, seja comutativo ou aleatório, constituem entraves à exclusão de responsabilidade civil através da cláusula em

¹⁸⁵ VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 14-20.

tela, também devendo inoperar qualquer tipo de previsão que exclua o dever de indenizar ante falta grave ou dolo de uma das partes¹⁸⁷.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada através da súmula 161, restringiu a aplicação da excludente de responsabilidade em tela, tornando sua convenção nula quando versar sobre obrigação de transporte. A redação do enunciado é o seguinte: “161. Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.”

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, I, determina que a cláusula poderá ser considerada abusiva se impossibilitar, exonerar ou atenuar a responsabilidade do fornecedor, salvo se o consumidor for pessoa jurídica, podendo, assim, ser limitada eventual indenização em condições justificáveis. Este preceito visa assegurar os direitos decorrentes do CDC em seu caráter cogente, devido ao disposto no art. 1º, que define serem as normas de proteção dos consumidores como ditames de ordem pública, relativizando-se, assim, a autonomia privada¹⁸⁸. Até mesmo pela necessidade de divisão dos riscos da vida em sociedade¹⁸⁹ não há de se assentir com o sacrifício de direito da parte vulnerável da relação negocial, inclusive porque em geral as cláusulas são elaboradas unilateralmente pela parte mais forte.

¹⁸⁷ VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 416-417.

¹⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 628.

Em diversos dispositivos do CDC tutela-se o direito à indenização como direito indisponível. Especial atenção merece o disposto no art. 25, com a seguinte redação: “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar...”

A cláusula de não indenizar comporta uma variante denominada cláusula de não indenizar cruzada (*cross-waiver of liability*), determinante da transação sobre os riscos para ambas as partes. Antonio Junqueira de Azevedo¹⁹⁰ sustenta que esse instituto atende à reciprocidade exigida pelo princípio do equilíbrio contratual, este, por sua vez, regido pela regra geral da boa-fé objetiva. O doutrinador ainda sustenta que essa existência de direitos e obrigações correlatos quanto a eventuais danos é importante em tempos em que a autonomia privada cede espaço para a solidariedade social, em nossos tempos hodiernos, quando o controle sobre as relações econômicas deixa de ser estatal para ser social.

Conforme o exposto, verifica-se a necessidade de aplicação bastante criteriosa da cláusula de não indenizar, especialmente quando se verificar desequilíbrio entre as partes, seja este presumido pela condição de consumidor ou por dados da realidade que fragilizem a autonomia privada dos contratantes em relações civis. A idéia central desta excludente é pré-definir o *quantum* de eventual indenização, de modo a viabilizar o pacto, não servindo para justificar uma vantagem exagerada de um dos contratantes e uma espoliação da outra parte em uma relação contrária aos ditames axiológicos da ordem jurídica vigente.

¹⁹⁰ Cláusula cruzada de não-indenizar (*cross-waiver of liability*) ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, a. 88, p. 104-105, nov. 1999.

6 A REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS FACE AOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nesta parte do trabalho adentraremos na questão ambiental, abordando seus pressupostos e sua dogmática como um todo, sempre de modo sistemático, ora relacionando esta seara com outras áreas do Direito, ora com outras ciências, como a biologia e a sociologia. Esta brevíssima incursão sobre a responsabilidade civil em matéria ambiental possui como finalidade última situar o problema do nexo de causalidade face ao dano de caráter ambiental.

6.1 SOCIEDADE DE RISCO: A IMPORTANTE FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR E A JUSTA MEDIDA DA INDENIZAÇÃO

A modernidade avançada¹⁹¹ coloca o ser humano em uma situação em que o aumento de riquezas e desenvolvimento tecnológico são acompanhados do incremento e transformação dos riscos¹⁹². Abandona-se a idéia de sociedade de classes e conseqüentemente de uma luta de classes para admitir-se uma cruzada contra os riscos. Esta mudança de paradigma se deve a pelo menos duas

¹⁹¹ Alguns denominam esse período de Pós-Modernidade suscitando polêmica que não será abordada por extrapolar o objeto do presente trabalho. Aqueles que apostam neste conceito descrevem o nosso tempo como um período novo, mesmo que ainda seja uma realidade que surja em delineamentos bastante indefinidos. Favoráveis à Pós-Modernidade podem ser relacionados à guisa de exemplo: Lyotard (o criador do presente conceito), Jean Arnaud, Boaventura de Souza Santos, Zygmunt Bauman, Erik Jayme e Ignácio Ramonet, no Brasil, Marilena Chauí, Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, Antônio Junqueira de Azevedo, Cláudia Lima Marques e Judith Martins-Costa. Contra a idéia de que ultrapassamos a Modernidade: Jürgen Habermas, Ulrich Beck, Anthony Giddens, e, no Brasil, Lênio Luiz Streck.

¹⁹² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona/Buenos Aires: Paidós Ibérica, 1998. p. 25.

condições: o nível alcançado pelo desenvolvimento de técnicas produtivas e a segurança material trazida pelo Estado Social (*Welfare State*) nos países desenvolvidos ocidentais¹⁹³.

A idéia de risco não é nova, sendo inerente à existência humana. Isto posto, cabe-nos ter claro que não vivemos uma sociedade de risco em sentido estrito. Há na história uma zona gris, na qual estamos imersos, onde permanecem problemas milenares, fome, doenças, desigualdade social, ao mesmo tempo em que somos expostos a perigos com características eminentemente novas¹⁹⁴.

Ocorre uma contínua “democratização” dos riscos. Esta distribuição dos riscos, no entanto, não é homogênea, vez que o próprio Beck metaforiza estarmos todos na mesma barca, mas alguns são capitães, outros passageiros, etc.¹⁹⁵.

O homem sempre se viu cercado de ameaças. No começo dos tempos a fome, doenças e animais selvagens colocavam o ser humano diariamente em testes onde a menor das falhas poderia significar a morte. Na Antigüidade as guerras e as doenças eram os maiores males que uma pessoa poderia temer, vez que as técnicas de cultivo e defesa já haviam sido dominadas. Na Idade Média, além das guerras de dominação territorial, agregou-se outro tipo de perigo: as perseguições religiosas. Este período foi marcado, ainda, por outra intempérie avassaladora, conhecida como a Peste Negra (peste bubônica).

¹⁹³ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 25-26.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 27.

¹⁹⁵ *Idem*; **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**. Barcelona: El Roure, 1998, p. 258-259.

Do medievo até os dias de hoje, problemas tradicionais como guerras (religiosas, civis ou de expansão territorial) e doenças continuam a assolar o mundo, mas a partir da segunda metade do século XX um elemento novo na idéia de risco é vislumbrado. O risco passa a ser global e não a ameaçar apenas a existência de uma pessoa concretamente considerada e exposta à determinada situação, passando a ser contemplada uma ameaça da existência da sociedade como um todo¹⁹⁶. Para tutelar o meio ambiente e garantir o mínimo de qualidade de vida aos seres humanos surge um ramo autônomo do Direito, a saber, o direito ambiental.

Sem dúvida esta seara do Direito surgiu com vocação para ser universalizável. O mero fato de um acidente com produtos nocivos ter a potencialidade de atingir diversos países distintos, já é hábil para despertar a consciência de que os países devem se unir em busca de um planeta com mais vida, esta entendida em suas mais variadas formas. Como asseverou Ulrich Beck “Ahí reside precisamente su novedosa fuerza política”¹⁹⁷.

Um exemplo do alcance dos danos decorrentes de riscos manufaturados pôde ser sentido pela explosão da usina nuclear ucraniana de Chernobil, cujos efeitos puderam ser observados sobre toda a Europa, mesmo muito tempo depois do acidente¹⁹⁸. Sobre este acidente, Carlos Alberto Bittar aduz que foi o maior

¹⁹⁶ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 80. Esta afirmação não se tornou realidade ainda, vez que a consciência acerca da necessidade de regras e metas claras sobre a emissão de gases tóxicos ainda não é compartilhada por todos os países do mundo. Um exemplo da falta de efetividade do direito ambiental internacional é a não adesão dos Estados Unidos da América ao Protocolo de Kyoto.

¹⁹⁸ *Idem*. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**. *Op. cit.*, p. 132 e ss.

acidente nuclear conhecido até então, tendo inclusive conseqüências futuras ainda insabíveis¹⁹⁹.

A questão da mobilização mundial em busca de um mundo com melhores condições ambientais e, conseqüentemente, de maior qualidade de vida para o ser humano divide opiniões. Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva advoga a existência do Direito Ambiental Internacional como um ramo do Direito, cujos sujeitos são os Estados, mas giza, ainda, a crescente importância das organizações internacionais, sobressaindo a importância das Nações Unidas e das organizações intergovernamentais, como a UNESCO, FAO, IMO e outras tantas com funções específicas, cabendo à PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) a coordenação das demais²⁰⁰.

De outra banda, Guido Fernando Silva Soares defende a existência de uma tutela específica dos recursos naturais dentro do ramo do direito internacional, de modo que haja um Direito Internacional do Meio Ambiente. Assim, o professor da Universidade de São Paulo aduz que não existe o Direito Ambiental Internacional, mas tão-só a utilização do conjunto normativo e de toda sistemática já tradicional no direito internacional

A degradação do meio ambiente é um dos mais graves problemas que a humanidade vem enfrentando desde a segunda metade do século XX. Alguns

¹⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 201-202. Aduz, ainda, o autor, a importância da fiscalização e responsabilização do Brasil face a acidentes radioativos como o ocorrido em Goiânia, quando da contaminação por césio 137.

²⁰⁰ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental internacional**. Rio de Janeiro: Thex, 2002. p. 5.

fatores que desencadearam esta crise entre o ser humano e a natureza podem ser detectados, tais como: exploração excessiva e descontrolada dos recursos naturais, desenvolvimento tecnológico, urbanização e industrialização. Todo este cenário é capaz de produzir conseqüências irreversíveis e de difícil delimitação²⁰¹.

Sem saber exatamente quais as conseqüências de suas ações, após um processo de intensa industrialização, “a sociedade começa a ter medo de si mesma”²⁰². Esta preocupação atinge o Direito de forma indelével. Assim, o meio ambiente atinge no Brasil a destacada posição de bem jurídico protegido constitucionalmente²⁰³. A questão ambiental não ficou restrita ao âmbito legislativo, reescrevendo toda a complexa teoria dos direitos fundamentais, em suas respectivas dimensões ou gerações²⁰⁴.

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado decorre da importância da natureza para a vida dos seres humanos²⁰⁵, sendo mais um elemento do sistema jurídico que aponta no sentido da qualidade de vida e condição para o desenvolvimento da personalidade.

²⁰¹ MORENO, Lucía Velásquez. Responsabilidad civil por dano ambiental. In: GUERSI, Carlos A. (Coord.). **Los nuevos daños**: soluciones modernas de reparación. 2. ed. V. 1. Buenos Aires: Depalma, 2000. p. 264.

²⁰² *Idem, ibidem*.

²⁰³ Determina a CF/88 sobre a tutela do meio ambiente em diversos dispositivos, sendo o mais importante para o presente trabalho o art. 225, na redação que segue: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

²⁰⁴ Utilizam a denominação “gerações”: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5; MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 59. Preferindo o uso do termo “dimensões”, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A efetividade dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 50.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, ano. p. 58.

O direito ambiental institui uma série de medidas de cunho preventivo²⁰⁶ que visam tutelar o bem jurídico “meio ambiente”. Dentre essas medidas avultam em importância dois mandados²⁰⁷ de especial diligência àqueles que agem de forma a exercer atividade que envolve qualquer espécie de risco²⁰⁸ ambiental. Trata-se dos princípios da precaução e da prevenção. Ambas as normas possuem o risco como condição ínsita à sua correta aplicação²⁰⁹. Importa notar que estes dois princípios estão contidos dentro de um ideal de reparação dos danos com delineamentos bastante específicos no direito ambiental, qual seja, o princípio do poluidor-pagador.

O princípio²¹⁰ do poluidor-pagador determina que toda empresa deve incluir em seu planejamento de custos o *quantum* necessário à reparação ambiental decorrente da sua ação face ao meio ambiente. Lição importante trazida por Thais Cercal Dalmina Losso é de que a norma em tela prescreve que a poluição não deve valer a pena para a empresa²¹¹. Porém, *data maxima venia*, ao contrário do que asseverou a autora, defendemos no presente trabalho que a reparação deve ser eqüitativa, ou seja, deve guardar proporção entre dano e indenização, vez que a idéia de que o ressarcimento deve ser maior do que os lucros aferidos com a

²⁰⁶ A natureza eminentemente preventiva do direito ambiental é asseverada por Edis Milaré e Paulo José da Costa Júnior (MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal Ambiental: comentários à Lei nº 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002. p.1.).

²⁰⁷ O termo “mandado” foi utilizado no sentido de normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, consoante ensinamento de Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86).

²⁰⁸ No presente trabalho não faremos a distinção entre risco e perigo, vez que sua omissão não representa prejuízo para o desenvolvimento da presente análise.

²⁰⁹ AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 62.

²¹⁰ Sem adentrar na tormentosa discussão acerca das espécies e estruturas normativas, gizamos que a idéia de reparação de todos os danos causados ao meio ambiente possui traços daquilo que Ronald Dworkin denominou de política (*policy*), sem, no entanto, ser-lhe negada a natureza do que se entende hodiernamente como princípio jurídico (DWORKIN, Ronald. **Levando os direito a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36). Inclusive o próprio Dworkin assume a impossibilidade de uma distinção de aplicação universalizável (*Idem, ibidem*, p. 36-37).

²¹¹ LOSSO, Thais Cercal Dalmina. Princípios da Política Global do Meio Ambiente no Estatuto da Cidade. In: SILVA, Bruno Campos (Coord.). **Direito Ambiental: enfoques variados**. São Paulo: Lemos & Cruz, ano. p. 78.

atividade, reproduz um paradigma funcionalista. O princípio do poluidor-pagador tem lógica essencialmente reparatória, sendo vedada qualquer estipulação indenizatória de cunho utilitarista (*punitive damages*), por mais nobres que sejam os fins a serem almejados.

José Rubens Morato Leite assevera a possibilidade de indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais individuais, mas também no âmbito coletivo, ou seja, advoga o autor que existe o dever de reparar a lesão sofrida pela coletividade em sua dimensão moral. Neste ponto pedimos vênia para discordar do referido autor por basicamente duas razões. A primeira é a de que não fica claro o bem jurídico atingido quando se trata de uma suposta dupla acepção do dano ambiental extrapatrimonial, qual seja, a da existência da possibilidade de lesão tanto da esfera individual quanto da esfera coletiva. Isto porque a indenizabilidade dos direitos difusos nos termos postos pelo doutrinador nada mais são do que a mera reparação do dano ao meio ambiente considerado em si mesmo, não tendo relação alguma com uma suposta extrapatrimonialidade, categoria própria dos danos atinentes às pessoas consideradas singularmente. O segundo motivo para não aderir ao autor em tela é o caráter eminentemente punitivo que sustenta tal concepção.

A idéia de exigir reparação além do dano efetivamente considerado não é nova, deitando raízes no Direito anglo-saxão e faz parte da tradição jurídica de alguns países²¹², mas não da nossa. Uma nova consideração dos interesses extrapatrimoniais dos indivíduos importa impreterivelmente em *bis in idem*, ou seja,

²¹² Austrália, Canadá (exceto Québec), Estados Unidos da América (exceto Louisiana), Inglaterra, Irlanda, Nova Zelândia, País de Gales e outros tantos países da África (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de: António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 20).

exige-se o pagamento de ressarcimento maior que o dano causado, face à nova cobrança. Admitimos a indenizabilidade dos danos causados contra direitos difusos; porém, cremos que a titularidade para a cobrança e a natureza do bem jurídico impõem a conclusão de que se trata de dano ao Estado. No mesmo sentido posicionam-se Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, ao sustentarem a impossibilidade de adesão a uma doutrina que não encontra respaldo legislativo mínimo para sua aplicabilidade no Brasil²¹³.

Um último argumento pode ser lançado contra a função punitiva da indenização no Brasil, qual seja, a da sua ilegalidade. Preceitua o Código Civil, em seu artigo 944, que:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Fica, assim, bastante claro que a indenização deve ser mensurada no limite do prejuízo invocado e provado, sendo despicienda qualquer verificação de maior ou menor culpa, ou até de dolo, para a quantificação da reparação, exceto para minorar o valor do ressarcimento.

É cediço que a doutrina dos *punitive damages* importa na punição de sujeitos que se portam em sociedade de maneira torpe e temerária, de modo que o Direito dos países que acolhem tal instituto priorizam não o ressarcimento e sequer focam-se sobre o tamanho do dano. Busca-se, nos países da *common law*,

²¹³ PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 259-262, dez./2005.

primordialmente a visualização de condutas a serem reprimidas e da sua penalização. Esta possibilidade somente existe devido à falta de distinção entre direito público e direito privado.

A instituição da responsabilidade objetiva em diversos dispositivos espalhados tanto na Constituição Federal quanto na legislação ordinária impede a avaliação da conduta do agente, pois os pressupostos da obrigação de indenizar serão outros, a ação/omissão, dano e nexos causal. Este paradigma da responsabilidade sem culpa impõe a facilitação da reparação de todo e qualquer dano, mas deixa fora do direito privado qualquer tipo de obrigação de cunho repressivo, ficando este viés adstrito ao direito público²¹⁴. Não é outro o entendimento de Sergio Cavalieri Filho, ao sustentar que

No Cível a indenização é proporcional ao dano sofrido pela vítima, já que o objetivo da indenização – tornar indene – é reparar o dano o mais completamente possível²¹⁵.

Em outra passagem advogou o doutrinador, *in verbis*:

A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

²¹⁴ Sobre o direito privado e a punição ver: PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* Para uma análise acurada das funções do direito privado ver: MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Op. cit.* Contra a função eminentemente reparatória da indenização no direito privado brasileiro, Galeno Lacerda defendeu um caráter misto reparador-punitivo da obrigação oriunda da responsabilidade civil. LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral – parecer. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, p. 98, jun. 1996.

²¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 49, 108.

6.2 PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como asseveramos supra, dentro do espectro do poluidor-pagador, encontramos diversos princípios instrumentalizadores da proteção do meio ambiente e da devida reparação por parte daqueles que lesionam o direito difuso ao ecossistema equilibrado, cabendo-nos destacar os princípios da precaução e da prevenção.

O princípio da precaução, nas palavras de Ana Gouveia e Freitas Martins:

constitui um meio de lidar com a incerteza científica, seja em relação ao nexó causal entre um determinado processo ou substância e um dado dano ou efeito, seja no que toca ao conhecimento dos riscos associados a esse efeito²¹⁶.

O princípio em voga, ao suscitar uma regra de puro bom senso, de modo a apelar à idéia de ser devida por todos uma atitude prudente em sociedade, obriga-nos a uma adesão imediata²¹⁷. Trata-se de norma que tem como escopo prevenir a degradação do meio ambiente, constituindo-se em meio de, no âmbito do direito nacional e também no cenário internacional, dar eficácia e efetividade à política ambiental²¹⁸.

²¹⁶ MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. **O princípio da precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002. p. 11.

²¹⁷ *Idem, ibidem*.

²¹⁸ SALOMON, Fernando Baum. O princípio da precaução frente ao nexó de causalidade no dano ambiental. *In: SILVA, Bruno Campos. Op. cit.*, p. 210.

A Constituição Federal consagrou um capítulo²¹⁹ inteiro sobre a tutela do meio ambiente, delineando no artigo 225, *caput*, os termos da ação do estado e da sociedade no sentido de amparo às mais diversas formas de vida e das gerações futuras. Deste dispositivo, sem prejuízo de outros²²⁰, infere-se o princípio da precaução.

O item 15 da Declaração de Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, redigida no evento ocorrido na cidade do Rio de Janeiro em 1992, contempla o princípio da precaução²²¹. Transcreve-se o teor do dispositivo em tela:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Diante da definição do conceito de princípio da precaução e da localização legislativa da referida norma, é imperativo relacionar alguns enfoques sobre sua aplicabilidade.

Como *prima ratio*, o princípio da precaução busca inibir o perigo abstrato, ou seja, busca-se evitar situações onde possa ocorrer o risco de dano. Trata-se de norma que impõe um especial dever de cuidado face a situações onde simplesmente é vislumbrada uma potencial situação causadora de danos ambientais. A

²¹⁹ Título VII. Da Ordem Econômica e Financeira. Capítulo VI. Do Meio Ambiente.

²²⁰ O especial enfoque em certos preceitos constitucionais ou até mesmo infraconstitucionais não exclui a interpretação de outros, inclusive porque, como bem assinalou o professor Juarez Freitas, a interpretação é sistemática e constitucional(izante), ou não é interpretação. Sobre o nexo de causalidade e hermenêutica ver item 1.3.

²²¹ SALOMON, Fernando Baum. *Op. cit.*, p. 209.

verossimilhança de prejuízo ao meio ambiente não existe, de modo que ocorre apenas a verificação de possíveis lesões ao meio ambiente.

A extensão e o grau de implementação do princípio em tela é de difícil aferição²²², sendo necessária análise detalhada do caso *sub judice* para que seja definida a conduta exigida pelo Direito.

O princípio da prevenção determina o dever de cautela acerca dos riscos e perigos inerentes à atividade exercida pelo agente. Trata-se de um mandado de cautela contra perigo concreto, de modo a proibir a reiteração de conduta já sabidamente perigosa. Busca-se inibir o risco de dano que a atividade perigosa (não meramente potencial ou pretensamente perigosa) possa vir, com seus efeitos, a causar danos ambientais²²³. Para aplicação deste princípio, ensinam Ayala e Leite que não basta simplesmente que se tenha certeza do perigo da atividade, mas que seja imediatamente tutelado o meio ambiente contra prováveis efeitos danosos decorrentes da atividade perigosa²²⁴. Esta norma demanda uma atuação quando já existente o perigo e face ao mesmo busca-se tomar as cautelas necessárias para que não ocorram prejuízos ao meio ambiente ou que sejam os menores possíveis.

²²² MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. *Op. cit.*, p. 11.

²²³ AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 62 e ss.

²²⁴ *Idem, Ibidem.*

6.3 A IDÉIA DE DANO E A TUTELA PROCESSUAL CIVIL EM MATÉRIA AMBIENTAL

Não apenas a responsabilização do agente em dado caso concreto, mas a própria metodologia utilizada no direito ambiental é diferente das outras áreas do Direito. A relação de causalidade não pode ser alcançada empiricamente, pois seria necessária a submissão consciente à ação danosa de elementos destrutivos; portanto, só resta ao operador jurídico crer em especulações científicas, observando condições objetivas de tempo e espaço²²⁵.

Como as relações entre condutas e danos não se mostra clara, resta difícil para o operador jurídico delinear um dos pressupostos da responsabilidade civil em matéria ambiental, a saber, o nexo de causalidade.

O estudo do nexo causal no direito ambiental exige que a ciência determine um núcleo que dispense o apoio empírico, sempre tão danoso e traumático. O ser humano precisa dominar com segurança os potenciais elementos destrutivos, tais como ciclos biológicos, substâncias químicas e reações em cadeia, se deseja uma efetiva proteção contra os riscos²²⁶.

Anotou Clóvis do Couto e Silva a importância da conscientização dos operadores jurídicos acerca de um dos conceitos fundamentais da responsabilidade civil, o dano. Assim lecionou o professor:

²²⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. *Op. cit.*, p. 80-81.

²²⁶ *Idem, ibidem*, p. 81.

À medida que os conceitos de pessoa se transforma, novos danos são a ele acrescidos, em decorrência mesma de uma visão mais integral desse conceito²²⁷.

Na mesma linha do doutrinador *supra*, Judith Martins-Costa aduz que:

(...) como tudo no Direito, o conceito de dano não é “dado”, mas sim “construído” e, mais ainda, em para usar uma expressão cara aos existencialistas, um “conceito situado”. De uma perspectiva claramente nominalista – vale dizer, dano seria tão-só o prejuízo sofrido por um bem determinado, calculado segundo a “teoria da diferença” –, se alcança uma noção normativa, ou jurídica, pela qual o dano é a lesão a interesse jurídico. E o que é “interesse jurídico” é sempre aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificando o que, na pessoa e em sua personalidade, se considera digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano²²⁸.

Os danos ambientais podem ser classificados de diversas maneiras. Um primeiro critério divide as espécies de danos segundo a maior ou menor proximidade da causa em relação à lesão do patrimônio jurídico do ofendido. Esta classificação determina haver danos diretos e indiretos²²⁹.

O dano indireto é aquele que sofrido por terceiro é decorrente de um dano ao meio ambiente. Exemplo trazido por Lucía Velásquez Moreno é a de extração excessiva de areia de uma praia e que culmina com a fragilização da proteção das construções à beira-mar contra acidentes naturais²³⁰.

²²⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 667, p. 12, maio/1991.

²²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. *Op. cit.*, p. 409.

²²⁹ MORENO, Lucía Velásquez. *Op. cit.*, p. 266-267.

²³⁰ *Idem, ibidem*.

O dano direto é caracterizado pelo prejuízo causado contra algum particular, quando da lesão do meio ambiente resultar efeito que esteja intrinsecamente relacionado ao bem-estar do ser humano²³¹.

Outra classificação encontrada na doutrina utiliza o critério da qualidade do ofendido. O dano seria contra particular quando afetado pelas decorrências usuais de agressão ao meio ambiente, enquanto a lesão seria sofrida pelo Estado, quando o dano fosse considerado em si mesmo²³².

A partir das lições sobre os tipos de danos, apresentaremos uma abordagem alternativa, de forma a abarcar as conquistas já alcançadas pela dogmática jurídico-ambiental e visando agregar às mesmas uma abordagem sistemático-constitucional, para adiante deduzirmos a aplicabilidade de outro pressuposto da responsabilidade civil em matéria ambiental, a saber, o nexo de causalidade.

A classificação aqui proposta possui como critérios o direito e o bem jurídico tutelado pela norma. O direito pode ser individual, difuso ou coletivo. Os bens jurídicos podem ser singulares ou coletivos/públicos.

O direito patrimonial e todos os direitos da personalidade são individuais e possuem relação com bens jurídicos delineados por sua singularidade. Explicitando os termos, temos que a honra, privacidade e patrimônio são considerados em sua concreta dimensão no espectro de direitos de uma pessoa determinada.

²³¹ MORENO, Lucía Velásquez. *Op. cit.*, p. 267. Note-se que a autora só remete a danos patrimoniais.

²³² ARAUJO, María Mercedes Díaz. Daño por contaminación ambiental urbana, polución, impacto auditivo, visual y ambiental. *In: GUERSI, Carlos A. (Coord.). Op. cit.*, p. 172.

Após aduzirmos as características dos direitos coletivos e difusos e suas respectivas relações com os bens jurídicos singulares e coletivos a distinção entre as espécies de dano ambiental restará mais precisa e inteligível.

O direito coletivo é exercido por um grupo de pessoas que se encontra reunido por certa condição de fato ou de direito, como, por exemplo, um determinado grupo de consumidores vítimas de fato do produto. Aqui ficam englobados todos os direitos denominados ora como individuais homogêneos, coletivos ou transindividuais no artigo 81, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo de outras disposições. Gize-se que as categorias do direito do consumidor são amplamente aplicáveis ao direito ambiental, inclusive por ser a tutela jurídica que objetiva a facilitação do acesso à justiça, uma garantia constitucional²³³.

A consagração dos direitos difusos, entendidos os mesmos como aqueles que transbordam do patrimônio jurídico de cada indivíduo considerado individualmente, corresponde ao arcabouço normativo disposto na Constituição Federal e na Legislação em geral, que, por sua vez consagra o direito de cada pessoa a bens coletivos. Este novo paradigma representa a democratização da qualidade de vida, onde todos possuem o direito de viver em um meio ambiente equilibrado, à publicidade autêntica e adequada aos bons costumes, de modo a ser vedada a exposição de imagens violentas ou discriminatórias, etc.

²³³ Art. 5º, XXXV, CF/88.

A idéia de direito difuso é relativamente recente e revela um progresso no Direito, de modo a ultrapassar a consideração individual da pessoa humana, consagrando, assim, uma óptica da fraternidade, ou seja, da preocupação com a convivência dos seres humanos. Importante notar que este quadro não denota um avanço apenas das searas ambiental ou consumerista, mas faz parte da evolução dos direitos fundamentais/humanos²³⁴, mais precisamente ao que tange sua terceira geração²³⁵.

Do exposto infere-se que o dano em matéria ambiental possui no mínimo duas dimensões personalíssimas e uma coletiva. A primeira e a segunda dimensões personalíssimas são as faces do dano ambiental que atingem a pessoa considerada concretamente, vulnerando atributos que atingem esfera mais íntima e pessoal do ser humano, como a honra, a saúde e o patrimônio. A primeira dimensão abarca os danos de caráter patrimonial, enquanto a segunda, os de ordem moral (compreendidos aqui os danos estéticos), podendo ser buscada a tutela jurisdicional para ambas as dimensões individualmente ou coletivamente. A dimensão coletiva do dano ambiental trata do bem jurídico meio ambiente considerado em si mesmo, de modo a corresponder à lesão dos direitos difusos de todos.

Ao direito difuso deve corresponder uma tutela jurisdicional diversa da concedida aos direitos individuais, assim como dos direitos coletivos. Estabelecida

²³⁴ Trataremos indistintamente dos conceitos porque a análise dos termos exige e merece estudo mais pormenorizado que não constitui o objeto do presente trabalho.

²³⁵ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 59-60.

esta premissa, passaremos à brevíssima análise das conseqüências no plano processual²³⁶.

A ação civil pública é o instrumento hábil para o acesso à justiça, quando houver lesão a bem jurídico coletivo e conseqüentemente a direitos difusos. A aptidão deste precioso meio para a defesa da coletividade indeterminável é que o Poder Judiciário é provocado por instituição estatal que representará a sociedade como um todo, independentemente da apuração dos danos que cada pessoa considerada individualmente sofreu. Esta técnica é bastante interessante para a proteção do meio ambiente porque as conseqüências de uma lesão a este bem jurídico se protraí indefinidamente no tempo, como já aduzido retro e, assim, pode ser feita uma estimativa dos interesses lesados e determinada uma indenização sem que se discuta uma infinidade de prejuízos sofridos por cada cidadão. A reparação do dano consistirá em prestação em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, ou seja, só de maneira indireta os lesados serão restituídos do prejuízo sofrido.

A ação civil pública é o mais eficaz instrumento de proteção da sociedade contra os poluidores contumazes, aqueles que lucram com sua própria torpeza, crentes que uma pequena minoria postulará em juízo a reparação do prejuízo, sendo na imensa maioria das vezes empresas com elevado potencial destrutivo. Aduzimos, assim, que, no direito brasileiro, trata-se de medida alternativa aos *punitive damages*. Trata-se de um “saudável meio-termo entre o intento de tornar exemplar a

²³⁶ A questão não será analisada sob o prisma de algumas técnicas constitucionais de proteção dos direitos coletivos homogêneos e difusos, vez que a complexidade do tema exige e merece uma pesquisa específica. Fica desde já consignado que é viável a defesa do meio ambiente através dos seguintes instrumentos: ação popular (art. 5º, inc. LXXIII, CF), direito de petição (art. 5º, inc. XXXIV, CF), mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI, CF), mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, CF), ADIN e ADC (ambas com previsão no art. 103, da Constituição Federal), sem prejuízo de outros.

indenização e a necessidade de serem observados parâmetros mínimos de segurança jurídica”²³⁷.

Judith Martins-Costa²³⁸ e Mariana Souza Pargendler aduzem que a multa²³⁹ prevista na Lei nº 7.345/85 é um meio adequado “para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor”. Asseveram, ainda, que a multa em tela deve ser recolhida a um fundo público, de modo a concretizar os ditames do princípio da prevenção²⁴⁰ que determina o dever de probidade tanto no direito do consumidor, quanto na seara ambiental. No mesmo senti é a posição de Claudio Vivani, quando observa que os danos ambientais devem ser ressarcidos na esfera civil consoante na justa medida do prejuízo sofrido individualmente e que o caráter punitivo da indenização em matéria ambiental deve ser postulado pelo Estado através da seara do direito público. Para o italiano não são admissíveis condenações a título de *punitive damages* em matéria cível²⁴¹.

A ação indenizatória coletiva é o meio mais apto para tutelar os interesses, na maioria das vezes de caráter indenizatório, de um determinado grupo de pessoas ligadas entre si por relação jurídica ou por um fato em comum, vez que diminui o número de processos oriundo de uma mesma causa, facilita-se a instrução probatória, de modo a reduzir custos e aumentar a eficiência, dentre outros fatores.

²³⁷ PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 261.

²³⁸ *Idem, ibidem.*

²³⁹ Artigo 13, da Lei 7.347/85, *in verbis*: “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.” Importante gizar que, por determinação do art. 4º, inc. VII, da Lei 6.938/81, a reparação deve ser integral, de modo a abranger inclusive o período de impossibilidade do uso e fruição da área poluída ou depredada.

²⁴⁰ Em nosso sentir servem os recursos também para a otimização do princípio da precaução.

²⁴¹ VIVANI, Claudio. **Il danno ambientale**: profili di Diritto Pubblico. Verona: CEDAM, 2000, p. 185-186.

Aqui objetiva-se um acesso ao judiciário de forma mais ágil e qualificada, mas é de ser gizado que este instrumento é hábil para a reparação de bens singulares e face a lesões de direitos de caráter coletivo, como, por exemplo: patrimônio e saúde física e psíquica. A compensação do prejuízo será revertido diretamente em favor dos lesados.

A lesão ao ser humano que vulnere bem jurídico singular e que constitua violação à direito individualmente considerado pode ser deduzida em juízo através de ação indenizatória individual. A vantagem desta espécie de prestação de jurisdição é a possibilidade de produção de provas específicas acerca dos danos sofridos por cada pessoa, sendo devida a reparação ao demandante, isto é, a procedência da ação converte diretamente em seu benefício.

A tutela preventiva ou inibitória é perfeitamente cabível e eficaz em matéria de responsabilidade civil ambiental. Ao tratar da matéria em diversos dispositivos, arts. 11 e 12 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/1985), 85 do CDC e 461 e parágrafos do CPC, o legislador brasileiro optou por definir meios para impedir a consumação, reiteração ou agravamento de danos, inclusive ambientais²⁴².

Assevera Yussef Said Cahali que o ônus da prova do nexo de causalidade recai sobre aquele que alega, pois ausente o convencimento acerca de relação entre causa e efeito, não há de se falar em responsabilidade civil²⁴³. No direito italiano há tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, têm a mesma percepção, no sentido de

²⁴² CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 693.

²⁴³ *Idem, ibidem*, p. 702.

caber exclusivamente ao suposto lesado a prova do dano²⁴⁴. No que tange aos danos de caráter ambiental não haveria de ser diferente.

6.4 O NEXO DE CAUSALIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL

Estabelecido como bem jurídico o meio ambiente, entendido este como todo e qualquer elemento que esteja direta ou indiretamente conectado com o fornecimento de condições para o desenvolvimento deste e das próximas gerações humanas²⁴⁵.

Uma vez aduzido qual seja o bem suscetível de lesão no direito ambiental, gizamos outra premissa a ser estabelecida, a de que a responsabilidade civil em matéria ambiental é objetiva. Trata-se da adoção da teoria do risco-criado, onde se dispensa a culpa, mas não o nexo de causalidade.

Alvino Lima²⁴⁶, em preciosa lição, advoga ser o dano ecológico, tal qual previsto no art. 14, da Lei nº 6.938/81, indenizável através de responsabilização objetiva, sustentando ainda que, *in verbis*:

Portanto, em cada caso concreto, haverá de existir a prova de dois pressupostos indispensáveis: a existência do dano ambiental e seu nexo causal com a ação ou omissão do pretense responsável que seja a causa eficiente do evento capaz de gerar o prejuízo a ser indenizado.

²⁴⁴ RECANO, Paolo. **La responsabilità civile da attività pericolose**. Padova: CEDAM, 2001. p. 54.

²⁴⁵ SALOMON, Fernando Baum. *Op. cit.*, p. 238.

²⁴⁶ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 152.

A responsabilidade objetiva em matéria ambiental nada tem a ver com a responsabilidade pelo risco integral, quando se trata do elemento nexos causal. Enquanto a responsabilidade objetiva dispensa o elemento culpa e requer o nexos de causalidade como condição impreterível para a gênese do dever de indenizar, a teoria do risco-integral sustenta a indenizabilidade de dano que não foi causado pelo agente que deverá reparar o prejuízo, ou seja, não se cogita a existência de culpa e até mesmo de nexos de causalidade.

Como já aduzido em outro trabalho²⁴⁷, não faltam os que, distendendo a idéia de causalidade adequada e aplicando de forma açodada o princípio da precaução, acabaram por sustentar a responsabilização mesmo que ausente o liame causal.

Consignamos o nosso repúdio à aplicação da teoria do risco-integral em matéria ambiental, assim como em qualquer seara da responsabilidade civil, vez que implica a total ausência de segurança jurídica, transformando-se a idéia de reparação em arbítrio, de modo que a sua demagógica utilização – poderia ser dito também utilitarismo – evidencia o caráter eminentemente político e autoritário do poder judiciário. Trata-se de doutrina manifestamente inconstitucional, face a diversas normas, avultando em importância a contrariedade ao princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito e conquista da humanidade.

Estabelecida a necessidade do nexos de causalidade no direito ambiental, resta-nos delinear os ditames deste elemento, nesta seara tão especial do Direito.

²⁴⁷ SALOMON, Fernando Baum. *Op. cit.*, p. 239.

A causalidade adequada, entendida como a teoria que explica a ligação entre um fato e um dano que é consequência natural, típica, provável²⁴⁸ e previsível dele, é a idéia que melhor se ajusta aos preceitos constitucionais e legais sobre a responsabilidade civil em matéria ambiental. Sua compatibilidade com a responsabilidade objetiva é manifesta, vez que exclui da cadeia de acontecimentos todos que agiram de forma a condicionar o acontecimento do prejuízo, de modo a criar o dever de indenizar apenas para aqueles que obraram no sentido de causar o evento lesivo, ficando a reparação dos danos facilitada pela prescindibilidade da aferição de culpa, seja na forma da negligência, imperícia ou imprudência.

Não pode ser feita confusão entre a teoria do risco integral e responsabilidade objetiva com reparação integral, como o fez José Ricardo Alvarez Vianna²⁴⁹, ao aduzir ser partidário da idéia de dispensabilidade do nexo de causalidade, o professor José Afonso da Silva. A idéia de inexistência de limite para o *quantum* a ser indenizado em matéria ambiental é advogada por José Afonso da Silva no sentido de ser ilícita a criação de um seguro que proteja o poluidor de eventuais condenações acima de certa quantia, mas o doutrinador é claro ao defender ter sido adotada no Brasil a responsabilidade objetiva²⁵⁰.

A análise do nexo de causalidade deve ser vislumbrada de um prisma essencialmente jurídico, não meramente lógica, mas também teleológico²⁵¹. Assim, a teoria da causalidade adequada consegue explicar com sucesso a grande maioria

²⁴⁸ ANTUNES VARELA, João de Mattos. *Op. cit.*, p. 893.

²⁴⁹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 102.

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 312-313.

²⁵¹ RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. **Direito das obrigações**. V. I. Coimbra: Almedina, 1987. p. 501.

dos acidentes que envolvem danos ao meio ambiente, de modo a ser a interpretação mais conveniente dentro do sistema normativo brasileiro e mostrar-se em sintonia com os valores eleitos pela sociedade como importantes.

A causalidade adequada permite a reparação integral dos prejuízos, sendo fiel ao mandado normativo preceituado pelo princípio do poluidor-pagador, ao mesmo tempo em que viabiliza o acesso à justiça por parte dos lesados que dificilmente poderiam arcar com a muitas vezes complexa, quiçá impossível em alguns casos, permitindo a imputação do resultado sem prova da culpa.

Os ditames do princípio da precaução e da prevenção são amplamente respeitados e concretizados pelos ditames da teoria da causalidade adequada. A escolha, na cadeia de fatos, do(s) responsável(eis) é minuciosa a ponto de obrigar à recomposição do prejuízo apenas aqueles que estejam envolvidos com o resultado nocivo a ponto de poderem tê-lo evitado.

Como já aduzido, a escolha da teoria da causalidade adequada repousa sobre firmeza da estabilidade da sua aplicação pela jurisprudência e ampla aceitação pela doutrina, evitando teses temerárias como a do risco-integral, que nada mais é do que a manifestação político-ideológica daqueles que desejam punir os empresários, sacrificando o direito fundamental da livre-iniciativa.

Correta é a observação de Pietro Trimarchi, ao observar que sendo a responsabilidade civil âmbito de redução dos riscos socialmente injustificáveis, não há de se dizer que a mera passividade perante a contínua dinâmica das forças da

natureza. Ilustra o autor a impossibilidade de obrigação de reparação do dano, quando se rompe uma tubulação de gás ou de água por força de modificação das condições ambientais²⁵². Faz-se mister aduzir a importância da existência de ligação entre o exercício da atividade perigosa e o evento danoso, necessitando-se, portanto, de eficiência/adequação da causa em relação ao efeito.

Por mais que seja inexigível a culpa para a configuração do dever de indenizar, não cabe ao Direito responsabilizar o agente que por fato alheio a seu controle vier a causar dano ambiental. A existência de causas múltiplas aumenta a complexidade da responsabilidade civil por dano ambiental²⁵³, sendo necessário averiguar no caso concreto qual(is) condutas contribuíram de forma decisiva para o evento e em que medida. Mais uma vez pode ser observada a aptidão da teoria da causalidade adequada para o controle da justa distribuição dos riscos na sociedade de modo a evitar a repressão de condutas que não sejam lícitas para a ocorrência de prejuízos ao meio ambiente.

²⁵² TRIMARCHI, Pietro. *Op. cit.*, p. 235-237.

²⁵³ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 45.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da compilação dos elementos trazidos no presente trabalho, atribuindo a esses elementos uma ordem de importância decrescente, é lícito concluir que a opção conceitual de direito privado que melhor recepciona o Direito legislado no Código Civil, CDC e direito ambiental que concerne à teoria sobre nexo de causalidade é da concepção aristotélico-tomista²⁵⁴, revelando, assim, mais consistente a teoria da causalidade adequada.

Se pudéssemos representar a complexidade em que ocorrem os danos, sob a forma de círculos concêntricos, de modo que o núcleo fosse uma área onde relacionássemos os danos de fácil aferição e identificação da causa, assim aplicando o artigo 403 do CC/02, mais especificamente no que tange à expressão “direto e imediato”, restariam os demais segundo e terceiro círculos externos, como aqueles que representariam os eventos tidos como de maior complexidade, podendo estar aí elencados aqueles legislados no CDC e direito ambiental.

²⁵⁴ Como já referido alhures, a *arché* aristotélico-tomista remete a uma concepção aristotélica que em grande parte foi apenas repetida por Tomás de Aquino.

Estes onde a complexidade é mais intensa, e a aplicação do conceito indeterminado como já citado acima – direito e imediato – se tornar mais difícil ou de impossível apreensão para a identificação do agente, poderíamos chamar de zonas de *vagueza semântica*. A *vagueza semântica* do conceito jurídico indeterminado mereceria uma interpretação sistêmica, de modo a consagrar uma aplicação onde a causalidade tornar-se-ia adequada conforme os ditames específicos daquela seara do direito privado como de resto do CDC e do direito ambiental, ora expandindo-a, como deve ocorrer na seara ambiental e consumerista, ora restringindo a interpretação, na medida em que se reduz o âmbito de indenizabilidade e se adequa os fatos aos princípios superiores.

De outra sorte, advogar a idéia de aplicação do conceito de análise econômica do direito, ou seja, numa concepção de direito privado funcionalista, não nos parece razoável, pois ela criará um sistema em razão do fim, negando um núcleo jurídico mínimo a ser preservado, e dentro do sistema de direito privado vigente é impossível sustentar uma concepção de responsabilidade civil atrelada tão-somente à idéia de eficiência na alocação dos recursos.

Ao mesmo passo, com atenuantes, fica também prejudicada a concepção de constitucionalização do direito privado, quando em seu viés de cunho manifesta e exclusivamente funcionalista. De uma parte, e esta é a atenuante, a constitucionalização já está presente e justamente é parte da idéia de interpretação sistemática, ou seja, interpretar fora dos limites principiológicos da Constituição é não interpretar; porém, extremá-la a ponto de ignorar a codificação, é ofender a democracia do próprio sistema, o que não nos parece a melhor resposta.

Ficamos, portanto, com a idéia inicialmente posta de que a causalidade adequada é a teoria que traz a melhor resposta para o direito vigente quanto à metodologia a ser utilizada para ligar o dano ao agente, mesmo em sede de danos complexos. Justifica-se tal conclusão em razão da concepção de direito privado aristotélico-tomista que conjuga a idéia de justiça comutativa e justiça distributiva, resultando daí uma concepção de justa indenização para as relações privadas e de possibilidade de atuação do ente público como repressor. Levando estas conclusões ao nexo de causalidade, a idéia de haver no sistema um indicativo teórico e mais a concepção de justa indenização, não podemos aceitar que aquele que não causou o dano de forma direta e imediata tenha que indenizar, pois estaríamos contrariando a noção de justiça comutativa. De outra sorte, quando os danos se tornam mais complexos, e a possibilidade de encontrar o agente causador for mais difícil, é no sistema como um todo que se deverá buscar a resposta, ou melhor dizendo, dentro do conceito jurídico indeterminado “direto e imediato” interpretado frente aos sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. *In*: AARNIO, Aulis (Org.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. Atlas: São Paulo, 2005.

ALSINA, Jorge Bustamate. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANTUNES VARELA, João de Mattos. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ARAUJO, María Mercedes Díaz. Daño por contaminación ambiental urbana, polución, impacto auditivo, visual y ambiental. *In*: GUERSI, Carlos A. (Coord.). **Los nuevos daños**: soluciones modernas de reparación. 2. ed. V. 1. Buenos Aires: Depalma, 2000.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Madrid: Gregos, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação de princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não-indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, a. 88, p. 104-109, nov. 1999.

_____. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-20, abr. 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona/Buenos Aires: Paidós Ibérica, 1998.

_____. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**. Barcelona: El Roure, 1998.

BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. *In*: BENDA, Ernst *et al.* **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Cláudia Lima; e MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BETTI, Emilio. **Teoria generale della interpretazione**. Milano: Giuffré, 1953.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 9. ed. V. IV. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Responsabilidade civil do Estado. *In*: CAHALI, Yussef Said (Coord.). **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. **Responsabilidad civil y relación de causalidad**. Buenos Aires: Astrea, 1984.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 5, p. 32, 1996.

DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de droit civil belge**. 2. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1940.

DI GREGORIO, Valentina. **La valutazione equitativa del danno**. Padova: CEDAM, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. *In*: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB/Thomson, 2005.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB/Thomson, 2005. p. 125.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direito a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9. ed. Tradução de: João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de las obligaciones. *In*: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín (Org.). **Tratado de derecho civil**. V. 1. T. 2. Barcelona: Bosch, 1947.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Responsabilidade Objetiva do Estado, Proporcionalidade e Precaução. **Direito & Justiça**, Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 31, a, XXVII, p. 11-41, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano, Giuffrè, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de: António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macáista Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDENBERG, Isidoro H. **La relación de causalidad en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: La Ley, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HAWKING, Stephen. **Historia del tiempo: del big bang a los agujeros negros**. 2. ed. Buenos Aires: Crítica, 2002.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva: 2005.

LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral – parecer. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, p. 94-101, jun. 1996.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da Filosofia**. Tradução de: Fátima Sá Correia e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOSSO, Thais Cercal Dalmina. Princípios da Política Global do Meio Ambiente no Estatuto da Cidade. *In*: SILVA, Bruno Campos (Coord.). **Direito Ambiental: enfoques variados**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MARKESINIS, B. S. **The german law of obligations**. 3. ed. V. II – The law of torts: a comparative introduction. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ana Gouveia e Freitas. **O princípio da precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre: Síntese, v. 15, p. 131, 1998.

_____. Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil**. V. V. T. II. Arts. 389 a 420. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Tomos I-V. Buenos Aires: Europa-América, 1977.

MEDICUS, Dieter. **Schuldrecht: Allgemeiner Teil**. 15. Aufl. München: C.H. Beck, 2004.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2000.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 21, p. 101, mar. 2002.

_____. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 21, 2002.

MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal Ambiental: comentários à Lei nº 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORENO, Lucía Velásquez. Responsabilidad civil por dano ambiental. *In*: GUERSI, Carlos A. (Coord.). **Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación**. 2. ed. V. 1. Buenos Aires: Depalma, 2000.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva: "punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 259-262, dez. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra, 1985.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontos com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. T. XXII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1971.

PONZANELLI, Guido. **La responsabilità civile**. Profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 1992.

POSNER, Richard A. **El análisis económico de Derecho**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. Wealth Maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry. *In*: OWEN, David G. (Org.). **Philosophical Foundations on Tort Law**. New York/London: Oxford University Press, 1995. p. 101 e ss.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 168-171.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Nova fase do Direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RECANO, Paolo. **La responsabilità civile da attività pericolose**. Padova: CEDAM, 2001.

RESCIGNO, Pietro (Org.). **Codice civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

REVISTA Scientific American Brasil, São Paulo: Duetto, a. 2, n. 20, p. 57, jan. 2004.

RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. **Direito das obrigações**. V. I. Coimbra: Almedina, 1987.

ROSITO, Fernando. **A aplicação das máximas de experiência no processo civil de conhecimento**. 2004. 177 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre.

SALOMON, Fernando Baum. O princípio da precaução frente ao nexo de causalidade no dano ambiental. *In*: SILVA, Bruno Campos. Bruno Campos (Coord.). **Direito Ambiental**: enfoques variados. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A efetividade dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clóvis do Couto e. Dever de indenizar. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 667, p. 12, maio 1991.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental internacional**. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 97, n. 355, p. 101-18, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, Nota Dez, n. 296, p. 10, jun. 2002.

TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961.

VENOSA, Sívio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. **Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité**. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998.

VIVANI, Claudio. **Il danno ambientale: profili di Diritto Pubblico**. Verona: CEDAM, 2000.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal alemão**. T. 1. Campinas: Russel, 2003.

WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1995.

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. V. 2. Milano: Giuffrè, 1995.