



NEXO CAUSAL PROBABILÍSTICO: ELEMENTOS PARA A CRÍTICA DE UM CONCEITO

PROBABILISTIC CAUSATION: ELEMENTS FOR A CRITIQUE OF A CONCEPT

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Professor Doutor de Direito Civil na Faculdade de Direito (Largo São Francisco) na USP.
Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
otavio.usp@gmail.com

Recebido em: 26.07.2016

Aprovado em: 15.08.2016

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O conceito de nexo de causalidade tem sido objeto de diversas apreciações teóricas no Direito Civil brasileiro, muitas delas afirmam ser necessária sua eliminação ou sua flexibilização em diversas hipóteses de fato. Nota-se também o desenvolvimento de novas espécies de causalidade, como a probabilística, a alternativa e a presuntiva. Este artigo defende a inadequação da ideia de nexo causal probabilístico, a partir de fundamentos matemáticos e da comparação com outros modelos de responsabilidade civil, especialmente o alemão. Tenta-se ainda defender o uso residual de expressões como causalidade alternativa ou por presunção, cujos conceitos já eram examinados na doutrina brasileira desde os anos 1950. Investigaram-se as principais teorias alemãs sobre o nexo de causalidade dos séculos XIX e XX, demonstrando-se o caráter acidental dessas novas causalidades. O discurso da flexibilização do nexo de causalidade não pode conduzir a uma transformação da responsabilidade civil em um instrumento de justiça distributiva.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Elementos e pressupostos – Nexo causal probabilístico – Causalidade alternativa – Causalidade por presunção.

ABSTRACT: The concept of causation has been the subject of a considerable number of theoretical inquiries in Brazilian Private law, many of which defends either a more flexible approach in specific hypotheses or its outright elimination. New types of causation have also been developed, such as probabilistic, alternative and causation by presumption. Based on mathematical evidence and comparisons with other civil liability models, especially the German one, this paper holds that the notion of probabilistic causation is inadequate. The paper also supports the residual use of expressions such as "alternative causation" or "causation by presumption", which are concepts that have been debated in Brazilian legal scholarship since the 1950s. The most relevant nineteenth- and twentieth-century German theories regarding causality are examined in an effort to demonstrate the fortuitous nature of the new instances of causality. Discourse in favor of a more flexible approach toward causation cannot transform civil liability into an instrument of distributive justice.

KEYWORDS: Torts – Elements and premises – Probabilistic causation – Alternative liability – Causation by presumption.



SUMÁRIO: I. Introdução – II. Conceito de nexo causal probabilístico na experiência jurídica brasileira – III. A “morte” do nexo de causalidade(?) e as restrições terminológicas à expressão “nexo causal probabilístico” – IV. A “superação” da ideia de causalidade e o problema da flexibilização do nexo causal. Excurso – V. O conceito de nexo causal e a experiência alemã: recuperação dos fundamentos teóricos sobre o nexo de causalidade e sua aplicação na responsabilidade civil – VI. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO

1. A responsabilidade civil no Direito brasileiro tem recebido novas contribuições teóricas que põem ênfase na chamada flexibilização de seus elementos e pressupostos, como o nexo de causalidade e a culpa, além do surgimento de “novos danos”. Em ambas as situações, nota-se a continuidade ou o aprofundamento de um discurso dos anos 1930-1950 da dogmática brasileira e francesa,¹ que reconheceu o impacto da chamada sociedade industrial nas relações de produção e na distribuição dos riscos nos vínculos submetidos à responsabilidade delitual. Nos anos 1980-1990, com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a positivação de mecanismos processuais que facilitaram a defesa de interesses difusos e coletivos, deu-se um novo influxo a esse discurso, o que se verificou na combinação de elementos de Direito Civil e de Direito do Consumidor, o esmaecimento de limites entre a responsabilidade civil e a responsabilidade contratual. No Direito francês, na década de 1990, iniciaram-se as publicações sobre a necessidade do alargamento das funções clássicas da responsabilidade civil para incluir a precaução e a prevenção, dois princípios que se tornariam centrais no Direito Ambiental.² Outro desenvolvimento “funcional” da responsabilidade civil está na admissão de sua função como pena privada.³

Os fatores metajurídicos também podem ser mencionados para justificar esse aprofundamento do discurso da flexibilização da responsabilidade civil. Em países pobres, o sancionamento de ilícitos delituais converteu-se, para além de sua função estritamente jurídica, em uma resposta involuntária do sistema judiciário a toda uma sorte de deficiências regulatórias na prestação de serviços públicos e privados.

1. Geneviève Viney procede a um resumo dessa evolução doutrinária em França (*Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008).
2. THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?). *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n. 3. juillet-septembre/1999, p. 561-584; _____. Avenir de la responsabilité civile, responsabilité de l'avenir. *Le Dalloz*. n. 9. mars./2004, p. 577-582.
3. CARVAL, Suzanne (dir.) *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

Se as agências reguladoras e os serviços de proteção ao consumidor não conseguem tornar efetivas muitas das normas do CDC, seja por deficiências estruturais de seu aparato fiscalizatório, seja pelo problema da superposição de regimes normativos (regulatórios, consumeristas, cíveis e tributários), assiste-se a uma “fuga para a responsabilidade civil” como meio de se punir fornecedores. Em paralelo, a responsabilidade civil passou a ser encarada como um instrumento para a recomposição de desequilíbrios sociais. A responsabilidade civil assume um papel de agente involuntário de distribuição de renda, o que não é sua função histórica e jurídica, muito menos é uma perspectiva que lhe permita sobreviver como um instituto jurídico autônomo.⁴ Algo que é geralmente aceito em justiças especializadas nas quais há uma forte assimetria econômica entre as partes, tende a se converter em expediente aceitável também no julgamento dos casos envolvendo a responsabilidade delitual. Os contrapesos a essa tendência terminaram por surgir espontaneamente na jurisprudência do STJ, como a limitação do valor das indenizações por dano moral e a não aceitação – por enquanto – de alguns dos “novos danos”. Nesse aspecto, não se pode confundir certas afinidades dessas tendências com o que ocorre nos Estados Unidos, dada a impossibilidade de apropriação de sua experiência histórica e do modo como a responsabilidade civil é trabalhada, com os júris, os *punitive damages* e a discricionariedade judicial tão característicos do sistema de *civil law*.⁵

4. Gustavo Tepedino (Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. vol. 24. Rio de Janeiro: Padma, 2004), no início da década passada, já denunciava essa deformação da responsabilidade civil: “E nem mesmo a caótica intervenção do Estado em áreas sociais críticas – como saúde, transporte, segurança pública – autoriza o superdimensionamento do dever de reparar para a promoção de justiça retributiva entre particulares. Tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima”. Embora concordem ser possível conferir à responsabilidade civil uma função comutativa, alguns autores admitem-no com maior refinamento teórico e valem-se de técnicas que levariam a responsabilidade civil a se valer de estruturas que permitiriam o compartilhamento social do resultado de algumas reparações: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. vol. 5. n. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2004, p. 211-218; SILVA FILHO, Osny da. Punitive (and) pain-and-suffering damages in Brazil. In. WHITE, Mark D. (org.). *Law and social economics: essays in ethical values for theory, practice, and policy*. New York: Palgrave, 2015. p. 297.
5. Tais distinções e a restrição à impossibilidade de um puro e simples *legal transplant* do modelo norte-americano de *punitive damages*, ao menos de *lege lata*, foram assinaladas na doutrina brasileira: MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. vol. 5. n. 18. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2004, p. 45-78.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexa causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

2. Essas transformações jurídicas e metajurídicas vêm acompanhadas também de um câmbio na linguagem da responsabilidade civil. Há quem defenda a adoção da terminologia *direito de danos*, à moda do que ocorre na Argentina, país onde mais celeremente a responsabilidade civil foi contagiada pelos fatores metajurídicos assinalados. Percebe-se uma nova gramática dos elementos e pressupostos da responsabilidade civil, com o objetivo de, sob rótulos diferentes, proceder-se à justificação de algumas soluções flexibilizadoras.

A relevância desses temas exige dos civilistas a adoção de uma postura menos descritiva e mais investigativa sobre essas transformações. Se é chegado um novo tempo para a responsabilidade civil, convém examinar seus fundamentos e submetê-los a alguns testes, até para que se verifique sua operacionalidade, se realmente são novas categorias ou se sua introdução corresponde a certos padrões de nossa tradição romano-germânica. De imediato, deve-se advertir que não se põe em causa a importância da proteção da vítima, do reconhecimento do impacto das novas tecnologias sobre a produção de riscos e também do já assentado processo de securitização de inúmeros riscos com os quais a sociedade contemporânea passou a conviver nos últimos 100 anos. No entanto, um debate sobre a adequada utilização de sistemas, categorias e elementos da responsabilidade civil faz-se cada vez mais necessário na medida em que é fundamental disciplinar os campos de interferência recíproca de fatores jurídicos e metajurídicos no direito delitual com a finalidade de se manter a utilidade da doutrina sobre a responsabilidade civil e também para se exigir os custos argumentativos das decisões judiciais em um regime democrático.

Este artigo não se ocupará de temas como a responsabilidade sem dano e os chamados “novos danos”, tópicos que igualmente hão fecundado no país e poderiam ser objeto de idênticas preocupações quanto à má recepção de doutrinas estrangeiras.⁶

3. De entre os diversos temas exploráveis, escolhe-se o chamado *nexo causal probabilístico*, que começa a ser referido na doutrina e na jurisprudência. É objeto deste artigo o exame: (i) do conceito de *nexo causal probabilístico* no Brasil; (ii) do conceito de causalidade na Matemática; (iii) da flexibilização do *nexo de causalidade*, sob a óptica da doutrina alemã.

6. Para estudos recentes e com rigor metodológico no tratamento dos desvios de recepção de construções estrangeiras nessas matérias, recomendam-se: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 6. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2016, p. 89-104; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015; SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



II. CONCEITO DE NEXO CAUSAL PROBABILÍSTICO NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

4. A crescente menção ao chamado “nexo causal probabilístico” é identificável em algumas teses e artigos, estes últimos mais ligados ao Direito Ambiental.

5. De modo muito objetivo, passam-se a sintetizar as principais referências a esse “nexo de causalidade” e a se indicar qual seria sua aceção para os autores que a ele se dedicaram:

a) Por meio desse nexo, é possível eliminar a exigência da certeza absoluta de que determinada *causa* foi a desencadeadora do *efeito*, podendo-se admitir a mera *probabilidade* de que a causa haja sido determinante para o resultado lesivo à vítima. No entanto, não se pode admitir o recurso às máximas da experiência comum, ao livre convencimento do juiz e sim a um “alto grau de probabilidade”, fundado em estatísticas.⁷

b) Embora não se fale em nexo probabilístico de modo expresso, alude-se à *teoria das probabilidades* como um dos instrumentos de “alargamento do nexo de causalidade” no campo do Direito Ambiental. Nesse aspecto, somente seria necessário ao juiz identificar “a existência da probabilidade de causar o dano para que o nexo causal esteja configurado”. Ter-se-ia “a substituição do critério certeza pelo critério probabilidade, o que torna a tarefa de identificar o responsável pelo dano ambiental menos árdua”.⁸

c) A *causalidade probabilística* pode ser usada quando houver dificuldades para o estabelecimento do nexo causal em suas linhas clássicas. Para tanto, são utilizáveis como fundamentos os princípios da reparação integral, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Ter-se-ia a abertura para uma presunção de causalidade, invocável no desenvolvimento de atividades perigosas, capazes de gerar danos graves ou numerosos, bem como em hipóteses de dificuldade em se provar a existência de relação de causalidade pela vítima.

d) Dados estatísticos poderiam servir para indicar uma probabilidade de que certa atividade seria determinante para a causação de danos, servindo-se da verossimilhança como critério definidor da prova.

e) No Direito do Consumidor, é possível utilizar-se a “teoria da causalidade probabilística” como alternativa à teoria do delineamento do nexo causal, a fim de que

7. VIDAL, Hêlvio Simões. Ainda e sempre o nexo causal. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. n. 10. jan./jun./2008, p. 212-239.

8. KALIL, Amanda Souza Pinho. Propostas para facilitar a comprovação do nexo causal em demandas ambientais. *Revista Direito Unifacs*. n. 174, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



o Código se torne suficiente no tratamento adequado da matéria”.⁹ Se o advento da “sociedade industrial” foi determinante para a superação da imputação do ônus da prova à vítima, o que se constituiu um fator impeditivo à reparação de danos, com a “sociedade de riscos”, tem-se outro “desafio”, o qual se situa no “campo das causas”:

“Não há como demonstrar culpa e muitas vezes o estabelecimento do nexo causal é dificultoso. O juízo de probabilidades seria uma alternativa compatível com o princípio da solidariedade para compor as alternativas de reparação. Levando à vítima a possibilidade de suscitar do responsável ou dos responsáveis pela atividade que mais provavelmente haja dado causa ao estado de dano e ao prejuízo material ou não material sofrido.”¹⁰

6. Essa exposição limita-se aos textos que usam como fundamento a causalidade probabilística e admitem sua aplicação a diversos casos submetidos ao Direito do Consumidor, ao Direito Ambiental e a hipóteses de responsabilidade civil.¹¹ A resenha dos autores restringiu-se ao Direito brasileiro. Encontram-se, porém, autores que refutam a utilização dessa teoria, os quais não foram mencionados nesta seção por uma questão de ordem no tratamento da matéria. Sobre eles cuidar-se-á na terceira seção deste artigo.

III. A “MORTE” DO NEXO DE CAUSALIDADE(?) E AS RESTRIÇÕES TERMINOLÓGICAS À EXPRESSÃO “NEXO CAUSAL PROBABILÍSTICO”

7. A causalidade é um conceito comum ao Direito Civil e ao Direito Penal, embora ambos devam sua inspiração à Física e à Matemática dos séculos XVIII e

9. BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; COELHO, José Martônio Alves; BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos. *Scientia Iuris*. vol. 15. n. 1. Londrina, jun./2011, p. 29-50, esp. p. 30-31.

10. *Idem*, p. 48.

11. Há maior incidência de artigos e teses que aplicam a causalidade probabilística no Direito Ambiental: “A facilitação da carga probatória do nexo de causalidade também é a orientação apresentada pelo art. 10 da Convenção de Lugano, cujo conteúdo institui a caracterização do nexo causal a partir da demonstração de sua verossimilhança, sempre que a atividade seja perigosa e arriscada (potencialmente poluidora) e que tenha sido demonstrada a probabilidade de esta ter ocasionado um dano ambiental” (LEITE, José Rubens Morato; CARVALHO, Délton Winder. O nexo de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 12. n. 47. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2007, p. 76-95). Em idêntico sentido: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 15. n. 58. São Paulo: Ed. RT, abr./jun./2010, p. 223-257.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

XIX.¹² O Direito experimentou um processo de *naturalização e biologização* conceitual desde a Revolução Científica, uma circunstância comum às Ciências Sociais em geral. É corriqueiro encontrar-se em textos jurídicos expressões como *morfologia, natureza, anatomia, gênero, espécie, fenomenologia, orgânico, funcional, estrutural* e outras que permitem identificar os traços dessa contaminação terminológica e metodológica do Direito, ainda que se possa traçar sua origem nas Idades Antiga e Medieval, com a Filosofia grega e a Teologia cristã.

Nesse processo de *naturalização* ou de *biologização* da linguagem jurídica ocorreram – e até hoje ocorrem – problemas com a recepção de conceitos, categorias, teorias, expressões e teoremas metajurídicos. Desde a incompreensão daqueles pelos juristas até mesmo a natural evolução científica podem ser considerados como fontes dessa assimilação muita vez pouco ortodoxa, ainda que, em sua origem, haja sido adequada. A defasagem do conhecimento jurídico não é algo tão grave quanto a má compreensão dos conceitos científicos ou sua apropriação original imperfeita.

Restringindo-se apenas ao problema da *causalidade*, neste parágrafo pretende-se expor: (a) o estado da arte do desenvolvimento do nexos causal na Matemática; (b) a impossibilidade conceitual do chamado “nexo causal probabilístico”.

8. Até os anos 1920-1930, quando se tornou conhecida a contribuição do matemático russo Andrei Nikolaevich Kolmogorov (1903-1987) para a teoria das probabilidades, prevaleceu nas Ciências Matemáticas o *axioma da causalidade*, segundo o qual tudo o que existe tem uma causa e é um efeito dessa causa.¹³ De qualquer pressuposto, extrai-se uma consequência. A própria noção de *teorema* é identificada com a sequência de uma hipótese, uma tese e um nexos de causalidade. Os juristas costumam usar palavras como corolário, teorema, proposição ou dilema de forma vulgar em seus textos.¹⁴

12. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal. *Revista dos Tribunais*. ano. 95. vol. 849. São Paulo: Ed. RT, jul./2006, p. 435-444.

13. Andrei Nikolaevich Kolmogorov (1903-1987), matemático soviético, nascido no antigo Império Russo, membro da Academia de Ciências da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, da Sociedade Real de Estatística (Reino Unido), publicou, em 1933, o *Fundamentos da teoria das probabilidades*, considerado o marco inicial da moderna teoria das probabilidades. Criou o Departamento de Teoria das Probabilidades na Universidade Estatal de Moscou. Para outras informações biográficas: KENDALL, D. G. Andrei Nikolaevich Kolmogorov. 25 April 1903-20 October 1987. *Biographical Memoirs of Fellows of the Royal Society*. vol. 37. 1991, p. 301-319.

14. O autor agradece a Luís Paulo Pereira Soares pelo importante diálogo sobre o conteúdo deste parágrafo do artigo, que relaciona o Direito à Matemática.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

A *causalidade axiomática* tem três axiomas, conforme William Whewell (1794-1866): 1. não há efeito sem causa; 2. o efeito tem sua magnitude proporcional à magnitude de sua causa; 3. cada ação implica uma reação igual e em sentido oposto. A Física Newtoniana e a Matemática Euclidiana, que são as estudadas nas escolas no ensino médio, pautam-se por essas noções de causalidade.

Andrei Nikolaevich Kolmogorov, em seus escritos sobre a teoria das probabilidades, especialmente dos anos 1920-1930, demonstrou que seria possível axiomatizar a probabilidade, o que ele conseguiu por meio da teoria dos conjuntos.¹⁵ O ponto central de sua construção estava em que toda probabilidade é menor que um. Com isso, a causalidade converteu-se em um caso específico da probabilidade, no qual, se ocorrido um evento, a probabilidade de um próximo evento ocorrer é de 100%. Note-se que a causalidade não “morreu”, mas tornou-se um caso particular na teoria das probabilidades, cuja ocorrência no mundo algébrico permanece verificável, porém não o é mais no mundo físico. Dito de outro modo, quando a probabilidade se aproxima de 100%, chega-se ao conceito de nexo de causalidade, o que seria, na expressão dos matemáticos, um abuso de linguagem.

Na Mecânica Clássica, é possível trabalhar com a causalidade pré-kolmogoroviana. Na Mecânica dos Quanta, isso já não é possível. Assim como o impacto do princípio da incerteza de Heisenberg ou a teoria da relatividade de Einstein na Física contemporânea foram devastadores para a Física newtoniana, a admissão de que a causalidade seria um caso particular de probabilidade foi também revolucionária para a Ciência Matemática.

9. Sendo assim, a expressão “nexo causal probabilístico” é uma contradição em termos. Mais do que uma má importação de conceitos matemáticos, o que seria suficiente para sua não utilização, essa expressão pode gerar muitas confusões em sua aplicação a casos jurídicos. A primeira delas está em seu emprego como argumento de autoridade para fundamentar decisões judiciais, como se correspondesse a um conceito matemático universal. Como dito, o nexo de causalidade não se pode adjetivar de probabilístico. A segunda está em que não existe um método científico que fundamente a chamada causalidade probabilística. Os fundamentos jurídicos enumerados no parágrafo 5 não correspondem a noções de Estatística ou de Matemática.

Existe ainda o problema do método para se chegar a resultados *causais probabilísticos (sic)*. Considerando-se algumas das explicações reproduzidas no parágrafo 5, pode-se imaginar a seguinte hipótese: “A” tomou o medicamento XYZ por 2 anos

15. Há tradução em inglês para a principal obra de Kolmogorov sobre a teoria das probabilidades: KOLMOGOROV, A. N. *Foundations of the theory of probability*. 2 ed. Trad. Nathan Morrison. New York: Chelsea, 1956.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



e veio a falecer. Não se conseguiu provar pericialmente que sua morte foi efeito da causa (uso do medicamento). Estatísticas comprovam que 10 em cada 1.000 pessoas que tomaram XYZ morreram de causa idêntica àquela que matou “A”. Se for analisado o problema pela estrutura da causalidade mecânica, estaria afastada a responsabilidade do fabricante do medicamento XYZ. Se o caso fosse submetido à *teoria das probabilidades* (e não ao conceito de *causalidade probabilística*, cujo uso já foi objetado neste parágrafo), sua solução não se poderia dar por meio da utilização de estatísticas de mortandade por uso do medicamento em outras pessoas. Isso não é uma técnica inerente à *teoria das probabilidades*.

A probabilidade de qualquer evento produzir determinado efeito é sempre acima de zero. Sendo assim, um número indeterminado de sujeitos (o pai, a mãe, a esposa ou outro familiar do doente; o dono do restaurante onde a pessoa comia duas vezes por semana ou o alfaiate que produzia seus ternos) poderia ser considerado o agente *provável* da causa do óbito.

Não se desconhece a utilização do adjetivo probabilístico em um sentido figurativo e sem pretensão de se apresentar como um argumento de autoridade matemática, quando se estuda a responsabilidade por perda de uma chance. Em tal circunstância, esse emprego linguístico é mais uma licença poética do que propriamente uma invocação de conceitos da teoria das probabilidades. Encontra-se também essa expressão em um sentido equivalente a chances e suas respectivas probabilidades de ocorrência. Trata-se de uma associação muito comum nos estudos sobre a responsabilidade por perda de uma chance. Os trabalhos sérios sobre o tema fazem distinções entre elementos probabilísticos, impossíveis ou certos. É também encontrável a menção ao “grau de probabilidade” de uma cura, de uma vitória processual ou de um acerto em jogos de memória.¹⁶ É ainda perceptível a aceitável associação da probabilidade com as presunções no Direito Civil: “O fato presumido é uma consequência verossímil do fato conhecido e o espírito humano aceita como provavelmente verdadeiro o fato que deseja provar”.¹⁷ Embora todas essas aproximações sejam aceitáveis sem maiores consequências, infelizmente, algumas delas terminaram por se desconectar das formulações de seus autores e passaram a servir de fundamento genérico para uma “teoria probabilística” da causalidade, como se esta última merecesse amparo na Ciência Matemática. Alguns desses autores são citados para emprestar lastro a uma causalidade probabilística, quando a

16. NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*. vol. 23. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2005, p. 28-46; SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 75-76; PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 398.

17. LOPEZ, Teresa Ancona. A presunção no direito, especialmente no Direito Civil. *Revista dos Tribunais*. ano. 67. vol. 513. São Paulo: Ed. RT, jul./1978, p. 26-39.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



maioria deles nada mais fez do que usar de uma expressão figurativa e destituída de pretensão científica.¹⁸

Restaria, a se prevalecer de alguns dos fundamentos enunciados no parágrafo 5, o uso das presunções e da busca por um resultado justo. Nesse caso, estar-se-ia diante de um método de imputação de *responsabilidade por presunção* e cujo fundamento seria, para alguns autores, a solidariedade ou a dignidade humana. Em tais circunstâncias, volta-se ao que dito nos parágrafos 1 e 2, para se identificar nessa argumentação a tendência da responsabilidade civil em se tornar um (a) mecanismo de transferência de renda ou (b) de securitização forçada, cujos contribuintes compulsórios seriam agentes econômicos. Outra explicação seria a (c) proteção da vítima ou o reconhecimento de sua vulnerabilidade quanto à produção de provas. O Direito construiu mecanismos importantes para assegurar os objetivos (b) e (c), ao exemplo dos seguros compulsórios, da inversão do ônus da prova, da adoção do conceito de atividade de risco. A presunção de responsabilidade pode ser mais um desses mecanismos, no entanto, é necessário identificar para ela um fundamento jurídico apropriado, que não seja tão genérico e omnicompreensivo como a dignidade humana ou o solidarismo jurídico. É ainda mais do que conveniente recorrer ao legislador democrático, se for a intenção de se criar uma nova e mais radical forma de responsabilidade de determinados agentes econômicos. Ademais, dever-se-ia primordialmente buscar no já assentado repositório jurisprudencial e nos conceitos doutrinários da responsabilidade civil uma resposta para muitos dos problemas que são hoje trabalhados sob a óptica da causalidade por presunção. Note-se que essa dificuldade conceitual não é um preciosismo. O termo “presunção de causalidade” já era utilizado no Brasil desde os anos 1950, ao exemplo da obra de José de Aguiar Dias, quando esse autor tratava da responsabilidade pelo fato da coisa.¹⁹

18. O problema surge quando essa utilização deixa de ser alegórica e ganha um aspecto inconvenientemente assertivo: “A causalidade e a probabilidade andam de mãos dadas” (CARDOSO, Sérgio Ramos. *Responsabilidade civil da administração pública: do dano material à perda de uma chance: hipóteses de cabimento*. Dissertação de Mestrado, Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010. p. 70). Como exposto, esses conceitos são incompatíveis em uma mesma expressão.

19. “O que se torna preciso aceitar entre nós, em última análise, já que as diversas correntes coincidem na solução, é a presunção invariavelmente reconhecida no direito francês. A esse propósito, consideramos infundado o vivo debate, travado na jurisprudência francesa, sobre se tal pressuposto se refere à culpa ou à responsabilidade: a presunção é de causalidade; o que se presume é o nexos de causa e efeito entre o fato da coisa e o dano. O dever jurídico de cuidar das coisas que usamos se funda em superiores razões de política social, que induzem, por um ou outro fundamento, à presunção da causalidade aludida e, em consequência, a responsabilidade de quem se convencionou chamar de guardião da coisa, para significar o encarregado dos riscos dela decorrentes. (...) Temos a impressão de que o

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

Em alguns estudos, alude-se à presunção como sinônimo de previsibilidade ou probabilidade, quando o sentido é bem diverso da teoria das probabilidades, tenta-se construir alguma aderência do conceito à Matemática. Em um dos trabalhos inaugurais sobre o tema, Vasco della Giustina defende que parece ser

“(...) legítimo recorrer-se à noção de probabilidade ou de ‘previsibilidade objetiva’ do dano em relação ao ato danoso, porque se existe uma probabilidade suficiente, ela permite razoavelmente presumir que o ato danoso tenha aportado efetivamente uma condição necessária à eclosão do evento”.

Desse modo, “a probabilidade ou a previsibilidade objetiva criam, assim, uma presunção de fato em favor da causalidade”.²⁰

Correspondia ao propósito de Vasco della Giustina tratar de um problema muito específico que a doutrina francesa já denominou de “culpa coletiva” e que se referia à impossibilidade de determinação precisa da participação de sujeitos diversos na causação de dano. Em outra passagem de seu livro, Vasco della Giustina menciona a presunção de causalidade e a causalidade alternativa ou suposta.²¹

A “causalidade alternativa”, por sua vez, foi exposta por Clóvis Verissimo do Couto e Silva em hipóteses muito restritas, quando o dano for produzido por vários sujeitos sem que se conheça quem de entre estes determinou a ocorrência do prejuízo. O exemplo dado foi o de uma construção administrada por três empreiteiras, entre as quais não existia vínculo contratual, e uma delas foi a causadora do dano, não sendo possível identificar qual delas foi a autora. Nessa circunstância, haveria a responsabilidade solidária entre as três empresas, desde que a relação entre elas não fosse ocasional e que existisse homogeneidade de riscos.²² Adroaldo Furtado Fabrício, ao analisar as diferenças entre o nexos causal no crime e no cível, referiu-se à causalidade alternativa, a qual, segundo ele, “está longe de ser uma completa novidade”. A tanto, lembrou-se da “velha *actio de effusis et deiectis romana*, que sobrevive em códigos civis contemporâneos, o brasileiro entre eles (art. 1.529), como o argentino (art. 1.119)”. E mencionou o “sempre repetido caso

problema ganha em simplicidade e fica com sua solução facilitada se estabelecermos que, em face daquela presunção de causalidade, ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao *status quo* ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. vol. 2, p. 397-398).

20. GIUSTINA, Vasco Della. *Responsabilidade civil dos grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 45.

21. *Idem*, p. 62.

22. COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile*: Cours fait dans l'Université de Paris XII. Paris: Universidade de Paris XII, 1988. p. 71 e ss.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

da corrida de carruagens, uma das quais atinge e mata ou fere um passante, sem poder-se identificar qual delas, tem idade pelo menos suficiente para situá-lo em era anterior à popularização dos veículos motorizados”.²³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda também estudou a causalidade alternativa. Em sua visão, ela se apresentaria quando o dano pode ser causado por um ou outro sujeito, sem que haja certeza quanto a saber “qual dos dois o causou”. Diante dessa circunstância, haveria duas respostas: (a) não responsabilização de quaisquer deles, por se conceder que sem prova haja responsabilidade; (b) a responsabilização de qualquer dos participantes no ato.²⁴

Como se verá nos parágrafos 16 e 17, a responsabilidade civil em sua conformação clássica ainda é o que de mais avançado há na Alemanha.

Quanto à função distributiva da responsabilidade civil, reitera-se que transformá-la em uma técnica de justiça distributiva é algo que a desnaturaria e a deixaria irreconhecível como um instituto de Direito Civil. Se é este o objetivo do legislador democrático ou da jurisprudência, talvez fosse o caso de se criar um novo nome para esse instituto, que não corresponde ao que se entende por responsabilidade civil.

Complementarmente, seria mais interessante valer-se da terminologia *responsabilidade por presunção* na medida em que se evita associá-la a um argumento de autoridade matemático, que é muito sedutor para os juristas, seja por sua pretensão de certeza, seja pelo antigo complexo de inferioridade do Direito em relação à Matemática, à Física ou à Biologia.

10. Em termos matemáticos e também argumentativos, não é adequado se referir a *nexo causal probabilístico*, muito menos a associar o que se denomina de critério ou método probabilístico ao que se tem assim denominado. No entanto, surge o problema: é possível ainda usar a expressão *nexo de causalidade*?

A resposta a esta pergunta há de ser dada em dois níveis:

a) A noção de *nexo causal*, considerando-se seus fundamentos matemáticos e físicos, é ainda adequada sob a perspectiva da causalidade axiomática e da Física Newtoniana. Não há equívoco em dela se fazer uso, o que ocorre até aos dias de hoje nas escolas de todo o mundo. Evidentemente que esse emprego da causalidade há de ser levado a efeito com respeito aos avanços científicos dos anos 1920-1930 e décadas seguintes. A contribuição de Andrei Nikolaevich Kolmogorov não pode

23. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Absolvição criminal por negativa de existência ou de autoria do fato: limites de sua influência sobre o juízo civil. *Revista de Processo*. vol. 66. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./1992, p. 7-24.

24. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. XXII, p. 274.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



ser ignorada. Sendo assim, a causalidade foi objeto de superação nos níveis mais evoluídos das Ciências Naturais, embora ainda conviva com a probabilidade no âmbito da formação elementar e também como um caso particular da teoria das probabilidades.

b) Como um conceito *naturalizado* e adaptado ao Direito, assim como tantos outros já assinalados, o nexos de causalidade pode ainda ser útil, desde que aplicado dentro de seus limites. A causalidade axiomática é interessante por atribuir um efeito a uma causa, estabelecer uma relação de magnitudes e admitir a ocorrência de reações em sentido contrário. As concepções jurídicas sobre a causalidade é que devem ser examinadas, o que se fará na próxima seção, atentando-se para sua evolução histórico-dogmática.

Sobre a causalidade no Direito, pode-se repetir o que os arautos proclamam logo após o falecimento de um monarca e a ascensão de seu sucessor: *A causalidade está morta! Viva a causalidade!* Se é necessária a *naturalização* da teoria das probabilidades para o Direito no século XXI, eis uma pergunta para a qual este autor não tem resposta. A única certeza é a de que isto não foi levado a efeito e nada parecido com essa *naturalização* ocorreu com a adoção da denominada *causalidade probabilística*, que seria mais adequadamente reconhecida como uma teoria da responsabilidade por presunção, o que é bem diferente de se referir a estatísticas relativas a outros eventos, as quais se aproveitam para um caso específico para fins de reprodução ou analogia.

IV. A "SUPERAÇÃO" DA IDEIA DE CAUSALIDADE E O PROBLEMA DA FLEXIBILIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL. EXCURSO

11. A ideia de que o nexos causal foi flexibilizado ou está a sofrer esse processo de flexibilização tem obtido muitos adeptos na doutrina brasileira. Julga-se importante examinar os fundamentos desse tópico, mas com a perspectiva do Direito alemão, como se fará na seção seguinte. Não se discute aqui o sucesso dessa tese na jurisprudência ou na doutrina do Brasil, embora efetivamente seja esse um fenômeno tipicamente nacional e sem paralelo em outros países do mundo. Pode-se afirmar, com esforço na experiência alemã, que o conceito de nexos de causalidade não está superado ou enfraquecido.

No Direito alemão contemporâneo, a causalidade permanece como um elemento central da responsabilidade civil. Unem-se para isso os fatores históricos, epistemológicos e dogmáticos que explicam a *naturalização* do conceito de causalidade e sua apropriação pelo Direito Civil e pelo Direito Penal.

Não se considera interessante estabelecer um diálogo entre a experiência romana ou medieval sobre a relação de causa e efeito, ainda que essa se encontre estabelecida em obras de pré-socráticos, escritos aristotélicos e em autores escolás-

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



ticos, agostinianos e tomistas. As noções de causa eficiente, causa final, “causa das causas” e outros problemas teológicos como a possibilidade da existência do mundo sem Deus são muito interessantes e influenciaram juristas da Antiguidade e do Medievo. No entanto, a *naturalização* da causalidade, ocorrida nos séculos XVIII e XIX, com antecedentes no século XVII, foi o resultado *direto* do Racionalismo e da Revolução Científica. Embora sejam interessantes as abordagens mais recuadas no tempo, prefere-se delimitar o exame da questão a alguns autores dos últimos duzentos anos, o que se justifica pela natureza deste escrito.

Em muitos ordenamentos jurídicos, existem problemas relacionados ao risco, como a inalação de determinados minerais por trabalhadores, o desenvolvimento científico, o ato de fumar ou os danos decorrentes do consumo. No entanto, não há discussões sobre a flexibilização do nexos causal ou a utilização de teorias minoritárias como se fossem a regra geral ou a “superação” das teorias clássicas. Muitos desses problemas têm sido agravados no Brasil como o bartolismo ou a má importação de conceitos jurídicos.²⁵ Exemplo disso está na tradução de *Deliktsrecht* para *Derecho de Dãnos* e sua adaptação ao Brasil para direito de danos como se essa terminologia pudesse suceder (adequadamente) a expressão responsabilidade civil.

No próximo tópico, cuidar-se-á do nexos causal e seus fundamentos contemporâneos com maior detalhamento.

V. O CONCEITO DE NEXO CAUSAL E A EXPERIÊNCIA ALEMÃ: RECUPERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE E SUA APLICAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

12. As principais teorias da causalidade são de origem alemã e encontraram repercussão na maior parte dos ordenamentos de tradição romano-germânica. É mais do que conveniente proceder a um inventário dessas teorias.

13. Maximilian von Buri (1825-1902) foi um penalista e conselheiro do Tribunal do *Reich*, nascido no Hesse, membro do Partido Nacional Liberal da Alema-

25. “Ao que tudo indica, o jurista brasileiro, seja por meio da negação do positivismo, seja por meio do recurso a princípios, continua a buscar uma espécie de ‘direito superior’ na lei e na doutrina estrangeiras. Culturalmente, essa atitude se explica pelo complexo de inferioridade” (MEDINA, Francisco Sabadin. *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien – Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive – Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering*, de Benjamin Herzog. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016, p. 393-412, esp. p. 411).

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

nha unificada.²⁶ Foi-lhe atribuída a criação da *teoria da equivalência das condições*, comum ao Direito Penal e ao Direito Civil. Um de seus escritos mais importantes foi a monografia *Über Causalität und deren Verantwortung*, editada por Gebhardt, em Leipzig, em 1873. A influência da causalidade axiomática é bem nítida no conceito de causalidade que ele apresenta: a soma de todas as forças é de ser considerada como causa do fenômeno, pois “tudo o que é condição deve ser considerado como causa”.²⁷ Não se pode, no entanto, segundo von Buri, confundir *causa* e *culpa*. O médico que opera com diligência um paciente não pode ser responsabilizado se este vem a falecer por efeito de um evento imprevisto no procedimento. O médico pode ser considerado o *autor da morte*, mas não é o *culpado pela morte*.²⁸ Esse jogo de palavras é útil para realçar a importância da diferenciação entre culpa e causa.

A teoria de von Buri não foi bem-sucedida porque não possuía filtros suficientes para impedir uma generalizada responsabilização de indivíduos que, de qualquer modo, concorressem para o evento delituoso.²⁹

14. Outra teoria muito importante, oriunda do Direito alemão, é a relativa à *causalidade adequada*. Há um ponto muito relevante em seu desenvolvimento: a busca por critérios seletivos para a definição do alcance da causalidade. Embora não tenha ocorrido o desenvolvimento matemático da teoria das probabilidades, experimentado nos anos 1920-1930, intuía-se que, rigorosamente, a identificação da responsabilidade com ações causais plúrimas – ainda que não concorrentes ou

26. Para se compreender o papel dessa agremiação partidária na Alemanha da segunda metade do século XIX, confira-se: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *O Direito* vol. 147. Lisboa, 2015, p. 45-110-110, esp. p. 50 e ss.

27. BURI, Maximilian von. *Über Causalität und deren Verantwortung*. Leipzig: Gebhardt, 1873. p. 1-2 (versão digitalizada disponível no *Deutsches Textarchiv*. Manteve-se a ortografia da época).

28. *Idem*, p. 6.

29. “No âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência de condições levaria absurdamente longe demais a obrigação de indenizar. Na esfera dos atos ilícitos (responsabilidade civil subjetiva) ainda seria possível de certa maneira filtrar, como no Direito Penal, dentre todos os fatos verificados, aqueles pelos quais se pudesse dizer que o agente era culpado; uma vez apurada a culpa, seriam indenizáveis todos os danos que não teriam ocorrido sem o fato culposo. Todavia, essa nunca seria tarefa fácil. Mas esse filtro não é cogitável no âmbito da responsabilidade objetiva: nesta, onde muitas vezes nem sequer temos condutas humanas, e onde, quando as temos, o elemento culpa é irrelevante, sem esse filtro, a extensão dos danos indenizáveis ficaria sem possibilidade de determinação” (NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*. ano 92. vol. 816. São Paulo: Ed. RT, out./2003, p. 733-752).

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

concomitantes – poderia determinar a existência de absurdos lógicos ou generalizações irracionais. Não existe “uma” *teoria da causalidade adequada*. Essa circunstância tem provocado diversos problemas na doutrina brasileira que a importou do Direito alemão sem considerar suas diferenciações internas.

A mais conhecida de entre as teorias da causalidade adequada é de autoria de Johannes Adolf von Kries (1853-1928), fisiologista de Baden, que posteriormente se tornou súdito do *Reich* alemão. Sua contribuição para o Direito foi acidental e está na diferenciação entre causa adequada e causa aleatória, terminologia que foi também apropriada por Max Weber para explicar fenômenos históricos. Haveria um método na aplicação dessa teoria. O agente causador do dano é responsabilizável pelo modo como agiu, mas dentro do que conhecia ou podia conhecer na situação sob investigação. Essa primeira etapa é metajurídica seguida de uma fase jurídica, baseada na máxima latina *id quod plerumque accidit*, aquilo que geralmente acontece.³⁰ Ou, na linguagem de von Kries, o conhecimento empírico geral existente (*vorhandenen generellen Erfahrungswissens*), expressão usada nas decisões do *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal alemão, parcialmente equivalente ao STJ do Brasil).³¹ Essa segunda etapa é ultimada sob o signo da prognose retrospectiva de caráter objetivo (*objektiven nachträglichen Prognose*), termo que não é de von Kries, mas de Franz Eduard Ritter [*cavaleiro*] von Liszt.³²

Após a contribuição original de von Kries, os juristas começaram a desenvolver o conceito de causalidade adequada. O conterrâneo de von Kries, Max Friedrich Gustav von Rümelin (1861-1931), professor e reitor da Universidade de Tübingen, desenvolveu a doutrina da prognose retrospectiva de caráter objetivo.³³ Por meio desse processo mental, uma vez ocorrido um fato, daí seu caráter retrospectivo, o sujeito tenta fazer uma prognose sobre a possibilidade de sua ocorrência. Essa previsibilidade da consequência em relação ao ato determinaria a adequação da causalidade.

Friedrich Wilhelm Ludwig Traeger (1856-1927), professor catedrático de Direito Penal da Universidade de Marburg, escreveu um trabalho fundamental para o desenvolvimento da teoria, intitulado *O conceito de causalidade em matéria penal*

30. Idem.

31. BGH, I ZR 31, de 23.10.1951.

32. Franz Eduard Ritter von Liszt (1851-1919), nascido em Viena, líder da Escola Sociológica, catedrático de Direito Penal e de Direito Internacional da Universidade de Berlim e membro do *Reichstag*. Estudou Direito na Universidade de Viena e foi aluno de Rudolf von Jhering. Lecionou em Graz, Marburg, Hall e, a partir de 1898, em Berlim.

33. RÜMELIN, Max Friedrich Gustav von. Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*. vol. 90. fascículo 2. 1900, p. 171-344 (conforme a grafia alemã da época).

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

e civil.³⁴ Nesse livro, Traeger examina todas as vertentes da causalidade adequada: (a) por von Kries (dita teoria *subjektiva* – p. 130); (b) Rümelin (dita teoria *objektiva* – p. 136); (c) Bar (p. 145); (d) Hess (p.147); (e) Merkel (p. 149); (f) Thon (p. 150); (g) Hass (p. 152); (h) Helmer (p. 152); (i) Hartmann (p. 153); (j) Liepmann (p. 154); e (k) Rohland (p. 157). Em seguida, ele apresenta sua própria teoria, que distingue situações nas quais o agente deve ser julgado conforme sua conduta culposa, ao passo em que, para situações especiais, dever-se-ia exigir uma conduta excepcionalmente diligente do agente, impedindo-se o emprego de um critério generalizante.

Karl Martin Ludwig Enneccerus (1843-1928), professor catedrático da Universidade de Göttingen e depois de Marburg, é reconhecido como o autor da *teoria negativa* da causalidade adequada, a qual goza de prestígio em parte da doutrina brasileira.³⁵ Sob esta acepção, a teoria não se ocupa do que seja a causa adequada, mas o que *não seria uma causa adequada*. A ruptura do nexo de causalidade só ocorreria “quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias”.³⁶

15. Na jurisprudência do Tribunal do *Reich*, órgão que exerceu a função jurisdicional máxima na Alemanha até a promulgação da Lei Fundamental de Bonn em 1949, a teoria da causalidade adequada foi majoritária. É muito importante o precedente do *Reichsgericht* de 15.02.1913, no qual foram afastadas as consequências remotas de um evento que lhe é atribuído como causal.³⁷

O sucessor do *Reichsgericht* foi o *Bundesgerichtshof* [Tribunal Federal], que exerce a jurisdição em último grau em direito ordinário em matérias não administrativas, fiscais e trabalhistas. Atualmente, este tribunal segue a teoria da causalidade adequada, com algumas nuances. Uma delas está em que o tribunal afastou o critério da probabilidade matemática para fundamentar o nexo de causalidade, no que se ajusta às críticas formuladas à ideia de um nexo probabilístico (ver parágrafos 7 a 10).³⁸

34. TRAEGER, Ludwig. *Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB. Marburg: Elwert, 1904.

35. “Das duas formulações, é preferível a negativa, pelo menos no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, mesmo que em termos práticos se possa dizer que explicada uma relação de adequação à luz da formulação positiva, não há, em princípio, necessidade de recorrer à negativa. Em geral, só quando a formulação positiva não revelar a existência de nexo causal é que haverá interesse em analisar o caso à luz da formulação negativa.” (NORONHA, Fernando. Op. cit., loc. cit.).

36. Idem.

37. RGZ 78, 270.

38. BGHZ 18, 286.

16. Na atualidade, encontram-se críticas à teoria da causalidade adequada e há tentativas de se emprestar um fundamento jurídico novo para os problemas da responsabilidade civil, como a doutrina do escopo de proteção da norma.³⁹

Todas essas inovações não conseguiram superar a teoria da causalidade adequada. E ainda que se chegue a um novo modelo teórico para a responsabilidade civil, não se encontram no Direito alemão parâmetros para se admitir a flexibilização do nexo de causalidade. Como visto, a passagem da *teoria da equivalência das condições* para a teoria da *causalidade adequada* ocorreu precisamente para se estabelecerem filtros ao nível de imputação e de responsabilização dos agentes por determinadas condutas. Se essa noção era válida para o século XIX, no século XXI a vinculação entre causalidade adequada e a colocação de limites à imputabilidade permanece intacta, como se observa dos projetos de reforma do Direito delitual no âmbito europeu.

No projeto de reforma austríaco, há uma combinação entre a causalidade adequada e a teoria do escopo de proteção da norma na seção relativa aos “limites da imputação”:

“§ 1.310. (1) Devem ser reparados os danos causados de uma forma causalmente adequada e que sejam abrangidos pelo fim de protecção da norma violada ou, de qualquer forma, da norma que fundamenta a responsabilidade; devem igualmente ser tidos em conta o peso dos fundamentos da imputação e as vantagens alcançadas pelo obrigado à reparação.

(2) Se o lesante se tiver comportado de uma forma ilícita, mas o dano se teria igualmente verificado no caso de conduta alternativa lícita, o fundamento e o montante (*Grund und Höhe*) da responsabilidade regem-se de acordo com o peso dos fundamentos da imputação.”⁴⁰

Dá-se idêntica preponderância da causalidade adequada na reforma suíça da legislação sobre responsabilidade civil.⁴¹

39. Guilherme Henrique Lima Reinig (*O problema da causalidade na responsabilidade civil: a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. Tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2015) é autor de trabalho pioneiro no Brasil sobre a teoria do escopo de proteção da norma.

40. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Sobre uma eventual definição da causalidade nos projectos nacionais europeus de reforma da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 20. vol. 78. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./2011, p. 161-188.

41. “É na verdade característico da teoria da causalidade adequada o constituir uma limitação a uma teoria puramente científica, a teoria da *conditio sine qua non*. Nem toda a *conditio sine qua non* será causa adequada. É necessário introduzir limitações de carácter normativo, próprios do mundo da cultura, para que o dano possa ser imputado à esfera de responsabilidade do agente. Mas outras teorias, como a do fim de protecção da norma, que

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



Finalmente, não podem ser confundidas situações ligadas à objetivação da responsabilidade civil, que no sistema brasileiro pode ocorrer por expressa previsão legal ou pelo reconhecimento específico da existência de uma atividade de risco, com a flexibilização do nexo de causalidade. Muito menos são reconduzíveis a esse abrandamento do nexo de causalidade as hipóteses de securitização e casos nos quais se utilizam de presunções ou de verossimilhança, o que se torna incompatível com a noção de probabilidade no sentido matemático.⁴²

17. No Direito austríaco, com reflexos na Alemanha, desenvolveu-se a *teoria da causalidade alternativa*, concebida por Franz Bydliniski (1931-2011), professor catedrático na Universidade de Viena. Trata-se de uma construção teórica ainda minoritária na Europa e que infelizmente tem sido pouco compreendida e assimilada a hipóteses diferentes daquelas imaginadas por seu autor.

Não correspondem à *causalidade alternativa*: (a) técnicas de inversão do ônus da prova; (b) presunção da existência de um nexo de causalidade.⁴³ É também dissociada da teoria a noção de que se possa condenar um agente por um fato por efeito de sua ocorrência abstrata em várias situações estatisticamente comprovadas, como supor que alguém morreu por efeito de um procedimento cirúrgico pelo simples

alguns têm já pretendido que substitua completa e definitivamente a teoria da causalidade adequada, lidam igualmente com conceitos normativos, jurídicos. O que se pode dizer é que a teoria jurídica mais divulgada acerca da causalidade, na Suíça como de resto na Europa, é a da causalidade adequada” (Idem).

42. A esse propósito, a observação de Guilherme Henrique Lima Reinig (Op. cit., p. 279) é inteiramente adequada: “Os ‘antigos’ institutos do ato ilícito, da culpa, do nexo de causalidade são considerados, por alguns autores, como ultrapassados e são pouco investigados, numa perspectiva técnica, na doutrina brasileira. O comum é serem criticados ou até mesmo sentenciados à morte, mas sem uma prévia e necessária compreensão de seu atual sentido no direito positivo pátrio e no direito comparado. A responsabilidade pelo risco, cuja importância é inegável no atual contexto social, recebe quase toda a atenção da doutrina, e não é raro ser considerada a única solução justa e possível para os problemas da responsabilidade civil. Porém, é preciso desvencilhar-se de uma visão, alimentada por décadas de um inicialmente justo, mas incessante, ataque à responsabilidade por ato ilícito, que considera qualquer espécie de apreciação de conduta como retrógrada e relacionada a um ranço individualista e tecnicista. Na verdade, *a priori* nada diz contra um regime de responsabilidade orientada pelo critério da ilicitude da conduta do agente lesivo. Mas, para compreender seu potencial funcional, é preciso investigá-la com cuidado e – talvez não seja exagero dizê-lo no atual cenário – respeito. Além disso, trabalhar dogmaticamente as noções relacionadas ao ato ilícito pode contribuir para uma melhor identificação dos limites e da funcionalidade da responsabilidade pelo risco no contexto do art. 927, parágrafo único, do CC”.
43. KOZIOL, Helmut. *Basic questions of Tort law from a Germanic perspective*. Wien: Jan Sramek, 2012. p. 142.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



fato de que centenas de outras pessoas também faleceram por haverem se submetido a semelhante técnica.

A solução de Franz Bydliniski tem fundamento normativo no Direito austríaco (§ 1304 ABGB)⁴⁴ e se vale da noção de responsabilidade solidária de agressores alternativos.⁴⁵ Para além disso, há a exigência de que os dois eventos tenham um grau extremamente elevado de risco concreto para a produção do resultado. Mesmo assim há aspectos criticáveis na doutrina da causalidade alternativa austríaca, quando esta menciona o problema da ausência de certeza na relação de causalidade. Ora, como visto nos parágrafos 7 a 10, quando a probabilidade se aproxima de 100%, chega-se ao conceito de nexo de causalidade, o que consiste em um abuso de linguagem ou um jogo de palavras.

A causalidade alternativa foi admitida no *Draft Common Frame of Reference*, nesses termos:

“VI. – 4:103: Alternative causes

Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage.”⁴⁶

Nesses termos, quando um dano, considerado *juridicamente relevante*, tiver como causa quaisquer das condutas imputáveis a diferentes sujeitos e se estabelece que o dano foi causado por uma delas, sem que se possa definir qual delas especificamente haja sido o agente causal, firma-se uma presunção de que cada uma delas concorreu para sua causação. O projeto de norma comum europeia não admite, porém, a adoção de critérios probabilísticos, muito menos permite inferir que haja espaço para a chamada imputação parcial.

44. Wenn bey einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnißmäßig; und wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen. Disponível em: [www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR12019045]. Acesso em: 4 maio 2016.

45. BYDLINSKI, Franz. Haftung bei alternativer Kausalität. Zur Frage der ungeklärten Verursachung, besonders nach österreichischem Zivilrecht. *Juristische Blätter*. vol. 81. jan./1959, p. 1-13.

46. BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (ed.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2009. p. 405-406.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



Esse caráter residual da causalidade alternativa é ainda insusceptível de generalizações. Registre-se que, em certa medida, parte da doutrina brasileira continua a defender serem apropriadas as noções de nexos causal majoritárias nas principais ordens jurídico-civilísticas contemporâneas.⁴⁷

VI. CONCLUSÕES

18. O estudo do *nexo causal probabilístico* no Brasil começa a tomar grandes proporções e é necessário enfrentar problemas metodológicos, conceituais e de eficácia do modelo proposto. Na literatura europeia há estudos recentes sobre a causalidade alternativa e causalidade parcial, cujos resultados são contestados por parte significativa da doutrina.

No Brasil, a causalidade alternativa, ao menos na jurisprudência do STJ, já foi utilizada para resolver casos de responsabilidade civil de condôminos (queda de objetos da varanda de um apartamento, com impossibilidade de se identificar o responsável pelo evento)⁴⁸ e de indenização por morte de torcedor por ação de grupo rival, após uma partida de futebol.⁴⁹ A despeito de ser contestável a simetria entre

-
47. “A doutrina da causalidade adequada domina atualmente, no campo da responsabilidade civil, de forma pacífica, quer na doutrina quer na jurisprudência.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade civil. Assalto em estacionamento de supermercado. Estacionamento gratuito como caso de “relação contratual de fato”. Admissão da prova de não culpa. Estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte. Falta da relação de causalidade adequada. *Revista dos Tribunais*. vol. 735. São Paulo: Ed. RT, jan./1997, p. 121-128; FACHIN, Luiz Edson. Nexos de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil. *Soluções práticas*. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 1, p. 359; MORSELLO, Marco Fábio. O nexos causal e suas distintas teorias: Apreciações críticas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 19. São Paulo: IASP, jan.-jun./2007, p. 211-220; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. vol. 6. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2001, p. 3-19.
48. “Responsabilidade civil. Objetos lançados da janela de edifícios. A reparação dos danos é responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529 do CC brasileiro. Recurso não conhecido.” (STJ, REsp 64.682/RJ, 4.^a T., j. 10.11.1998, rel. Min. Bueno de Souza, DJ 29.03.1999, p. 180.)
49. “Civil e processual. Ação de indenização. Morte de torcedor após partida de futebol por grupo do time rival. Absolvição pelo tribunal do júri. Efeito sobre a responsabilidade civil. Inexistência material do fato. Arts. 1.525 do CC e 66 e 386 do CPP. Incompatibilidade parcial. I. Nem todas as hipóteses de absolvição no Tribunal do Júri levam à aplicação das exceções previstas no art. 1.525 do CC quanto à impossibilidade de apuração da existência do fato ou da sua autoria, em face da ressalva constante do art. 66 do CPP, norma mais moderna e prevalente.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



os elementos descritivos, os fundamentos e os pressupostos da *causalidade alternativa*, percebe-se nesses casos uma maior coerência do que a invocação genérica de elementos como a verossimilhança, a presunção e o critério probabilístico.

19. Nos tópicos deste artigo foi possível demonstrar que:

a) O conceito de nexos causal é o resultado de um lento processo de *naturalização* de conceitos e fórmulas da Matemática e da Física, para se limitar aos últimos 200 anos, muito semelhante ao ocorrido em outras áreas do Direito.

b) Nos anos 1920-1930, as Ciências Matemáticas evoluíram para considerar a causalidade um “caso particular” da teoria das probabilidades. É equívoco, portanto, estabelecer distinções *jurídicas* artificiais entre certezas e probabilidades. A *causalidade axiomática* permanece útil para a Física Newtoniana e para a Matemática Euclidiana.

c) Conjuguar *causalidade* e *probabilidade*, como se encontra na expressão *nexo causal probabilístico*, é uma contradição terminológica. Não é possível admitir a existência de um nexos causal probabilístico, ao menos se observada a fonte teórica de ambos os conceitos em sua formulação original.

d) Muitas das concepções sobre o *nexo causal probabilístico* terminam por combinar elementos retóricos e de caráter distributivista, como parte de um discurso que se fortaleceu no século XX e muito usual em países com problemas de desigualdades sociais, para fundamentar decisões ou teses doutrinárias sob a noção de que se estaria a empregar elementos da teoria das probabilidades ou da Ciência Estatística.

e) A teoria da causalidade adequada, mesmo com sua disputa contemporânea com a doutrina do escopo de proteção da norma, persiste como marco fundante da responsabilidade civil na Alemanha. A tese de uma generalizada flexibilização do nexos de causalidade não é reconhecida naquele país e os desenvolvimentos da polêmica sobre o nexos de causalidade ainda são incipientes no Direito europeu.

f) A *causalidade alternativa* não se confunde com a *causalidade probabilística*. Trata-se de uma teoria austríaca, que tem obtido algum avanço nos projetos euro-

II. Assim, se não firmada, categoricamente, a inexistência material do fato – e aqui ele ocorreu – permite-se a investigação no cível da ocorrência de dolo ou culpa que levaram à prática do ilícito gerador da obrigação de indenizar. III. Caso em que a prova dos autos, como reconhecido pelas instâncias ordinárias – em 1.º grau até antes da decisão criminal – mostra a participação dos réus na agressão a um grupo rival de torcedores que levou à morte do esposo e pai dos autores, após partida de futebol. Demonstrada a existência material do fato na esfera criminal e a ilicitude do comportamento, no âmbito civil, procede o pedido indenizatório relativamente aos responsáveis.

IV. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 26.975/RS, 4.ª T., j. 18.12.2001, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 20.05.2002, p. 142.)

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Nexos causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.



peus de uniformização do Direito delitual, que se pauta pela aplicação de princípios de solidariedade⁵⁰ a casos de difícil comprovação do nexu etiológico, embora algumas das soluções da lei austríaca não possam ser corretamente importadas para o Direito brasileiro, dada a existência de mecanismos já predispostos no ordenamento nacional e que respondem com suficiente objetividade a tais demandas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao enunciado 37 da 1.ª Jornada de Direito Civil, de Guilherme Henrique Lima Heinig e Daniel Amaral Carnaúba – *RDCC* 7/63-94 (DTR\2016\20336);
- Nexu de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil, de Luiz Edson Fachin – *Soluções Práticas – Fachin* 1/359 (DTR\2012\115); e
- O nexu de causalidade na responsabilidade civil, de Fernando Noronha, *RT* 816/733-752, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 7/301-324 (DTR\2003\581).

50. Não no sentido da solidariedade social, como se tem empregado no Brasil, com base no art. 3.º, I, da CF/1988, referido comumente como “princípio da solidariedade”.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Nexu causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporânea*. vol. 8. ano 3. p. 115-137. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

