

Multiplicidade de causas e incerteza sobre o nexu causal

Multiple causes and uncertainty over causation

Renato Lovato Neto

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Mestre em
Direito Privado pela Universidade Católica Portuguesa do Porto, Advogado

Junho de 2015

RESUMO: A doutrina da causalidade alternativa, de origem alemã e austríaca, pretende assegurar a reparação quando alguém sofre um dano e este tem a sua verdadeira causa desconhecida. Isso pode ocorrer porque o fator potencialmente lesivo advém de uma coletividade determinada de pessoas, mas não se sabe qual dos agentes o fez, ou há um conjunto de fatos similares desferidos ao mesmo tempo ou ainda uma multiplicidade de potenciais causas, incluindo fatos da natureza, onde todas apresentam potência para causar a lesão verificada, mas não é possível estabelecer qual delas a foi. Portanto, a causalidade alternativa tem o seu campo de aplicação delimitado às hipóteses em que se verifica o desconhecimento da autoria da conduta lesiva dentro de um grupo determinado de pessoas, onde com certeza um dos sujeitos causou o prejuízo, mas não se sabe quem. Também será no caso de impossibilidade do estabelecimento do nexos causal entre dois ou mais possíveis autores ou fatores da natureza, identificados ou não, ou em casos de *market share liability*. A responsabilidade civil pelo funcionamento anormal de serviços de competência da Administração Pública soluciona o problema da incerteza quanto ao nexos causal na pluralidade de potenciais causas nas relações de subordinação de seus agentes. A causalidade alternativa pretende resolver a incerteza do nexos causal na multiplicidade de potenciais causas. O trabalho discute a adequação das soluções possíveis, quais sejam, a responsabilidade parcial ou a responsabilidade solidária.

PALAVRAS-CHAVE: Causalidade alternativa; Responsabilidade civil solidária; Responsabilidade por quota de mercado; Responsabilidade parcial

ABSTRACT: The doctrine of alternative causation, of German and Austrian origin, intends to ensure the repair when a victim suffers an injury and the true cause remains unknown. This may occur either because the potentially harmful factor comes from a certain group of people, but it is not known which of the agents did it, or when there is a set of equal conduits moved at the same time or a plurality of potential causes (including facts of nature) where all have power to cause the observed injury, but one cannot be established which of them was. Therefore, the alternative causality has its defined scope to cover cases where there is lack of knowledge about the authorship of the harmful conduct within a particular group of people, where certainly one caused the injury, but it is unknown who did it. It's also applied when it is impossible to set the causal relationship between two or more possible perpetrators or factors of nature, identified or not, or in cases of market share liability. The liability for the abnormal functioning of services provided by the Public Administration solves the problem of uncertainty about the causal link in the plurality of potential causes in subordination relationships involving its agents. The alternative causation aims to address the problem of the uncertainty of causation where there is multiple only-potential causes. The paper discusses the adequacy of the possible solutions, namely the partial responsibility and the joint liability.

KEY WORDS: Alternative causation; Joint liability; Market share liability; Partial liability

SUMÁRIO:

Introdução

2 Nexo causal no direito brasileiro e português

3 Causalidade alternativa no BGB e no ABGB

4 Causalidade alternativa em projetos de unificação do direito civil na Europa

5 *Market share liability* (responsabilidade por quota de mercado)

6 Aplicabilidade da causalidade alternativa no direito português

6.1. A falta anônima e a falta coletiva

6.1.1. O art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007 e a causalidade alternativa

6.2. Aplicações da causalidade alternativa pelos Tribunais portugueses

6.2.1. O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º 293/13.3TBCDN.C1, de 05/05/2015

6.2.2. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 154/10.8TBCDR.S1, de 19/05/2015

7. Responsabilidade de grupos no Superior Tribunal de Justiça do Brasil

7.1. O Acórdão no REsp n.º 57.163-4/RS de 11/12/1995

7.2. O Ac. no REsp n.º 26.975/RS, de 20/05/2003

7.3. O Ac. no REsp 68.682/RJ, de 29/03/1999

8. Hipóteses de aplicação da causalidade alternativa

Conclusão

Bibliografia

Jurisprudência

1. Introdução

A interpretação tradicionalmente fechada da responsabilidade civil, principalmente quanto aos seus pressupostos¹, requer o desenvolvimento de novas percepções em determinadas hipóteses, em uma área reconhecida por sua rigidez, mas que a todo instante se molda aos fenômenos sociais – por via legislativa, judicial ou doutrinária. Nesse contexto, a multiplicidade de causas, quando há incerteza sobre o nexos causal, exige ponderações sobre a causalidade alternativa, que abre uma nova frente de debate no direito brasileiro e português, enquanto uma solução que pretende a justiça corretiva e a reparação do lesado.

A causalidade alternativa é uma resposta ao problema da imputação de um dever de indenizar aos agentes que possivelmente ocasionaram um dano, dentro de uma pluralidade de condições, que se apresentam com iguais ou semelhantes probabilidades de serem a causa da violação de um bem jurídico, interesse juridicamente protegido ou direito subjetivo, que resultou em um dano na esfera patrimonial ou não patrimonial de outrem. Ora, perante dois ou mais fatos – humano e voluntário ou uma força qualquer da natureza – com potencialidade para gerar um prejuízo, mas na impossibilidade de definir, com o grau exigido pela lei, qual ou quais condições causaram a lesão, *a verificação de uma probabilidade razoável de que cada potencial agente seja a fonte do evento danoso será suficiente para que ele seja condenado a reparar.*

De acordo com o direito positivo brasileiro e português, nesses casos o lesado (a quem cabe o ônus da prova de suas alegações) não conseguirá provar o nexos de causalidade adequada e, restando dúvida quanto à configuração desse requisito, terá seu pedido de reparação indeferido. Esse desfecho encontra exceções em casos de responsabilidade coletiva ou de grupos, quando o lesado encontraria amparo no direito² com o recurso à causalidade alternativa.

A causalidade alternativa apresenta diversos desdobramentos que serão direcionadas ou à responsabilidade solidária de todos os possíveis causadores do dano ou à promoção de uma responsabilidade parcial, que pretende uma reparação apenas na medida da probabilidade efetiva e cientificamente comprovada – porque mesmo pelos meios ortodoxos o nexos causal e todo processo etiológico são averiguados por meio de juízos de probabilidades, em uma combinação de processos causais apreensíveis pela observação e experiência do homem e elementos desconhecidos que interferem nas marchas causais, que são considerados

¹ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, pp. 52-55, após analisar as construções da doutrina portuguesa – que variam entre dois (como na posição de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, que reduzem a somente o ato ilícito e a culpa do agente), quatro (como MANUEL DE ANDRADE e GALVÃO TELLES, que entender serem requisitos fato, nexos de imputação, dano e nexos de causalidade) e cinco pressupostos (o mesmo ANTUNES VARELA posteriormente apontou a violação de um direito ou interesse alheio, a ilicitude, o nexos de imputação, o dano e o nexos de causalidade) –, reduziu os pressupostos ao ato ilícito e o prejuízo reparável, pois o nexos de imputação integra o primeiro e o nexos de imputação pertence ao composto do segundo. SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 9. ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 17-18, discorre que do texto do Código Civil brasileiro, art. 186, se extraem somente três pressupostos, quais sejam, a conduta culposa do agente, o nexos causal e o dano, enquanto SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil: responsabilidade civil*, vol. 4, 11. ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 25, acrescenta aos três a culpa.

² FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 652.

juridicamente suficientes para a prova da causalidade. A causalidade alternativa é majoritariamente repudiada pela doutrina brasileira e portuguesa por ser incompatível diante de princípios como a *conditio sine qua non* ou da causalidade adequada (ou ainda, da causa direta e imediata) e essa rejeição se deve – e muito – ao fato dos juristas ignorarem a irredutível presença daquela margem de incerteza em todo e qualquer processo causal, o qual nunca será conhecido por completo no caso concreto³.

2. Nexo causal no direito brasileiro e português

A existência de uma pluralidade de fatores causais tão somente potenciais na consolidação de um prejuízo não pode ser analisada como decorrente da conduta de um agente individualizado pelo sistema tradicional da responsabilidade civil, qual seja, a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato. Esta teoria é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência no Brasil e em Portugal como regra geral na responsabilidade civil, prevista pelo Código Civil de cada país. Assim, não há nenhuma referência acerca da causalidade alternativa nos Códigos Civis brasileiro e português, onde predomina a regra geral da causalidade adequada.

O art. 563.º do Código Civil português (CCp) destaca que o nexos de causalidade se dá “em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”, enquanto o art. 403.º do Código Civil brasileiro (CCb) determina que em decorrência da lesão, “as perdas e danos só incluem os prejuízos (...) por efeito dela direto e imediato”. Embora não se deduza da literalidade dos dispositivos, a teoria da causa adequada tem relativa aceitação na interpretação da lei⁴, o que exigiria que, entre todas as condições presentes na marcha causal e com potência de terem produzido o resultado, deve-se fazer uma análise hipotética para se verificar qual a *conditio sine qua non* para se determinar qual a *causa* do prejuízo, e se ele é imputável ao réu no processo ou a qualquer outro elemento estranho.

A teoria da causalidade adequada pondera as condições sob o prisma de um conceito subjetivo do curso natural das coisas, que revelará se a condição é apropriada para produzir o dano, sem ser necessário que o gere direta e exclusivamente, mas que, independentemente de ser mais próxima ou mais remota, seja essencialmente decisiva na produção do dano a partir de uma perspectiva social e de uma valoração geral de todas as circunstâncias e do encadeamento de fatos⁵. Ao ser empregada a causalidade parcial, destaca-se que há uma percentagem de probabilidade de um sujeito ter causado um dano, porém sem se demonstrar com suficiente certeza, pelas regras da experiência, que foi tal

³ RAFAEL PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 57.

⁴ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 6. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 404, e SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 49.

⁵ EUGENIO LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Editorial Trivium S.A., 1988, p. 241.

conduta específica (oriunda de um grupo de indivíduos) que causou um prejuízo⁶: na presença de outras condições igualmente hábeis a ocasionar a lesão, ao se retirar do processo etiológico a conduta de qualquer potencial agente ou qualquer condição natural, a verificação do prejuízo permanece. Se este procedimento for feito em relação a cada uma dessas condições individualizadas, o resultado será sempre o mesmo e jamais será possível definir uma prevalência probabilística da condição mais adequada a causar a lesão.

Em Portugal, Rui Cardona Ferreira⁷ critica o uso da causalidade alternativa, pois esta visão advém do direito alemão, onde o § 830, I, do BGB traz a possibilidade de responsabilização do co-autor mesmo que não seja possível determinar com exatidão o nexu causal, enquanto no direito português a norma do art. 490.º do CCp seria clara no sentido de exigir que o dano seja efetivamente produzido como resultado da ação *conjunta* dos agentes⁸ (para que assim sejam considerados como “vários autores”), situando esse problema na causalidade concorrente e não na visão da causalidade alternativa ou parcial proposta por Helmut Koziol⁹.

No Brasil, a causalidade alternativa muitas vezes é resumida à causalidade parcial, que consiste em uma resposta de igual dificuldade, quer dizer, enquanto naquela os possíveis lesantes podem ser chamados a responder em conjunto e solidariamente pelo dano (de acordo com o modelo adotado), na causalidade parcial os lesantes são obrigados a indenizar somente parcela do prejuízo correspondente à probabilidade de o terem originado – ou seja, cada potencial lesante somente será obrigado a reparar na medida em que for estabelecido qual a probabilidade dele ser o único agente causador.

Portanto, na causalidade alternativa cada um dos sujeitos chamados a responder pelo dano também respondem pela insolvência do outro. Por exemplo, se três indivíduos atuaram de determinado modo em que todos podem ter lesado alguém, mas esta lesão somente pode resultar de *uma* conduta entre os *três fatos*, e um deles é chamado a responder pela integralidade do dano, ele poderá depois exercer o direito de regresso contra os outros dois – respondendo pela eventual insolvência dos outros dois e conseqüente impossibilidade desses de arcarem com o custo da indenização e demais despesas processuais, isto é, ele responderá pela totalidade dos danos sozinho em um primeiro momento (porque ainda caberá posterior ação de regresso contra os que nada pagaram), em favor da reparação integral dos danos sofridos, mesmo que sua conduta seja somente potencialmente a causa destes.

⁶ RAFAEL PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade civil (...), cit.*, p. 62.

⁷ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 282.

⁸ A lei não exige uma atuação concertada ou cooperação entre os agentes e o art. 490.º, CCp, se aplica mesmo na atuação isolada e sem plano de conjunto dos lesantes (ABÍLIO Neto, *Código Civil anotado*, 15. ed., Lisboa, Ediforum, 2006, p. 479).

⁹ Cf. HELMUT KOZIOL, “Prospettive di soluzione in tema di ‘causalità alternative’”, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 5, 2010, p. 971.

3. Causalidade alternativa no BGB e no ABGB

No direito austríaco, a construção de autoria de Franz Bydlinski¹⁰ se baseia na aplicação analógica das disposições previstas no § 1.304, ABGB¹¹, e no § 830, 1, BGB¹², e propõe o emprego da causalidade alternativa em casos em que há mais de uma possível causa para um determinado dano e não é possível determinar qual delas o causou¹³, enquanto o Código Civil holandês (*Burgerlijk Wetboek*) traz disposição semelhante no art. 6:99¹⁴.

Assim, os diplomas civis austríaco, alemão e holandês preveem que, em caso de um dano ter a possível causa dentro de um grupo de condições potenciais e não for possível determinar qual a causa, cada um dos sujeitos ativos que promoveram uma conduta com suficiente probabilidade de causar o prejuízo responde pelo prejuízo em sua totalidade. No caso holandês, há a inversão do ônus da prova, devendo quem foi chamado a responder provar que sua conduta não causou o dano, operando mais em nível de regras processuais do que propriamente nos pressupostos da responsabilidade civil – embora resulte em uma presunção *iuris tantum* do nexu causal.

Franz Bydlinski¹⁵ promoveu a ampliação da utilização da ideia de causalidade alternativa fora do âmbito da responsabilidade civil de grupos para diversas hipóteses em que há uma multiplicidade de *potenciais causas* (incluindo aqui eventos de força maior e caso fortuito, ou de origem ignorada ou desconhecida pelo aplicador do direito, mas que devem ser analisadas pelo juiz), todas com grande probabilidade estatística de serem causa do dano, porém sem aquela ter grau suficiente para superar o teste de causalidade da teoria da causa adequada. Quer dizer, havendo causas em potencial, todas com potência suficiente para terem causado o prejuízo por si próprias, mas com uma incerteza inerente quanto à prova, todas são tidas como causas, porém apenas até o limite da probabilidade de terem causado o dano. Este

¹⁰ HELMUT KOZIOL, "Problems of alternative causation in Tort Law", in *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, HERBERT HAUSMANINGER et al (eds.), Wien, Springer-Verlag, 1999, p. 181.

¹¹ O § 1.301, ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), prevê a responsabilização de danos causados por vários agentes, o § 1.302 dispõe que, quando a participação pode ser delimitada, cada um responde pela parcela que causou o dano, mas que, se houver intenção de causá-lo ou não puder ser identificado quem causou o prejuízo, há a responsabilidade solidária de todos os potenciais causadores, com direito de regresso de quem for acionado contra aqueles que não responderem. O § 1.302, entretanto, divide a responsabilidade pelo dano *proporcionalmente entre o lesante e o lesado* quando esta tiver contribuído para o resultado, ou igualmente, se não for possível certificar qual a probabilidade de cada parte ter causado o prejuízo.

¹² BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*): "Section 830. Joint tortfeasors and persons involved (1) If more than one person has caused damage by a jointly committed tort, then each of them is responsible for the damage. The same applies if it cannot be established which of several persons involved caused the damage by his act. (2) Instigators and accessories are equivalent to joint tortfeasors" (tradução em inglês disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3499>). A previsão do BGB traz resultados substancialmente diversos dos §§ 1.301 e 1.302, ABGB, pois enquanto neste a responsabilidade será parcial (cada lesante responde pela parcela do dano que deu origem), do diploma alemão se extrai uma responsabilidade solidária entre todos os potenciais causadores.

¹³ HELMUT KOZIOL, *Basic questions about tort law from a germanic perspective*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2012, p. 141.

¹⁴ *Burgerlijk Wetboek*: "Article 6:99. Damage caused by more events (reversed burden of proof). Where the damage is caused by two or more events, for each of which another person is liable, and it is ascertained that the damage originates from at least one of these events, then each of these liable persons is joint and several liable for that damage, unless a liable person proves that this specific damage is not caused by the event for which he himself is liable" (tradução em inglês disponível em <<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>>).

¹⁵ Cf. FRANZ BYDLINSKI, "Haftung bei alternativer Kausalität", in *Juristische Blätter*, 10 de jan. de 1959, ano 81, p. 1-13, e "Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität" in *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 1979, pp. 4-34.

mecanismo foi repensado por Helmut Koziol¹⁶, pretendendo-se com isso garantir uma reparação parcial do dano final, correspondente à probabilidade daquele fato ser a causa do prejuízo, ao lado dos demais fatores considerados no caso concreto.

Dessa maneira, o BGB prevê no referido § 830 um modelo denexo de causalidade para quando houver atuação conjunta, ou ao menos simultânea e de forma independente, de vários agentes, que serão *responsáveis solidários* em caso de incerteza sobre a autoria do dano, mesmo em dúvida quanto ao envolvimento causal de cada e até a sua extensão na contribuição ao dano, se pelo menos for certo que a conduta de cada um poderia ser a causa do prejuízo¹⁷.

Portanto, a causalidade alternativa prevista no BGB constitui o instituto que, na existência de vários agentes que tenham praticado uma conduta idônea à produção do prejuízo, mas sendo impossível a identificação do autor ou na existência de outras condições igualmente susceptíveis de atingirem o resultado negativo conferido, pretende a responsabilização solidária de todos os potenciais causadores, cabendo ação de regresso contra aqueles que não forem acionados pelo lesado, caso em que se deve demonstrar que a *conduta de cada um deles isoladamente teria potência o suficiente para causar o prejuízo*¹⁸ – considerando-se o perigo criado e o grau de probabilidade de concretização do prejuízo final sofrido.

4. Causalidade alternativa em projetos de unificação do direito civil na Europa

O *Draft Common Frame of Reference* adotou a ideia de *causalidade alternativa* ao prever em seu art. VI.-4:103¹⁹ que quando um dano juridicamente relevante for causado por qualquer uma das condutas cuja responsabilidade é atribuível a diferentes pessoas e se estabelece que o prejuízo foi causado por uma delas mas sem se precisar qual, presume-se que cada uma delas causou o dano. O fundamento para esta prescrição está em uma *consideração geral de justiça*, segundo a qual uma pessoa que viola um dever com relação a outrem ou o expõe a um aumento de risco não pode ser exonerado da responsabilidade apenas porque outra pessoa fez o mesmo e não é possível estabelecer qual das duas causou o dano²⁰. Entretanto, tanto nos comentários disponíveis²¹ e como no texto do *Draft* não fica clara a

¹⁶ HELMUT KOZIOL, *Basic questions (...)*, cit., p. 156.

¹⁷ DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 207.

¹⁸ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, cit., p. 281.

¹⁹ Draft of Common Frame of Reference: "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" (versão em inglês disponível em <http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf>).

²⁰ CHRISTIAN VON BAR, JOHN BLACKIE e STEPHEN SWANN, *Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Munich, Sellier, 2009, p. 781.

²¹ *Idem*, pp. 780 e ss.

intenção de atribuir uma responsabilidade parcial e proporcional à probabilidade de ter causado o dano ou responsabilidade solidária entre os possíveis causadores do dano.

Os *Principles of European Tort Law* (PETL) adotaram expressamente a possibilidade de indenização em ocorrência de causas alternativas no art. 3:103²², que pode fundamentar a compensação parcial na supressão de oportunidade²³. O referido dispositivo prescreve uma causalidade parcial, em que, quando há multiplicidade de eventos, cada qual com potência para causar o dano, mas incerteza quanto a qual de fato o causou, cada conduta é considerada causa até a extensão da probabilidade de ter causado o prejuízo sofrido. O art. 3:106²⁴ ainda prevê que quem sofre o dano deve suportar a sua perda na extensão correspondente à probabilidade de que ela tenha sido causada por uma atividade, evento ou outra circunstância dentro da sua própria esfera de risco. Da interpretação dos dois dispositivos se extrai que, se a alguém sofre a lesão de um interesse legalmente protegido, o dano deve ser dividido entre lesante e lesado, na medida de uma probabilidade de causalidade²⁵.

Com a aplicação conjunta dos arts. 3:103, 1, e 3:106 do PETL, a conduta de um terceiro é tratada como causa do dano na extensão correspondente à probabilidade de ter causado o prejuízo, sendo a perda distribuída entre o prejudicado e o lesante de acordo com o probabilismo do nexo causal²⁶, podendo-se reduzir o limiar de causalidade para perda de chance em que a probabilidade esteja abaixo de 51%²⁷, mesmo com a regra geral da *conditio sine qua non* prevista no art.3:101²⁸.

Helmut Koziol²⁹ defende a vantagem do recurso à causalidade alternativa no PETL quando há diversos possíveis causadores do dano, repartindo os riscos entre os prováveis lesantes e ela. Por exemplo, quando A ou B podem ter causado o dano, e cada um responde na medida da probabilidade de o terem causado, e um deles é insolvente, o lesado ainda pode acionar B na parte em que provavelmente causou o dano, embora não o possa quanto à probabilidade referente ao que A, insolvente, provavelmente ocasionou³⁰, o que também protege o lesante contra a obrigação de indenizar parcela dos danos que não causou. Em suma, o PETL impõe a quem sofre o dano o ônus de suportar parte do dano na medida da probabilidade do

²² EGTL – EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*, Disponível em <<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf>>, Acesso em 10 de fevereiro de 2015, p. 3, “Art. 3:103. *Alternative causes (1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim’s damage. (...)*”.

²³ THOMAS KADNER GRAZIANO, “Loss of a chance in European Private Law: ‘all or nothin’ or partial liability in cases of uncertain causation”, in *European Review of Private Law*, vol. 16, n.º 6, 2008, p. 1029.

²⁴ EGTL – EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law*, cit., p. 4, “Art. 3:106. *Uncertain causes within the victim’s sphere: The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.*”

²⁵ THOMAS KADNER GRAZIANO, “Loss of a chance in European Private Law (...)”, cit., p. 1039.

²⁶ HELMUT KOZIOL, “Loss of a Chance”, in *Digest f European Tort Law*, vol. 1: *Essential Cases on Natural Causation*, BÉNÉDIT WINIGER et al (eds.), Wien, Springer-Verlag, 2007, p. 592.

²⁷ THOMAS KADNER GRAZIANO, “Loss of a Chance”, in *Digest f European Tort Law*, vol. 1: *Essential Cases on Natural Causation*, Wien, Springer-Verlag, 2007, p. 586, pondera que, como a percentagem mais baixa de probabilidade exigida em um ordenamento jurídico europeu para configurar o nexo de causalidade é 51%, para a configuração do liame causal é necessário, sob a luz do PETL, ao menos alcançar este limite.

²⁸ *Idem*, p. 588.

²⁹ HELMUT KOZIOL, *Basic questions (...)*, cit., 2012, p. 145.

³⁰ HELMUT KOZIOL, “Prospettive di soluzione in tema di ‘causalità alternativa’”, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 5, 2010, p. 971.

prejuízo final ocorrer se não fosse a conduta lesiva, enquanto o lesante é responsável pela outra parte do dano³¹, arca com a responsabilidade parcial correspondente à probabilidade de causalidade³².

5. *Market share liability* (responsabilidade por quota de mercado)

O problema da existência de uma diversidade de potenciais causas oriundas de fatos voluntários e humanos ganha destaque na hipótese de venda de um produto genérico que causa danos. Diversos fabricantes produzem em massa um bem com defeito (por exemplo, um medicamento), com fórmula e características idênticas, e o consumidor lesado não consegue identificar de qual fabricante comprou o produto consumido, não conseguindo provar o nexo causal entre a lesão e a conduta de nenhum dos possíveis lesantes, mesmo que demande judicialmente contra todos eles. O produtor se beneficiaria de uma *anonimização dos produtos* como um meio de fuga à responsabilização³³.

Esse problema foi resolvido pela *California Supreme Court* no caso *Sindell v. Abbott Laboratories*³⁴, em que os cinco maiores produtores (detentores de 90% do mercado do medicamento) de *diethylstilbestrol* (DES)³⁵ foram chamados a responder de acordo com a sua quota de mercado, demarcando o início da *market share liability* (responsabilidade pela quota de mercado). Segundo essa teoria, a prova da razoável probabilidade daquele produtor ser o causador do dano seria o suficiente para responsabilizá-lo por uma parcela daquele prejuízo consistente na parte que detêm das vendas regulares do bem defeituoso. Esta percentagem consiste justamente na probabilidade do bem comprado ser manufaturado pelo produtor acionado, dentro do universo de outros bens iguais colocados no mercado de consumo. Porém, cada potencial lesante responderá apenas por essa quota de mercado, ou

³¹ THOMAS KADNER GRAZIANO, "Loss of a Chance", *cit.*, p. 589.

³² THOMAS KADNER GRAZIANO, "Loss of a chance as damage", in, *Digest of European Tort Law, vol. 2: Essential Cases on Damage*, WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A. e ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), Berlin, Walter de Gruyter, 2011, p.1120.

³³ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, p. 580.

³⁴ *Sindell v. Abbott Laboratories*, (1980) 26 Cal. 3d 588, também comentado por JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor, cit.*, p. 581.

³⁵ O *diethylstilbestrol* foi um medicamento receitado para prevenir complicações e interrupções da gravidez entre as décadas de 1940 e 1970, mas que posteriormente foi provado ser causador de um raro cancro vaginal nos indivíduos do sexo feminino expostas à droga durante a gestação. Outro caso marcante foi o do amianto (*abestos*), material empregado na produção de diversos bens de consumo e que mais tarde foi identificado que o pó oriundo de suas fibras se inalado por longos períodos de tempo causava cancro de pulmão, porém ainda continuou a ser muito utilizado em países como o Brasil. Tentativas no Brasil de proibição do uso e comercialização de produtos contendo amianto são frequente frustradas, como a Lei Estadual n.º 10.813/01 do Estado de São Paulo, que teve seus arts. 1º, 2º e 3º declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2396 de 8 de maio de 2003, dispositivos que previam a proibição "(d)a importação, a extração, o beneficiamento, a comercialização, a fabricação e a instalação de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto, sob qualquer forma", "a fabricação, a comercialização e a instalação de materiais de fricção e outros materiais automotivos contendo amianto" e "de equipamentos de proteção individual e artefatos de uso infantil, tais como brinquedos, equipamentos destinados a parques infanto-juvenis, materiais escolares e giz de cera, que contenham amianto ou materiais que possam estar contaminados por amianto". O fundamento da decisão foi de que o Poder Legislativo do Estado de São Paulo invadiu a competência legislativa da União sobre normas gerais relativas à produção, consumo, proteção do meio ambiente, controle da poluição e proteção e defesa da saúde. Ao contrário, a Lei n.º 11.643/01 do Estado do Rio Grande do Sul, mantém a proibição da "produção e a comercialização de produtos à base de amianto" (art. 1º).

seja, por uma parcela do dano e nada mais, não se aplicando a responsabilidade solidária. Por isso, se um réu se tornar insolvente, o lesado não será indenizado pela parcela de que aquele era obrigado a reparar.

Dessa forma, se todos são responsabilizados somente pela percentagem da quota de mercado multiplicada pelo valor integral do dano³⁶ ($Q_m \times D = I$), mesmo que não se saiba se a conduta (venda do medicamento defeituoso) foi a que realmente causou o prejuízo, se um dos fornecedores se tornar insolvente, o lesado nada recebe da parcela do dano pela qual aquele seria responsável.

A responsabilidade pela quota de mercado firmada em *Sindell* é diferente da causalidade alternativa no direito norte-americano. Neste ordenamento a doutrina foi aplicada no precedente *Summers v. Tice* de 17 de novembro de 1948³⁷, da *California Supreme Court*, quando três indivíduos foram caçar codornas (codornizes) e dois deles dispararam simultaneamente suas armas em direção ao terceiro, lesionando o seu olho direito e o seu lábio superior, sem ser possível estabelecer qual dano e em qual extensão cada um causou. Na primeira instância, os dois lesantes foram condenados a indenizar ambos os danos, mesmo diante da possibilidade dos danos pudessem ter sido causados por somente um dos sujeitos em um único disparo da arma de fogo, ou cada um dos dois ter causado um dano físico em cada região do corpo (e ainda permanecerá a dúvida sobre quem causou cada lesão). Em apelação, o tribunal superior rejeitou os argumentos dos réus de que não atuaram em conjunto e que seus atos não eram concorrentes – porque ambos violaram deveres de cuidado –, mas inverteu o ônus da prova do nexos causal e manteve a responsabilidade parcial pelo dano causado por cada um, ainda que não fosse possível provar esta divisão entre eles. A *California Supreme Court* fundamenta a sua decisão na injustiça que advém da não concessão de indenização.

O caso *Sindell* diverge do *Summers* no ponto em que quando há potenciais causadores individualizados se aplica a causalidade alternativa e se deve chamar todos ao processo, enquanto na responsabilidade por quota de mercado, bastam os maiores vendedores do produto (no precedente, bastaram 5 dos 200 fabricantes do bem, mas aqueles detinham 90% do mercado), do que se exige que sejam acionados tanto o máximo de prováveis causadores do dano – de acordo com um critério de razoabilidade da probabilidade de terem provocado o resultado lesivo.

A responsabilidade pela quota de mercado tem somente aplicabilidade no contexto do direito do consumidor, de modo a garantir a tutela do prejudicado de, por exemplo, um defeito de

³⁶ O cálculo de quanto cada produtor será obrigado a indenizar se dará pelo $Q_m \times D = I$, onde Q_m é a percentagem de domínio de um determinado mercado de bens pelo fabricante, D é o valor total dos danos e I é a indenização individualizada. Mesmo que, como no caso *Sindell*, sejam chamados a responder somente os maiores detentores de uma parcela do mercado (p. ex., 90%), eles responderão pela integralidade da lesão (e não uma reparação parcial do dano, por somente 90%), o que demonstra alguma artificialidade criada pela jurisprudência norte-americana que deve ser sopesada com a defesa do consumidor.

³⁷ *Summers v. Tice* (1948) 33 C2d 80. No direito norte-americano há uma aplicação da causalidade alternativa inclusive no direito penal (*State v. Newberg*, 129 Ore. 564), o que é vedado no direito português e brasileiro pela previsão expressa da teoria da causa adequada (art.º 10º, 1, Código Penal português) no primeiro e da *conditio sine qua non* (art. 13, Código Penal brasileiro) no segundo ordenamento, e pelos critérios mais restritos dessa seara.

um produto colocado no mercado de consumo, visto que o dado – a percentagem de vendas de determinados produtos por fornecedores específicos – que fundamenta a doutrina somente existe nesta área. Todavia, o lesado suportará o risco da insolvência de um dos lesantes.

João Calvão da Silva³⁸ entende não haver suporte do direito português para a aplicação da responsabilidade por quota de mercado e propõe uma formulação negativa da causalidade adequada, com o emprego de um modelo de eliminação do fato se este for inadequado a causar o dano, ou seja, basta a idoneidade abstrata de qualquer um dos produtores ser o fabricante do bem genérico que causou o dano para que ele seja responsabilizado³⁹. Embora a identidade do autor seja desconhecida, há uma certeza de que, se aquele produto não fosse colocado à venda no mercado de consumo, não haveria o prejuízo que ocorreu, o que se deu pela materialização do risco abstrato criado por todos os produtores. Portanto, o risco da *não identificação* ou *individualização* do causador do dano é distribuído entre todos os fornecedores do bem e não afeta o lesado, devido ao perigo criado a este e à sociedade. Nesta concepção, qualquer um dos possíveis lesantes responderão solidariamente pela integralidade do dano e não somente os principais produtores pelas suas quotas de mercado, aumentando o ônus de quem for chamado a responder em favor do lesado.

A responsabilidade solidária proposta por Calvão da Silva entre todos os possíveis produtores do bem que causou o prejuízo é mais compatível ao sistema do Código Civil português, arts.º 490.º e 497.º do que a responsabilidade por quota de mercado, que dificilmente encontrará fundamento jurídico para ser aplicada. Embora a responsabilidade por quota de mercado encontre alguma afinidade com a ideia de que o lesante somente responde pelos danos que provavelmente causou (art. 563.º, CCp), o CCp apresenta alguns subsídios para que a regra geral da pluralidade de lesados – independentemente da incerteza quanto aonexo causal – seja a responsabilidade solidária, em um primeiro momento beneficiando o lesado e onerando o agente demandado, que em um segundo momento pode acionar os outros potenciais lesantes e transferir a eles parte desse ônus. Essa proteção do lesado inibiria a consideração da responsabilidade por quota no direito português, quer dizer, a posição de Calvão da Silva coincide com a solução do BGB.

Portanto, na responsabilidade por quota de mercado a causalidade alternativa pode ser chamada a ser aplicada, em sua vertente em que todos os lesados, individualmente determinados como potenciais causadores do dano, responderão somente por uma *parcela do prejuízo de acordo com a percentagem do mercado correspondente às vendas daquele bem*, mesmo que o dano possa ter origem em uma conduta de qualquer dos outros acionados, conforme a previsão para responsabilidade solidária do art.º 497.º do Código Civil português – o que exige, evidentemente, que o ofendido acione em um litisconsórcio passivo todas (ou pelo menos as que dominam o mercado) as empresas que fabricam um produto específico e o colocam à venda no contexto do caso concreto.

³⁸ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 582.

³⁹ *Idem*, p. 584-585.

Por outro lado, há autores⁴⁰ que entendem que nesses casos a adoção mais justa da causalidade alternativa seria a de que cada um dos possíveis causadores do dano seja responsabilizado solidariamente pela integralidade da lesão, correndo o risco da insolvência dos potenciais lesantes por conta desses – quer dizer, se um agente não tiver bens o suficiente para indenizar o lesado, qualquer dos outros responderá solidariamente pela reparação total do prejuízo, mantendo-se o direito de regresso de quem suportar a condenação. Parece ser essa a solução mais próxima do ordenamento jurídico português.

6. Aplicabilidade da causalidade alternativa no direito português

Há uma divergência da doutrina portuguesa na aceitação da ideia de causalidade alternativa na responsabilidade civil. Enquanto há autores que apreciem a causalidade alternativa como passível de consolidar uma solução de *jure condendo* no direito português⁴¹, outros refutam essa tese⁴². Isso porque a disposição do § 830, 1, BGB, não seria compatível com o ordenamento português em face da exigência de uma atividade conjunta voluntária (mesmo que não premeditada) na pluralidade de lesantes. Nesta se exige a configuração uma causalidade *cumulativa ou concorrente* – se pressupõe que as duas ou mais condutas formem uma força causal tida como *conditio sine qua non*, onde nenhuma delas poderá assim ser tida se considerada individualmente, situação em que o nexo de causalidade nunca estará provado quando houver várias (tão somente) prováveis causas – e não alternativa. A não aplicação do conceito em Portugal se daria porque a responsabilidade de grupos naquele ordenamento exige a *comunhão de esforços*, enquanto a causalidade alternativa abrange quaisquer pluralidades de causas desde que com potencial lesivo razoável, mesmo que não seja possível determinar qual o elemento que de fato deu causa ao dano, por qualquer motivo que seja.

Diana Montenegro da Silveira⁴³ entende cabível a causalidade alternativa na responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos, sob o prisma do ordenamento jurídico holandês, compreendendo que, embora ignorada pela lei portuguesa, este modelo de nexo causal poderia ser aplicado pela própria interpretação legal do art. 563.º, CCp, conforme sugestão de João Calvão da Silva⁴⁴, em que o lesado deve provar que cada uma das condições é causa adequada para o dano. O ofendido terá que provar que o risco abstrato criado por cada um dos produtores de medicamento, ao colocar um produto no mercado de consumo, é apto a ser a causa real e concreta dos danos – do que resultaria a responsabilidade solidária das empresas, que poderiam responder cada uma pela reparação

⁴⁰ DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados (...)*, cit., p. 217, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 586-587.

⁴¹ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, in *Direito e Justiça*, Lisboa, vol. XIX, II, 2005, p. 47.

⁴² RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, cit., p. 82.

⁴³ DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade civil por danos causados (...)*, cit., p. 216.

⁴⁴ Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “L’arrêt DES”, in *European Review of Private Law*, 2, 1994, pp. 465-469.

integral do prejuízo. Tal interpretação pretenderia contornar a não previsão pelo direito português, assim como pelo francês e pelo espanhol, da causalidade alternativa⁴⁵.

A aplicação da causalidade alternativa – sem modificação da lei – é facilitada se for adotada a ideia de *sistema móvel (ou sistema flexível) de responsabilidade civil*⁴⁶, proposta por Walter Wilburg⁴⁷. Ao sistema móvel não importa o preenchimento de critérios legais e todos em igual quantidade, mas sim um sistema onde se podem aplicar juízos de reprovabilidade se um dos requisitos é preenchido em um nível muito mais elevado do que o razoável, em desfavor de outro critério que não é averiguado em toda a plenitude exigida pela lei, com o fim de corrigir injustiças que podem resultar de elementos como, por exemplo, o *tudo ou nada* promovido em sede de nexos causal⁴⁸.

Tal sistema tem algum desenvolvimento e aceitação da doutrina em Portugal⁴⁹, principalmente em comparação com o seu desconhecimento no Brasil, sendo corrente a doutrina portuguesa empregar-lo para compreender novas demandas da vida diante do direito positivo, ou ao menos para considerar opções legislativas para o direito vigente. A dificuldade de demonstração do nexo causal poderia ser ultrapassada pela aplicação da ideia de sistema móvel, visando o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil por meio de uma ponderação, como um todo, dos vários elementos que compõem o caso concreto, de onde uma incerteza sobre o nexo causal poderia ser compensada pelo alto grau de reprovabilidade da conduta, atribuindo um maior peso à culpabilidade para compensar a prova escassa do liame causal⁵⁰.

O conceito de sistema móvel ou flexível parece ser essencial para o estudo da causalidade alternativa, uma vez que somente ele pode oferecer os elementos de interpretação do ordenamento jurídico para a análise dos pressupostos da responsabilidade civil em critérios diferentes do que está previsto nos rígidos sistemas de brasileiro e português.

⁴⁵ *Idem*, p. 220.

⁴⁶ Ao contrário do que pretende RAFAEL PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade civil (...)*, cit., p. 106, ao entender a causalidade parcial como aplicável ao direito brasileiro sem nenhuma necessidade de alteração no direito vigente.

⁴⁷ Cf. WALTER WILBURG, “Desenvolvimento de um Sistema móvel no direito civil”, trad. de RAUL GUICHARD, in *Direito e Justiça*, XIV, tomo 3, 2000, p. 64 e ss., segundo o qual o sistema de responsabilidade civil é formado por quatro forças móveis: “1. Uma deficiência causal para a ocorrência do dano, residindo na esfera do responsável. Esta deficiência tem diferentes pesos, consoante tenha resultado de culpa do responsável ou dos seus auxiliares ou ocorrido, de todo, independentemente de culpa (como, por exemplo, por um irreconhecível defeito material de uma máquina). 2. O perigo originado pelo lesante através de uma actividade ou da posse de uma coisa e que tenha conduzido à ocorrência do dano. 3. O grau de proximidade do nexo causal existente entre o evento que deu lugar à responsabilidade e o dano ocorrido. 4. A ponderação social da situação patrimonial do lesado e da do lesante”. Estas forças são ponderadas em um sistema móvel de responsabilidade civil aplicado pelo juiz sopesando as circunstâncias em cada caso concreto, ou seja, elas não constituem grandezas absolutas e rígidas, mas parte de um conjunto articulado conformado com base nas diversas razões que justificam a tutela do direito (*idem*, p. 12 e 17). WILBURG (*id.*, p. 7) propõe essa conformação mais flexível do direito com normas mais elásticas do que as previstas nas legislações, com o fim de libertar a rígida estrutura do direito civil.

⁴⁸ HELMUT KOZIOL, *Basic questions (...)*, cit., 2012, p. 14.

⁴⁹ Cf. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 599-603, onde a autora apresenta um panorama da doutrina portuguesa e alemã sobre a matéria do sistema móvel, com o fim de configurar uma categoria jurídica do *contrato-quadro*, estabelecida por critérios flexíveis e que englobaria diversos tipos contratuais, cada um apresentando índices comuns, porém em intensidades diferentes.

⁵⁰ SARA LEMOS MENESES, *Perda de Oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, 2013, inédito, p. 6.

Dessa forma, o que acontece é que, embora seja imprescindível a quebra do paradigma de um dos critérios legais – tanto no Brasil como em Portugal – de apuração da responsabilidade civil, qual seja, a teoria da causa adequada como controle do nexo de causalidade, há alguma aceitação da causalidade alternativa prevista na lei alemã, austríaca e holandesa. Ao sugerir a readequação da interpretação do dispositivo do §830 BGB, Helmut Koziol⁵¹, pretende ampliar o seu conteúdo, de modo a atingir e sistematizar a solução jurídica dada à responsabilidade de grupos para outros casos em que não é possível determinar qual a causa entre várias condições (provenientes de fatos voluntários ou elementos da natureza) com igual potência de causar o dano final.

6.1. A falta anônima e a falta coletiva

A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro⁵², em seu art. 7.º, n.º 3⁵³, positiva a *teoria da falta do serviço*⁵⁴ e prescreve que o Estados e demais Entes públicos são responsáveis pelos danos que não resultem da conduta de um titular de órgão, funcionário ou agente *determinado*, ou cuja autoria pessoal de uma ação ou omissão não seja possível provar, mas que o prejuízo seja atribuível a um funcionamento anormal do serviço – que se verifica quando seja razoável exigir uma conduta diversa capaz de evitar os prejuízos efetivamente sofridos.

Nesse contexto, houve uma evolução da imputação individual à falta anônima ou impessoal, deixando de lado a noção civilística de culpa, para adotar a ideia de culpa ou falta do serviço (*faute du service*)⁵⁵. A *faute du service* ocorre no atraso prejudicial da execução de um serviço ou na sua má execução, e desvincula a responsabilidade como oriunda da conduta de um agente determinado (o que dispensa a prova de qual sujeito de fato agiu ou se omitiu, produzindo um dano), para ligá-la ao conceito abstrato de condução defeituosa do serviço. A atuação falha e genérica do serviço é a causa do dano, em substituição de uma conduta específica de um dos agentes contido em uma coletividade específica.

O art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, contempla, pela primeira vez no direito português, a *falta do serviço*, em duas modalidades, quais sejam, a *falta coletiva*, quando o funcionamento do serviço público é deficiente, e a *falta anônima*, que resulta de um comportamento concreto de um agente, mas não é possível determinar qual⁵⁶.

⁵¹ HELMUT KOZIOL, *Basic questions (...)*, cit., 2012, p. 152.

⁵² A legislação regula o regime da “responsabilidade civil extracontratual do Estado e pessoas colectivas de direito público” (art.º 1.º).

⁵³ Lei n.º 67/2007: “Artigo 7.º (...) 3 – O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.”

⁵⁴ No Brasil, a teoria é denominada *culpa do serviço*.

⁵⁵ SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 241.

⁵⁶ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 163.

A *falta coletiva* se dá quando os prejuízos não possam ser imputados a condutas individualizadas de um dos sujeitos que atuam em nome do Estado ou Ente público, mas advêm de uma atuação global de responsabilidade de diversos sujeitos e se dilui nessa coletividade. O dano é imputável ao funcionamento deficiente do serviço quando aqueles não ocorreriam se o serviço fosse desenvolvido normalmente, atendendo padrões médios de resultados, o que pode até levar à objetivação do nexo causal entre o fato e a lesão – se não for possível identificar um comportamento concreto e individual como a causa adequada do dano⁵⁷.

A *falta anônima* sucede em situações em que o prejuízo é imputável a uma conduta individual, mas sua autoria é desconhecida, não sendo possível identificar qual indivíduo, dentro de um grupo determinado de trabalhadores, que de fato exerceu aquele comportamento que culminou no dano, subsistindo a responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas públicas, sem direito de regresso – até porque não há agente identificável para isso⁵⁸. Assim, na falta anônima o dano está em conexão causal com um comportamento de um determinado agente cuja identidade é indeterminável e a produção do dano evidencia o funcionamento anormal do serviço⁵⁹.

Odete Medauar⁶⁰ afasta a aplicação da teoria da falta anônima ou coletiva no direito brasileiro, pois em geral não haveria um padrão de qualidade exigível do Estado na prestação dos serviços públicos pelo qual poderia pautar-se sobre o que é um mau funcionamento do serviço público, ao que acresce a dificuldade de prova do mau funcionamento ou de sua ausência total, que ficará a cargo de quem sofre o dano. Devemos desde já rejeitar tal concepção, porque não se pode afastar a responsabilidade civil sob o entendimento de que não há padrões mínimos exigíveis dos serviços públicos (ou quaisquer deveres mínimos de proteção), sendo que essa exigência é embutida no conceito de culpa, na medida em que se espera o melhor resultado com os recursos disponíveis, dada a posição das partes e os deveres fundamentais do Estado, e nada a mais que isso – e se ocorrer a não atuação de acordo com o que é razoável se exigir, estará configurada ao menos negligência ou imprudência⁶¹.

A falta anônima não tem aplicação na ordem jurídica do Brasil e constitui somente objeto de estudo sobre a evolução da obrigação de indenizar do Estado, ou mero instrumento de interpretação supletiva da responsabilidade geral do Estado prevista no § 6º do art. 37 da CF/88, mantendo-se a estrutura subjetiva clássica do instituto – embora excepcionalmente se aplique a objetiva.

⁵⁷ MARIO AROSO DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 7.º, n.ºs 3 e 4, da Lei 67/2007, de 31 de dezembro”, in *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, RUI MEDEIROS (Org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, p. 221.

⁵⁸ CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da Responsabilidade (...)*, cit., p. 163.

⁵⁹ MARIO AROSO DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 7.º (...)”, cit., p. 220.

⁶⁰ ODETE MEDAUAR, *Direito administrativo moderno*, 9. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 429. Em Portugal, os padrões mínimos do serviço são estabelecidos no Art. 7.º, n.º 4: “Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”.

⁶¹ O padrão exigível pode ser analisado através de normas internas, relatórios de produtividade e até comparação com a eficiência de outros serviços semelhantes, sendo discutível a responsabilidade civil por falta de recursos humanos ou materiais (MARIO AROSO DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 7.º (...)”, cit., p. 223).

No direito espanhol, há a responsabilização da Administração Pública quando ocorre um dano em consequência de uma atuação lícita e sem culpa (funcionamento normal do serviço) ou quando há uma conduta ilícita e culposa de um agente ou *atuações impessoais* ou *anônimas*, imputáveis ao Estado como um todo de construção orgânica e global (funcionamento anormal), situação em que haverá a dispensa da culpa individual de um funcionário ou agente, semelhante à legislação portuguesa supracitada⁶². Não importará a identificação de um sujeito individual (ou vários deles, igualmente identificáveis), mas a atuação do Estado ou qualquer outra entidade pública como um ente global, responsável pela atuação genérica de qualquer um que esteja a seu serviço.

6.1.1. O art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007 e a causalidade alternativa

A falta anônima e a coletiva têm previsão no art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, o que exige a apreciação de todos os critérios dessa espécie de responsabilização. A solução adotada amplia o conceito de ilicitude, que predomina sobre a culpa (na ideia de uma censura ético-comportamental)⁶³, e antijuridicidade nessa área deixa de ser apreciada como um elemento subjetivo da conduta lesiva para o ser como um elemento objetivo do prejuízo indenizável, quer dizer, a ilicitude é transferida do plano da conduta para o do dano e se dá o predomínio do desvalor subjetivo do resultado sobre o da ação. Há a reparação independentemente da demonstração da culpa pessoal, desde que se detecte o funcionamento anômalo⁶⁴. A responsabilidade civil da Administração, regra geral, não prescinde da imputação de uma lesão à conduta concreta de um agente determinado⁶⁵, e o juízo de censura dirigido ao serviço que não funciona corretamente não pode eclipsar os outros pressupostos, quer dizer, o predomínio da ideia de ilicitude (da violação de direitos subjetivos e interesses juridicamente protegidos) sobre a culpa individual (na infração de deveres objetivos de cuidado que é substituída pela caracterização do serviço de competência do Estado prestado aquém dos níveis mínimos de exigência) não pode ignorar que o art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, também pretende resolver a indefinibilidade da causalidade ou da autoria real.

A substituição da culpa individual pela objetivação da responsabilidade⁶⁶ opera em um contexto típico de causalidade alternativa, porque, assim como nessa, se verifica a

⁶² ANA PEREIRA DE SOUSA, "A culpa do serviço no exercício da função administrativa", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, I, 2012, p. 340.

⁶³ MARIO AROSO DE ALMEIDA, "Comentário ao art. 7.º (...)", *cit.*, p. 220-221.

⁶⁴ *Idem, loc. cit.* A Administração não funciona como um mero garante da indenização, porque é ela própria a responsável direta, sem haver necessidade de se apurar a responsabilidade individual dos agentes (cf. MARIO AROSO DE ALMEIDA, "Comentário ao art. 7.º (...)", *cit.*, p. 219).

⁶⁵ MARIO AROSO DE ALMEIDA, "Comentário ao art. 7.º (...)", *cit.*, p. 224.

⁶⁶ O art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, em nada se refere à culpabilidade que está prevista no n.º 1 do art. 7.º, que dispõe a responsabilidade *exclusiva* do Estado e demais entidades quando o lesante atuar ilicitamente e com culpa leve no exercício de suas funções. A Administração responderá objetivamente, desde que provada a culpa leve ou mais grave do agente (quando ele responderá solidariamente), mas essa objetivação não se relaciona com o que se opera no n.º 3, pois resulta antes das regras gerais da responsabilidade civil do comitente, prevista no art. 500.º, CCp. A responsabilidade civil objetiva do comitente (independentemente da

impossibilidade de identificação da autoria da atuação lesiva dentro de uma coletividade (falta anônima) ou do estabelecimento do nexo causal entre o dano e alguma ação ou omissão concreta dentro de uma atuação global da Administração (falta coletiva). Em ambos os casos, há a problemática da prova do nexo causal, que é superado com a imputação do dever de indenizar ao Estado, que responde por atos de seus agentes mesmo que não seja passível de prova a responsabilidade desses nos termos gerais.

Em verdade, não há apenas uma alteração da visão da *culpa* e da *ilicitude*, mas do *nexo causal*, questão que exige atenção muito maior do que a concedida. O que se demonstra não é a conduta individual e danosa, mas um comportamento imputado de forma fictícia ao Estado através da figura do *funcionamento anormal do serviço*, em decorrência da impossibilidade de averiguar *quem atuou concretamente na efetivação do dano*. Entretanto, flexibiliza-se a concepção de nexo causal porque, se não se pode individualizar o autor de uma determinada conduta específica, a Administração Pública responde por um ato que, em última instância, não deu causa. O que se entende é que há uma conduta imputável a uma coletividade genérica de agentes públicos que resulta em um prejuízo ou, por outro lado, um dano que não se conecta a nenhuma ação ou omissão concretas, e por isso não é um agente especificamente que responde, mas um terceiro (a Administração), sem direito de regresso. Da aplicação hipotética da causalidade alternativa resultaria que todos os potenciais lesantes responderiam – solidária ou individualmente entre eles –, no que o resultado alcançado diverge do previsto na Lei n.º 67/2007.

Há a imputação da responsabilidade ao serviço, em uma dimensão genérica de condutas do Estado ou Ente público, onde estes serão os autores. Isto revela uma ficção⁶⁷ para ultrapassar a prova da causalidade entre uma conduta (específica ou genérica) de autoria de agente desconhecido e o dano concreto. Essa elaboração tem o mesmo fim de uma construção da responsabilidade de grupo quanto à impossibilidade de determinar o nexo de causalidade com a certeza exigida pelo direito, mas oferece solução diversa, retirando a responsabilidade dos possíveis lesantes pessoas singulares e vertendo ao Estado.

Apesar da falta do serviço ser uma vertente muito específica sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado – que em teoria teria um âmbito restrito –, vamos além, no sentido de compreender que a redação do art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, traz embutida uma ideia muito próxima da causalidade alternativa, e não altera apenas o nexo de imputação – tornando desnecessária a prova de culpa individual de um servidor, agente ou funcionário –, mas também o nexo causal, que é estabelecido de outra forma.

censura jurídica do nexo ético-jurídico da imputação do fato a ele) prevista no art. 500.º, n.º 1, CCp, opera quando o comissário praticar um fato lesivo ilícito e culposo – ainda que com dolo, desde que no exercício da função (PEDRO PITTA e CUNHA NUNES DE CARVALHO, “A responsabilidade do comitente”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, n.1, Abr., 1988, p 103, e para maior aprofundamento do tema, cf. RAUL GUICHARD, “Anotações sobre a responsabilidade do comitente e a responsabilidade pelo risco no código civil português”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 10, 2007, pp. 38 e ss.) –, regime previsto no art. 8.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 67/2007. A imputação da responsabilidade ao serviço transfere o estabelecimento do nexo causal da conduta individual do agente para o conceito de “serviço”, que consiste na conduta global do Estado e demais Entes, no qual o “funcionamento anormal”, abaixo dos padrões mínimos exigíveis, configura a culpa.

⁶⁷ MARIO AROSO DE ALMEIDA, “Comentário ao art. 7.º (...)”, *cit.*, p. 219.

Com a objetivação da falta anônima e da falta coletiva no ordenamento português, há uma aproximação com a própria *responsabilidade de grupos*, isto é, a conduta individual é diluída no âmbito de todos os atos do Estado, sem ser possível individualizar o autor do fato ilícito. Há a conduta (ou fato voluntário e ilícito), culpa (negligência, imprudência ou imperícia de um agente possível dentro de uma gama de sujeitos genericamente considerados, mas delimitada em quantidade, que atuam em nome do Estado) e um dano – porém, não é possível estabelecer o nexos causal entre a conduta individualizada e o último, o que leva então à responsabilização direta de um sujeito ao qual os agentes estão subordinados.

A falta anônima e a falta coletiva colocam em segundo plano a culpa e flexibilizam o estabelecimento do liame causal. Ora, a conduta lesiva do sujeito poderia não ser enquadrada no art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007, por ser movida na prática com culpa grave (como um erro grosseiro, quando se aplicaria o art. 8.º, n.ºs 1 e 2, e o agente responderia exclusivamente ou, se no exercício de sua função, solidariamente com o Estado) mas, em consequência da impossibilidade de identificar quem ou qual conduta causou o prejuízo, o Estado responderá exclusivamente pelos danos.

O art. 7.º, n.º 3, da Lei n.º 67/2007, alarga então o âmbito do nexos causal para trazer sua concepção muito perto da previsão do § 830, 1, BGB. Todavia, ao invés da lei administrativa portuguesa imputar responsabilidade de forma solidária a todos os agentes que podem ter causado o dano (por exemplo, os funcionários de um órgão responsáveis pela prestação de um serviço no exato local onde ocorreu uma atuação lesiva de um agente indeterminado contido naquela coletividade), a legislação responsabiliza o Ente público pelo qual o potencial lesante atua, na medida em que o Estado (e não os seus agentes ou representantes) suportará os riscos das suas atividades.

Dentro da imputação das consequências do fato lesivo ao Estado e não ao real causador individual (que se encontra dentro do grupo de agentes que atuam em nome do Estado) em casos de responsabilidade do Estado por falta anônima ou coletiva na ordem jurídica portuguesa, há de se admitir grande semelhança ao raciocínio empregado na responsabilidade de grupos.

A responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço não é uma aplicação da causalidade alternativa, mas uma solução da obrigação de indenizar por fatos lesivos oriundos de subordinados a um problema idêntico ao que aquela teoria pretende resolver. Na realidade, há uma afinidade daquela figura específica da responsabilidade civil do Estado à responsabilidade de grupos ou coletiva – quando não se sabe qual a conduta individual, dentro de um grupo de indivíduos, que causou o dano, e se responsabiliza todos os possíveis lesantes de forma solidária ou pela probabilidade de cada um ter causado a lesão –, o que abre campo para a discussão do uso da causalidade alternativa (que, embora não prevista expressamente no ordenamento, é compatível com algumas disposições legais⁶⁸).

⁶⁸ Em construção semelhante, o art. 5.º, do Decreto-Lei n.º 147/2008, pretende determinar o modo de produção de provas em danos ambientais, quando aquela assentará em provas de verossimilhança e da probabilidade da lesão ser resultado da conduta, considerando os aspectos do caso concreto e destacando,

6.2. Aplicações da causalidade alternativa pelos Tribunais portugueses

Em 2015, o Tribunal da Relação de Coimbra (TRC)⁶⁹ e o Supremo Tribunal de Justiça (STJp)⁷⁰ julgaram dois casos em que aplicaram pela primeira vez o conceito de causalidade alternativa em Portugal, em decisões que merecem maior estudo do que o que será concedido neste trabalho. O primeiro Acórdão foi proferido em caso em que não foi possível estabelecer qual potencial lesante praticou uma primeira conduta (o erro na indicação dos limites de uma propriedade ou o equívoco na compreensão daquela) da qual derivou o fato lesivo, enquanto no segundo, houve uma briga com oito envolvidos e não se provou a quais danos (e qual a extensão desses) que cada lesante causou em outro agente. Em ambos os casos a solução adotada foi a prevista no art. 497.º, CCp, e os potenciais lesantes foram condenados a responder solidariamente pelos prejuízos, independentemente da incerteza quanto ao nexos causal.

dentre outros, a possibilidade de verificação científica da probabilidade, quer dizer, aqui bastaria uma prova em um *grau de mera justificação*, onde ao ofendido bastaria a prova da criação de um risco, entendido como a suscetibilidade de causar um dano ou o potencial ofensivo da conduta (cf. CASSIA GOMES DA SILVA MONTEIRO, *Responsabilidade Civil - Causalidade Alternativa*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal, 2014, inédito, pp. 28-30). O dispositivo regula antes uma facilitação da prova e seu estabelecimento em critérios de verossimilhança e probabilidade (que não são de todo estranhos ao conceito geral de nexos de causalidade adequada, baseado igualmente na experiência) do que opera uma modificação em algum requisito da responsabilidade civil, até porque não se refere somente a casos de multiplicidade de causas potenciais. Não obstante, a previsão ressalta a importância do recurso à estatística pelo direito.

O Decreto-Lei n.º 239/2003, de 4 de outubro, que regula o regime jurídico do contrato de transporte rodoviário nacional de mercadorias, prevê uma hipótese de causalidade alternativa em seu art. 22.º ainda mais evidente do que a prevista na Lei n.º 67/2007. O dispositivo prevê a responsabilidade solidária dos transportadores sucessivos na ocorrência de danos (perda total ou parcial das mercadorias ou pela avaria que se produzir entre o momento do carregamento e o da entrega, assim como pela demora na entrega, conforme o art. 17.º do Decreto-Lei) e quando não se puder determinar o transportador responsável. O n.º 2 do art. 22.º determina que, em caso de insolvência de um ou mais transportadores, os demais transportadores responderão pela sua quota, em proporção da contraprestação que lhes é devida em função do contrato de transporte.

Ora, o desenvolvimento da causalidade alternativa neste contexto se dá no âmbito do contrato de transporte executado por transportadores sucessivos, onde o contrato somente produz efeitos relativamente ao transportador seguinte com a aceitação da mercadoria e da guia de transporte, quando deve entregar recibo ao anterior, podendo formular reservas (art. 11.º do Decreto-Lei n.º 239/2003), momentos importantes para a constatação da ocorrência da demora na entrega, perda ou avaria da mercadoria transportada e determinação do lesante – que, na prática, será aquele que aceitou por último a mercadoria nas condições devidas, porém não a entregou assim. Se não for possível estabelecer qual o transportador que praticou aquelas condutas tipificadas no art. 11.º, será aplicável o art. 22.º, quando todos os transportadores da cadeia respondem solidariamente pelos prejuízos em benefício do lesado, devido ao risco assumido contratualmente, sem afastar o direito de regresso de quem arcar com o pagamento de quantia superior a sua quota contra os outros. Todos os transportadores respondem pela integralidade da lesão perante o lesado, e se um dos transportadores se tornar insolvente, a sua quota será transferida proporcionalmente aos demais, se aplicando um critério onde o acréscimo se dá de acordo com a proporção da remuneração de cada um dentro do total da contraprestação paga pelo transporte inteiro, ou seja, pela utilidade a que o agente se beneficia com o contrato. Neste ponto, o direito de regresso não será exercido nos termos do art. 497.º, 2, CCp, com referência ao grau de culpa e à probabilidade de cada possível lesante ter causado o prejuízo, mas sim a valores objetivos e verificáveis antecipadamente no conteúdo do contrato. O tema, que é de grande interesse pela previsão da causalidade alternativa e da consequente solidariedade, foge do objetivo e especificidade desta pesquisa, e por isso remetemos a MÓNICA ALEXANDRA SOARES PEREIRA, *O contrato de transporte de mercadorias rodoviário: a responsabilidade do transportador*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas, 2011, inédito, pp. 18-38, e J. ESPANHA PROENÇA e J. ESPANHA PROENÇA, *Transporte de mercadorias*, 2. ed., Coimbra, Almedina, 2004.

⁶⁹ Ac. do TRC, n.º 293/13.3TBCCDN.C1, Relatora Maria João Areias, de 05/05/2015.

⁷⁰ Ac. do STJp, processo 154/10.8TBCCR.S1, Relator JÚLIO GOMES, 6ª Secção, de 19/05/2015.

6.2.1. O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, n.º 293/13.3TBCDN.C1, de 05/05/2015

Em 05/05/2015 o Tribunal da Relação de Coimbra⁷¹ julgou um caso em que o 1º réu vendeu a outro (2º réu) pinheiros localizados dentro de uma área demarcada pessoalmente pelo primeiro. Parte da área na qual se deu o corte era propriedade de outro, e assim o 2º réu invadiu o terreno vizinho de terceiro, derrubou um muro no processo e cortou as árvores. Ambos alegaram que houve um erro na indicação pelo primeiro réu sobre as extremas de sua propriedade, no âmbito das relações internas entre eles, equívoco que não foi provado. Tanto a invasão do terreno do legítimo proprietário como o corte das árvores ali situadas não foram contestadas. A 1ª instância entendeu que o engano acarretaria na responsabilidade integral do 1º réu, porém o lesado não conseguiu provar este fato e nem que houve qualquer atuação dolosa ou culposa por parte do 2º réu e, por isso, a sentença afastou a responsabilidade.

O lesado interpôs recurso de apelação e o Tribunal concluiu que a atuação global dos sujeitos criou uma determinada esfera de risco ao legítimo proprietário e que a impossibilidade em determinar o efetivo lesante dentro de um grupo de pessoas não pode prejudicar o lesado, exceto se os agentes provarem que não causaram o dano. A Corte fixou a questão em determinar se o corte das árvores no terreno do lesado, pela atividade exclusiva do 2º réu, resultou do equívoco na informação prestada pelo 1º réu ou na compreensão incorreta das indicações pelo 2º réu. Esta situação não poderia gerar a simples isenção dos réus da obrigação de indenizar, porque não se pode ignorar que todos os danos foram ocasionados pelo corte de madeira pelo 2º réu em decorrência da venda das árvores a este pelo 1º, pelo que foi afastado o ônus do lesado de provar elementos que aconteceram na relação pessoal e interna entre os lesantes, estando estes em melhor posição para elucidar as condições do negócio.

O Acórdão então remete o caso à solução da causalidade alternativa, por não ser possível identificar quem foi o efetivo lesante em razão de aspectos da relação interna entre os réus, de onde os potenciais agentes respondem solidariamente e ao lesado basta demonstrar a existência da *esfera de risco* criada pela junção das condutas daqueles e o *evento lesivo*. A Relatora compreendeu que o negócio de venda de árvores criou uma esfera de risco onde o 1º réu tinha o dever de identificar precisamente quais os pinheiros que vendia, independentemente de outro efetuar o corte, e que engloba eventuais danos decorrentes do corte de pinheiros de propriedade alheia. Tendo ocorrido o corte e a destruição do muro na execução do contrato de alienação de árvores, a lesão teve origem ou na falta de cuidado do vendedor (1º réu) ao identificar os limites de sua propriedade ou no erro do comprador (2º réu).

⁷¹ Ac. do TRC, n.º 293/13.3TBCDN.C1, *cit.*

A decisão chega a afirmar que o juízo de censura para a imputação de responsabilidade não recairá sobre o corte das árvores, propriamente dito, mas sobre o ato de seleção das árvores no momento da entrega do 1º réu ao 2º réu comprador, que cria uma esfera de risco que abrangeria também o possível equívoco pelo 2º réu. Porém, este argumento não prevaleceu e a Corte definiu que, se dentro das relações internas entre os réus não for assentado quem causou o prejuízo, ambos devem ser solidariamente responsáveis nos termos do art. 497.º, CCp.

O Acórdão aborda uma situação muito atípica na multiplicidade de causas, porque não há uma diversidade de possíveis agentes atuando individualmente e de modo relativamente isolado, mas uma atividade consecutiva, na qual o corte somente ocorreu porque houve um negócio jurídico e uma indicação do local anteriormente – não parece correto pressupor que o 2º réu cortaria as árvores de qualquer modo. Nenhuma das condutas seria apta a gerar o dano por si e é possível destacar cada fato humano e voluntário executado e a sua autoria, permanecendo mais dúvidas quanto à prova da culpa de cada possível lesante do que quanto aonexo causal – quer dizer, parece estar mais em causa o erro e a boa-fé de cada um do que a própria conduta, porém essas questões não foram levantadas pelo Tribunal, que assentou a problemática na verificação da causalidade.

6.2.2. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 154/10.8TBCCR.S1, de 19/05/2015

O STJp, em 19 de maio de 2015⁷², aplicou pela primeira vez o conceito da causalidade alternativa para atribuir a responsabilidade de grupos aos participantes de uma rixa, onde todos os envolvidos sofreram (com exceção de um participante, denominado de GG) e causaram lesões físicas graves (que incluíram diversos danos patrimoniais e não patrimoniais), sem se poder definir o autor de cada prejuízo. No caso, oito indivíduos se envolveram em uma luta (com o uso de sacholas e marretas) em 24/12/2004, caracterizando o crime de rixa previsto no art.º 151.º do Código Penal português, pelo qual foram condenados em outra ação. Quatro dos oito agentes acionaram os outros sete participantes em demandas individuais, pedindo a condenação ao pagamento de valores entre € 800,00 e € 9.231,23, e estes autos foram apensados. A sentença entendeu que os autores das ações não conseguiram sucesso na prova do nexocausal e considerou improcedentes todos os pedidos, afirmando que se desconheciam os autores concretos das lesões e por isso não se estabelecia a causalidade adequada prevista no art.º 483.º, 1, CCp, quer dizer, os fatos não eram abstratamente aptos a produzir os resultados segundo o curso normal das coisas, bem como pela ausência de previsão semelhante ao §830, BGB, no ordenamento português. Indignados, os quatro envolvidos recorreram individualmente ao STJp contra a sentença.

⁷² Ac. do STJp, processo 154/10.8TBCCR.S1, *cit.*.

O Relator Júlio Gomes observa que o resultado atingido pela sentença era semelhante ao alcançado em outros países, onde não se indenizaria o lesado atingido por uma agressão coletiva pela incapacidade de se provar quem causou cada dano concreto dentro de vários agentes inseridos um grupo. Em face da função da responsabilidade civil de reparação do dano, a teoria da causalidade adequada encontraria exceção em casos de causalidade alternativa, do que o Relator conclui que seria juridicamente arbitrário negar a relevância causal de um fator em uma situação em que, embora suprimida mentalmente a conduta, o dano se concretizaria do mesmo modo.

Para o Relator, o maior problema destes casos seria a individualização da responsabilidade quando a ofensiva foi coletiva, o que não pode ser ignorado pelo direito, porque essa atuação em grupo é justamente o que dificulta a prova do nexos causal, isto é, são os próprios potenciais lesantes que tornam impossível o estabelecimento do liame causal com a ação de cada indivíduo. A solução proposta é o reconhecimento da própria atuação do grupo como *conditio sine qua non* dos danos sofridos, com a responsabilização solidária de todos os membros da coletividade, fundada nos arts.º 490.º e 497.º do CCp⁷³, cabendo a cada um provar que não causou o dano ou a real extensão das lesões que causou. Com base na doutrina italiana e sua posição sobre o art. 2.055 do *Codice Civile*, o Acórdão defende que se deve unificar a individualidade da responsabilidade em uma responsabilidade solidária, no interesse do lesado e atendendo à unidade do dano, concluindo pela presunção *iuris tantum* de igualdade das quotas dos responsáveis – isso porque, não obstante todos os agentes tenham criado a situação de perigo e agido culposamente, os graus de culpa se equiparam no caso, porque todos participaram igualmente da conduta coletiva. Atendendo ao art. 570.º, 1, cada um dos possíveis agentes suportará por 1/8 da lesão que ele próprio sofreu, podendo pedir a indenização do restante aos outros sujeitos.

O Acórdão dá provimento parcial aos pedidos, condenando todos os oito réus a pagarem as quantias requeridas pelos quatro demandantes, reduzidas em 1/8, de modo a refletir a culpa individual de cada um nos danos, variando de €700,00 a € 8077,32.

Assim sendo, o STJp ultrapassou nesse acórdão a dificuldade ou impossibilidade de prova da causalidade na multiplicidade de condições igualmente aptas a gerarem as lesões verificadas por meio da responsabilização solidária de todos os envolvidos, porém com a relevância do grau de culpa de cada lesado na materialização dos danos que ele mesmo sofreu. Esta última redução do montante da indenização a ser demandada atenta à participação ativa do lesado no conflito e à qual o julgador não pode ser insensível, mas que não será necessário se o lesado não contribuir para a criação do perigo abstrato representado pela rixa.

O Acórdão não emprega expressamente o sistema móvel, que se reflete todavia na superação da dificuldade da prova do nexos causal pela transposição da conduta individual (com a qual não se verifica o nexos de causalidade adequada com as lesões) à *conduta do*

⁷³ O Ac. do STJp, processo 154/10.8TBCDR.S1, *cit.*, vai no sentido de que a responsabilidade solidária é a regra a ser aplicada diante da sistemática do direito português: “Essa responsabilização solidária, emerge, no fim de contas do artigo 497.º do nosso Código Civil que afirma, precisamente, a responsabilidade solidária das várias pessoas responsáveis pelos danos (sem olvidar o artigo 490.º do mesmo Código (...))”.

grupo, onde a mera participação nesta será a *conditio sine qua non* com relação aos danos, que serão reparados solidariamente por todos os agentes incluídos naquela coletividade. Nessa construção há a mobilidade dos pressupostos da responsabilidade civil, com a verificação do dever de indenizar mesmo que o liame causal se encontre em grau menor que o exigido nos termos tradicionais, devido à alta periculosidade da atividade ilícita e culposa promovida pelo lesante e o posicionamento desta na sua esfera de risco – elementos que fundamentam a solução no interesse do lesado via responsabilidade solidária de todos os agentes, com quotas presumidamente iguais. De qualquer modo, há na decisão a aplicação da causalidade alternativa nos termos previstos pelo §830, BGB, com o simples recurso às prescrições do CCp.

7. Responsabilidade de grupos no Superior Tribunal de Justiça do Brasil

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJb) abordou matérias relacionadas à causalidade alternativa ou responsabilidade de grupo em apenas três Acórdãos, sendo dois com relação a lesões decorrentes no contexto de um tumulto ou uma briga e um na responsabilidade civil do condomínio por coisas lançadas ou que simplesmente caíram, sem que se pudesse identificar em nenhum dos casos quais os fatos humanos e voluntários que efetivamente causaram o prejuízo.

7.1. O Acórdão no REsp n.º 57.163-4/RS de 11/12/1995

A causalidade alternativa é uma matéria muito pouco enfrentada pelo STJb, que a tratou pela primeira vez em 1994⁷⁴, rejeitando uma responsabilidade de grupos, ainda na vigência do Código Civil brasileiro de 1916 (Lei n.º 3.071/1916.), revogado em 11 de janeiro de 2003.

No caso acima referido, o ofendido, na tentativa de acalmar um tumulto, foi atingido por uma pedra arremessada por um dos sujeitos que participavam da briga, fator que lhe casou a perda da visão do olho esquerdo. Entretanto, não foi possível identificar qual o agente da conduta concreta. O lesado demandou contra alguns dos agressores, pleiteando indenização por danos morais e materiais (emergentes e lucros cessantes), pedido que foi indeferido em 1ª instância e concedido após apelação – o Tribunal de Justiça (2ª instância) entendeu que havia responsabilidade solidária de todos os envolvidos, aplicando uma visão flexibilizada da

⁷⁴ STJb, REsp n.º 57.163-4/RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Acórdão publicado em 11 de dezembro de 1995.

teoria da equivalência das condições, considerando todas as causas e concausas como de igual valor. Os réus recorrerem à corte superior.

O STJb entendeu que, apesar do art. 1.518 do antigo Código Civil brasileiro prever que os coautores e cúmplices respondam solidariamente, esta regra não soluciona o problema, porque ainda assim a conduta do sujeito chamado a indenizar deve ser provada como causa necessária (ou adequada) do resultado. Isso porque, se a equivalência das condições fosse alargada em demasiado, levaria a exageros de responsabilização, na medida em que, no caso, todos seriam responsáveis, visto que “forçoso concluir que todos os recorrentes deram causa ao resultado (...). Não houvesse o enfrentamento, a pedra não teria sido atirada”⁷⁵, embora isso seria uma conclusão advinda da extensão indefinida da cadeia de causalidade para tudo que, de algum modo, influenciou no contexto encontrado no momento da lesão, conforme a posição do Relator Eduardo Ribeiro. O Relator então acentua a importância de se verificar se o lançamento da pedra se dá na linha de desdobramento dos fatos ou se é uma causa independente, e opta pela segunda posição – ou seja, o fato lesivo verificou-se no contexto da briga, mas disso não se pode concluir que todos os participantes do tumulto sejam coautores, porque, o fato de um grupo confrontar um grupo de policiais não pode servir para responsabilizar todos os integrantes pelo ato de somente um. Portanto, o Acórdão restabelece a posição da primeira instância, na medida em que “pelo resultado danoso responderá quem lhe deu causa, ou seja, a pessoa que atirou a pedra”⁷⁶.

O Acórdão conclui que não é cabível a responsabilização de todos os demandados, porque resultaria na condenação apenas dos que estejam no processo como partes, quando o dano pode ter sido causado por outros indivíduos de uma massa não chamados a responder, porque isso não seria motivo para estender-se a *impunidade*⁷⁷ a mais pessoas. Porém, o

⁷⁵ STJb, REsp n.º 57.163-4/RS, Voto do Relator, p. 3.

⁷⁶ *Idem*, p. 5.

⁷⁷ Nota-se no relatório uma posição um pouco perigosa de sancionar as partes pela prática de um fato ilícito, simplesmente por terem assumido um risco (no sentido genérico) de causar um dano que de fato ocorreu, não obstante outros sujeitos possam ter causado a lesão. Uma pretensão *punitiva* da responsabilidade civil mediante o uso da causalidade alternativa deve ser prontamente afastada, para firmar sua aplicação em sua vertente reparadora ou como garantia do direito do lesado (ROBERTO SENISE LISBOA, *Manual de direito civil*, vol. 2, 3. ed. rev., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 428), isto é, a causalidade alternativa pretende reparar a lesão causada por um elemento genérico pertencente ao grupo somente pelo fato dele assumir a possibilidade de causar aquele resultado ao praticar um comportamento no mesmo momento e contexto que outros potenciais lesantes, conduta que acaba sendo dissolvida pela atuação coletiva mas que ainda assim pode ser individualizada, ao contrário da autoria que se vincula ao prejuízo que se deu. Com isso, se entende que, de acordo com uma ideia de justiça corretiva, seria mais justo os múltiplos responsáveis serem obrigados a suportar o “preço” da reparação do dano que pode não ter causado do que do que deixar o prejudicado sem nenhuma indenização somente por não conseguir estabelecer o nexo causal com uma das condutas que se demonstrou apta a gerar o prejuízo.

Entre as duas opções (indenizar ou não o lesado), há uma verdade escolha pelo aplicador do direito entre quem será beneficiado pelo fato da conduta ser praticada por um agente não identificável dentro de um grupo: ou todos os membros do grupo são responsabilizados (seja integralmente pelo dano e de forma solidária, seja apenas pela percentagem da probabilidade de terem causado o dano e de forma individual) e *todos menos um* são prejudicados pela conduta de outro que causou um dano (porque responderão por um dano que de fato não causaram), ou ninguém é responsabilizado e o lesado nada recebe, sendo prejudicado por não conseguir provar a autoria e o nexo causal – ainda haverá um único beneficiado na coletividade, o sujeito que realmente causou o dano e gozou da anonimidade de seus atos. A segunda solução parece ser a menos ideal, no ponto em que concretiza um verdadeiro instrumento de fuga da responsabilidade pelos danos que causam, enquanto a primeira, embora exija a flexibilização dos limites da causalidade da multiplicidade de responsáveis, constrói um mecanismo que imputa uma obrigação de indenizar ao membro de um grupo por danos que potencialmente não causaram como uma consequência à prática de condutas perigosas (afastada da responsabilidade civil pelo risco prevista nos arts.º 499.º e seguintes do CCP). Ora, não se trata de responsabilidade por risco, mas uma

STJb não tratou expressamente do tema e não recorreu a nenhum precedente, doutrina ou elemento do direito estrangeiro para apreciar a questão: somente aplicou a legislação e, entendendo que não havia sido provado o nexu causal com a conduta do agente individualizado, julgou improcedente o pedido de reparação.

7.2. O Ac. no REsp n.º 26.975/RS, de 20/05/2003

A responsabilidade civil de grupos foi revista em 2002⁷⁸, quando o STJb enfrentou novamente a matéria e apreciou o caso em que um sujeito foi agredido fisicamente em um estádio de futebol por diversos torcedores (adeptos) de um time rival que, utilizando pedaços de madeira, o deixaram em estado de saúde grave. O lesado faleceu cerca de seis dias após o evento. Afastada a responsabilidade penal expressamente pela não aplicabilidade da causalidade alternativa em processo penal próprio, a esposa do falecido e os filhos menores processaram cinco dos agressores que conseguiu identificar, pedindo alimentos com base nos rendimentos do falecido na seara cível. A sentença em primeiro grau julgou procedente a demanda e condenou os lesados a pagar uma pensão mensal aos requerentes, o que foi mantido em segunda instância e, novamente, pelo STJb, revertendo o entendimento firmado em 1994.

No REsp n.º 26.975/RS, o STJb manteve o entendimento da segunda instância, porque qualquer dos demandados (os agressores) *pode* ter causado o dano e, por isso, todos concorrem para a produção do dano pelo simples fato de terem participado no conflito generalizado – ou na atividade perigosa que se desenvolveu⁷⁹ –, presença demonstrada por prova testemunhal na instrução do processo em primeira instância. Assim sendo, a responsabilidade de grupos foi aplicada de modo a responsabilizar individualmente cada um dos possíveis agressores chamados a responder em processo judicial pelo dano, de forma solidária, aplicando-se os arts. 275 e seguintes e art. 942 do CCb, que tratam da solidariedade passiva.

Porém, se deve atentar a um determinado aspecto para o seu emprego em fundamentações de decisões futuras, qual seja, o de que apenas foram citados cinco possíveis lesantes de uma multiplicidade indeterminada de sujeitos, existindo a possibilidade de, por exemplo, o ato que de fato culminou na morte ser desferido por um terceiro não identificado, quando os réus responderiam pela integralidade de um dano que não causaram. Isto foi contornado no caso concreto pela prova de que os sujeitos condenados realmente foram identificados por testemunhas como serem os reais agressores dentro de um tumulto com vários

revisão da responsabilidade prevista no art. 497.º pela assunção voluntária da possibilidade de causar uma lesão.

⁷⁸ STJb, REsp n.º 26.975/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, Acórdão publicado em 20 de maio de 2002.

⁷⁹ "(C)ada um dos réus, efetivamente, participou da conduta perigosa da qual resultou o ato lesivo o que, segundo a idéia da responsabilidade grupal ou da causalidade alternativa, é o suficiente para a configuração da responsabilidade civil individual de cada um deles", cf. STJb, REsp n.º 26.975/RS, *cit.*, Voto do Relator, p. 6.

participantes, mas pode não o ser de acordo com as circunstâncias do caso, o que pode ao menos dificultar a responsabilização das partes.

7.3. O Ac. no RESP 68.682/RJ, de 29/03/1999

O STJb⁸⁰ aplicou a causalidade alternativa no âmbito da responsabilidade civil de condôminos por queda de coisas de edifício e impossibilidade de identificação dos responsáveis. O Acórdão não descreve detalhadamente os fatos do caso, mas dele se desprende que uma ou mais coisas foram lançadas de um grande edifício residencial no momento em que os moradores abriam janelas em direção à rua onde transitava o lesado, causando-lhe danos. A Corte aplicou o art. 1.529 do CCb de 1916⁸¹ e considerou que, em se tratando de objetos ou líquidos atirados do edifício, responde o condomínio, que tem a tarefa interna de identificar os possíveis agentes em momento posterior, não podendo onerar os residentes de alas do imóvel opostas ao local em que se deu a lesão.

O STJb considerou que esta interpretação deve se ampliar a todos os danos decorrentes do lançamento ou queda de objetos não só de residência, mas também, por exemplo, escritórios e consultórios. Nestes casos, o Relator entendeu que a imensa dificuldade na reparação dos prejuízos pelo óbice quase intransponível da prova do exato ponto de onde advém a conduta danosa e o dever de cuidado específico e permanente dos condôminos ou moradores (em razão do art. 1.529 do antigo CCb) justificaria a responsabilização do próprio condomínio. Em voto vogal, o Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, concordando com o voto do Relator, observou a importância do “princípio da exclusão”, pelo qual aqueles que certamente não poderiam ter concorrido para a concretização do prejuízo – porque moravam em laterais opostas ao local do incidente ou em outros edifícios do mesmo condomínio – não são responsabilizados, obrigando somente os moradores ou condôminos dos apartamentos de onde o objeto poderia ter caído ou sido lançado, que serão solidariamente responsáveis⁸².

Portanto, o STJb aceitou a aplicação da causalidade alternativa em duas oportunidades, enfrentando a rigidez do pressuposto do nexos causal no direito brasileiro.

⁸⁰ STJb, REsp n.º 64682 / RJ, Relator Ministro Bueno de Souza, 4ª Turma, julgado em 10/11/1998, Acórdão publicado em 29/03/1999.

⁸¹ O dispositivo tem redação quase idêntica ao art. 938 do atual CCb, que versa “aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”, onde se previa expressamente esta responsabilidade a quem habitasse *casa*, ressaltando anteriormente o aspecto residencial do imóvel.

⁸² O entendimento firmado nessa decisão ainda é aplicado, como em caso em que uma pessoa sofreu um dano causado por um copo com água e gelo lançado de um edifício e *era possível identificar a exata janela por onde o objeto foi arremessado*, mas que a lesada não tomou qualquer diligência com o fim de apontar o dono do imóvel real causador da lesão e, ao contrário, buscou atribuir a responsabilidade solidária a todos os condôminos (cf. Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, ACJ n.º 2010.03.1.007938-4, Relator FERNANDO LIMA, 2ª Turma Recursal, de 12/04/2011). Neste caso, o Juizado entendeu não haver justificativa para que os danos fossem suportados por todos os moradores. Em outra decisão, algumas crianças (filhos de condôminos) brincavam diariamente arremessando pequenas pedras em direção ao imóvel vizinho, causando danos a viaturas de propriedade do lesado, que não conseguiu identificar os autores dos danos, apenas a trajetória e a origem dos materiais lançados (cf. Tribunal de Justiça do Paraná, processo n.º 583289-7, Relator AROQUEL ARAUJO RIBAS, 10ª Câmara Cível, julgamento em 05/11/2009). A decisão conclui que a eventual dificuldade em se acionar em regresso os reais infratores representa uma injustiça menor em comparação com a que seria suportada pelo lesado na ausência de qualquer reparação.

8. Hipóteses de aplicação da causalidade alternativa

Com base no exposto, se extrai que a incerteza sobre o nexos causal na pluralidade de condições abrange ao menos quatro grupos de casos que merecem tratamento individualizado, nas quais aquela somente é chamada a responder quando não for possível identificar o autor ou isolar condutas causalmente adequadas à produção da lesão⁸³:

a) *Multiplicidade de condutas desencadeadas independentemente*: há uma multiplicidade de sujeitos identificados que praticam condutas semelhantes ao mesmo tempo, sem nenhum tipo de comunhão de esforços ou associação de qualquer forma, e os fatos demonstram que somente uma delas causou o dano, mas não é evidente qual delas que foi a derradeira causa do prejuízo. Um exemplo seria a de que dois indivíduos que estão caçando em uma floresta atiram ao mesmo tempo e somente um dos disparos causa uma lesão corporal, mas das circunstâncias do caso não é evidenciado qual dos tiros o causou.

b) *Existência de fatores naturais ao lado do fato humano e voluntário, como potenciais causas*: hipótese em que um sujeito que pratica uma conduta ao mesmo tempo que outros fatores externos (como, por exemplo, elementos da natureza ou a progressão de uma doença) de efeitos semelhantes atuam no processo causal, e não se sabe se pode provar qual dentre esses que causou um prejuízo. Seria o caso de um alpinista atingido por uma pedra que pode tanto ter se desprendido de uma montanha como ser uma negligentemente lançada por um colega.

c) *Responsabilidade coletiva ou de grupos: somente uma conduta específica causa um dano* (todavia, podem ser vários comportamentos semelhantes, mas foi um certo ato, com delimitadas características, que causou o prejuízo verificado), porém não se pode provar a sua autoria, porque o agente está inserido em um grupo de sujeitos e não há elemento de prova que demonstre quem foi o causador do dano – seja porque vários sujeitos praticaram a mesma conduta ao mesmo tempo, seja simplesmente porque somente se sabe que um único fato lesivo teve origem em algum dos membros daquela coletividade e não se sabe qual o autor daquele. É o caso de um grupo de pessoas que arremessam objetos e um

⁸³ Se houver pluralidade de causas e for possível isolá-las, com a verificação de um nexos de causalidade predominante entre elas e os danos, não há problema em relação aos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. Nesses casos, podem repercutir na esfera do lesado tanto condições naturais como humanas, em situações em que o prejuízo não se verificaria ou seria minorado com a subtração mental de uma das condições, como quando houver alguma atuação conjunta entre os agentes em que o dano é causado pela agremiação de causas (orquestrada ou não), ou até quando houver causas cumulativas (quando houver mais de uma causa igualmente adequada à produção do dano, na mesma extensão em que de fato se verificou, e a subtração hipotética de qualquer uma delas também é indiferente à ocorrência da lesão, mas ambas efetivamente contribuíram para isto), casos em que se aplicará o art. 490.º, CCp. Sem adentrar no estudo do tema, é irrelevante a *causa virtual* – quando o prejuízo que resultou da causa real poderia ser produzido igualmente por outra causa (simultânea ou sucessiva), mas somente a eficácia causal do primeiro operou na produção do efeito, havendo, na realidade, um juízo absolutamente hipotético sobre a causa virtual –, porque se estaria promovendo uma causa suplementar de exclusão de responsabilidade (cf. LUIZ MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, vol. 1: Introdução. Da constituição das obrigações*, 9. ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 363-364, e, em posição contrária, defendendo a aplicação excepcional do instituto, cf. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, reimp., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 26 e 216 e ss.)

destes quebra um vidro de um automóvel e não se sabe qual das ações dos participantes que resultou no dano, ou de uma grande coletividade de torcedores de um time em que apenas um sujeito praticou um ato que culminou em um prejuízo (como o lançamento de um objeto que atinge o rosto de outrem), mas não é possível identificar quem causou esse.

d) *Responsabilidade pela produção de bens de consumo defeituosos*: dentro desses casos estariam as responsabilizações de fabricantes de produtos genéricos com defeitos, em que o consumidor adquire este tipo de produto que vem a lhe causar um prejuízo, mas não consegue identificar qual era o fabricante do exato bem que comprou, dentre os vários fornecedores de um bem de qualidades e quantidade idênticas. Conforme a jurisprudência norte-americana, esse caso seria resolvido pela responsabilidade pela quota de mercado, em que pelo menos os maiores fornecedores do bem são individualmente obrigados a indenizar o prejuízo em uma parcela de acordo com a percentagem de vendas no contexto do caso concreto (deve-se atentar a fatos como o local habitual de compra do produto, a época do fato, distribuidores, entre outros), sem responsabilidade solidária. Em Portugal, doutrinadores como Calvão da Silva afastam a *market share liability* e compreendem que a aplicação da causalidade alternativa neste âmbito resulta na responsabilidade solidária e não na parcial, na medida em que isso reflete uma solução mais justa no campo do direito do consumo e na proteção do consumidor, mais adequada ao tratamento da ordem jurídica portuguesa à multiplicidade de agentes.

Há duas vertentes de causalidade alternativa que podem ser chamadas a resolver os casos supra. Uma que resulta na *responsabilidade solidária* – previsto no BGB, mais compatível com a sistemática do CCp, mas que exige ampliação da regra geral prevista no art. 497º, porque não há a prova conclusiva do nexos causal que configuraria a responsabilização que é requisito do dispositivo – e outra na *responsabilidade individual de cada potencial causador do dano* – inspirada nas regras de repartição do risco e multiplicidade de lesantes do ABGB, que dividem os danos entre os potenciais ofendidos de acordo com a probabilidade de serem os causadores, ou em partes iguais se houver dúvida, além de incluírem na análise a esfera de risco da do lesado, e que resultam em responsabilidade parcial.

No primeiro caso, todos os potenciais causadores podem ser obrigados a indenizar individualmente a totalidade dos danos – competindo a escolha ao ofendido, de acordo com o art.º 519º, n.º 1, do CCp⁸⁴ –, cabendo ação de regresso de quem suportar a reparação contra os outros – na qual a obrigação de cada um será medida pelo risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha atuado e à sua contribuição

⁸⁴ "Artigo 519.º (Direitos do credor) 1. O credor tem o direito de exigir de qualquer dos devedores toda a prestação, ou parte dela, proporcional ou não à quota do interpelado; mas, se exigir judicialmente a um deles a totalidade ou parte da prestação, fica inibido de proceder judicialmente contra os outros pelo que ao primeiro tenha exigido, salvo se houver razão atendível, como a insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação. (...)"

para o dano⁸⁵ –, enquanto no segundo cada um será obrigado de acordo com a probabilidade de sua conduta ser a causa adequada da lesão.

Em uma consideração geral, responsabilidade solidária é mais compatível com ramos como o direito do consumidor e ambiental, porque há um interesse maior na proteção dos bens jurídicos lesados do qual resulta igualmente um interesse na prevenção de novas condutas lesivas e conseqüente responsabilização de potenciais causadores pela totalidade do dano, mesmo que eventualmente não o tenham causado.

A responsabilidade por causalidade alternativa na visão em que cada possível lesante é responsabilizado individualmente por parte do dano de acordo com o grau de probabilidade de ser o lesante de fato, por outro lado, se adequa a situações gerais de responsabilidade civil, como em casos de responsabilidade de grupo, multiplicidade de potenciais causas (humanas ou não), responsáveis sem identificação da causa e perda de chance. Entretanto, apesar de oferecer uma solução que se adequa à justa distribuição de riscos nas esferas dos potenciais causadores do dano e do lesado, a responsabilidade parcial parece ir de encontro contra a responsabilidade solidária que é regra geral na multiplicidade de lesantes, tanto em Portugal como no Brasil. Disso se extrai que, no estado da matéria, pode ser mais compatível o recurso à responsabilização integral pelos danos de todos os causadores (ainda que somente potenciais), agravando a sua situação em favor da reparação dos prejuízos, do que à posição austríaca da causalidade alternativa.

Conclusão

A análise global e unitária de diferentes hipóteses de multiplicidade de causas e incerteza quanto ao nexos causal se destina à promoção do desenvolvimento do debate e a consideração da causalidade alternativa e da responsabilidade de grupos em uma maior diversidade de casos, de forma a demonstrar que algumas situações em contextos muito discrepantes podem ter soluções semelhantes. Em todos os casos, perante a pluralidade de condições (naturais ou provenientes de fatos voluntários humanos) e a incerteza quanto à causalidade, o estabelecimento desta pode se dar por uma facilitação de sua prova, quando bastará a averiguação de mais de um fator com uma mera probabilidade de gerar o prejuízo, ainda que menor que o patamar exigido pelo direito, ou seja, em grau que não seria suficiente para gerar a obrigação de indenizar em condições gerais. Portanto, a causalidade alternativa protege o lesado quando houver incerteza quanto ao nexos causal e for constatada uma (ou mais) conduta com uma probabilidade relevante de ser a causa.

A flexibilização do pressuposto do nexos causal pela causalidade alternativa pode resultar na verificação da *causalidade parcial* e conseqüente responsabilização parcial de todos os

⁸⁵ Conforme o art.º 6º, n.ºs 2 e 3, do Dec.-Lei n.º 383/89, que transpõe para a ordem jurídica interna portuguesa a Diretiva n.º 85/374/CEE, em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, explica JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 588.

possíveis agentes (ou, pelo menos, daqueles chamados em litisconsórcio) de acordo com aquela possibilidade de terem causado o dano, posição menos onerosa aos possíveis lesantes e que encontra menos aceitação na doutrina. Entretanto, daquela também deriva a consideração, perante o lesado, de todas as condutas potencialmente lesivas como *causas adequadas* para fundar a *responsabilidade solidária*, com a escolha do credor dos prováveis agentes a serem demandados em juízo, onde o grau de probabilidade de terem causado o dano será indiferente ao lesado e somente será relevante em ação de regresso. Esta última vertente tutela a posição do credor diante do risco da insolvência e lhe concede o benefício da escolha de qual o potencial agente com melhores condições patrimoniais para responder judicialmente, e parece ter maior força, sendo aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal de Justiça.

O ordenamento jurídico português prevê algumas flexibilizações diretas ou indiretas para a determinação da causalidade, mais ou menos próximos da causalidade alternativa, e que formam uma importante base de estudo da matéria. Em comparação ao estado da arte em Portugal, deve-se notar que a ampla aplicação da causalidade alternativa no direito brasileiro pressupõe antes um maior amadurecimento do estudo do nexo causal⁸⁶ – para o qual esta pesquisa espera contribuir –, com o fim de que o seu emprego não ponha em risco a segurança jurídica e a estabilidade do sistema de responsabilidade civil.

Bibliografia

ALMEIDA, MARIO AROSO DE, “Comentário ao art. 7.º, n.ºs 3 e 4, da Lei 67/2007, de 31 de dezembro”, in *Comentário ao Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Rui Medeiros (Org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 217-224

BYDLINSKI, FRANZ, “Haftung bei alternativer Kausalität”, in *Juristische Blätter*, 10 de jan. de 1959, ano 81, pp. 1-13

BYDLINSKI, FRANZ, “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität” in *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag*, Berlin, Walter de Gruyter, 1979, pp. 4-34

CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990

CALVÃO DA SILVA, JOÃO, “L’arrêt DES”, in *European Review of Private Law*, 2, 1994, pp. 465-469

⁸⁶ Embora exista bibliografia especializada no Brasil, ainda assim o tratamento da matéria é escassa, além de raros precedentes jurisprudenciais (cf. VASCO DELLA GIUSTINA, *Responsabilidade civil dos grupos*, Rio de Janeiro, Aide, 1991, JULIO ALBERTO DÍAZ, *Responsabilidade coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, e PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA, *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2013, pp. 148 e ss.).

- CAVALIERI FILHO, SERGIO, *Programa de responsabilidade civil*, 9. ed., São Paulo, Atlas, 2010
- COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, reimp., Coimbra, Almedina, 1998
- DÍAZ, JULIO ALBERTO, *Responsabilidade coletiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998
- EGTL – European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Disponível em <<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf>>, Acesso em 12 de março de 2014
- FERREIRA, RUI CARDONA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- FROTA, PABLO MALHEIROS DA CUNHA, *Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2013, inédito
- GIUSTINA, VASCO DELLA, *Responsabilidade civil dos grupos*, Rio de Janeiro, Aide, 1991
- GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, "Sobre o dano da perda de chance", in *Direito e Justiça*, Lisboa, vol. XIX, II, 2005, pp. 9-47
- GRAZIANO, THOMAS KADNER, "Loss of a Chance", in *Digest f European Tort Law, vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, Winiger, Bénédic; Koziol, Helmut; Koch, Bernhard A. e Zimmermann, Reinhard (eds.), Wien, Springer-Verlag, 2007, pp. 585-589
- GRAZIANO, THOMAS KADNER, "Loss of a chance in European Private Law: 'all or nothin' or partial liability in cases of uncertain causation", in *European Review of Private Law*, vol. 16, n.º 6, 2008, pp. 1009-1042
- GUICHARD, RAUL, "Anotações sobre a responsabilidade do comitente e a responsabilidade pelo risco no código civil português", in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 10, 2007, pp. 35-106
- GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1995
- KOZIOL, HELMUT, "Problems of alternative causation in Tort Law", in *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, Herbert Hausmaninger et al (eds.), Wien, Springer-Verlag, 1999
- KOZIOL, HELMUT, "Prospettive di soluzione in tema di 'causalità alternative'", in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 5, 2010, pp. 964-1168
- KOZIOL, HELMUT, *Basic questions about tort law from a germanic perspective*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2012
- KOZIOL, HELMUT, "Loss of a Chance", in *Digest f European Tort Law, vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, Bénédic Winiger et al (eds.), Wien, Springer-Verlag, 2007, pp. 589-592

KOZIOL, HELMUT, "Prospettive di soluzione in tema di 'causalità alternative'", in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 5, 2010, pp. 964-1168

LEITÃO, LUIZ MANUEL MENEZES, *Direito das obrigações, vol. 1: Introdução. Da constituição das obrigações*, 9. ed., Coimbra, Almedina, 2010

LISBOA, ROBERTO SENISE, *Manual de direito civil, vol. 2*, 3. ed. rev., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004

LLAMAS POMBO, EUGENIO, *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Editorial Trivium S.A., 1988

MEDAUAR, ODETE, *Direito administrativo moderno*, 9. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005

MENESES, SARA LEMOS, *Perda de Oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, 2013, inédito

MONTEIRO, CÁSSIA GOMES DA SILVA, *Responsabilidade Civil - Causalidade Alternativa*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal, 2014, inédito

NETO, ABÍLIO, *Código Civil anotado*, 15. ed., Lisboa, Ediforum, 2006

NORONHA, FERNANDO, *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, v. 1*, São Paulo, Saraiva, 2003

PEREIRA, MÓNICA ALEXANDRA SOARES, *O contrato de transporte de mercadorias rodoviário: a responsabilidade do transportador*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas, 2011, inédito

PITTA, PEDRO / CARVALHO, CUNHA NUNES DE, "A responsabilidade do comitente", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, n.º 1, abr., 1988, pp. 85-120

PROENÇA, ALFREDO / PROENÇA, J. ESPANHA, *Transporte de mercadorias*, 2. ed., Coimbra, Almedina, 2004

SILVA, RAFAEL PETEFFI DA, *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2009

SILVEIRA, DIANA MONTENEGRO DA, *Responsabilidade civil por danos causados por medicamentos defeituosos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

SOUSA, ANA PEREIRA DE, "A culpa do serviço no exercício da função administrativa", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, I, 2012, pp. 335-358

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das obrigações*, 6. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1989

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO, *Direito civil: responsabilidade civil, vol. 4*, 11. ed., São Paulo, Atlas, 2011

VON BAR, CHRISTIAN / BLACKIE, JOHN / SWANN, STEPHEN, *Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Munich, Sellier, 2009

WILBURG, WALTER, “Desenvolvimento de um Sistema móvel no direito civil”, trad. de Raul Guichard, in *Direito e Justiça*, XIV, tomo 3, 2000, pp. 55-73

Jurisprudência

Brasil:

Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 57.163-4/RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, Acórdão publicado em 11 de dezembro de 1995

Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 64682 / RJ, Relator Ministro Bueno de Souza, 4ª Turma, julgado em 10/11/1998, Acórdão publicado em 29/03/1999

Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 26.975/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, Acórdão publicado em 20 de maio de 2002

Tribunal de Justiça do Paraná, processo n.º 583289-7, Relator Arquelaú Araujo Ribas, 10ª Câmara Cível, julgamento em 05/11/2009

Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, ACJ n.º 2010.03.1.007938-4, Relator Fernando Lima, 2ª Turma Recursal, de 12/04/2011

Estados Unidos da América:

Sindell v. Abbott Laboratories, (1980) 26 Cal. 3d 588

Summers v. Tice (1948) 33 C2d 80

State v. Newberg (1929) Ore. 564

Portugal:

Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 154/10.8TBCCR.S1, 6ª Secção, Relator Júlio Gomes, de 19/05/2015

Tribunal da Relação de Coimbra, n.º 293/13.3TBCCDN.C1, Relatora Maria João Areias, de 05/05/2015