RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES

**A CAUSALIDADE ALTERNATIVA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÚLTIPLOS OFENSORES**

MESTRADO EM DIREITO

**ORIENTADORA: PROFESSORA TITULAR GISELDA MARIA FERNANDES
NOVAES HIRONAKA**

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014**

RENATO DUARTE FRANCO DE MORAES

**A CAUSALIDADE ALTERNATIVA E A
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÚLTIPLOS OFENSORES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Civil, sob orientação da Profa. Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Renato Duarte Franco de Moraes

A CAUSALIDADE ALTERNATIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÚLTIPLOS OFENSORES

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Início esses agradecimentos lembrando-me de meus queridos avós, cuja constante presença se revelou fundamental na minha criação e no meu crescimento. Fica, portanto, minha completa gratidão à Iaiá, por sua constante alegria e por seu amor incondicional, ao Vô Lu, pela sabedoria e pela paixão pela educação, à Vó Eva, pela perspicácia e pelo inabalável senso crítico, e ao Vô Nico, pelo eterno companheirismo.

Ainda na esfera familiar, agradeço à Sabrina, por seu inestimável amor, por sua constante presença, mas também – e principalmente – por nossa vida, e por sua paciente renúncia a momentos relevantes dela, ao longo e em razão do preparo desta dissertação.

Agradeço, também, aos meus pais, Luiz Antonio e Heloisa, e à minha irmã, Maria Beatriz, por serem quem são, e por constituírem o âmago da família da qual tanto me orgulho de ser parte. Faço carinhosa e especial menção aos meus queridos tios, Luiz e Ana Maria, aos meus primos, Guilherme e Ana Luísa, e àqueles que se tornaram meus familiares por força do casamento, mas que já integravam minha família muito antes do matrimônio, notadamente Roselis, Valdomir, Tuca, Auro, Renata, João, João Pedro, Luísa, Fabrício e Érica.

Em termos acadêmicos, a Profa. Giselda Hiroraka exerceu função indispensável na minha formação. Desde o último ano da graduação no Largo de São Francisco, em 2003, a querida “Gigi” me acompanhou e me apoiou, fornecendo base essencial ao desenvolvimento dos meus estudos. Também agradeço o valioso auxílio dos professores e colegas da pós-graduação, dentre os quais destaco os Profs. Cristiano Zanetti, Patrícia Iglecias, Teresa Ancona Lopes e José Fernando Simão, além dos amigos Romualdo, Vaneska, Flávio e Cláudia.

Já no âmbito profissional, merecem especial referência os amigos de Moraes Pitombo Advogados, dentre os quais se incluem Antonio Pitombo, Cláudio Daólio, Guilherme Nostre, João Azeredo, Thiago Conrado, Denise Vaz, Isabel Cortez, Rodrigo Silva, Rafael Garcia, Mariel Safdie, Bruna Anchieta, Cláudia Yousef, Luciana Louzado, Cíntia Miranda, Maria Carolina Pêra, Luiza Galardo e Henrique Annicchino. Cada qual de seu jeito, todos participaram da elaboração da dissertação, seja pela análise crítica de minhas ideias, seja pelo valioso incentivo à realização da pesquisa, ou ainda por

tornar nosso ambiente de trabalho um local no qual o profissionalismo caminha ao lado da amizade.

Meus agradecimentos ficam, ainda, para aqueles que, um dia, foram colegas de trabalho, e se tornaram, com o tempo, verdadeiros amigos. Menciono especificamente Eduardo Salomão, Angela Di Franco, Walter Pinto, Carolina e Christian Davies, Renato Jabur, Luca Salvoni, Daniel Tardelli, Mark Kreidel, Rafael Zabaglia, Mariana Lombardi e Renato Oikawa.

Finalmente, recordo-me dos meus amigos que, de diversos modos, adquiriram especial relevância em minha vida, e que participaram – direta ou indiretamente – do preparo desta dissertação. Neste ponto, faço referência a Rafael Vanzella, Mariana Mello, Diego Mattos, Michelle e Genilson Carreiro, Roberta Fernandes, Vinicius Gomes, Guilherme Kappáz, Patricia Goldstein, Ricardo Costa, Karina Elias, Marcos Figliolini, além de Paulo Castro e Paulo MacDonald, inseparáveis amigos da jornada cantabrigiana.

Todas essas pessoas, e tantas outras que não foram expressamente mencionadas aqui, tiveram relevante contribuição para o presente trabalho, merecendo toda minha gratidão.

RESUMO

A presente dissertação trata de situações nas quais o prejuízo decorre de conduta praticada por parcela de indivíduos integrantes de agrupamento, sem que seja possível identificá-los. No âmbito do nexa causal, essa hipótese se traduz no conceito de causalidade alternativa, e a maior controvérsia relacionada ao tema é definir se, e em quais circunstâncias, há responsabilidade solidária de todos os integrantes do agrupamento. Para analisar essas questões, o presente trabalho apresenta capítulo introdutório, cujo foco recai sobre as diversas doutrinas desenvolvidas a respeito da causalidade. O espoco desse exame é analisar como essas teorias descrevem o fenômeno entre causa e efeito e, ainda, como os doutrinadores e a jurisprudência lidam com elas ao se defrontar com situações envolvendo diversas causas potenciais relacionadas a determinado evento. Tendo a parte introdutória como base, a dissertação analisa especificamente a causalidade alternativa sob perspectiva histórica, tecendo considerações sobre o desenvolvimento do conceito ao longo do tempo. A dissertação ingressa, então, na análise da causalidade alternativa em diversas jurisdições. O propósito dessa parte do trabalho é examinar as diferentes perspectivas adotadas por doutrinadores e cortes estrangeiras em relação a cenários envolvendo danos cometidos por grupos de diversos indivíduos, sem que seja possível identificar o verdadeiro ofensor. A parte final da dissertação trata especificamente do fenômeno da causalidade alternativa no direito brasileiro. O trabalho analisa essa matéria examinando algumas decisões relevantes dos tribunais, juntamente com opiniões de doutrinadores relacionadas ao tema. Também há o contraste das diversas teorias desenvolvidas para explicar a solidariedade dos integrantes do grupo com o regime jurídico estabelecido no Código Civil brasileiro, enfatizando-se as potenciais deficiências de cada doutrina. A partir dessa análise, e das principais conclusões decorrentes da pesquisa desenvolvida nos demais capítulos, a parte final da dissertação propõe (i) uma explicação que justifica a solidariedade dos indivíduos que integram um grupo; e (ii) os critérios para definir as circunstâncias nas quais essa espécie de responsabilidade se aplica. O trabalho propõe, ainda, a alteração no Código Civil brasileiro, com a inclusão de normas específicas acerca da causalidade alternativa.

Palavras Chaves: Direito Civil, Responsabilidade Civil, Nexa de Causalidade, Causalidade Alternativa, Danos, Solidariedade, Dever de Indenizar.

ABSTRACT

This thesis approaches situations wherein damage arises from conducts incurred by one or several individuals that compose a group, being altogether impossible to identify the actual tortfeasors. In terms of causation, this situation is usually known as alternative causation, and the main controversy arising from such scenario is whether and under which circumstances all members of the group should be held liable for damages. In order to analyze these issues, the present work brings an introductory chapter, which focuses on the several theories developed with respect to the concept of causation. This aims at verifying how such doctrines describe the cause-and-effect phenomenon, and the way scholar and courts handle with these doctrines whereas facing situations involving several causes potentially related to a certain outcome. Having the first part as a conceptual background, the dissertation specifically approaches the alternative causation under a historical perspective, particularly concerning the development of such concept throughout relevant moments of history. The dissertation then moves to the analysis of the concept of alternative causation in several jurisdictions. The purpose of that part of the work is to verify the different perspectives adopted by foreign scholars and courts as to the scenarios involving damages performed by members of a group, wherein it is altogether impossible to identify the actual tortfeasors. The final part of the dissertation deals particularly with the phenomenon of alternative causation under Brazilian law. The work approaches this subject by examining some relevant court decisions and opinion of scholars related to the issue. It also contrasts the several doctrines developed to explain the joint liability of the members of the group with the legal regime established by the Brazilian Civil Code, stressing the flaws applicable to each of them. Relying upon this analysis, and on main elements arising from the analysis carried out in the previous chapters, the final part of the dissertation proposes (i) an explanation to justify the joint liability applicable to individuals that compose a group of potential tortfeasors; and (ii) the criteria to define the circumstances wherein this sort of liability prevails. It also proposes the amendment of the Brazilian Civil Code, in order to include specific regulation regarding alternative causation.

Keywords: Civil Law, Torts, Causation, Alternative Causation, Joint Liability, Injury, Damages.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E ESCOPO DA DISSERTAÇÃO.....	9
1.1. Justificativa quanto ao título adotado.....	13
2. NEXO DE CAUSALIDADE.....	16
2.1. Evolução do conceito	16
2.1.1. Direito romano	18
2.1.2. As concepções modernas da causalidade	21
(i) <i>A causalidade necessária</i>	22
(ii) <i>A causalidade eficiente</i>	24
(iii) <i>A equivalência das condições ou ‘conditio sine qua non’</i>	26
(iv) <i>A causalidade adequada</i>	32
(v) <i>A teoria do escopo da norma violada</i>	37
2.2. Insuficiência das teorias na atualidade: necessidade de adoção da teoria mais adequada para tratar do caso concreto	38
2.3. A inexistência de critério definitivo sobre a causalidade	41
2.4. A causalidade no direito brasileiro: o artigo 403 do Código Civil brasileiro.....	46
2.5. Os diferentes regimes da responsabilidade	55
2.6. Causalidade e risco.....	60
3. PRECEDENTES HISTÓRICOS.....	67
3.1. Precedentes romanos: <i>effusum et deiectum e damnum in turba datum</i>	67
3.2. Direito intermédio	71
3.3. A codificação	72
4. ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO	76
4.1. Introdução	76
4.2. Direito francês.....	77
4.2.1. Introdução.....	77
4.2.2. Visão restritiva da responsabilidade	79
4.2.3. Teoria da culpa coletiva.....	81
4.2.3.1. As vertentes da culpa coletiva	85
4.2.4. Teoria da guarda coletiva	88
4.2.5. Teoria da semipersonificação do grupo.....	94
4.2.6. A visão coletivizada da responsabilidade civil.....	99
4.3. Direito espanhol	106

4.3.1. Regime geral da responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado do grupo	106
4.3.2. Os danos causados por produtos defeituosos	114
4.3.3. Os danos causados pela contaminação do amianto	121
4.3.4. Os danos causados em manifestações	124
4.4. Direito argentino	127
4.4.1. Regime geral da responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado do grupo	127
4.4.2. Requisitos para a solidariedade	133
4.4.3. O anonimato	135
4.4.4. Os danos nos eventos esportivos	138
4.5. Direito norte-americano	142
4.5.1. A relevância do direito norte-americano	142
4.5.2. A causalidade alternativa nos Estados Unidos da América.....	143
4.5.3. A teoria do <i>market share liability</i>	144
4.5.4. A teoria da <i>proportional share liability</i>	148
4.5.5. A contaminação por amianto.....	157
5. OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS NÃO IDENTIFICADOS DOS GRUPOS E O DIREITO BRASILEIRO	161
5.1. A jurisprudência e a doutrina brasileiras.....	161
5.1.1. A jurisprudência	161
(i) <i>O caso dos pinheiros</i>	161
(ii) <i>O caso dos caçadores e a teoria da guarda coletiva</i>	164
(iii) <i>O caso da briga de torcidas</i>	167
5.1.2. A doutrina brasileira.....	169
5.2. Os fundamentos da solidariedade dos integrantes dos grupos	180
5.2.1. A base principiológica.....	181
5.2.2. O regime do Código Civil e o fundamento da responsabilidade	186
5.2.3. As teorias acerca da matéria	189
5.2.4. A conduta coletiva e a criação de risco	191
5.2.5. Os requisitos da solidariedade	197
5.3. A inexistência de caráter subsidiário da responsabilidade dos integrantes dos grupos.....	201
5.4. A conduta coletiva e a conduta anônima: proposta legislativa	203
6. CONCLUSÕES	208
REFERÊNCIAS	210

1. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA E DEFINIÇÃO DO ESCOPO DA DISSERTAÇÃO

Na complexa interação existente entre a sociedade e o direito, a responsabilidade civil sempre teve melhores oportunidades de adaptação. Pela vasta extensão de situações com as quais lida, bem como pela sintética sistematização legislativa que normalmente recebe, esse ramo jurídico se revela mais flexível do que outros, adaptando-se com maior facilidade a contexto no qual *“o direito é produzido a partir de múltiplas inter-relações”*, devendo ser estudado *“em movimento, em constante modificação, formação e destruição – isto é como de fato ocorre na realidade concreta”*¹.

Dentro desse cenário, inovações relevantes – tais como a responsabilidade pelos danos morais², pelo abuso de direito³, ou mesmo pela perda de chance⁴ – ocorreram como consequência da mera interpretação do regime jurídico já existente, com sua natural adaptação a situações que não haviam sido inicialmente vislumbradas pelo legislador.

¹GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 44.

²Clóvis do Couto e Silva descreve o desenvolvimento histórico da indenização por dano moral. O autor distingue duas escolas relacionadas à matéria. De um lado, havia a posição baseada no artigo 1.380 do Código de Napoleão, que – embora recebido, em alguns lugares, de forma tímida – *“contém uma cláusula geral de reparação de todos os atos culposos”*, o que facilitou o acolhimento da indenização por dano moral. De outro, havia a doutrina sustentada pelo §254 do Código Civil alemão, que *“não permite a indenização por danos morais senão nos casos previstos em lei”*, o que foi criticado pelo Tribunal Federal alemão, que ampliou o âmbito de incidência do dispositivo.

No Brasil, os artigos 1.547 e seguintes do Código Civil de 1916 tratavam da indenização pelas ofensas aos direitos da personalidade. Funcionando como verdadeira válvula de escape da disciplina então vigente, o artigo 1.533 afirmava que *“nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitragem a indenização”*. Esse regime jurídico, juntamente com a cláusula aberta do artigo 159 da legislação revogada, permite que se conclua que o Código Civil de 1916 *“adotou, talvez um pouco timidamente, a solução francesa (art. 159) – decerto com uma enumeração indicativa das hipóteses (art. 1.553) e limitativa do direito à reparação (art. 1.547) – ainda que se considere que o dano moral não tenha sido previsto expressamente pelo Código Civil”* (SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997. p. 231-232).

³Segundo Teresa Ancona Lopez, *“A temática do abuso do direito já fazia parte de nossa dogmática mesmo antes de ser consagrado como princípio e cláusula geral no art. 187 do CC/2002. Como sabemos o art. 160, I, do CC/1916 introduziu de forma oblíqua o abuso do direito por sua interpretação a contrario sensu feita pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, era considerado abuso de direito o exercício irregular ou anormal de um direito”*. (LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49, jul. 2009).

⁴Em dissertação a respeito da matéria, Sérgio Savi afirma que *“a jurisprudência brasileira, ao se deparar com hipóteses de responsabilidade civil por perda de uma chance, reconhece a existência de um dano a ser indenizado”* (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 43). No mesmo sentido, Rafael Peteffi da Silva afirma que, o momento atual *“se caracteriza pela ebulição da perda de uma chance em tribunais brasileiros”* (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 185). Bastou, portanto, a interpretação do conceito de dano para que a situação fosse resolvida no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Toda a saudável flexibilidade inerente à responsabilidade civil parte, normalmente, de um pressuposto essencial: a identificação do causador do dano. Mesmo nos casos nos quais a indenização surge como resultado da conduta de terceiro (artigo 932 do Código Civil), ou nas hipóteses de dano causado por omissão, identifica-se o sujeito cujo comportamento levou à ocorrência de prejuízo.

De acordo com William Lucy⁵, a definição sobre diversos aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil recai primordialmente sobre a pessoa do agente que causou o dano, seja “*em suas capacidades e em alguns aspectos da situação na qual está envolvido*”, seja em relação “*aos efeitos que ele trouxe para o mundo*”.

A identificação do causador do dano é pressuposto indispensável não apenas para a existência do dever de indenizar, como também para a definição de diversos contornos relativos à disciplina da responsabilidade civil, tais como a dispensa da culpa como requisito para a indenização, ou ainda a imposição da reparação por terceiro. Por conseguinte, a inexistência desse elemento acaba impedindo a indenização, gerando situação indesejada na qual o prejuízo acaba sendo suportado exclusivamente pela vítima.

O anonimato do causador do dano causa, há décadas, preocupação aos estudiosos da responsabilidade civil. Já na década de 1970, Geneviève Viney afirmava que o anonimato é uma das situações mais características da evolução relativa à coletivização das atividades⁶.

Todavia, a controvérsia acerca da identificação do ofensor não se resume à bipartição entre situações nas quais é possível apontá-lo, e aquelas nas quais isso é impossível. Por mais surpreendente que possa ser, há verdadeiro meio-termo neste ponto, que se traduz em hipóteses nas quais se verifica que a conduta que causou o dano foi praticada no interior de um grupo de pessoas – sejam físicas, sejam jurídicas –, sem que se consiga apontar qual delas praticou a conduta ilícita.

Nestas hipóteses, surge potencial conflito entre interesses jurídicos que são relevantes e, ao mesmo tempo, potencialmente conflitantes. De um lado, aqueles da vítima, cujo direito à reparação têm recebido resguardo cada vez maior do ordenamento⁷.

⁵LUCY, William. *Philosophy of private law*. New York: Oxford, 2007. p. 144.

⁶VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1965. p. 368.

⁷Segundo com Jorge Mosset Iturraspe, “*As ações por responsabilidade mostram um aumento considerável; crescem em número, variedade e valores. Muitas situações de dano que eram suportadas em silêncio, julgadas como resultado de uma fatalidade ou do destino, originam apelos...; existe como uma*

Tamanha ênfase do contexto jurídico atual sobre a necessidade de se desenvolver meios para a reparação dos prejuízos, que há forte tendência em se denominar a responsabilidade civil como *Direito de Danos*.

Nas palavras de Giselda Hironaka, “*para o jurista contemporâneo, um jurista para o qual – o mais das vezes, especialmente no caso do jurista do século XIX – a propriedade é a medida dos bens, é imperativo providenciar a reparação*”⁸. Seguindo-se a lógica atual da responsabilidade extracontratual, é necessário desenvolver instrumentos para impedir que o ônus do ilícito recaia justamente em quem sofreu suas consequências.

Como contraponto ao resguardo da vítima, há os interesses dos integrantes do grupo que não causaram o dano. Se, por um lado, é inequívoco que o ofensor se encontra dentro daquela coletividade, por outro, é incontroverso que diversos outros componentes do grupo não possuem relação com o prejuízo. Sob essa perspectiva, até mesmo os modernos mecanismos de imposição da responsabilidade encontram dificuldade em caracterizar o dever de indenizar.

A situação se torna ainda mais complexa na medida em que se verifica que imputar o dever de indenizar a todos os membros do grupo – pouco importando sua relação com o dano – significa, ainda que indiretamente, presumir responsabilidade. Trata-se, em suma, de violação direta a regra basilar do direito das obrigações brasileiro, segundo a qual “*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*” (artigo 265 do Código Civil brasileiro), o que será analisado adiante com mais detalhe⁹.

Essa situação envolve o conceito conhecido como causalidade alternativa. Ao mesmo tempo em que é tradicional, a noção é atual. A tradição remonta às origens romanas do instituto, havendo excertos de autoria de Ulpiano a respeito dos danos

revalorização da pessoa humana, de sua integridade física e espiritual unida a um maior zelo no cuidado das relações jurídicas, dos bens que compõem o patrimônio. É pouco comum que os países em via de desenvolvimento e mais ainda nos países industrializados, que a vítima do prejuízo se conforme com sua situação; aceite o menoscabo que outro lhe tenha causado, com resignação e tolerância” (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998. t. 1, p. 35, trad. livre do espanhol).

⁸HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 75.

⁹Caitlin Sampaio Mulholland esclarece que as situações envolvendo múltiplos ofensores em potencial difere das típicas situações de co-autoria, que leva à solidariedade. Diferentemente do que ocorre na causalidade múltipla, na qual há diversas condutas contribuindo para o resultado, na causalidade alternativa “*a conduta pode ser única, o que descaracterizaria a causalidade múltipla. E mais: a causalidade múltipla refere-se à capacidade de contribuição causal de várias condutas e atividades para o evento danoso, o que não ocorre no caso de causalidade alternativa, na qual se identifica que o dano foi causado por uma única conduta que, devido à característica de coesão do grupo, resta impossível de atestar*” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009).

provocados por multidões¹⁰, e discussões sobre a responsabilidade pelo lançamento de objetos a partir de habitações coletivas.

Já o caráter atual do tema decorre dos inúmeros problemas que surgem na complexa sociedade contemporânea em razão da dificuldade de se identificar o causador dos danos. Desde os nefastos efeitos da violência de grupos de torcedores em eventos esportivos, até os danos ambientais ocorridos em situações com diversos poluidores em potencial, envolvem a noção de causalidade alternativa¹¹.

De forma semelhante, danos causados em relações massificadas, e certas situações envolvendo contaminações de indivíduos, envolvem diversos potenciais ofensores, mas não permitem que se defina – com a precisão exigida pela norma jurídica – qual deles foi o efetivo causador do dano.

Em curso proferido na Universidade de Saint Maur – Paris XII, Clóvis do Couto e Silva faz referência ao §838, II, do Código Civil alemão, norma que regulamenta a situação fática ora tratada, imputando responsabilidade solidária a todos os integrantes do agrupamento¹². Em seguida, o civilista indaga qual a solução a ser aplicada nos sistemas nos quais não há disposição semelhante.

É justamente esse o principal escopo do presente trabalho. À luz dos interesses envolvidos nessas situações, é essencial que se busque uma solução que satisfaça os interesses da vítima, sem abandonar a interpretação ponderada dos institutos jurídicos envolvidos na controvérsia, e tampouco desconsiderar os interesses dos demais integrantes do grupo.

Para tanto, a presente dissertação analisará conceitos que integram o arcabouço teórico no qual a causalidade alternativa se circunscreve, buscando delinear os contornos desse conceito, bem como seus fundamentos.

Mais especificamente, o estudo ora realizado recairá principalmente sobre (i) o conceito e as diversas doutrinas acerca do nexos causal; (ii) os entraves para a

¹⁰MANFREDINI, Arrigo D. Responsabilità collettiva e *damnum in turba datum*. Una prospettiva comparatistica. *Roma e America - Diritto Romano Comune*: rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma, n. 11, p. 165 e ss., 2001.

¹¹Ignacio de Cuevillas Matozzi afirma que os novos fenômenos sociais acabam envolvendo grandes aglomerações, tais como espetáculos públicos desportivos, musicais, e outras manifestações, levando à dúvida sobre a responsabilidade dos integrantes dos grupos em relação aos danos causados no curso desses eventos (CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*. Valencia: Tirant Monografias, 2000. p. 271).

¹²SILVA, Clóvis do Couto e. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. Curso proferido na Universidade de Saint Maur, Paris XII, p. 72.

caracterização do dever de indenizar nas situações envolvendo a responsabilidade dos potenciais ofensores; (iii) as teorias a respeito da matéria – tanto no Brasil, quanto no exterior, com enfoque sobre suas virtudes e suas deficiências; (iv) a disciplina da responsabilidade extracontratual prevista no Código Civil, e decorrentes dos princípios aplicáveis à matéria.

A partir desses elementos, pretende-se definir (i) se a responsabilidade solidária dos agentes integrantes dos grupos é compatível com o regime de responsabilidade civil do Código Civil brasileiro; (ii) quais são os requisitos necessários para a caracterização do dever de indenizar, caso a solidariedade se aplique; e (iii) se existem eventuais alternativas, na esfera legislativa, para incrementar o regime aplicável à matéria.

1.1. Justificativa quanto ao título adotado

Em razão de sua complexidade, e por envolver outros elementos relacionados à responsabilidade civil, a matéria ora tratada possui diversas denominações.

A expressão *Responsabilidade Coletiva* tende a prevalecer no âmbito da doutrina. Dentre outros autores que trataram do tema, Ilhan Postacioglu¹³, um dos precursores a examiná-lo, adota para seu artigo o título “*Faits Simultanés et le problème de la responsabilité collective*”. De forma semelhante, Arrigo Manfredini¹⁴ adota *Responsabilità Collettiva* e Julio Alberto Díaz¹⁵ denomina sua tese de doutoramento como *Responsabilidade Coletiva*.

Seguindo linha diversa, Clóvis do Couto e Silva prefere utilizar, nas duas obras que escreveu sobre o assunto, as expressões *Responsabilidade Alternativa*¹⁶. Já o Ministro e professor gaúcho Vasco Della Giustina prefere utilizar *Responsabilidade Civil dos Grupos*, em dissertação de mestrado elaborada a respeito do assunto¹⁷.

¹³POSTACIOGLU, Ilhan E. *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 53, n. 3, p. 438 e ss., 1954.

¹⁴MANFREDINI, Arrigo D. op. cit.

¹⁵DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

¹⁶SILVA, Clóvis do Couto e. *Responsabilidade alternativa y acumulativa*. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, cit.

¹⁷DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos – inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

Tanto a expressão *Responsabilidade Coletiva*, quanto a denominação *Responsabilidade Civil dos Grupos* não expressam, de forma satisfatória, os contornos do tema ora tratado. Por um lado, a primeira não é suficientemente precisa, pois o termo *coletivo* se refere a qualquer conjunto de dois ou mais indivíduos. Logo, toda e qualquer hipótese de solidariedade é, também, caso de responsabilidade coletiva¹⁸.

Por outro, o recurso à expressão *responsabilidade civil dos grupos* pode transmitir ideia equivocada. Sob a perspectiva do direito societário, os grupos são organizações formadas por sociedades vinculadas por relação de controle, as quais se obrigam a “*combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns*” (artigo 265 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Para evitar confusões de ordem conceitual, deve-se evitar o uso dessa expressão para denominar o fenômeno sob análise.

Nem mesmo a denominação *responsabilidade alternativa*, adotada por Clóvis do Couto e Silva, confere noção precisa sobre a questão. Se a responsabilidade é alternativa, é porque ela deve ser imposta a um ou a outro dos sujeitos envolvidos no agrupamento no qual ocorreu a conduta que causou o prejuízo. Todavia, é possível que a situação hipotética acima descrita leve à obrigação solidária de todos os integrantes do grupo, sendo impossível conferir contornos de alternatividade à situação.

Neste ponto, é importante observar que o conceito de responsabilidade alternativa difere da noção de causalidade alternativa. Uma coisa é o dever de indenizar os prejuízos causados. Outra, completamente diversa, é o vínculo entre conduta e dano, que é requisito para a imposição desse dever. Enquanto, no fenômeno ora tratado, o nexa causal é alternativo, pois vinculado a uma dentre diversas condutas, a responsabilidade é única, pouco importando se imposta a um ou a diversos agentes.

Por essa razão, ao invés dos termos acima referidos, buscou-se adotar, para a presente dissertação, denominação que envolvesse, necessariamente, o conceito de causalidade alternativa, à luz de sua enorme relevância para a matéria.

¹⁸Caitlin Sampaio Mulholland rejeita a denominação *responsabilidade coletiva*, classificando-a como *exagerada*, pois “*nem todos os membros do grupo respondem pelo dano ocasionado. Basta provar a impossibilidade de sua participação no evento para que se afaste sua responsabilidade. Ainda, a expressão ‘coletiva’ importa em uma ideia de conduta ou atividade conjunta, quando na realidade este fenômeno faz referência a uma conduta individualizada (ou a algumas condutas individuais) que não é identificada e não se confunde com o propósito do agrupamento, ainda que resultado deste*” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. op. cit., p. 217).

Também era importante esclarecer que a análise envolve matéria específica dentro da análise da causalidade alternativa. Há diversas situações envolvendo essa modalidade de nexo causal, tais quais aquelas nas quais o caso fortuito ou a força maior figuram como potenciais causas do dano. Na presente dissertação, todavia, o objeto da análise se limita às hipóteses nas quais os potenciais causadores do dano são integrantes do mesmo agrupamento.

Por essa razão, adotou-se, como título do presente trabalho, a expressão *a causalidade alternativa e a responsabilidade civil dos múltiplos ofensores*. Ao mesmo tempo em que expressa conceito que se caracteriza como tema central da dissertação, o título esclarece a situação hipotética cuja análise constitui a essência do trabalho.

2. NEXO DE CAUSALIDADE

2.1. Evolução do conceito

Discorrendo sobre o nexo causal, Basil Markensinis e Hannes Unberath mencionam situação que descreve bem a dificuldade intrínseca ao instituto¹⁹. De acordo com os autores, doutrinadores franceses afirmam que, se a causalidade não existisse, ela teria que ser inventada, para que os estudiosos alemães tivessem algo para exercitar suas mentes²⁰.

Contrapondo-se à pilhéria francesa, os referidos autores argumentam que a produção doutrinária alemã a respeito da matéria é, em termos de volume, bastante semelhante àquela dos norte-americanos, que são notoriamente conhecidos por seu pragmatismo. Mais importante, eles enfatizam que, sem prejuízo de toda a conturbada discussão teórica a respeito da matéria, as Cortes alemãs já estabeleceram que o desfecho da controvérsia deve se basear em noções de equidade e bom senso²¹.

De fato, é inegável que a definição da causa de determinado resultado passa, necessariamente, por escolhas que envolvem concepções de justiça e isonomia. Tanto na sistemática jurídica tradicional, quanto nos ordenamentos atuais, há situações nas quais diversos elementos precedem o desfecho, podendo ser considerados potenciais razões do

¹⁹MARKENSINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise*. 4. ed. Oxford: Hart, 2002. p. 105 e ss.

²⁰Hart e Honoré confirmam essa noção, ao ensinar que “*Os tribunais, como foi visto, frequentemente insistem que as questões de natureza causal que eles devem enfrentar devem ser decididas com base em princípios de senso comum. Doutrinadores frequentemente ecoam essa ideia, mas às vezes com a ressalva de que é impossível estabelecer princípios que sejam compatíveis com o senso comum*” (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. New York: Oxford, 1985. p. 26, trad. livre do inglês).

De forma semelhante, doutrinadores brasileiros também acreditam que a definição de causalidade seja influenciada por concepções de senso comum. De acordo com Fernando Noronha, “*Perante as dificuldades que suscitam formulações como as que aludem ao efeito direto e imediato (art. 403) ou à causa necessária, não admira que a jurisprudência, quando procura encontrar nelas algum apoio, muitas vezes acabe decidindo simplesmente de acordo com o bom senso e com a invocação apenas da expressão literal contida no art. 403: quando acha que um dano deve ser reparado, dirá que ele é ‘dano direto e imediato’; quando entende que não é merecedor de reparação, considerá-lo-á ‘dano indireto’*” (NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 741, out. 2003).

²¹Tratando do estudo da causalidade, William Lucy menciona a existência da escola minimalista, da qual Leon Green seria um dos autores mais proeminentes. Lucy afirma que, para os seguidores dessa linha de pensamento, o teste da causalidade passa pela resposta a duas simples questões: (i) a conduta ilícita é uma causa “*but-for*” – ou seja, sem a qual o evento final não teria ocorrido; e, caso positivo, (ii) existem razões de cunho político para afastar a imposição de responsabilidade. Logo, esses estudiosos entendem que o estudo da causalidade passa necessariamente sobre escolhas de cunho valorativo. (LUCY, William. op. cit., p. 164-165).

prejuízo. Apontar qual delas gera responsabilidade é uma escolha, realizada a partir de elementos e concepções existentes dentro de determinado contexto social e econômico.

Foi justamente para realizar essa tarefa que toda a construção doutrinária criada em torno da causalidade buscou distinguir o conceito de condição daquele de causa. Enquanto a primeira se caracteriza como todo e qualquer evento que precede o resultado, e que tenha qualquer forma de relação com ele, a causa é o fator considerado relevante – em termos jurídicos – para provocar o desfecho.

Por trás de toda a longa evolução no raciocínio jurídico, havia a ideia de que os elementos integrantes da causalidade, embora influenciados por razões políticas e sociais, devem ser definidos a partir de parâmetros previamente estabelecidos, que sejam – dentro do possível – precisos para definir seu âmbito de aplicação²².

Dentro desse processo evolutivo, o verdadeiro marco no conceito de causalidade ocorreu apenas no século XIX, com o desenvolvimento das diversas doutrinas acerca da causa, seja no âmbito da Escola Histórica do Direito, seja na esfera dos estudos dos pandectistas. Até então, havia apenas menções esparsas, e não sistematizadas, acerca do instituto, que era visto mais como noção secundária da responsabilidade – perdendo em relevância para a culpa, por exemplo –, do que como elemento essencial desse ramo do direito.

À luz (i) do caráter introdutório do presente capítulo; e (ii) da enorme extensão dos estudos acerca do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil, não se pretende desenvolver análise exaustiva acerca da matéria. Na verdade, busca-se realizar análise pontual acerca dos principais desenvolvimentos que ocorreram na matéria, com a pretensão de se definir – ao final do capítulo – seu estado na atualidade, identificando-se os mecanismos existentes para tratar da causalidade alternativa e, por conseguinte, o regime aplicável à responsabilidade civil dos múltiplos ofensores.

²²Vale novamente conferir os ensinamentos de Hart e Honoré: *“Senso comum não é matéria de afirmações inexplicáveis ou arbitrárias, e as noções causais que ele emprega, embora flexíveis e complexas e sutilmente influenciadas pelo contexto, são fundadas, ao menos em parte, em princípios verificáveis; embora o homem médio que os utilize não possa, sem auxílio, explicitá-los. Neste ponto, somos confrontados com o fenômeno, que não é incomum, que exige a procura por definições e que estimulou muito o que é válido no questionamento filosófico. O homem médio possui domínio adequado de vários conceitos dentro do seu uso diário, mas, juntamente com esse domínio prático vem a necessidade de afirmação explícita e do esclarecimento dos princípios envolvidos no uso desses conceitos”* (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 26, trad. livre do inglês).

2.1.1. Direito romano

No direito romano, não havia regra clara sobre causalidade. Sem prejuízo de menções esparsas – e sem relação com a responsabilidade extracontratual – a conceitos que hoje se conhece como teoria da equivalência das condições, a aplicação da *Lex Aquila* decorria basicamente da interpretação literal de seu texto.

De acordo com Reinhard Zimmerman²³, a definição do nexu causal, no âmbito da responsabilidade extracontratual, decorria basicamente da análise gramatical dos verbos operativos *occidere*, *urere*, *frangere*, *rumpere*, previstos na *Lex Aquila*, que são traduzidos, respectivamente, como *matar*, *queimar*, *quebrar* e *estragar*²⁴.

A predominância dessas expressões no texto normativo acabou limitando o âmbito de aplicação da norma, sujeitando a existência do nexu causal à prática das condutas descritas pelos verbos acima mencionados. Logo, a caracterização da responsabilidade dependia da realização de atos de cunho manifestamente ilícito.

A interpretação gramatical da *Lex Aquila* levava os romanos a não se preocupar com critérios de vínculo entre conduta e o dano. Realizava-se raciocínio quase matemático, que adotava como pressuposto as acepções excessivamente estritas do texto normativo: caso o indivíduo tivesse praticado uma das ações descritas no texto legal, haveria responsabilidade; caso contrário, o dever de indenizar seria sumariamente afastado.

Até mesmo pelo âmbito restrito da concepção original de responsabilidade, não havia a necessidade de se questionar a existência do nexu causal. Pelo alcance estrito dos verbos *matar*, *queimar*, *quebrar* e *estragar*, a *Lex Aquila* praticamente dispensava maiores questionamentos sobre a matéria. Houvesse situações fáticas complexas, envolvendo diversos fatores potencialmente lesivos – tal como ocorre na atualidade –, a tendência era que se afastasse a responsabilidade.

Nesse sentido, Zimmerman cita hipótese na qual escravo romano é ferido, de maneira fatal, por A. Antes de sua morte, todavia, ele sofre agressão de B, vindo a falecer. Sob o prisma da equivalência das condições – que será visto mais adiante –, o evento

²³ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford, 2009. p. 991.

²⁴Tanto o verbo *rumpere*, quanto o *frangere* significam *quebrar*, *romper*. O primeiro, todavia, poderia ser utilizado de forma mais extensa, sendo utilizado para descrever situações nas quais não havia necessariamente a destruição física do objeto.

danoso teria ocorrido mesmo se um deles, A ou B, não tivessem agido. Por conseguinte, o dever de reparar o dano não seria imposto a nenhum deles.

Já na esfera romana – na qual inexistia critério de causalidade –, a matéria gerava controvérsia. Enquanto Juliano entendia que ambos os sujeitos deveriam ser responsabilizados, Celso, Marcello e Ulpiano adotavam posição diversa – que acabou prevalecendo – afirmando que A não havia causado a morte do escravo. Como a conduta de B quebrou a cadeia causal iniciada em virtude do comportamento de A, apenas B deveria ser considerável responsável pelo dano verificado²⁵.

Para contornar a rigidez da chamada *actio legis Aquiliae*, baseada na rígida redação da *Lex Aquila*, surgiram as chamadas *actiones in factum*, nas quais o pretor “decidia com base nas alegações de cada parte e com fundamento de seu poder de império, definindo o que seria equitativo e apropriado”²⁶.

O instrumento processual não conferia ao julgador total discricionariedade para decidir, mas servia para possibilitar a aplicação da *Lex Aquila* por analogia. A diferença entre o raciocínio analógico aplicado naquela ocasião e o adotado na atualidade é que, enquanto esse último se refere à lei substantiva, a lógica jurídica romana – baseada fundamentalmente nas ações – buscava estender o âmbito de incidência de determinada *actio* para situações que, a princípio, estariam fora de seu âmbito de incidência.

Mesmo com a *actio in factum*, o direito romano não conseguia lidar com as situações cada vez mais inusitadas que surgiam naquela época. Se, por um lado, a ação desenvolvida na esfera pretoriana era suficiente para lidar com as limitações gramaticais da *Lex Aquila*, por outro, ela era insatisfatória para solucionar a dificuldade inerente aos sujeitos que seriam beneficiados pela norma.

Mais especificamente, na esfera da *Lex Aquila*, apenas os proprietários dos bens deteriorados tinham acesso às ações²⁷. Por conseguinte, o recurso à *actio direta* era vetado em diversas situações, em virtude da simples ausência de domínio do prejudicado sobre o bem deteriorado.

Para evitar desfechos injustos em tais hipóteses, desenvolveu-se uma terceira via: a chamada *actio utilis*. A princípio, esse instrumento foi concedido para os sujeitos que

²⁵ZIMMERMAN, Reinhard. op. cit., p. 992. O autor entende que A poderia ser responsabilizado apenas a partir da aplicação das normas do capítulo 3 da *Lex Aquila*.

²⁶Id. Ibid., p. 993 (trad. livre do inglês).

²⁷Isso valia também para os escravos, que eram considerados *res* em termos legais.

detinham a posse e direitos reais – que não o domínio – sobre os bens afetados, tais como usufrutuários e credores pignoratícios. Excepcionalmente, outros indivíduos que não fossem proprietários acabaram sendo autorizados a recorrer a esse instrumento, tais como o locatário e o possuidor de boa-fé²⁸.

Com o escopo de solucionar a rigidez da *Lex Aquila*, a atuação pretoriana se voltou para duas frentes distintas. De um lado, desenvolveu a *actio in factum* para possibilitar a interpretação analógica dos verbos *occidere*, *urere*, *frangere* e *rumpere*, estendendo o regime de responsabilidade para situações não previstas na engessada fórmula aquiliana. De outro, a *actio utilis* teve como escopo amparar sujeitos que sofriam prejuízos de caráter material, embora não fossem proprietários dos bens afetados.

Com a codificação dos éditos pretorianos em 130 d.C., o processo criativo dos pretores foi interrompido. A estrutura formular do direito romano perdeu sua importância e as sutis diferenças formais entre conceitos – tal como aquela entre a *actio directa*, a *actio in factum* e a *actio utilis* – passaram a ser consideradas intrincadas e sem importância prática. Na tentativa de simplificar a matéria, Gaio passou a adotar o termo *actio utilis* em todas as hipóteses que coubessem – a princípio – no modelo da *actio Aquila directa*.

Ao invés de simplificar a intrincada sistemática então existente, Justiniano a tornou ainda mais complexa no século VI d.C. As Institutas mantiveram a divisão tripartite entre as ações, mas alteraram por completo suas respectivas funções, sem qualquer vínculo com a tradição histórica, ou mesmo com noções de lógica ou razoabilidade.

Segundo o regime criado naquela ocasião, a *actio legis Aquiliae directa* passou a caber exclusivamente nas situações nas quais havia relação direta entre a conduta do ofensor e o dano ocorrido. Por sua vez, o escopo de aplicação da *actio utilis* se limitou às situações nas quais o bem havia sido danificado, sem que o dano tivesse sido consequência direta da conduta do ofensor. Já a *actio in factum* se voltou para hipóteses nas quais o proprietário havia sido privado do uso do objeto, sem que a coisa, em si, tivesse sido danificada.

A exposição acima demonstra certa confusão conceitual que norteava a noção de nexos causal no direito romano. Até mesmo pelo caráter excessivamente pragmático subjacente ao ordenamento jurídico daquela época – que primava pela solução do caso, e

²⁸ZIMMERMAN, Reinhard. op. cit., p. 995.

não pela criação de conceitos abstratos –, não houve o desenvolvimento de parâmetros claros que conferissem substrato mais concreto à ideia de causalidade.

Na verdade, o desenvolvimento romano do nexa causal decorreu, basicamente, da necessidade de lidar com as excessivas limitações interpretativas da *Lex Aquila*, desenvolvendo soluções pontuais para resolver dificuldades específicas. Somente com Justiniano é que surgiram noções mais abstratas, permitindo-se a distinção entre causalidade direta e indireta. No entanto, a confusa forma de sistematização do regime justinianeu acabou impedindo maiores avanços do conceito.

2.1.2. As concepções modernas da causalidade

Com o processo de codificação, ocorrido a partir do século XIX, e o desenvolvimento de escolas jurídicas que buscavam, a partir do direito romano, estruturar modelos teóricos abstratos coerentes²⁹, surgiram teorias cujo escopo era estabelecer conceitos gerais e objetivos de causalidade. Com isso, pretendia-se definir – de forma abstrata – os requisitos necessários para a caracterização de vínculo entre condição e resultado.

A grande dificuldade para o desenvolvimento de uma teoria da causalidade decorre de óbice de difícil transposição: na grande maioria dos casos, o evento danoso não resulta de uma única condição³⁰. No âmbito da responsabilidade extracontratual, é praticamente impossível estabelecer vínculo direto e imediato entre o dano e uma única

²⁹Destaca-se, neste ponto, a Escola Histórica do Direito, fundada por Savigny em 1814, com a publicação do manifesto intitulado *Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência*. Naquela ocasião, Savigny se opôs à codificação do Direito alemão, então sustentada por Thibaut, defendendo que a lei não era resultado da atuação arbitrária do legislador, mas sim da tradição e das crenças de determinado povo. Na esfera jurídica, o desenvolvimento legislativo proposto por Savigny partia da noção de que a lei romana da era republicana era pouco desenvolvida, e que a do período justinianeu era o retrato de uma sociedade em decadência. Como, para o jurista alemão, apenas o direito do período clássico refletia a maturidade desejada, ele acabou baseando seus estudos no trabalho dos juristas daquele período (STEIN, Peter. *Roman law in european history*. Cambridge: Cambridge, 2005. p. 117).

³⁰Nesse sentido, Fernando Noronha afirma que “*Um dos pontos mais difíceis da responsabilidade civil é este de saber que danos acontecidos podem ser considerados causados por um determinado fato. Nem sempre é fácil saber se a contribuição de um fato para um dano é suficiente para que se deva considerá-lo gerador deste. Por outro lado, pode também acontecer que um só dano deva ser atribuído a diversas causas. Pode ainda haver vários danos, e de diversa natureza (patrimoniais e extrapatrimoniais, presentes e futuros etc.), todos ligados a um só fato, ou a diversos, sem se saber quais são os danos que foram determinados por cada fato. Às vezes, além do dano imediatamente causado por um certo fato, tido como gerador da responsabilidade, surgem outros danos (danos indiretos), que possivelmente não teriam acontecido se não fosse aquele fato, mas não se sabe se devem ser considerados*” (NORONHA, Fernando. op. cit., p. 733).

causa. Em última análise, o evento danoso é consequência de inúmeras circunstâncias que, combinadas de determinada maneira, acabam causando-o.

Todavia, as controvérsias relativas à causalidade não se limitam à esfera fática, envolvendo até mesmo as premissas filosóficas relativas a esse conceito. Nesse sentido, Giorgio Licci menciona a visão kantiana sobre a causalidade, que concebe o nexos como noção intelectual, sendo o resultado unificante da imaginação, que se coloca como forma *a priori* do conhecimento, prescindindo de regras da experiência³¹.

Em contrapartida, pensadores como Hume, Comte e Mill teriam adotado visão mais pragmática acerca do fenômeno da causalidade, servindo-se noções da experiência para analisá-lo, a partir da observação dos eventos ocorridos com regularidade³².

É nesse conturbado contexto conceitual que surgiram diversas teorias, que buscam solucionar a difícil equação composta por diversas condições aptas a causar o resultado. Cada uma delas estabelece diferentes critérios para determinar quais dentre os antecedentes do dano adquirem relevância em termos jurídicos. As diversas vertentes doutrinárias a respeito da matéria serão examinadas separadamente nos itens abaixo.

i) A causalidade necessária

Ainda no século XIX, desenvolveu-se a teoria da causa necessária. De acordo com essa doutrina, a causa de certo efeito é aquela condição precedente que possui determinado elemento intrínseco apto a gerar o evento danoso. Essa modalidade de nexos causal é definida por meio de raciocínio bastante objetivo, de natureza quase aritmética: a causa necessária é aquela que, uma vez verificada, tem como desfecho inevitável o prejuízo.

A causalidade necessária segue lógica inversa àquela adotada pela maioria das doutrinas do nexos causal na atualidade. Ao invés de partir do dano, buscando qual das condições possui vínculos mais estreitos com ele, a causa necessária examina cada um dos precedentes, aferindo qual deles possui relação mais íntima, à luz de suas características, para gerar o resultado.

Na época de seu surgimento, a teoria ora analisada era aplicada predominantemente na esfera criminal. O exemplo mais elementar utilizado para explicar a

³¹LICCI, Giorgio. *La metafora della causalità giuridica*. Napoli: Jovene, 2011. p. 37-38.

³²Id. Ibid., p. 38.

doutrina afirmava que, se o acusado havia causado ferimento à vítima, e o falecimento dessa última decorresse da ferida, haveria responsabilidade. Todavia, se a causa da morte fosse gangrena, ou eventual infecção hospitalar, a causalidade não restaria caracterizada³³.

H. L. A. Hart e Tony Honoré afirmam que, por ocasião de seu surgimento dessa modalidade de causalidade, ela era considerada excessivamente favorável ao acusado, recebendo inúmeras críticas doutrinárias. Nas situações envolvendo múltiplas causas em potencial, era muito difícil estabelecer aquela que teria potencialidade intrínseca para levar ao resultado, sendo praticamente impossível diferenciar a causa necessária daquelas consideradas acidentais ou coincidentes³⁴.

Logo, a causalidade necessária tem dificuldades em lidar justamente com um dos maiores problemas relacionados ao nexo causal. Afinal, não traz critérios claros e precisos para diferenciar causas de condições, ou seja, não se revela capaz para distinguir qual dos antecedentes possui relevância em termos jurídicos.

Dentro desse contexto, a causalidade necessária acabou sendo considerada pouco eficiente, na medida em que tratava, a princípio, todos os precedentes de forma idêntica. Para que a causa fosse verificada no meio de outras condições, era essencial elemento concreto – em alguns casos, de difícil constatação – lesivo o suficiente para demonstrar que, verificada a causa, o resultado ocorreria necessariamente.

Como consequência natural disso, a aplicação dessa vertente doutrinária acabou se traduzindo, em determinados casos, em exigência de verdadeira *probatio diabolica*. Como o desfecho resulta, muitas vezes, de uma série de condições atuando em conjunto, era praticamente impossível precisar qual delas levaria necessariamente ao resultado.

Esse apego a raciocínio pouco pragmático acabou se revelando fatal – ao menos no direito estrangeiro – para a causalidade necessária. Mesmo que se soubesse, a partir da experiência prática, que determinados eventos normalmente levavam ao resultado danoso, a causalidade não se caracterizaria. Era essencial verificar o elemento concreto intrínseco ao antecedente, analisando a existência de relação direta e necessária com o dano ocorrido³⁵.

³³HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 437.

³⁴Id. Ibid., p. 438.

³⁵Id. Ibid.

ii) A causalidade eficiente

A noção de causa necessária foi substituída por diversas teorias, as quais, segundo H. L. A. Hart e Tony Honoré, são familiares também para os estudiosos do *common law*³⁶. Dentre elas, destaca-se a conhecida teoria da causa eficiente, que soluciona algumas das deficiências verificadas na causalidade necessária sem, todavia, propiciar solução adequada para a controvérsia.

Hart e Honoré afirmam que a causalidade eficiente é considerada uma teoria metafísica, pois teria origem no conceito aristotélico de causa eficiente ou de fonte de movimento. A teoria teria sido inicialmente desenvolvida por Birkmeyer, que a explicava afirmando que as diversas condições que antecederiam determinado evento possuiriam cargas de energia diversas, e que a causa adequada seria aquela mais energizada³⁷. Dito de outra forma, dentre diversos elementos que contribuíram para o resultado, a causa é aquele que teve maior influência na materialização do desfecho.

Seguindo a lógica da causalidade eficiente, a causa é a condição que “*quebra o balanço entre forças que se encontram em equilíbrio*”, ou que “*altera a direção dos eventos*”³⁸. Nas palavras de Gisela Sampaio da Cruz, para essa vertente o antecedente mais relevante é “*aquele que estabeleceu a relação causal de maior grau de eficiência no resultado*”³⁹.

Para ilustrar essa modalidade de causalidade, imagine-se um balde repleto de água, que não chega a transbordar. Sob a perspectiva da causalidade eficiente, a causa se traduz na quantidade de água adicional necessária para gerar o derramamento.

Para definir a relevância dos antecedentes no resultado, recorre-se a noções de experiência, definindo-se que algumas condições são mais eficientes do que outras para levar a determinado desfecho. Mais especificamente, os seguidores da causa eficiente buscavam definir, a partir desses elementos: (i) a condição que produz o resultado;

³⁶HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 438.

³⁷Id. Ibid. Filipe Schmidt Sarmento Fialdini aponta as mesmas origens históricas da noção de causalidade eficiente, afirmando que “*A formulação de uma teoria da causação remonta à Antiguidade, quando Aristóteles desenvolveu seu modelo causal, com base no conceito conhecido pela posteridade como causa efficiens (causa eficiente)*” (FIALDINI, Filipe Schmidt Sarmento. Controvérsias ainda pendentes sobre a teoria da equivalência dos antecedentes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 72, p. 123, maio 2008).

³⁸As expressões são de Binding e Wachenfeld (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 441).

³⁹CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 58.

(ii) aquela que retira o obstáculo para materialização da consequência; e (iii) o antecedente que facilita a ocorrência da verdadeira causa eficiente⁴⁰.

Diferentemente do que ocorre na esfera da causa necessária, o raciocínio da doutrina sob análise é abstrato, baseando-se em noções de bom senso. Como consequência natural disso, essa vertente do nexo causal tende a apontar como causa o fator que se aproxima mais, em termos temporais, do evento danoso.

A causalidade eficiente corrige parcela das deficiências da doutrina da causa necessária. Ao invés de buscar elementos concretos sobre a propensão da condição para gerar o resultado, essa vertente doutrinária realiza juízo de razoabilidade a respeito dos antecedentes do dano, sopesando-os de acordo com sua potencialidade – em abstrato – para provocar o desfecho indesejado.

Enquanto a causalidade necessária trata todas as condições precedentes de forma idêntica, buscando elemento concreto que indique a prevalência de uma delas em relação às demais, a doutrina da causa eficiente se contenta em aproximar potenciais causas do resultado mediante simples juízo de razoabilidade.

Essa vertente do nexo causal tem, ainda, a significativa vantagem de dispensar a necessidade de aferição concreta do caráter lesivo da condição, confrontando-o com o resultado materializado. Sob a perspectiva da causalidade eficiente, a verificação do nexo de causalidade depende, basicamente, de raciocínio de caráter abstrato, voltado a aferir qual das condições antecedentes é mais propensa à materialização do resultado.

Por outro lado, como todas as demais teorias relacionadas à causalidade, a causa eficiente também é passível de críticas. A primeira delas é a completa falta de critérios para se definir qual das condições antecedentes é a mais eficiente.

Também se questiona se a teoria da causa eficiente efetivamente reflete a vontade do legislador para o caso concreto. Para ilustrar a crítica, H. L. A. Hart e Tony Honore mencionam o exemplo de von Buri, que afirma que, pela teoria da causa eficiente, o cúmplice que assiste, sem qualquer reação, o criminoso atirar na vítima, não seria o principal responsável pelo dano, pois sua conduta não possui tanta influência no resultado quanto aquela do atirador. No entanto, o tratamento legal conferido a ambos os indivíduos é, em geral, exatamente o mesmo.

⁴⁰CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., p. 58-59.

Por essas razões, a causa eficiente também não adquiriu grande repercussão no âmbito da doutrina e da jurisprudência, sendo suplantada – com o passar do tempo – por outras teorias relativas à causalidade.

iii) A equivalência das condições ou ‘conditio sine qua non’

A teoria da equivalência das condições surge como consequência do anseio constante, existente no século XIX, pelo desenvolvimento de teoria autônoma da causalidade. A doutrina foi criada por Julius Glaser, e foi desenvolvida posteriormente por von Buri, um dos maiores críticos da causa eficiente, adquirindo maior repercussão a partir dos estudos filosóficos de Stuart Mill⁴¹.

Influenciada pela perspectiva naturalística da causalidade então vigente, a equivalência das condições estabelecia que determinado antecedente seria considerado causa se sua relação com o evento final fosse tal que, caso ela fosse retirada – em raciocínio hipotético – da cadeia de eventos, o resultado não teria ocorrido, ou teria se materializado de forma diversa. Por essa razão, a teoria também ficou conhecida como *conditio sine qua non*, ou ainda como teoria das condições.

Hart e Honoré apontam a teoria da *conditio sine qua non* como possível origem da noção de *versari in re illicita*, aplicada, na esfera criminal, por diversos Tribunais no passado, e pela Suprema Corte da Espanha ainda na atualidade⁴². Segundo esse preceito, o indivíduo que incorre em conduta ilícita é responsável por todo o prejuízo que não teria ocorrido se não fosse sua conduta.

⁴¹Há divergência na doutrina sobre a influência dos ensinamentos de Stuart Mill na teoria da equivalência das condições. Muitos afirmam que os preceitos de lógica desenvolvidos pelo autor serviram como verdadeiros fundamentos para o desenvolvimento da teoria. Marco Fábio Morsello, baseando-se nos ensinamentos de Loïc Cadiet e Philippe Le Tourneau, afirma que a teoria da equivalência dos antecedentes teria sido “*elaborada por Von Buri, com fundamento nas ideias de Stuart Mill*” (MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 213, jan./jun. 2007). Gisele Sampaio da Cruz, por sua vez, ensina que “*em 1843, sob o título ‘A system of logic’, Stuart Mill já afirmava que ‘todas as condições eram igualmente indispensáveis para a produção do conseqüente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzirmos, de uma ou outra forma, todas elas’*” (CRUZ, Gisele Sampaio da. op. cit., p. 36).

Já H. L. A. Hart e Tony Honoré afirmam que von Buri, precursor da doutrina, não faz referência à obra de Stuart Mill. Segundo os autores, a teoria da *conditio sine qua non* teria sido associada a Stuart Mill, pois von Bar, autor contemporâneo a von Buri – mas que havia desenvolvido tese diversa acerca da causalidade – cita longo trecho do trabalho do filósofo inglês (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 444).

⁴²HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 442. Fernando Noronha afirma que, ao desenvolver a teoria da equivalência das condições, von Buri pretendia explicar “*por que razão o cúmplice pode ser considerado responsável pelo crime cometido pelo autor*” (NORONHA, Fernando. op. cit., p. 736).

Sob a perspectiva do *common law*, Reinhard Zimmerman afirma que essa modalidade de nexo causal é traduzida no chamado '*but for*' test, que prevalece nos sistemas anglo-saxões⁴³. Segundo a teoria, a existência do dever de indenizar depende da resposta a uma simples questão: se não – ou seja, *but for* – fosse pela conduta ilícita do agente, o dano teria ocorrido? Se, a partir desse raciocínio hipotético, verifica-se que o prejuízo não teria surgido, considera-se o evento como causa, com o consequente dever de indenizar de quem o praticou, do mesmo modo que ocorre em relação à teoria da equivalência das condições da escola romano-germânica.

Ao desenvolver a teoria, von Buri foi bastante influenciado pelas analogias de cunho mecânico criadas pelos defensores da causalidade eficiente. Para ilustrar a aplicação da equivalência das condições, imagine-se um moinho cuja roda dependa de determinada quantidade de água para funcionar, e que possui dois reservatórios, os quais fornecem, respectivamente, quatro quintos e um quinto do volume de líquido necessário.

Partindo desse cenário, o autor alemão afirma que a quantidade de água proveniente de cada reservatório deve ser considerada, igualmente, como condição para o funcionamento do moinho⁴⁴. Já no âmbito da causa eficiente, somente o último quinto de líquido despejado se caracterizaria como causa da operação da engrenagem.

A doutrina da equivalência das condições foi acolhida pela jurisprudência alemã em 1880, em julgamento proferido na esfera criminal, no qual a ré havia sido acusada de homicídio, por ter deixado garrafa de vinho contendo arsênico em sua casa. De acordo com a acusação, ela deveria ter previsto que seu marido beberia o líquido, tendo em vista sua propensão ao alcoolismo. A ré foi condenada por homicídio culposo, embora a conduta da vítima – de ingerir o veneno – pudesse ser considerada como a efetiva causa do evento⁴⁵.

A diferença entre as vertentes romano-germânica e anglo-saxônica dessa modalidade de causalidade reside na forma de raciocínio empregado para a definição do nexo causal. Influenciado pelo pragmatismo que lhe é peculiar, o *common law* adota teste direto e objetivo: *teria o cumprimento da lei evitado o prejuízo?* Já a escola continental parte de premissa que confere, na visão de Hart⁴⁶, maior brecha para discussões de cunho

⁴³ZIMMERMAN, Reinhard. op. cit., p. 988-989.

⁴⁴HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 443.

⁴⁵Id. Ibid.

⁴⁶Id. Ibid., p. 443.

interpretativo, ao questionar *se o evento teria ocorrido, mesmo se a parte não tivesse praticado determinada conduta*.

A doutrina afirma que a equivalência das condições torna muito amplo o âmbito de incidência da responsabilidade extracontratual. Trata-se de consequência inevitável do tratamento idêntico que a doutrina confere a todos os eventos que antecedem o fato danoso.

Levando-se a *conditio sine qua non* ao extremo, haveria quantidade quase infinita de causas do dano. É exatamente esse o entendimento de Carlos Alberto Gherzi, que afirma que a razão de abandono da teoria da equivalência das condições foi a “*impossibilidade de detecção ou individualização*” das diversas condições do evento, o que impede que o intérprete converta uma delas em causa do evento danoso⁴⁷.

Tamanha a dificuldade decorrente da excessiva amplitude da *conditio sine qua non* que a teoria beira a inutilidade. De acordo com Ana Perestrelo de Oliveira, a doutrina acaba, em última análise, recaindo em inevitável tautologia, pois, ao retirar determinada condição do processo fático, para verificar se o resultado permaneceria incólume, ela acaba pressupondo que o antecedente retirado seria a causa do dano⁴⁸.

A crítica autora portuguesa é um tanto exagerada. Afinal, é absolutamente possível aplicar o raciocínio sugerido pela equivalência das condições a diversos antecedentes, verificando-se os efeitos da eventual ausência de cada um deles no processo causal.

Todavia, isso não torna a *conditio sine qua non* mais sustentável em termos jurídicos. Com o escopo de demonstrar os equívocos da teoria, Reinhard Zimmermann recorre ao §823, I, do Código Civil alemão⁴⁹. O dispositivo estabelece que “*O indivíduo que, agindo com dolo ou culpa, causa dano, de forma ilícita, à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à propriedade ou a qualquer direito de terceiro é obrigado a reparar o prejuízo*”. A expressão “*causar danos à vida de outrem*” contida no dispositivo é

⁴⁷GHERZI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 90-91.

⁴⁸A autora portuguesa afirma que, “*apesar de por vezes ser considerada como meio infalível para comprovar o nexo causal, esta teoria nada acrescenta à respectiva investigação. De nada adianta, na realidade, perguntar se, suprimindo mentalmente o facto, o dano desapareceria, pois que a essa questão só poderemos responder se soubermos de antemão que o facto é a causa do dano. Numa palavra: a fórmula da supressão mental pressupõe já o que averiguar-se mediante a mesma*”. (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 54).

⁴⁹ZIMMERMAN, Reinhard. op. cit., p. 989.

interpretada como “*causar a morte*” que, por sua vez, é compreendida sob a perspectiva da causalidade *sine qua non*⁵⁰.

Diante desse cenário, o autor busca demonstrar as inconsistências da teoria, realizando raciocínio que beira o absurdo. Para tanto, afirma que seria possível – em princípio – impor responsabilidade ao fabricante de veículos automotores pelos acidentes automobilísticos, pois se os carros não tivessem sido fabricados, o acidente não teria ocorrido. Também seria factível exigir indenização dos pais pelos crimes cometidos pelos filhos, na medida em que os ilícitos não teriam ocorrido caso esses últimos não tivessem nascido.

O tratamento excessivamente generalizante da teoria da equivalência das condições também gera dificuldades no tratamento das omissões. Justamente por não constituírem condutas materializadas, é difícil definir quais os comportamentos omissivos que, se não tivessem existido, teriam evitado a ocorrência do dano.

Mais preocupante ainda é que, partindo do pressuposto de que todos os antecedentes do desfecho são iguais, seria possível estender o raciocínio a antecedentes muito distantes do resultado em termos temporais, questionando-se, por exemplo, se omissão dos pais em educar melhor os filhos não teria evitado a prática de determinado ilícito.

A teoria da equivalência das condições leva, ainda, a situações de injustiça evidente perante a vítima. Para demonstrar os equívocos provenientes da teoria, Zimmermann recorre à denominada causalidade virtual, que se traduz em situações nas quais determinado evento levaria ao dano⁵¹, mas fato novo intervém no curso da sequência causal, e acaba causando o prejuízo. Como já mencionado no item destinado ao direito romano, a doutrina da equivalência das condições é insuficiente para lidar com esse fenômeno, pois é possível retirar qualquer dos eventos da cadeia fática, sem que haja repercussão sobre o resultado.

À luz da inquietante situação criada pelo vasto âmbito de aplicação dessa modalidade de causalidade, era essencial desenvolver filtros que funcionassem para afastar

⁵⁰Tradução livre da versão em inglês do Código Civil alemão extraída da internet (GERMAN CIVIL CODE BGB. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3312>).

⁵¹O complexo problema da causa virtual – bem como de sua relevância em termos jurídicos – é analisado por Francisco Manuel Pereira Coelho. O autor português diferencia dois conceitos distintos: (i) a causalidade interrompida, que se caracteriza nas situações nas quais determinado fato produziria o dano, mas outro evento ocorre antes, interrompe o processo fático, e adianta a materialização do prejuízo; e (ii) a causalidade antecipada, que ocorre quando determinado fato gera o dano, mas fato futuro também o causaria (COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 38).

a caracterização do nexo causal nas situações nas quais seria “*não razoável ou indesejado impor responsabilidade*”⁵².

É exatamente por essas razões que, embora reconheçam a utilidade da equivalência das condições na esfera penal, Hart e Honoré⁵³ afirmam que a doutrina teve repercussão reduzida no âmbito civil⁵⁴. Sem embargos do caráter simples e objetivo da teoria – fatores suscitados por estudiosos como argumentos para a adoção da equivalência das condições na esfera civil –, os tribunais preferem recorrer à teoria da causalidade adequada, ou fundamentar suas decisões em metáforas que, em última análise, se referem a alguma outra doutrina.

Até mesmo por seu âmbito de incidência excessivamente vago, a mera satisfação dos requisitos da *conditio sine qua non* não significa, necessariamente, a caracterização da causalidade. No entanto, a falta dos requisitos impostos pela teoria tem como consequência inevitável o afastamento do nexo causal e, por conseguinte, do dever de indenizar. Em suma, a equivalência das condições estabelece requisitos essenciais, porém não suficientes, em termos de causalidade.

Para evitar a decadência da equivalência das condições, buscou-se reduzir o vasto âmbito de incidência da teoria. Aos poucos, seus contornos vagos foram moldados pelas demais teorias da causalidade, que possuem cunho mais jurídico do que fático, e que predominam na esfera da responsabilidade extracontratual na atualidade. Como exemplo, afirma-se que, para a caracterização do dever de indenizar, não basta que a condição seja uma das causas antecedentes do evento danoso. É essencial que ela seja, também, causa adequada do dano, o que será visto mais adiante.

Geneviève Viney e Patrice Jourdain afirmam que houve proposta recente de reinterpretção da teoria da *conditio sine qua non*, com o escopo de limitar a vasta gama de

⁵²ZIMMERMAN, Reinhard. op. cit., p. 989 – trad. livre do inglês.

⁵³HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 445.

⁵⁴A teoria da equivalência das condições é apropriada para a esfera penal, pois “o princípio da tipicidade limita o âmbito de extensão da *conditio sine qua non*, restringindo o juízo de responsabilização sobre as condutas típicas praticadas, ainda que outras tenham concorrido e, portanto, se afigurem, em tese, como causas do resultado punível. Por exemplo, a conduta do vendedor de material esportivo pode ser considerada causa, porque *conditio sine qua non*, do dano provocado por uma bola de golfe que vendera a um jogador, o qual, deliberadamente ou por infortúnio, vem a acertar, durante a partida, um passante. Já não pode, todavia, ser o vendedor considerado penalmente responsável por falta de tipicidade de sua conduta, que, sendo lícita, não se encaixa em qualquer tipo descrito na codificação criminal” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53).

potenciais causas do dano que resultam da aplicação da doutrina. Seguindo-se essa linha de pensamento, a teoria passaria a vislumbrar apenas as causas necessárias do resultado⁵⁵.

Como alternativa ao insatisfatório recurso à equidade – que diversos autores defendem como fundamento para a causalidade –, Viney e Jourdain afirmam que a noção de risco, utilizada cada vez mais como substituta da culpa para a imputação de responsabilidade, também tem sido usada, ao menos na França, como mecanismo de aferição da causalidade⁵⁶.

A adoção do risco como modelo de nexos causal passa, necessariamente, pelo questionamento sobre as potenciais consequências de determinada conduta. Ao invés de se analisar a situação sob a perspectiva do vínculo entre a potencial causa e o resultado, verifica-se, em abstrato, se os riscos que poderiam decorrer do comportamento incluem o resultado que acabou se materializando. Viney e Jourdain afirmam que a teoria ainda possui âmbito de aplicação bastante restrito em território francês⁵⁷.

Dentro dessa diversidade quase infinita de potenciais regimes de causalidade, há ainda a chamada teoria da finalidade da norma, denominada por Geneviève Viney e Patrice Jourdain como teoria da relatividade aquiliana. Mais do que uma vertente do nexos causal, essa doutrina se caracteriza como verdadeiro modelo de aferição de responsabilidade⁵⁸.

De acordo com a teoria da finalidade da norma, a caracterização da responsabilidade passa pela análise da conduta à luz das normas e princípios aplicáveis no âmbito da responsabilidade extracontratual. Caso se verifique que o comportamento viola as finalidades protegidas pelo ordenamento, há causalidade e, por conseguinte, dever de reparação.

Viney e Jourdain afirmam que os tribunais franceses – principalmente a Corte de Cassação – rejeitaram tentativas de caracterização da causalidade a partir da noção de violação de interesse juridicamente protegido. A câmara criminal da corte francesa já decidiu que a violação a normas que reflitam o interesse geral não permitem que as supostas vítimas busquem a reparação civil. Por outro lado, há decisões na esfera civil reconhecendo a utilidade do recurso à finalidade da norma em situações envolvendo a violação às regras do urbanismo.

⁵⁵VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006. p. 188.

⁵⁶Id. Ibid., p. 185.

⁵⁷Id. Ibid.

⁵⁸Id. Ibid.

Muito embora possua aparência de objetividade, a teoria da finalidade da norma traz dificuldades semelhantes às vertentes tradicionais da causalidade. De acordo com Viney e Jourdain, definir os interesses jurídicos protegidos por dispositivos ou princípios legais envolve concepções de natureza subjetiva, conferindo espaço para indesejada arbitrariedade por parte dos julgadores⁵⁹.

No âmbito do *common law*, também há dificuldade decorrente do caráter impreciso do *'but for' test*. No entanto, ao invés de abandonar a doutrina, os estudiosos e os Tribunais anglo-saxões preferiram preencher sua moldura excessivamente ampla, adotando critérios com relativo grau de vagueza de sentido – semelhantes às cláusulas gerais da escola continental –, os quais são definidos gradualmente pela jurisprudência, seguindo o típico método de raciocínio casuístico adotado no âmbito daquela escola jurídica.

Nesse sentido, Donald Harris ensina que a finalidade principal do *'but for' test* é excluir, sumariamente, condições que não reúnam requisitos elementares para se caracterizar como causa do dano⁶⁰. Caso, a partir desse raciocínio, verifique-se que existem duas ou mais condições que satisfaçam os requisitos essenciais da teoria, elas devem ser submetidas a novos questionamentos, cujo objetivo é definir a causa real, material, direta ou efetiva, ou ainda, no âmbito do direito norte-americano, a causa próxima.

O raciocínio que leva à definição desses parâmetros passa por questões baseadas tanto em parâmetros técnicos, quanto em fundamentos de equidade. Ao tentar definir se determinada condição se caracteriza como causa, o intérprete deve verificar se a responsabilidade pode ser imposta a determinado indivíduo. Para tanto, recorre-se aos precedentes jurisprudenciais aplicáveis ao caso, confrontando a situação analisada com noções como (i) o desestímulo (*deterrence*) à prática de condutas anti-sociais; (ii) a necessidade de se exigir compensação pela exposição de indivíduos ao risco; ou ainda (iii) a existência de cobertura securitária.

iv) A causalidade adequada

Hart e Honore consideram a doutrina da causalidade adequada como modalidade das denominadas *teorias generalizantes* do nexo causal. Esse viés da causalidade se contrapõe

⁵⁹VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 186.

⁶⁰HARRIS, Donald. *Remedies in contract and torts*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1988. p. 195.

às chamadas teorias individualizadoras, as quais consideram que a causa é a condição que tenha contribuído mais para o resultado, ou que tenha mais ‘energia’ para produzi-lo⁶¹.

Para as teorias generalizantes, é insuficiente, na caracterização do nexa causal, a constatação de que a ocorrência dos mesmos eventos sob análise, em contexto fático idêntico, levaria ao mesmo resultado verificado. Na verdade, é essencial que haja uma conexão peculiar entre causa e efeito, que se sustente mesmo se analisada sob a perspectiva de cenário fático diverso. O caráter generalizante dessa vertente decorre da ausência de qualquer pré-concepção sobre a prevalência de determinado grupo de condições sobre outros⁶².

O viés generalizante da causalidade foi desenvolvido por von Bar. Analisando criticamente o ensinamento de Glaser, segundo o qual toda condição pode ser considerada uma causa, o autor afirmava que toda causa é, necessariamente, uma condição, mas a recíproca não é verdadeira⁶³.

Na verdade, a definição sobre os eventos que possuem efetiva relação com o resultado depende, basicamente, da perspectiva sob a qual se realiza a análise⁶⁴. Hart e Honoré afirmam que, de acordo com von Bar, é ínsito ao conhecimento do ser humano que determinadas sequências fáticas levem a certos resultados.

Partindo-se do conhecimento existente sobre a vida cotidiana, é natural que se espere o desenvolvimento de determinada sequência fática dentro de seu respectivo contexto. Todos os elementos que integram esse curso esperado dos fatos são considerados usuais e, por conseguinte, não se caracterizam como potenciais causas. Por outro lado, a

⁶¹HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 465.

⁶²Gisela Sampaio da Cruz adota critérios diversos na classificação que apresenta em sua dissertação. De acordo com a autora, as vertentes do nexa causal se dividem “em duas ordens: i) teoria generalizadora, a qual equipara as causas às condições; e ii) teorias individualizadoras, que destacam no conjunto de antecedentes as causas das condições. A primeira abrange apenas a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais; enquanto a segunda engloba, entre outras, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria do Dano Direto e Imediato” (CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., p. 34-35).

De forma semelhante, Patrícia Faga Iglecias Lemos afirma que as teorias de cunho genérico realizam “um exame amplo do nexa, que abrange todas as condições necessárias à ocorrência de um evento, não fazendo qualquer distinção entre aquelas mais ou menos importantes para o resultado”. Já as vertentes individualizadoras “tentam decifrar, no âmbito do nexa causal, uma ou algumas condições que mais contribuíram para o resultado, bem como qual o critério que mais contribuíram para o resultado, bem como qual critério define melhor esse juízo de valor, até mesmo permitindo-se, em certos casos, traçar verdadeiras presunções” (LE MOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 159).

⁶³TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. In: _____. *Soluções práticas de direito: pareceres: novas fronteiras do direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 280.

⁶⁴HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 466.

ausência de qualquer deles, ou o surgimento de elemento adicional, são considerados excepcionais, levando a questionamentos no campo da causalidade.

Em última análise, a causa é a condição que diverge do curso regular dos fatos. Em contrapartida, fatores que se integrem na ordem esperada de eventos não ingressam na esfera causalidade. Logo, o cirurgião que realiza operação que envolve alto risco não pode ser considerado responsável pelo eventual falecimento do paciente, pois tal desfecho é resultado natural dentro de seu respectivo contexto fático⁶⁵.

A inconsistência da teoria de von Bar decorre de sua nítida dificuldade em diferenciar a causalidade de conceitos de culpa e ilicitude. No exemplo envolvendo o médico, o caráter lícito da conduta de realizar a cirurgia isentaria o profissional de responsabilidade, mesmo se o evento danoso fosse resultado de ato culposos⁶⁶.

A noção de curso regular de eventos constitui importante – porém insuficiente – avanço no âmbito da análise da causalidade. A teoria da causalidade adequada surge, então, como evolução da doutrina de von Bar.

Coube a von Kries a iniciativa de definir os contornos iniciais da causalidade adequada, ainda no final do século XIX⁶⁷. Partindo da noção de curso regular dos fatos, o jurista alemão foi além: analisou a causa como elemento que aumenta – em termos objetivos – a probabilidade de alteração da sequência de eventos normalmente esperada.

Sob a perspectiva objetiva da probabilidade, a análise da frequência com a qual determinados eventos ocorrem deve ser feita à luz do contexto fático que os envolve. A partir da experiência, adota-se raciocínio de caráter indutivo, buscando-se estabelecer critérios gerais acerca das circunstâncias aptas a modificar o curso regular dos fatos.

Diferentemente do que ocorre na equivalência das condições – que analisa os antecedentes na forma como ocorreram na situação concreta –, a causalidade adequada adota lógica de natureza abstrata, recorrendo a noções de probabilidade e razoabilidade. Confronta-se a hipótese fática com regras de experiência sobre os acontecimentos do cotidiano, verificando-se se a condição sob análise possui a potencialidade de levar ao respectivo desfecho⁶⁸.

⁶⁵HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit.

⁶⁶Id. Ibid.

⁶⁷TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 280.

⁶⁸A doutrina diferencia duas vertentes distintas da teoria da causalidade adequada: (i) a formulação positiva; e (ii) a formulação negativa. Fernando Noronha ensina que “*Segundo os adeptos da formulação positiva,*

De acordo com Geneviève Viney e Patrice Jourdain, “um fato pode ser qualificado como ‘causa’ de um dano se, no momento em que ele é produzido, seria possível, a partir dos critérios da ciência, prever a superveniência do dano”⁶⁹.

De forma semelhante, Fernando Noronha afirma que “A teoria da causalidade adequada parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (*id quod plerumque accidit*) e afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo. Essa condição seria a causa adequada do dano (e daí o nome da teoria); as demais condições seriam circunstâncias não causais”⁷⁰.

Diante desse cenário, considerando que a quantidade de mineiros que contraem tuberculose é superior em relação aos demais seres humanos, é possível afirmar que o trabalho em minas é potencial causa para a moléstia. É essa a condição que, na maioria dos casos semelhantes, altera o curso normal da sequência fática que leva ao resultado danoso⁷¹.

Em contraposição, von Kries menciona a situação na qual motorista de ônibus adormece enquanto dirige, desviando-se de sua rota natural. No curso dos eventos, um dos passageiros é atingido por um raio, o que não teria ocorrido se não fosse pelo desvio do veículo. Sem prejuízo, o fato de o motorista ter adormecido não aumenta a probabilidade da carga elétrica sofrida pela vítima, não podendo ser considerada causa adequada em relação ao evento final⁷².

É equivocado, todavia, afirmar que a teoria da causalidade adequada substitui a equivalência das condições. Na verdade, as doutrinas se complementam. Para que se verifique se a condição é potencialmente apta a produzir determinado resultado, é essencial que se constate – em raciocínio *a priori* – que, sem ela, o evento não teria sido produzido.

um fato deve ser considerado causa adequada de um evento posterior, quando favoreça a produção deste (...). Para os partidários da formulação negativa, inicialmente delineada por Enneccerus, importante jurista alemão da primeira metade do século XX, e que é a prevalecente (Varela, há pouco referido, também a sustenta), causa adequada é a que, segundo as regras de experiência, não é indiferente ao surgir do dano. Em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é causa inadequada: nesta formulação, a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências indiferentes ao fato, estranhas ou extraordinárias”. O autor afirma que a vertente negativa tende a prevalecer, pois ela aumenta o âmbito de incidência do nexo causal, evitando que a existência de circunstâncias paralelas e menos relevantes afete a caracterização da causalidade (NORONHA, Fernando. op. cit., p. 742). De forma semelhante, Gisela Sampaio da Cruz afirma que “dessas duas formulações, a que prevalece é a negativa que é mais ampla e, exatamente por isso, aproxima-se mais da Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, embora com esta não se confunda” (CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., p. 71).

⁶⁹VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 189.

⁷⁰NORONHA, Fernando. op. cit., p. 741.

⁷¹HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 470.

⁷²Id. Ibid.

Em termos mais simples, partindo da vasta gama de condições que surge pela aplicação da *conditio sine qua non*, a teoria sob análise funciona como verdadeiro filtro, definindo quais delas são adequadas para gerar o resultado. Logo, mesmo no âmbito da causalidade adequada, a equivalência das condições possui função essencial: trata-se de requisito necessário – embora não suficiente – para a caracterização do nexo causal.

É justamente esse o entendimento de Fernando Noronha, que afirma que “*a teoria da causalidade adequada parte de uma relação de pura condicionalidade: o fato a ser tido como determinante do dano há de ter sido uma das conditiones sine quibus non do resultado final. Mas a essa condicionalidade faz-se acrescer uma relação que se chama de adequação: esta existirá quando se puder dizer que o dano verificado é consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa*”⁷³.

Por um lado, a causalidade adequada se revela positiva pelo pragmatismo que lhe é inerente. Muito embora a teoria envolva o exame de requisitos de relativa complexidade, a lógica que lhe é inerente – e o resultado que atinge – são muito próximos àqueles decorrentes da lógica do homem leigo⁷⁴. Na grande maioria dos casos, o senso comum vincula o prejuízo com a condição potencialmente apta a causá-lo, de modo que a causa adequada é facilmente assimilável, mesmo que inexista conhecimento técnico sobre seus meandros.

Por outro, do mesmo modo que ocorre com as demais teorias do nexo causal, a causalidade adequada também possui suas deficiências. Segundo os críticos da teoria, a noção de potencialidade – e o apelo ao senso comum que lhe é ínsito – seriam vagos demais, não traduzindo a precisão desejada no âmbito da causalidade⁷⁵. Dentre diversos antecedentes potencialmente aptos para levar ao resultado, é praticamente impossível definir qual deles é adequado para o resultado.

⁷³NORONHA, Fernando. op. cit., p. 741. Vale, ainda, conferir os ensinamentos de Edson Fachin, que afirma que, na causalidade adequada, “*não basta que a causa/conduta seja antecedente ao dano, mas, sim, que esta seja adequada à produção do mesmo. Assim, será causa de um dano aquela que, em juízo probabilístico e abstrato, venha a melhor se adequar à sua consecução*” (FACHIN, Edson. Nexos de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil. In: _____. *Soluções práticas de direito: pareceres: contratos e responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, p. 368).

⁷⁴HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 470-472.

⁷⁵Tarnowski, por exemplo, afirmava que o “*senso de justiça apurado*” (*trained sense of justice*), com o qual von Kries afirmava que a causalidade adequada coincidiria, seria muito vago e incerto (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 470-472).

v) A teoria do escopo da norma violada

A dificuldade em se definir critérios suficientes sobre a causalidade estimulou a criatividade da doutrina. Sem que as demais teorias sobre o nexo causal proporcionassem soluções para determinadas hipóteses, o processo de migração da causa fática para a jurídica se acentuou. Surgiu, então, a doutrina do escopo da norma violada, também conhecida como relatividade aquiliana.

Essa doutrina parte de premissa de que não há critério único de causalidade⁷⁶. Adota-se, como pressuposto para a definição do nexo causal, o interesse jurídico protegido pela norma. Em última análise, toda a discussão acerca da causalidade acaba se resumindo à definição sobre a finalidade do dispositivo normativo utilizado como fundamento para a indenização⁷⁷.

Sob a perspectiva dessa teoria, a caracterização da causalidade depende não apenas de vínculo fático, mas também de “*conexão teleológica*” entre o fato e o dano⁷⁸. Exige-se, portanto, que o resultado do comportamento integre o âmbito de proteção da norma violada, ou seja, que a conduta tenha violado bem resguardado pelo ordenamento.

Do mesmo modo que a causalidade adequada, a teoria do escopo da norma serviria exclusivamente para restringir o vasto âmbito de aplicação da equivalência das condições. Para se examinar se o dano ocorrido se insere na esfera de proteção do dispositivo normativo, é essencial que se constate, inicialmente, que a conduta do ofensor é condição indispensável para a ocorrência do dano⁷⁹.

Como consequência disso, a teoria do escopo da norma violada se volta – com maior ênfase do que as demais – ao comportamento do agente. No entanto, essa característica não circunscreve a aplicação da doutrina à esfera da responsabilidade subjetiva. Considerando que o pressuposto fundamental da responsabilidade objetiva é a proteção dos indivíduos em relação aos riscos inerentes ao exercício de atividades produtivas, eventual dano ocorrido nessa esfera se insere naturalmente no âmbito de proteção normativo.

Hart e Honoré não mencionam essa doutrina ao tratar das teorias utilizadas para explicar a causalidade. No entanto, os autores reconhecem que a definição da extensão da

⁷⁶CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., p. 87.

⁷⁷OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. op. cit., p. 59.

⁷⁸Id. Ibid., p. 60.

⁷⁹Id. Ibid.

responsabilidade envolve decisões de cunho valorativo, sofrendo inevitável influência dos princípios que norteiam a gestão de interesses privados pelo poder público⁸⁰.

Nesse sentido, o alcance do dever de indenizar deve ser limitado levando em consideração o risco de proliferação das demandas além da necessidade, da imposição de responsabilidade insuportável aos ofensores, e do desincentivo às iniciativas individuais. Nas hipóteses em que a imposição do dever de indenizar ao ofensor estimula um desses elementos, cabe ao Estado intervir, proporcionando – por meio da seguridade social, ou de outro regime existente – a proteção necessária⁸¹.

Todavia, Hart e Honoré afirmam que o escopo da responsabilidade civil não pode ser confundida com a causalidade. Por um lado, os princípios estabelecidos pela legislação, ou pelos precedentes jurisprudenciais, definem a extensão do dever de indenizar, ou seja, estabelecem quais as hipóteses objetivas que, uma vez materializadas, impõem a reparação do dano ao ofensor.

Por outro, a causalidade busca definir, tão-somente, a existência de vínculo entre a conduta e o desfecho verificado no caso concreto. Trata-se, em suma, de se apurar os eventos ocorridos em determinada ocasião, definindo-se qual deles teve relevância para o resultado.

2.2. Insuficiência das teorias na atualidade: necessidade de adoção da teoria mais adequada para tratar do caso concreto

À luz do contexto acima descrito, é possível deduzir algumas conclusões preliminares: (i) houve a gradual migração, pela doutrina, de regimes de causalidade baseados em regras da natureza, para outros que possuem sistematização predominantemente jurídica; e (ii) nenhum dos modelos existentes é suficientemente coerente para possibilitar soluções equitativas e razoáveis para todos os problemas.

A análise das teorias que tratam da causalidade indica a nítida evolução de modelos de cunho naturalístico para estruturas predominantemente jurídicas. Enquanto os primeiros se baseiam na percepção humana dos fatos⁸², adotando raciocínio muito

⁸⁰HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 305.

⁸¹Id. Ibid.

⁸²William Lucy explica, de forma bastante didática, a noção naturalística de causalidade, vinculando-a com o senso comum. De acordo com o autor, “*nós fazemos julgamentos causais o tempo todo – sabemos a*

semelhante ao das ciências naturais, a vertente jurídica da causalidade envolve necessariamente opções de cunho valorativo. Deve-se escolher, dentre diversas potenciais causas para o prejuízo, aquela que possui real importância para o ordenamento, dentro de parâmetros de valoração previamente estabelecidos.

Ao longo da evolução doutrinária descrita acima, verificou-se que as regras da natureza eram insuficientes para lidar com a causalidade. Dentro de contexto social e econômico cada vez mais complexo, com o surgimento de novas formas de atividades e de riscos, era praticamente impossível estabelecer a causalidade apenas com base em simples relação de causa e efeito, tal como ocorre nas ciências naturais.

De acordo com Clóvis do Couto e Silva, *“a causalidade tem sido considerada, e ainda se considera na forma tradicional, como uma causalidade no sentido das ciências da natureza; ou seja, da física. Pensava-se no século passado [século XIX] em uma causalidade que correspondia mais ou menos à causalidade da física ou da filosofia. Quando se considera a causalidade adequada, se assume uma noção jurídica da causalidade, em que não se trata mais de noção física. O importante é que se incluiu ali uma ponderação, um critério de valoração; o juiz é capaz de valorar”*⁸³.

A insuficiência da teoria da equivalência das condições é nítida evidência desse processo migratório do pensamento jurídico. Ao realizar raciocínio baseado exclusivamente na hipótese concreta, verificando se o resultado persistiria mesmo na ausência de cada um de seus antecedentes, a *conditio sine qua non* se apegava exclusivamente a noções das ciências naturais, buscando estabelecer simples relação de causa e efeito entre dois elementos distintos.

A situação é absolutamente diferente no tocante às doutrinas de cunho jurídico. Conceitos como *eficiência* e *adequação* são noções abstratas, formuladas a partir do raciocínio humano. Justamente por isso, essas vertentes da causalidade buscam estabelecer verdadeiras molduras conceituais, que tentam lidar, de forma antecipada, com as sutilezas envolvidas nas situações concretas, bem como com as deficiências das doutrinas que as antecederam.

‘causa’ do gol porque vimos o atacante cabeceando a bola além do insuficiente salto do goleiro, do mesmo modo que sabemos que o acidente foi o ‘resultado’ da falta de atenção do motorista porque ele estava usando seu telefone celular (...)” (LUCY, William. op. cit., p. 163).

⁸³SILVA, Clóvis do Couto e. Responsabilidad alternativa y acumulativa, cit., p. 238 (trad. livre do espanhol).

Esse contraste entre uma causalidade de cunho fático, e outra de natureza jurídica, é bem descrita por Giorgio Licci. Como premissa de seu raciocínio, o autor italiano distingue a causalidade da imputabilidade, afirmando que, no primeiro caso, deve-se analisar se uma determinada conduta causou evento naturalístico. Já no segundo, a questão a ser solucionada diz respeito à identidade do autor da ofensa, ou seja, daquele que deve responder pelo dano⁸⁴.

Licci afirma que, por vezes, a imputabilidade é denominada como causalidade jurídica. Em suma, haveria o contraste entre dois nexos causais distintos: aquele jurídico, e outro, de natureza extrajurídica, baseado em pressupostos de natureza científica.

A partir dessa divisão essencial, surgem basicamente três formas diversas de raciocínio relacionado à causalidade: (i) a primeira seria composta pelas teorias causais *stricto sensu*, baseada em noções extrajurídicas; (ii) a segunda se traduziria nas teorias que distinguem o nexo causal de sua relevância em termos jurídicos; e (iii) a terceira corresponderia às teorias que defendem a imputação objetiva em relação aos eventos, dispensando por completo de noções não jurídicas de causalidade⁸⁵.

Mais do que definir simples relação entre causa e efeito, as vertentes jurídicas da causalidade partem do pressuposto de que é necessário definir o responsável pelo dano. Realiza-se uma escolha – de natureza valorativa – sobre o sujeito que deve arcar com o prejuízo em determinada situação, mesmo que haja outras condutas sem as quais o dano não teria se materializado⁸⁶.

Muito embora as noções naturalísticas da causa tenham perdido espaço para as vertentes de cunho jurídico, elas ainda influenciam a caracterização da responsabilidade na esfera extracontratual. Como regra, segue-se o segundo modelo proposto por Giorgio Licci, que leva em consideração o propósito na definição da causalidade, sem desconsiderar os elementos fáticos envolvidos no caso⁸⁷.

De acordo com a autora portuguesa Ana Perestrelo de Oliveira, “o ponto de partida para a averiguação do nexo de causalidade é, ainda hoje, o critério científico-natural

⁸⁴LICCI, Giorgio. op. cit., p. 5.

⁸⁵Id. Ibid., p. 6.

⁸⁶Nesse sentido, Anderson Schreiber afirma que “reconhece-se, há muito, que o nexo de causalidade natural ou lógico diferencia-se do jurídico, no sentido de que nem tudo que, no mundo dos fatos ou da razão, é considerado como causa de um evento pode ser assim considerado juridicamente. A vinculação da causalidade à responsabilização exige uma limitação do conceito jurídico de causa, sob pena de uma responsabilização civil amplíssima” (SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 51).

⁸⁷LICCI, Giorgio. op. cit., p. 6.

de causa, ainda que restringido ou alterado por força das valorações jurídicas em jogo: tal ocorre quer se opte pela via da adequação, quer pela via da ponderação do fim da norma”⁸⁸.

Como visto no tópico relativo à causalidade adequada, a base do nexos causal – ainda na atualidade – é a teoria da equivalência das condições. A satisfação dos requisitos estabelecidos por essa modalidade de causalidade representa condição necessária, porém não suficiente, para a caracterização da causalidade.

Essa relação quase indissociável entre as teorias naturalísticas e aquelas de contornos jurídicos é vista de forma um pouco diversa por alguns autores. Por trás do processo evolutivo que levaria ao desenvolvimento de teorias jurídicas, haveria dificuldade, tanto da doutrina quanto na jurisprudência, na adoção de teoria da causalidade que fosse aplicável de forma ampla e indistinta.

De acordo com Patrícia Faga Iglecias Lemos, *“ao longo dos séculos, é possível representar o estudo do nexos de causalidade por um movimento pendular, que ora se aproxima da lógica empírica da natureza, ora se aproxima da necessidade de tutela de direitos, mesmo sem o rigor científico da causa. De certa forma, a causalidade jurídica ora sobrepõe-se à causalidade natural, ora a presume”⁸⁹.*

Na realidade, esse movimento doutrinário é bem mais complexo do que parece. Por trás da evolução no raciocínio jurídico, escondem-se severas dificuldades com as quais tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm tentado lidar ao longo dos séculos, sem conseguir encontrar uma resposta definitiva para o intrincado problema da causalidade.

2.3. A inexistência de critério definitivo sobre a causalidade

A enorme variedade de vertentes de nexos causal, e sua insuficiência para funcionar como regra geral acerca da matéria, levam a questionamento inevitável: é possível – ou mesmo necessário – estabelecer modelo teórico único e coerente, que seja suficiente para proporcionar solução justa e equitativa para os problemas envolvendo a causalidade?

⁸⁸ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. op. cit., p. 52.

⁸⁹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. op. cit., p. 156.

A dúvida é consequência natural não apenas do conturbado desenvolvimento histórico – seja da doutrina, seja da jurisprudência – no tocante ao nexo causal, como também do verdadeiro estado de incerteza que ainda paira sobre o conceito na atualidade.

Por mais que, em tese, estudiosos e tribunais afirmem sua preferência por determinada escola doutrinária, há situações práticas nas quais eles simplesmente abandonam o arcabouço teórico inerente à teoria preferida. Influenciados por razões de justiça e equidade, doutrinadores e julgadores acabam recorrendo, em determinadas situações, à noção de causalidade que lhes parece mais razoável no caso concreto, adotando, muitas vezes, lógica quase intuitiva.

Ao defender a aplicação da chamada teoria do escopo da norma⁹⁰, Antonio Menezes Cordeiro afirma que a causalidade adequada – considerada como predominante no direito português pela maioria da doutrina –, seria mera “*cobertura linguística que permitiu, ao longo dum século, aos tribunais, fazer prevalecer uma causalidade comum, assente no bom senso e na experiência*”⁹¹.

De forma subjacente à *cobertura* proporcionada pela causalidade adequada, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal teria aplicado diferentes noções ao tratar do nexo causal, adaptando o conceito ao respectivo contexto econômico-social, bem como às peculiaridades do caso concreto.

No início, a relação entre causa e resultado era tratada de forma intuitiva pela Suprema Corte portuguesa. Com a evolução do pensamento doutrinário, houve nítida pressão doutrinária sobre os órgãos do Poder Judiciário, levando os tribunais lusitanos a recorrer à teoria da causalidade adequada, embora não houvesse reconhecimento legislativo sobre sua aplicação. Sem prejuízo do recurso a essa doutrina, ainda havia espaço para o raciocínio interpretativo da Corte, permitindo que ela ajustasse os parâmetros teóricos previstos na doutrina de acordo com o contexto do caso concreto.

Na terceira e última etapa da evolução jurisprudencial portuguesa, o Supremo Tribunal de Justiça continua adotando a causalidade adequada como premissa de suas

⁹⁰A teoria do escopo da norma propõe “*que o julgador se volte para a função da norma violada, para verificar se o evento danoso recai em seu âmbito de aplicação. Por outras palavras, quando o ilícito consiste na violação de regra imposta com o escopo de evitar a criação de um risco irrazoável, a responsabilidade estende-se somente aos eventos danosos que sejam resultado do risco em consideração do qual a conduta é vedada*” (CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., p. 87). Tendo em vista o caráter meramente introdutório do presente capítulo, a análise mais detalhada dessa teoria não será realizada.

⁹¹CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex, 1997. p. 540.

fundamentações. Influenciado, todavia, pela passagem da causalidade fática para a jurídica, a Corte passa a tratar da matéria “*em termos normativos*”, ou seja, como matéria de direito, cuja lógica é permeada por elementos de cunho valorativo⁹².

Como consequência natural disso, o Supremo Tribunal de Justiça português passou a adotar linha interpretativa que – como se verá mais adiante – tende a prevalecer na atualidade, na qual a “*causalidade depende, caso a caso, da interpretação das normas de imputação envolvidas. Elas dão a medida da protecção, na imputação por acto ilícito, e a medida de risco, na imputação objetiva*”⁹³.

Anderson Schreiber também reconhece a impossibilidade de se estabelecer conceito único e exauriente de causalidade. Após tratar da evolução do instituto, e das diversas teorias desenvolvidas a seu respeito ao longo dos séculos, o autor conclui que “*em que pese a inegável importância do debate acadêmico em torno das diversas teorias da causalidade, em nenhuma parte alcançou-se um consenso significativo em torno da matéria. A observação das decisões judiciais revela que as cortes têm empregado ora uma teoria, ora outra, sem que se possa definir sequer um padrão de julgamento a partir dos diversos precedentes emitidos em um determinado ordenamento*”⁹⁴.

Diante desse cenário, é natural que se questione o propósito de se investir tanto esforço para estabelecer contornos definitivos do nexos causal. Contrapondo o pragmatismo do *common law* com a preponderância teórica do *civil Law*, H. L. A. Hart e Tony H afirmam que, em 1959 – data de publicação da primeira edição de sua obra – os estudiosos anglo-saxões tinham como referência, no âmbito da causalidade, apenas uma dissertação: a obra intitulada *Rationale of Proximate Cause*, de Leon Green⁹⁵.

Já no âmbito da escola romano-germânica, inúmeros livros tratando exclusivamente da causalidade já haviam sido publicados, com o desenvolvimento de diversas teorias – bem como de suas respectivas variantes – sobre modelos de nexos causais que deveriam ser adotados.

⁹²CORDEIRO, Antonio Menezes. op. cit.

⁹³Id. Ibid., p. 542-547.

⁹⁴SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 59.

⁹⁵HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 436. Em obra mais recente, Basil Markensinis e Hannes Unberath afirmam que a produção doutrinária, ao menos nos Estados Unidos, é bastante semelhante, em termos de volume, àquela dos países do continente europeu (MARKENSINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise*, cit., p. 105 e ss.).

Tamanho ceticismo sobre o nexo causal, na esfera anglo-saxônica, permitiu o surgimento de corrente de pensamento denominada minimalismo causal⁹⁶, que se desenvolveu nos Estados Unidos da América no século XX.

Iniciada a partir de movimento doutrinário denominado Realismo Legal Americano, que adquiriu importância entre as décadas de 1930 e 1960, o minimalismo causal adquiriu maior repercussão em razão da projeção que teve por ter sido adotado pelas doutrinas da Análise Econômica do Direito e dos Estudos Legais Críticos, as quais – por mais surpreendente que seja – eram absolutamente incompatíveis entre si⁹⁷.

O minimalismo causal envolvia a crença em três princípios fundamentais: (i) nenhum ou poucos elementos envolvidos em controvérsias causais possuem relação com fatos; (ii) esses aspectos possuem pouca ou nenhuma relevância na solução do conflito; e (iii) o elemento valorativo é determinante no processo decisório envolvendo a causalidade⁹⁸.

Mas as dúvidas quanto à utilidade da causalidade não ficam restritas ao *common law*. Geneviève Viney e Patrice Jourdain mencionam que juristas de inúmeros países da escola continental também colocaram em dúvida a utilidade da busca de critério científico para a definição da causalidade.

De acordo com os autores franceses, diversos estudos acerca da causalidade, embora brilhantes, não haviam obtido sucesso em estabelecer estrutura que fosse, ao mesmo tempo, coerente em termos conceituais e suficiente para solucionar os problemas práticos ocorridos na esfera da responsabilidade extracontratual⁹⁹.

Em sentido semelhante, os irmãos Mazeaud, após afirmar que a causalidade deveria ser certa, bem como que o dano deveria ser consequência necessária da causa, reconhecem as dificuldades desses parâmetros em se tratando da definição do dano

⁹⁶Segundo William Lucy, Leon Green é um dos maiores expoentes do minimalismo causal (LUCY, William. op. cit., p. 165).

⁹⁷Id. Ibid., p. 164 (trad. livre do inglês).

⁹⁸Id. Ibid., p. 164-165. No original, o elemento valorativo utilizado pelos minimalistas é denominado *policy*, ou seja, “pelos princípios gerais pelos quais o governo é guiado na gestão dos interesses públicos” (verbete POLICY. In: GARNER, Braum A. (Ed.). *Black’s law dictionary*. 8. ed. Saint Paul: Thomson, 2007).

De outra parte, deve-se esclarecer que a obra *Causation in the Law* – referida de forma reiterada no presente estudo – surge em 1959 como resposta aos constantes ataques dos minimalistas ao nexo causal. H. L. A. Hart e Tony Honoré, embora reconheçam a enorme influência de noções do senso comum na causalidade, buscam demonstrar como as diversas construções jurídicas a respeito da matéria possuem relevante aplicação na solução dos casos concretos (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 165-166).

⁹⁹HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit., p. 184.

indireto, reportando-se ao entendimento de Demogue, no sentido de que a questão se reporta mais ao bom-senso, do que à ciência propriamente dita¹⁰⁰.

Reforçando a sensação de incerteza acerca do tema, Geneviève Viney e Patrice Jourdain ainda afirmam que diversos autores na Alemanha, na Suíça, e nos Estados Unidos propuseram que a causalidade fosse definida basicamente por meio de juízo de equidade. Por meio dessa forma de raciocínio, seria necessário levar em consideração a situação econômica das partes, sobretudo para limitar a condenação daquelas que possuísem condições financeiras menos favoráveis, e que não fossem protegidas por seguros¹⁰¹.

Se, por um lado, eventual recurso à equidade traria enormes benefícios em termos de pragmatismo, na medida em que solucionaria as controvérsias sem a necessidade de discussões teóricas intrincadas, por outro, essa forma de raciocínio daria espaço para situação de enorme insegurança e incerteza, introduzindo elemento arbitrário em juízo que deve se pautar, prioritariamente, em parâmetros legais previamente definidos.

Pela enorme diversidade de teorias, e pelos atributos positivos e negativos inerentes a todas as doutrinas, verifica-se que nenhuma delas, por si só, é suficiente para solucionar, por completo, as intrincadas sutilezas existentes na esfera da causalidade.

Esse é o entendimento de Giorgio Licci, que afirma, em síntese, que a relação de causalidade não possui significado unívoco. Para o autor, qualquer tentativa de se adotar determinado critério de causalidade é equivocada, pois se baseia em modelos de causalidade imprecisos, que possuem autonomia apenas teórica¹⁰².

Na realidade, o vocábulo *causalidade* possui múltiplos significados, sendo impossível conferir-lhe conteúdo preciso com base em noções de física ou estatística. Em última análise, o conceito se traduz em modelo de pensamento em crise profunda, contestado em sua essência, e que se revela impreciso¹⁰³.

É bem verdade que, com o escopo de conferir desfechos equânimes para os litígios, a doutrina e a jurisprudência até chegam a recorrer a determinada vertente da

¹⁰⁰HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. op. cit.

¹⁰¹Simon Whittaker afirma que, diferentemente dos juristas alemães, os franceses nunca tiveram apreço em “teorizar a respeito da causalidade”. Segundo o autor, a doutrina francesa normalmente se contenta em afirmar que “*as cortes francesas procedem de forma empírica, sem adotar formalmente uma teoria, embora, na prática, adotem a assim chamada teoria da ‘causalidade adequada’*”. (BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of french law*. 2. ed. New York: OUP Oxford, 2008. p. 410, trad. livre do inglês).

¹⁰²LICCI, Giorgio. op. cit., p. 75-76.

¹⁰³Id. Ibid.

causalidade, afirmando que ela seria o fundamento correto para a solução da controvérsia. Todavia, muitas vezes o raciocínio empregado no caso, embora baseado textualmente em alguma das teorias do nexo causal, acaba simplesmente aplicando noções de senso comum para encerrar o litígio.

É nesse conturbado contexto jurídico que a causalidade alternativa – conceito intrínseco à responsabilidade de ofensores potenciais – se insere. Se já existem sérias dificuldades na simples análise sobre a imposição do dever de indenizar em situações nas quais existem diversos agentes, e não se sabe qual deles provocou o dano, a situação se torna ainda mais complexa tendo em vista o instável cenário doutrinário envolvendo o nexo de causalidade.

Neste ponto, é importante examinar como a instável conjuntura relativa à causalidade se releva no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. É essencial, ainda, analisar a controvérsia relativa à responsabilidade dos potenciais ofensores à luz do regime jurídico aplicável à solidariedade, tendo em vista a dificuldade de compatibilização entre esse conceito e a matéria ora tratada.

2.4. A causalidade no direito brasileiro: o artigo 403 do Código Civil brasileiro

No âmbito do direito brasileiro, a causalidade é definida a partir do artigo 403 do Código Civil. De acordo com o dispositivo, *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”*.

Muito embora o âmbito de incidência da norma se volte, a princípio, para a esfera contratual, ele acaba se estendendo também sobre o ramo extracontratual. Como consequência da interpretação gramatical do dispositivo, afirmava-se, ainda por ocasião do artigo 1.060 do Código Civil de 1916¹⁰⁴, que seria aplicável, no direito brasileiro, a teoria da causalidade direta e imediata.

Pela imprecisão do texto normativo, chega a ser difícil definir, com exatidão, o significado dos termos *direto* e *imediato*. Por exclusão lógica, seriam excluídos do

¹⁰⁴ Artigo 1.060 *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”*. A redação do dispositivo é muito semelhante àquela da norma atualmente em vigor.

âmbito da indenização os prejuízos indiretos, que são aqueles produzidos em situações envolvendo causa subsequente, ou seja, elemento diverso, porém relacionado, com outro antecedente do dano.

Já a noção de danos imediatos se refere à possibilidade de materialização dos prejuízos em evento futuro. Se houver, entre a conduta e o dano, lapso temporal longo o suficiente para colocar em dúvida a probabilidade da efetiva ocorrência desse último, não há dever de indenizar. Enquadram-se nessa categoria os chamados danos hipotéticos, que são aqueles cuja existência depende de evento futuro e incerto.

Até mesmo pelo caráter excessivamente vago do texto normativo, tais elementos são absolutamente insuficientes para conferir contornos mais concretos acerca do nexo causal no ordenamento brasileiro. Mais preocupante ainda é que a vagueza de sentido da norma pode gerar efeitos prejudiciais na esfera da responsabilidade civil, afastando o dever de indenizar em situações nas quais estariam satisfeitos os requisitos estabelecidos pelas teorias da causalidade acima analisadas.

Para se compreender as deficiências do artigo 403 do Código Civil de 2002, bem como os mecanismos utilizados pela doutrina para lidar com elas, é necessário recorrer às origens do dispositivo legal.

A norma foi inspirada no artigo 1.151 do Código Civil da França de 1804¹⁰⁵, reproduzindo seu teor quase na integralidade. Também há críticas quanto ao teor da norma por parte da doutrina francesa, merecendo destaque a opinião de Geneviève Viney e Patrice Jourdain, que consideram que a imprecisão do dispositivo o torna insuficiente para proporcionar disciplina satisfatória acerca da matéria¹⁰⁶.

Fernando Noronha reconhece a dificuldade suscitada pelos franceses, afirmando que nem o dispositivo do Código Civil de Napoleão, e tampouco as normas que o sucederam – como o artigo 1.223 do Código Civil italiano e o próprio artigo 403 do Código Civil brasileiro – foram suficientes para traçar contornos precisos acerca da causalidade. Nas palavras do autor, “ninguém até hoje, nem entre nós, nem nos sistemas jurídicos com idêntico preceito, conseguiu explicar em termos satisfatórios, juridicamente

¹⁰⁵ Artigo 1.151 “Mesmo nos casos nos quais o inadimplemento do contrato decorre de dolo do devedor, a indenização deve incluir, em relação aos prejuízos sofridos pelo credor e ao lucro do qual ele foi privado, apenas o que for consequência direta e imediata do inadimplemento”.

¹⁰⁶ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 194.

razoáveis, quais serão esses danos que devem ser considerados ‘efeito direto e imediato’”¹⁰⁷.

Para contornar as dificuldades inerentes ao texto legislativo, abandonou-se a interpretação literal do dispositivo, passando-se a compreendê-lo dentro da ótica contemporânea da responsabilidade civil.

Sob essa perspectiva, parte respeitável da doutrina passou a afirmar que a exegese do artigo 403 do Código Civil leva à aplicação da causalidade necessária, compreendida como modalidade da teoria do dano direto e imediato¹⁰⁸.

De acordo com Agostinho Alvim, o teor da norma indica que, para a caracterização da causalidade, o dano deve ser atribuído, com exclusividade, ao respectivo antecedente. Nas palavras do autor, a relação de necessariedade entre causa e efeito se traduz na imposição de indenização de *“todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela seja causa necessária, por não existir outra que explique melhor o dano”*¹⁰⁹.

Gustavo Tepedino afirma que a teoria da causalidade necessária prevalece, ainda na atualidade, no âmbito do ordenamento brasileiro. Nas palavras do autor, *“desenvolveu-se, assim, no âmbito da teoria da causalidade direta e imediata, a chamada subteoria da necessariedade da causa, que entende as expressões dano direto e dano imediato como reveladoras de um liame de necessariedade entre a causa e o efeito”*¹¹⁰.

A teoria da causalidade necessária teria se consolidado como preponderante no ordenamento brasileiro a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 130.764-1/PR¹¹¹.

Naquela ocasião, discutia-se roubo praticado por quadrilha que era composta, em parte, por fugitivos de penitenciária. As vítimas do ilícito ingressaram com ação em face do Estado do Paraná, alegando que a falha do ente em permitir a fuga dos

¹⁰⁷ NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil, cit., p. 733.

¹⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar, cit., p. 280.

¹⁰⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1975. p. 338.

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 279. No mesmo sentido, Fernando Noronha afirma que *“mesmo que seja hoje discutível o significado a atribuir a efeito direto e imediato, não há dúvida de que falar em causalidade necessária, como fazia Alvim, representa assinalável progresso em relação à estreita fórmula ‘efeito direto e imediato’”. Só admitir que o art. 403 deva ser interpretado em sentido diverso do seu teor literal já representa aceitar que a letra desse preceito é demasiado estreita e que é preciso ampliar o seu alcance*”. (NORONHA, Fernando. op. cit., p. 739).

¹¹¹ 1ª Turma, Relator: Ministro Moreira Alves, j. 12.5.1992. A decisão é mencionada por Gustavo Tepedino (op. cit., p. 283).

assaltantes lhes teria causado prejuízo, correspondente à perda patrimonial ocorrida em virtude da prática delitiva.

Ao proferir seu voto, o Ministro Moreira Alves adotou como premissa sua exegese acerca do artigo 1.060 do Código Civil de 1916, que corresponde ao artigo 403 da lei atual. De acordo com o civilista, o nexo de causalidade somente se caracteriza “*quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva*”.

Partindo desse cenário, o Ministro da Suprema Corte conclui que “*o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão*”.

Todavia, tanto os desenvolvimentos doutrinários acima referidos, quanto o precedente do Supremo Tribunal Federal foram insuficientes para solucionar o enorme estado de incerteza que paira sobre a causalidade no direito brasileiro.

Não obstante os fundamentos expostos nos parágrafos anteriores, (i) o conceito de causalidade necessária é tão impreciso quanto a exigência de dano *direto* e *imediato*, prevista no artigo 403 do Código Civil; e (ii) as cortes brasileiras se mantêm altamente reticente em seguir determinada linha de raciocínio em relação à causalidade, tergiversando sobre a teoria aplicável, e – o que é mais surpreendente – sobre seu respectivo conteúdo.

Quanto ao primeiro ponto, é difícil compreender por que a causalidade necessária seria alternativa mais interessante, no tocante à definição de responsabilidade, do que a frágil interpretação literal do artigo 403 do Código Civil. Em última análise, o conceito de necessariedade é tão vago quanto a noção de dano *direto* e *imediato* da norma¹¹².

Como visto no tópico relativo a essa modalidade causal, é bastante difícil, na maioria das situações, apontar a causa que leva necessariamente ao prejuízo. Existem inúmeros fatores que interferem no processo causal, podendo contribuir – ainda que por via indireta – para o resultado.

¹¹²Agostinho Alvim critica a utilização das expressões *direto* e *imediato* para a definição do nexo causal. Segundo o autor, diversos doutrinadores afirmam que os conceitos “*são pouco precisas e têm dado azo a intermináveis discussões*”. Em seguida, afirma que, muito embora os termos possuam significados distintos, a jurisprudência os trata como sinônimos (ALVIM, Agostinho. op. cit., p. 339).

Por mais marginais que fossem tais fatores, a concepção original da causalidade necessária os levaria em consideração. Com isso, a relação de necessariedade entre o antecedente de maior relevância e o resultado ficaria mitigada, dificultando a caracterização do nexa causal.

É exatamente nesse ponto que reside a outra grande falha de coerência quanto à aplicação da causalidade no ordenamento brasileiro. Não obstante o precedente do Supremo Tribunal Federal – que deveria servir, ao menos, como parâmetro para o debate sobre a matéria –, a doutrina e a jurisprudência recorrem a diversas teorias causais e, muitas vezes, as utilizam como mero aparato teórico para aplicar sua própria concepção de causalidade ao caso concreto.

Demonstrando a incerteza doutrinária que predomina na matéria, Edson Luiz Fachin recorre, sem receio, à causalidade adequada para solucionar controvérsia de ordem prática, afirmando que *“será causa de um dano aquela que, em juízo probabilístico e abstrato, venha a melhor se adequar à sua consecução”*¹¹³. De forma semelhante, Marco Fábio Morsello, embora defenda a aplicação da causalidade adequada como complemento à doutrina da equivalência das condições¹¹⁴, também afirma que a primeira tende a prevalecer no direito brasileiro¹¹⁵.

Já Nelson Nery Júnior segue a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal, suscitando o julgado da corte como fundamento para a adoção da teoria no direito brasileiro. Muito embora mencione as demais teorias que existem a respeito da matéria, o autor afirma que, em razão da norma do artigo 403 do Código Civil, a caracterização da causalidade apenas ocorre se o resultado é efeito necessário da causa¹¹⁶.

A dificuldade da doutrina em lidar com as diversas teorias acerca da causalidade também fica bem evidente na obra de Sérgio Cavalieri Filho. Ao comentar o artigo 403 do Código Civil, o autor afirma que *“a expressão – efeito direto e imediato – está, aí, a indicar uma relação de causalidade direta e imediata; que o lucro frustrado há de ser*

¹¹³FACHIN, Edson. Nexa de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil, cit., p. 368.

¹¹⁴Seguindo a posição de Geneviève Viney e Patrice Jourdain, o autor afirma que *“para fins de definição do nexa causal entre o fato e o dano, a definição de condição necessária, abstraída da corrente da teoria da equivalência das condições, parece mais precisa quando cotejada com a previsibilidade ou probabilidade ínsitas à outra teoria, que se coadunariam com a esfera de meros indícios”* (MORSELLO, Marco Fábio. O nexa causal e suas distintas teorias: apreciações críticas, cit., p. 217). Trata-se de posição praticamente idêntica àquela apontada no tópico da presente dissertação a respeito da causalidade adequada.

¹¹⁵Id. Ibid.

¹¹⁶NERY JÚNIOR, Nelson. Indenização fundada no uso de cigarros e culpa exclusiva da vítima. In: _____. *Soluções práticas de direito: direito público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 3, p. 108.

consequência direta da conduta do agente, não bastando que o ato ilícito se erija em causa indireta ou remota do dano”¹¹⁷.

Logo em seguida, porém, o mesmo doutrinador conclui que “*dentre as várias teorias sobre o nexa causal, nosso Direito adotou a da causa adequada, também chamada por alguns de causa direta e imediata, que se reporta à necessidade da causa*”. Em síntese, os conceitos de causa necessária e adequada parecem ser aplicados de forma pouco criteriosa, sendo interpretados praticamente como se fossem sinônimos¹¹⁸.

Essa situação de dúvida permanece mesmo na análise da obra escrita por Cavalieri Filho, juntamente com Carlos Alberto Menezes Direito. Partindo do artigo 403 do Código Civil, e tendo tratado das teorias que se voltam sobre o nexa causal, os autores concluem que “*por causa direta, imediata, necessária ou adequada deve-se entender como sendo aquela que revela um liame de necessidade entre a causa e o efeito e não de simples proximidade temporal ou espacial*”¹¹⁹.

Também há estado de grande incerteza quanto à causalidade na esfera jurisprudencial. A falta de uniformidade no entendimento dos tribunais decorre de dois fatores essenciais: (i) a adoção de diversas teorias, sem a preocupação de uniformização das decisões; e (ii) a falta de coerência entre a doutrina expressamente referida pela decisão judicial, e a noção de nexa causal efetivamente aplicada ao caso concreto.

Sem prejuízo do precedente acima referido, o próprio Supremo Tribunal Federal adota, em julgados anteriores, outras teorias a respeito do nexa causal. Tratando da responsabilidade do transportador por roubo ocorrido no interior do ônibus, a corte suscitou a aplicação da teoria da causalidade adequada, embora também se refira à doutrina do dano direto e imediato¹²⁰.

Também há a adoção da causalidade adequada em diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Recurso Especial nº 1.185.100,

¹¹⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74.

¹¹⁸Id. Ibid.

¹¹⁹DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 13, p. 81.

¹²⁰Recurso Extraordinário nº 88.407, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Thompson Flores, j. 7 de agosto de 1980. Gisela Sampaio da Cruz também menciona o julgado (*O problema do nexa causal na responsabilidade civil*, cit., p. 125).

que tratava da responsabilidade de companhia seguradora em relação a prejuízo que seria, em tese, coberto pelo seguro obrigatório¹²¹

Já no Recurso Especial nº 1.198.829, o tribunal superior demonstrou bem as dificuldades conceituais que pairam sobre a jurisprudência na atualidade. Discutia-se, no caso, a responsabilidade do Estado do Mato Grosso do Sul, bem como de oficial registrador de imóvel, por alegada falha desse último no exercício de suas funções.

Muito embora faça referência expressa à causalidade adequada, o julgado acaba utilizando fundamentação que indica o recurso à causalidade necessária. É o que se verifica do trecho no qual o acórdão conclui que “*o evento danoso descrito na petição inicial não decorreu direta e imediatamente do registro de imóvel inexistente, e sim, do comportamento da parceira, que não cumpriu o que foi acordado com a demandante*”¹²².

Há tendência semelhante no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Levantamento feito no sítio da corte, a partir da expressão *causalidade adequada*, indica a existência de inúmeros acórdãos que utilizam a teoria em suas respectivas fundamentações. A teoria predomina – ao menos em tese – no âmbito da corte paulista, sobrepondo-se à causalidade necessária, mesmo em contradição com o precedente do Supremo Tribunal Federal¹²³.

Dentre os acórdãos¹²⁴ que recorrem expressamente à causalidade adequada, destaca-se julgado que trata da responsabilidade de hospital por falha de tratamento que teria levado à necessidade de amputação de membro do paciente.

Ao longo da fundamentação, a decisão é clara ao afirmar que “*A mais aceita dessas teorias é da causalidade adequada, que parte da observação daquilo que comumente acontece na vida (id quod plerumque accidit). Considera-se causa a condição que, em abstrato, é apta a produzir o dano. É o efeito normal ou típico daquele fato, uma*

¹²¹ 4ª Turma, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, j. 15 de fevereiro de 2011.

¹²² 1ª Turma, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, j. 5 de outubro de 2010. O Superior Tribunal de Justiça ainda faz referência expressa à teoria da causalidade adequada no Recurso Especial nº 1007692 (3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, j. 17 de agosto de 2010).

¹²³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=008A19249BE2FCCAE26DF0BF60417E6B>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

¹²⁴ Outros acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também se referem à causalidade adequada como fundamento, destacando-se os seguintes: (i) apelação nº 0015910-92.2008.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador José Joaquim dos Santos, j. 29 de maio de 2012; e (ii) Apelação nº 0104011-67.2006.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Paulo Alcides, j. 8 de março de 2012.

*consequência natural ou provável. É o curso habitual das coisas, de acordo com as regras de experiência, a produzir aquele efeito”*¹²⁵.

Em seguida, o julgado acaba demonstrando a falta de coerência da jurisprudência, ao recorrer à teoria da equivalência das condições, embora sob o rótulo de causalidade adequada. É o que se verifica do trecho no qual o julgado sustenta que *“Ao se adotar a formulação negativa da teoria da causalidade adequada, basta ao lesado provar tão somente a condicionalidade, ou seja, que o evento atribuído ao responsável foi uma condição do dano, restando, assim, presumida a adequação”*¹²⁶.

Por outro lado, a mesma corte seguiu a teoria da causalidade necessária – sem explicar exatamente seu significado, e tampouco seu alcance no caso concreto – por ocasião de outro julgamento. Ao negar indenização por danos decorrentes de alegada negligência na realização de tratamento odontológico, o tribunal afirmou que *“De todas as teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403 do CC/2002, que já existia no artigo 1060 do CC de 1916”*¹²⁷.

Gustavo Tepedino também aponta a inexistência de coerência entre os julgados dos tribunais nacionais. O autor traça interessante paralelo entre as doutrinas referidas expressamente nas decisões judiciais, e a concepção de nexo causal que foi efetivamente aplicada por elas no caso concreto. Ora se referindo à *conditio sine qua non*, ora baseando-se na causalidade adequada, a jurisprudência acaba recorrendo, segundo o autor, à causalidade necessária¹²⁸.

Para demonstrar a incoerência dos tribunais, Tepedino menciona o Recurso Extraordinário 88.407/RJ, julgado em 7 de agosto de 1980. A decisão trata da responsabilidade de empresas de transporte urbano por roubo ocorrido no interior de ônibus¹²⁹.

¹²⁵Apelação nº 0345776-38.2009.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Francisco Loureiro, j. 26 de abril de 2012.

¹²⁶Grifos nossos.

¹²⁷Apelação nº 0037509-78.2007.8.26.0564, 32ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Ruy Coppola, j. 31 de maio de 2012.

¹²⁸TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 284.

¹²⁹A responsabilidade do transportador acabou sendo analisada sob a perspectiva contratual, caracterizando-se como obrigação de resultado, refletida no dever de transportar o contratante incólume até o seu destino. Por conseguinte, situações como a tratada acima levariam ao dever de indenizar.

O autor afirma que, embora o acórdão utilize a causa adequada como fundamento, a causalidade necessária é a vertente efetivamente adotada, referindo-se ao trecho do julgado que afirma que *“O assalto, portanto, se constitui no fato necessário e impossível de impedir que, arrebatando do transporte a qualidade de causa, se erigiu na causa adequada da morte do marido da recorrente”*¹³⁰.

Também há falta de coerência, segundo Tepedino, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento de recurso especial, no qual se submeteu à corte a análise da responsabilidade de fabricante de automóveis em razão de acidente automobilístico.

Em razão da colisão, o vidro do veículo se rompeu, gerando ferimentos nos indivíduos que se localizavam em seu interior. Segundo os requerentes, caso a ré tivesse utilizado vidro laminado ao invés de temperado – como feito em seus automóveis fabricados nos Estados Unidos –, os danos decorrentes do acidente não teriam sido tão severos.

Como fundamento para rejeitar o pedido dos autores, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que a causalidade adequada não teria sido caracterizada na hipótese dos autos. Todavia – e aí reside a crítica de Gustavo Tepedino –, a corte superior afirma, no corpo do acórdão, que a fabricação do veículo seria causa apenas mediata e distante dos danos sofridos em virtude do acidente, fazendo uso de termos que remetem à teoria da causalidade necessária¹³¹.

A partir desse cenário, conclui-se que existem inúmeras contradições entre as vertentes da causalidade mencionadas pelos acórdãos e a teoria efetivamente utilizada pelo julgado. Todavia, diferentemente do que afirma Tepedino, é difícil vislumbrar a existência de coerência – ainda que implícita – entre os julgados, com a adoção da causalidade necessária pelos tribunais.

Ao invés de seguirem uma única vertente, diversos julgados utilizam as inúmeras teorias existentes acerca do nexos causal para conferir ao caso as soluções que lhes parecem mais apropriadas. Quando muito, os tribunais recorrem ao artigo 403 do Código Civil como substrato legal de suas fundamentações, utilizando-se do impreciso conteúdo do dispositivo para conferir ao caso o desfecho que lhes parece mais equânime.

¹³⁰TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 284.

¹³¹Id. Ibid., p. 285.

A partir da exposição acima, conclui-se que (i) não existe tendência dos tribunais brasileiros em adotar o precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da causalidade, e tampouco de uniformizar seu entendimento sobre a matéria; (ii) em diversos casos, o recurso a alguma das teorias da causalidade esconde a aplicação de outra vertente, ou ainda de noções de equidade do órgão julgador.

Sem prejuízo de sua incoerência teórica, as fundamentações dos tribunais possuem pouca consequência prática. Afinal, tratam de casos nos quais o desfecho quanto à caracterização de responsabilidade seria o mesmo, pouco importando qual a vertente do nexo causal adotada.

De outra parte, mecanismos de flexibilização do nexo causal – tal qual a inversão prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – funcionam como interessante via alternativa para lidar com as situações nas quais há dificuldade em se estabelecer a causalidade.

2.5. Os diferentes regimes da responsabilidade

A enorme controvérsia acerca do conteúdo e alcance do artigo 403 do Código Civil envolve, ainda, outra discussão intrincada e relevante para o estudo da matéria. Trata-se de definir se, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, há unicidade no regime jurídico aplicável às violações das obrigações contratuais e extracontratuais, ou se cada uma dessas esferas se submete a regimes autônomos, os quais seriam – a princípio – estanques entre si¹³².

Tendo adotado a norma acima referida como ponto de partida para a análise da causalidade, tanto a doutrina quanto a jurisprudência partem do pressuposto de que haveria regime único, no âmbito do regramento civil, aos ilícitos contratuais e extracontratuais. Em suma, há forte tendência, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, quanto à adoção da doutrina monista, que defende tratamento único a todos os atos ilícitos, pouco importando sua origem.

¹³²José de Aguiar Dias afirma que muitos “autores continuam a preconizar a distinção, e dela não abrem mão, havendo até quem, nesse propósito, considere o termo responsabilidade adequado tão somente para a [responsabilidade] que decorre dos atos ilícitos, recomendando a adoção da expressão garantia em relação à responsabilidade contratual”. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2, p. 146).

A posição se mantém mesmo na doutrina mais recente. Judith Martins-Costa afirma que o regime quanto ao pagamento da indenização, previsto nos artigos 927 e seguintes do Código Civil, é inovador, porque nele “*se reúnem, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pós-negocial, subjetiva, objetiva)*”¹³³.

De forma semelhante, Gisele Sampaio da Cruz, ao criticar o artigo 403 do Código Civil, afirma que o dispositivo “*é obscuro e insuficiente, além de estar mal localizado no Código. Obscuro porque, como mais adiante se terá ocasião de examinar, a expressão ‘direto e imediato’ suscita uma série de controvérsias em relação ao ressarcimento dos danos indiretos. Insuficiente porque a brevidade de sua regulamentação não leva em conta toda a complexidade do tema. Mal localizado porque o art. 403 é aplicado tanto à responsabilidade contratual quanto à extracontratual, razão pela qual não deveria constar do título referente ao inadimplemento das obrigações (título IV), mas, sim, em vez disso, dos capítulos relativos à responsabilidade civil*”¹³⁴.

Essa unicidade de tratamento, todavia, envolve controvérsias. Sob a perspectiva histórica, Teixeira de Freitas, seguidor da doutrina germânica, propôs a adoção de regime de atos ilícitos semelhante àquele que havia sido adotado no Código Civil prussiano de 1794¹³⁵, que pode ser considerado uma das primeiras codificações modernas da história da humanidade¹³⁶.

No Esboço do Código Civil, apresentado ao governo imperial, Teixeira de Freitas introduziu uma parte geral, incluindo seção dedicada aos atos jurídicos, separando os lícitos dos ilícitos. Nessa última parte, estabeleceu regime geral e único, baseado em 3 categorias distintas: (i) o delito, previsto no artigo 823, se aplicaria sobre práticas vedadas “*pelas leis deste Código e pelas do Código Penal*”; (ii) a ofensa, estabelecida no artigo 825, se referia aos atos que fossem “*tão-somente pelas leis deste Código*”; e (iii) as faltas,

¹³³MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. 5, t. 2, p. 103.

¹³⁴CRUZ, Gisela Sampaio da. op. cit., p. 20-21.

¹³⁵SAN MARTÍN NEIRA, Lilian Cecilia. *Del ‘deber del acreedor de evitar o mitigar el daño*. Tese (Doutorado) - Universidade dos Estudos de Roma “Tor Vergata”, 2009/2010. p. 237.

¹³⁶De acordo com Peter Stein, a primeira codificação moderna foi a da Bavária, o *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, datado de 1756. O Código da Prússia, denominado *Allgemeines Landrecht*, foi promulgado em 1794. (STEIN, Peter. *Roman law in european history*, cit., p. 11-112).

definidas pelo artigo 826, se caracterizariam em caso de condutas proibidas “*pelas leis deste Código, ainda que sejam delitos, havendo porém uma obrigação preexistente*”¹³⁷.

Em última análise, a mesma disciplina normativa se voltava tanto para o delito e a ofensa – práticas de cunho extracontratual –, quanto para as faltas, as quais se caracterizam em caso de inadimplemento de obrigação contratual.

Também houve regulação unitária, por parte do Esboço, em relação ao dano. De acordo com o artigo 829, “*O dano compreende não só o prejuízo efetivamente sofrido, senão também o lucro, de que se foi privado por motivo do ato ilícito. É o que neste Código se designa pelas palavras perdas e interesses*”. A norma se aplicava tanto para as violações de disposições contratuais, quanto para atos ilícitos decorrentes da obrigação geral de não prejudicar terceiros.

O Código Civil de 1916 seguiu a linha metodológica do Esboço, introduzindo sua disciplina por meio de uma Parte Geral. De forma semelhante ao projeto de Teixeira de Freitas, a norma que vigorou até 2003 também estabeleceu, no artigo 159, regra geral para os atos ilícitos.

Todavia, o Código Civil de 1916 parece não ter adotado a unicidade quanto ao tratamento das obrigações contratuais e extracontratuais. De fato, enquanto a indenização decorrente da responsabilidade aquiliana é tratada no Capítulo II, inserido no Título VIII, e denominado “*Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos*” (artigos 1.537 a 1.553), as obrigações decorrentes de violações dos contratos foram reguladas no Capítulo XIV, cujo título é “*Das perdas e danos*” (artigos 1.059 a 1.061)¹³⁸.

Pontes de Miranda aponta a distinção entre os dois regimes estabelecidos no Código Civil. Como premissa de seu raciocínio, o autor explica que o conceito de ato ilícito *stricto sensu* se aplicaria exclusivamente às situações nas quais a conduta acarrete o surgimento de “*obrigação independente*”, ou seja, desvinculada de negócio jurídico ou de ato jurídico unilateral¹³⁹.

Em suma, a noção de ato ilícito não poderia ser equiparada à de violação de direito, não se identificando com o conceito de “*de certas perdas de direitos, impostas*

¹³⁷FREITAS, Augusto Teixeira. *Código Civil: esboço*. Brasília-DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1983. v. 1, p. 197-199. Confira-se também SAN MARTÍN NEIRA, Lilian Cecilia. op. cit., p. 237.

¹³⁸SAN MARTÍN NEIRA, Lilian Cecilia. op. cit., p. 239.

¹³⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53, p. 151-152.

como consequências de se haver infringido a lei, nem, tão-pouco, com as penas em geral, não poderia confundir-se com o de modificação ou extinção de relações jurídicas obrigacionais já existentes”.

A partir dessas premissas, o tratadista conclui que *“se já existe relação jurídica entre o lesado e o autor do dano, ou se aquele pede o que a lei, para o caso, fixa como pena – não se regem pelo Código Civil, arts. 159 e 160, 1.518-1.553, as violações de direito”*¹⁴⁰. Logo, o conceito legal de ato ilícito se aplicaria exclusivamente para as hipóteses de danos extracontratuais, cujo ressarcimento seguiria regime exclusivo, e diverso daquele aplicável nas hipóteses nas quais houvesse vínculo jurídico prévio entre as partes.

De acordo com Lilian Cecilia San Martín Neira, embora houvesse a dicotomia entre as disciplinas aplicáveis às diferentes espécies de condutas, o regime legal excessivamente vago estabelecido para a indenização pelos danos extracontratuais incentivou a aplicação, nesse campo, das normas inicialmente estabelecidas para o ressarcimento do inadimplemento contratual¹⁴¹.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, a diferença entre a disciplina normativa aplicável aos ilícitos contratuais e extracontratuais parece ter se tornado ainda mais evidente. Tal como ocorria com a codificação de 1916, a lei atualmente em vigor parte de um conceito geral de ato ilícito, estabelecendo que *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”* (artigo 186).

A lei atualmente em vigor teria inovado em relação à legislação revogada, na medida em que teria conferido autonomia à obrigação de indenizar, regulando a matéria no Capítulo II, denominado *Da Indenização*, e inserido no Título IX. Foi justamente em razão desse tratamento conferido à indenização – que seria aplicável tanto às obrigações contratuais, quanto às extracontratuais – que a doutrina tende a afirmar que essas duas situações se submeteriam à mesma disciplina legal.

Todavia, o Código Civil de 2002 segue a mesma estrutura daquela adotada no Código Civil de 1916. De forma semelhante à legislação revogada, a codificação em vigor prevê duas disciplinas quanto à fixação da indenização: enquanto a responsabilidade

¹⁴⁰PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. op. cit., t. 53, p. 152.

¹⁴¹SAN MARTÍN NEIRA, Lilian Cecilia. op. cit., p. 239.

aquiliana segue os artigos 186 a 188, e 927 a 943, a responsabilidade decorrente da violação do vínculo contratual se submete aos artigos 389 a 405 do Código Civil.

Esse é o entendimento de Rodrigo Xavier Leonardo, que afirma que *A responsabilidade contratual é fundamentada nos arts. 389 a 405, enquanto a responsabilidade civil extracontratual é prevista nos arts. 186 a 188, bem como nos arts. 927 a 954, do CC/2002*¹⁴².

A autonomia entre as diferentes espécies de reparação não é meramente teórica, possuindo repercussões relevantes em termos práticos. Nesse sentido, a caracterização da responsabilidade extracontratual depende – como regra geral – de prova quanto à conduta culposa do ofensor, enquanto que a contratual dispensa a culpa, satisfazendo-se com a mera demonstração quanto à existência da relação jurídica, bem como de sua violação pelo agente.

Até mesmo a alegada unificação do tratamento legal conferido às indenizações é questionável, tendo em vista que algumas das normas previstas nos artigos 944 a 954 do Código Civil de 2002 se voltam especificamente para situações de responsabilidade aquiliana. É o que ocorre, por exemplo, com a previsão do artigo 944, parágrafo único, que estabelece a possibilidade de redução equitativa da indenização, em caso de “*desproporção entre a gravidade da culpa e o dano*”, e que se mostra incompatível com as consequências pelo inadimplemento contratual.

Todos esses elementos indicam que o Código Civil de 2002 manteve a dicotomia no tratamento das obrigações contratuais e extracontratuais. Muito embora seja possível estabelecer regime unificado – tal como proposto, ainda no século XIX, por Teixeira de Freitas – a disciplina jurídica da legislação em vigor se justifica, à luz das diferenças entre essas duas modalidades obrigacionais.

A autonomia dos regimes aplicáveis às diferentes espécies de obrigações possui repercussão direta e relevante em relação ao nexo de causalidade. Em razão da independência entre as disciplinas normativas, é possível afirmar que o artigo 403 do Código Civil incide exclusivamente sobre as violações contratuais, não se aplicando à esfera extracontratual.

¹⁴²LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 260, jul./set. 2004.

A restrição do âmbito de incidência da norma é razoável, na medida em que seus contornos são compatíveis com o inadimplemento dos contratos, ao mesmo tempo em que se mostram um tanto inadequados para as situações envolvendo a responsabilidade aquiliana.

Por mais que a expressão “*direto e imediato*” do artigo 403 seja vaga e imprecisa, é possível afirmar que o dispositivo tem o escopo de afastar a indenização nas hipóteses nas quais existe causa superveniente entre o inadimplemento e o dano porventura sofrido. Caso existam elementos entre a violação do contrato e o prejuízo, o caráter contratual da indenização simplesmente perde sentido.

Dito de outra forma, a indenização estabelecida para o ilícito contratual é apenas aquela que decorre da violação do contrato. Eventuais causas supervenientes, decorrentes de elementos estranhos à relação contratual, podem até caracterizar o dever de indenizar, mas sob a disciplina aplicável à responsabilidade aquiliana.

Essas limitações simplesmente não fazem sentido na responsabilidade extracontratual. Como, nessa esfera, o dano não decorre da violação de dever específico, mas de ampla obrigação de não causar danos a terceiros, a lógica que permeia a causalidade se mostra mais flexível à luz das peculiaridades do cenário fático, permitindo a caracterização da responsabilidade, mesmo em hipóteses nas quais o vínculo entre a conduta e o dano não é direto e imediato.

Não obstante o entendimento dominante da doutrina e da jurisprudência, o nexo causal estabelecido no artigo 403 do Código Civil não incide sobre as relações de natureza extracontratual. Em razão do regime bipartido estabelecido na legislação civil, a rigidez inerente ao dispositivo legal simplesmente não se aplica sobre a responsabilidade aquiliana, que segue disciplina jurídica própria e mais flexível.

2.6. Causalidade e risco

Esse contexto de dúvida que paira sobre a causalidade na atualidade possui consequências diretas e inevitáveis no âmbito da responsabilidade civil. Sem se conhecer ao certo qual a teoria mais apropriada para disciplinar a matéria, é quase impossível estabelecer preceitos que sejam, ao mesmo tempo, coerentes e suficientes para proporcionar desfechos adequados para as controvérsias.

Na esfera do direito ambiental, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin aponta duas dificuldades específicas inerentes ao nexu causal. A primeira delas é a ausência, cada vez mais rotineira, de eventos danosos bem caracterizados, que ocorrem de forma súbita, e que possuem consequências consideráveis. Na verdade, as circunstâncias que envolvem o processo produtivo na atualidade levam à ocorrência gradual de danos, que se materializam aos poucos, ao longo dos anos, como resultado de ações que ocorrem de forma cumulativa, sutil e quase imperceptível¹⁴³.

Também há dificuldade, segundo Benjamin, em se caracterizar o nexu causal em razão da distância entre o fato gerador e a manifestação do dano ambiental¹⁴⁴. Essa distância não é necessariamente geográfica, podendo decorrer de inúmeros fatores, tal como a participação de inúmeros agentes nos fatos envolvidos no dano ambiental, que é justamente o ponto principal da análise feita pela presente dissertação.

Nesse cenário de dificuldade, a ausência de parâmetros claros a respeito do nexu causal acaba incentivando a adoção, pela jurisprudência, de certa discricionariedade. Sem se preocupar com eventuais premissas estabelecidas por disposições legais, ou por precedentes da jurisprudência, os tribunais acabam não apenas adotando a teoria mais adequada ao desfecho que pretendem conferir ao caso concreto, como ainda a adaptam às sutilezas da situação analisada.

A dificuldade da jurisprudência em lidar com as diversas vertentes causais é, na verdade, parte de fenômeno que se acentua cada vez mais no âmbito da responsabilidade civil: a tendência de flexibilização cada vez maior do nexu causal. Juntamente com o abandono da técnica que permeia as diversas noções de causalidade, percebe-se a busca cada vez maior por mecanismos que amenizem as severas dificuldades que decorrem da rigidez inerente à causalidade.

Anderson Schreiber também constata que a indefinição quanto ao nexu causal funciona como verdadeiro incentivo para aumentar a discricionariedade que existe sobre a matéria, permitindo que cada tribunal crie sua própria concepção de causalidade. Segundo o autor, os *“tribunais têm, por toda parte, se valido da miríade de teorias do nexu causal*

¹⁴³BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 14, jan./mar. 1998.

¹⁴⁴Id. Ibid.

para justificar um juízo antecedente de responsabilização, cuja finalidade consiste, quase sempre, em assegurar à vítima alguma compensação”¹⁴⁵.

A mitigação da rigidez inerente à demonstração da causalidade se mostra ainda mais evidente em situações envolvendo o risco. Sopesando dois bens jurídicos relevantes e potencialmente antagônicos na situação concreta – quais sejam, a certeza quanto ao nexo causal, de um lado, e a necessidade de se evitar a materialização ou agravamento do dano, de outro – há nítida tendência de se privilegiar esse último, favorecendo-se cada vez mais noções de verossimilhança, em detrimento da rígida e quase inalcançável demonstração cabal quanto à causalidade.

Analizando a causalidade no âmbito ambiental – que, por sua natureza, envolve riscos consideráveis – Ana Perestrelo de Oliveira trata da possibilidade de substituição do juízo de certeza, pelo de probabilidade, no âmbito do direito português. Contrapondo o sistema da escola romano-germânica com aquele do *common law*, a autora esclarece que, nesse último, a demonstração do nexo causal é satisfeita pela demonstração de “*probabilidade razoável, séria ou predominante*” da relação entre a conduta e o prejuízo¹⁴⁶. Já na esfera do pensamento continental, exige-se “*a certeza ou, segundo as regras de sentido social, uma probabilidade muito próxima da certeza*”¹⁴⁷.

A autora questiona, então, se haveria espaço, no âmbito do direito ambiental português, para a importação dos conceitos utilizados nos ordenamentos anglo-saxões, como seria sugerido por alguns autores, que entendem que a exigência de certeza poderia inviabilizar o sistema da responsabilidade civil ambiental. No entanto, ela afirma que a flexibilização sugerida é absolutamente inadequada no âmbito do direito português, na medida em que a lógica do sistema português apenas permite exceções ao regime geral da prova em caso de previsão legal expressa¹⁴⁸.

¹⁴⁵SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 61.

¹⁴⁶Sob a perspectiva do *common law*, afirma-se que a causalidade deve ser demonstrada *on the balance of probabilities*. De acordo com Donald Harris, jurista inglês, se o ônus da prova incumbir ao autor da demanda, basta que ele prove que “*é mais provável do que não que o ato ilícito do réu lhe causou prejuízo*”. Provavelmente em razão do caráter flexível da causalidade, o autor afirma que “*a causalidade é raramente um problema na prática*” (HARRIS, Donald. *Remedies in contract and torts*, cit., p. 194).

Já nos Estados Unidos da América, vale mencionar o caso *Jerista v. Murray*, que tratava da responsabilidade pelo defeito no produto. Naquela ocasião, a Suprema Corte de Nova Jérsei estabeleceu o teste para a definição de causalidade entre a conduta do fabricante e o defeito no aparelho, afirmando que é necessário definir no balanço das probabilidades (*balance of probabilities*), a partir de noções do senso comum, se há vínculo entre o comportamento e o prejuízo.

¹⁴⁷OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. op. cit., p. 86.

¹⁴⁸A autora se refere especificamente a Cunha Sendim (Id. Ibid., p. 87).

Até seria possível, segundo Ana Perestrelo de Oliveira, recorrer analogicamente a situações nas quais se permite a “*mera justificação*” da prova com base nos princípios gerais do direito. Tal recurso seria legítimo caso funcionasse para solucionar os diversos óbices relativos à causalidade. No entanto, como os próprios ordenamentos do *common law* enfrentam discussões tortuosas a respeito da matéria, eventual flexibilização do nexo causal não traria contribuições relevantes para solucionar as controvérsias sobre o tema¹⁴⁹.

Sob perspectiva um pouco diversa, Patrícia Faga Iglecias Lemos sugere, na esfera do direito ambiental, a adoção da teoria do escopo da norma violada. Para a autora, o nexo causal “*não é elemento fático, é elemento jurídico*”. Logo, é natural que a definição sobre os elementos que definem a causalidade se baseie justamente nos interesses protegidos pelas normas¹⁵⁰.

A adoção da teoria do escopo da norma também se justifica, de acordo com Lemos, em razão da ampla proteção normativa conferida ao meio-ambiente, cujo arcabouço legislativo repousa na importante norma do artigo 225 da Constituição Federal¹⁵¹.

Em contrapartida, a causalidade adequada seria incompatível com o caráter protetivo que permeia as normas de cunho ambientais. A lógica abstrata da teoria, e a necessidade de caracterizar a adequação entre conduta e resultado impediriam que a responsabilidade solidária – ínsita ao direito ambiental – se caracterizasse sobre eventuais coautores do dano¹⁵².

Ao invés de buscar novos contornos para a causalidade, Fernando Noronha defende seu simples abandono em situações de risco, ao distinguir a responsabilidade objetiva simples da agravada. Enquanto, no primeiro caso, a caracterização do dever de indenizar prescindiria da culpa do agente, nas situações envolvendo a responsabilidade agravada, o dever de indenizar dispensaria, também, a demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano¹⁵³.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. op. cit., p. 88-89.

¹⁵⁰ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade civil do proprietário diante do bem socioambiental*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007. p. 136.

¹⁵¹ Id. Ibid., p. 137. Ana Perestrelo de Oliveira acredita que a teoria do escopo da norma jurídica, chamada por ela de *teoria do fim da norma*, seria insuficiente – embora não completamente inútil – para lidar com essas situações, na medida em que teria como pressuposto o cumprimento dos requisitos da equivalência das condições (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. op. cit., p. 61).

¹⁵² Id. Ibid.

¹⁵³ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31, mar. 1999. O autor também é mencionado por Anderson Schreiber (*Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 63).

No âmbito da responsabilidade agravada, basta definir que o dano decorre de risco inerente a determinada atividade, tendo ocorrido no curso de seu exercício. Por outro lado, a caracterização da responsabilidade prescinde de prova quanto à conduta que possui vínculo com o prejuízo.

Por envolver o afastamento de requisito muito relevante para a imposição do dever de indenizar, a responsabilidade agravada apenas pode incidir em situações altamente excepcionais. Fernando Noronha menciona dois exemplos: (i) a responsabilidade do transportador por danos decorrentes de acidente causado por terceiro¹⁵⁴; e (ii) a responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por presos evadidos do sistema prisional¹⁵⁵.

A flexibilização da causalidade à luz de situações de risco também fica bastante evidente no princípio da precaução. Diferentemente do que ocorre na prevenção – cuja principal finalidade é impedir ou, ao menos, reduzir os efeitos de danos já conhecidos¹⁵⁶ –, a precaução se refere necessariamente ao campo da incerteza.

Pela falta de dados científicos acerca dos potenciais reflexos de determinada atividade sobre a sociedade, privilegiam-se os interesses coletivos, tanto pela vedação da realização de determinadas condutas, quanto pela adoção de medidas que possam minimizar o impacto do prejuízo. No campo do direito ambiental, a precaução pode ser definida como consequência direta e imediata de provérbio simples e essencial: *in dubio pro ambiente*.

De acordo com Teresa Ancona Lopes, “o princípio da precaução aparece para tentar evitar ou diminuir os males da sociedade de risco. Portanto, sempre que estivermos diante da incerteza sobre danos possíveis, o princípio da precaução deverá atuar como instrumento de gerenciamento de incerteza”. Ainda segundo a autora, a prevenção pode se revelar uma prudência genérica, traduzindo-se em cautela geral antes da ação, ou pode se

¹⁵⁴É o que consta do artigo 735 do Código Civil, que estabelece que “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

¹⁵⁵NORONHA, Fernando. Desenvolvidos contemporâneos da responsabilidade civil, cit., p. 31.

¹⁵⁶É o que ocorre, por exemplo, ao longo do procedimento necessário para a obtenção de licenciamento ambiental para a realização de determinado empreendimento. A partir das conclusões aferidas no EIA-RIMA, é possível que seja imposta ao empreendedor a compensação dos prejuízos que serão causados ao meio-ambiente, impondo-a como condição para a concessão do licenciamento ambiental, nos termos estabelecidos no artigo 36 da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000 (cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, §1º, da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 46, p. 130, abr. 2007).

referir a uma cautela específica, focada diretamente em evitar a materialização do prejuízo¹⁵⁷.

Todos os elementos acima convergem para uma única conclusão: em situações que envolvem risco, a proteção sobre interesses legitimamente protegidos se sobrepõe sobre a rigidez ínsita ao nexo causal. Havendo a necessidade de se conferir maior ênfase a um desses dois institutos, privilegia-se o primeiro, sob pena de se permitir lesões graves

Neste ponto, o preciso raciocínio desenvolvido por Patrícia Faga Iglecias Lemos, pela própria lógica que lhe é inerente, não fica limitado ao direito ambiental. Caracterizado o risco de violação a interesses resguardados pelo ordenamento, a teoria do escopo da norma se mostra mais adequada para a definição do nexo causal.

Considerando que (i) toda a disciplina jurídica parte de lógica primordialmente axiológica, que privilegia valores considerados relevantes dentro de determinado contexto econômico e social; e (ii) a definição da causalidade também é uma opção de cunho valorativo, é natural que os contornos da modalidade de nexo causal adotada sigam a mesma lógica do regime jurídico que permeia a matéria.

A causalidade adequada é, de fato, problemática nesses casos, nem tanto pela responsabilidade dos coautores – cuja mera contribuição para o resultado já seria suficiente para a caracterização de solidariedade –, mas sim pela dificuldade com a qual a adequação lida com as hipóteses nas quais há dificuldade probatória em se definir a sequência de eventos que levou ao prejuízo.

Mais especificamente, a dificuldade quanto à adoção da causalidade adequada decorre da vinculação dessa teoria à noção de causalidade real, ou seja, à apuração dos fatos como eles realmente ocorreram. Já a doutrina do escopo da norma violada se preocupa primordialmente com a violação de interesses juridicamente protegidos, conferindo menor relevância à definição de vínculo inequívoco entre conduta e prejuízo.

A teoria do escopo da norma se mostra bastante compatível com o processo evolutivo da causalidade, que abandonou seus contornos fáticos em direção a elementos primordialmente jurídicos. Trata-se de elemento intrínseco à noção de que a responsabilidade civil implica, em última análise, em escolha sobre qual sujeito deve arcar com o dever de indenizar em situações envolvendo danos.

¹⁵⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

Ao longo da exposição acima, constatou-se não apenas a enorme controvérsia em torno do instituto do nexo causal, como também o incômodo estado de incerteza que paira sobre a doutrina e a jurisprudência que tratam da matéria na atualidade. Também se verificou a nítida tendência de se buscar mecanismos para lidar com situações nas quais a causalidade acaba se traduzindo em óbice para o tratamento de situações envolvendo riscos de danos a interesses juridicamente protegidos.

Considerando-se esses dois elementos fundamentais – quais sejam, a certa fragilidade quanto às bases conceituais da causalidade, e a necessidade de confrontá-la com situações de violação a interesses relevantes –, é natural que o conceito passe por processo de flexibilização, sem, todavia, perder sua essência.

Para essas situações específicas, a teoria do escopo da norma violada surge como interessante mecanismo, na medida em que resguarda a vítima do evento danoso¹⁵⁸, ao mesmo tempo em que resguarda as bases conceituais que conferem substrato ao nexo causal.

¹⁵⁸ A doutrina mais moderna da responsabilidade civil privilegia a posição da vítima, conferindo enorme importância ao princípio da reparação integral dos danos (artigo 944 do Código Civil). Já os juristas do *common law* relativizam – até certo ponto – os interesses do ofendido, colocando-os ao lado de outros princípios relevantes. De acordo com Hart e Honoré, deve-se levar em consideração o risco de proliferação das demandas além da necessidade, de se impor responsabilidade insuportável aos ofensores, e de desencorajar iniciativas individuais (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*, cit., p. 305).

3. PRECEDENTES HISTÓRICOS

3.1. Precedentes romanos: *effusum et deiectum e damnum in turba datum*

Sob a perspectiva da *Lex Aquila*, o delito causado por dois ou mais indivíduos originava obrigações distintas e autônomas entre si. Consequência natural disso é que, mesmo que um dos obrigados adimplisse seu dever de indenizar, a obrigação não estaria extinta por completo, e a vítima mantinha sua ação contra os demais indivíduos envolvidos no ato ilícito¹⁵⁹.

A partir dessa premissa, surgiu a noção de que, tanto nas hipóteses nas quais há evidência de efetiva participação de diversos agentes nos fatos que originaram o prejuízo, quanto nas situações nas quais não se conhece exatamente o autor do dano, haveria a responsabilidade de todos os indivíduos potencialmente envolvidos no evento danoso¹⁶⁰.

Na esfera específica dos danos causados por membro desconhecido do grupo, o direito romano traz dois precedentes importantes: (i) o quase-delito¹⁶¹ conhecido como *effusum et deiectum*¹⁶², que estabelecia a disciplina aplicável para a responsabilidade por detritos lançados na via pública a partir de habitações; e (ii) o édito de turba, fragmento que tratava de situação mais ampla, voltada para danos causados por multidões.

Nas situações envolvendo danos causados pelo derramamento de líquido (*effusum*), ou pelo lançamento de objeto nas vias públicas (*deiectum*), concedia-se à vítima

¹⁵⁹MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 24-25.

¹⁶⁰Id. Ibid., p. 26. De acordo com a autora, os juristas romanos afirmavam que quando a causa do dano decorria da ação conjunta de vários sujeitos, ou seja, nas hipóteses nas quais não se conhecia o causador do prejuízo, todos eles são responsáveis pela reparação.

¹⁶¹No direito clássico, o *ius civile* reconhecia apenas quatro atos ilícitos, denominados *delicta*. Para solucionar as situações que não caracterizam as hipóteses tradicionalmente reconhecidas, os pretores passaram a conceder uma *actio in factum* à vítima do dano, para que ela pudesse obter uma pena pecuniária do ofensor, caso houvesse fundamento em seu pedido.

Nos chamados *Aureorum libri*, Gaio teria selecionado quatro desses ilícitos – dentre os quais o *effusum et deiectum* –, definindo-os como *uariae causarum figurae*. As Institutas de Justiniano criaram, a partir dessa classificação, uma nova categoria, conhecida como quase-delitos, que se tornou uma das fontes das obrigações (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2, p. 237-238).

¹⁶²Esse quase-delito é mencionado em D. 9,3,1; D. 9, 3,1,7:7; e D. 44,7,5,5.

ação pretoriana denominada *effusis et deiectis*¹⁶³. Essa medida se mostrou relevante, tendo em vista que, como não existia sistema de saneamento básico no Império Romano, os moradores despejavam seus resíduos pelas janelas de suas residências, atingindo os transeuntes.

A inovação pretoriana surgiu como mecanismo para reparar os prejuízos sofridos pelos indivíduos atingidos por esses dejetos, na medida em que a situação fática não satisfazia os requisitos tradicionais da *Lex Aquila*¹⁶⁴.

A ação originada pelo quase-delito era *in solidum*, impondo responsabilidade a todos os habitantes da moradia¹⁶⁵. Esse regime mais rígido correspondia ao contexto da época, pois era comum a existência de habitações coletivas. A solidariedade era afastada apenas nas hipóteses nas quais se conseguia identificar o indivíduo responsável pelo lançamento.

De acordo com Pontes de Miranda, “*habitando muitos no mesmo aposento (hoje, diríamos também apartamento) de onde algo se lançou, a ação era contra qualquer dêles (in quemvis haec actio dabitur) porque – de regra – é impossível saber-se quem arrojou ou derramou. A solidariedade era inegável (et quindem in solidum). Podia-se ir contra um ou contra todos. Contra um, os outros se liberavam, mas – entendamos – se houve satisfação*”¹⁶⁶.

A responsabilidade decorrente desse quase-delito poderia ser restringida, também, nas hipóteses nas quais as diversas moradias tinham suas respectivas faces voltadas para lados diferentes da construção. Nesse caso, se fosse possível identificar o lado da habitação do qual o objeto havia sido lançado, a solidariedade incidiria exclusivamente sobre os moradores daquela parte do prédio.

A partir da fórmula da *actio de effusis vel deiectis*, verifica-se que, de forma semelhante aos demais quase-delitos, não havia menção à natureza culposa da conduta do autor do ilícito. Logo, a responsabilidade possuía contornos objetivos, sendo verdadeira

¹⁶³MOREIRA, Paula Espíndola Bulamarque. *Effusum et deiectum: o tratamento no Código Civil e sua origem no Direito Romano*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. p. 10-11.

¹⁶⁴As situações semelhantes aos delitos, que não se encaixavam nas categorias tradicionais desse conceito foram sendo amparadas, ao longo da história, por outras ações. As Institutas de Gaio agruparam essas hipóteses, qualificando-as como quase-delitos (MOREIRA, Paula Espíndola Bulamarque. op. cit., p. 7).

¹⁶⁵O precedente romano foi consolidado em diversas legislações da escola romano-germânica. No Brasil, a matéria foi disciplinada pelo artigo 938 do Código Civil, que estabelece que “*Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido*”.

¹⁶⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. 53, p. 494.

exceção à regra geral da responsabilidade aquiliana, que adotava a culpa como pressuposto indispensável para a caracterização do dever de indenizar¹⁶⁷.

Diferentemente da regra geral aplicável à responsabilidade da *Lex Aquila*, o início de ação contra um dos moradores da habitação coletiva significava a isenção dos demais habitantes. Cabia ao ofensor que arcou com a integralidade da dívida buscar, se fosse o caso, o regresso contra os demais responsáveis.

Para Paulo, essa diferença entre os regimes de responsabilidade era razoável, na medida em que, nas situações envolvendo moradias coletivas, a gravidade da conduta lesiva era muito menor do que aquela verificada nas situações disciplinadas pela *Lex Aquila*¹⁶⁸. Seria injusto, portanto, conceder à vítima atingida por dejetos o enriquecimento que lhe seria proporcionado nas hipóteses tradicionais de delito.

Já o édito de turba é fragmento de autoria de Ulpiano, que foi inserido no D. 47,8¹⁶⁹ por ocasião da compilação do *Corpus Iuri Civilis*. No fragmento 4 desse trecho da compilação justinianeia, o jurista trata de situações envolvendo danos causados por multidões. Trata-se do único precedente romano acerca dos atos ilícitos cometidos por grupo de indivíduos¹⁷⁰.

A partir do trecho do Digesto, Marco Balzarini afirma que (i) por turba se entende coletividade composto por, pelo menos, dez pessoas; e (ii) que o dolo envolvido na realização do ilícito poderia se manifestar de formas variadas, dispensando-se prova da prática de conduta dolosa específica do réu, voltada à participação direta no dano¹⁷¹.

No tocante especificamente ao dolo do agente, o teor do Digesto se revela – talvez de forma proposital – pouco preciso, conferindo extensão ampla e conteúdo flexível à prova relativa à conduta do responsável. Imputa-se responsabilidade não apenas ao

¹⁶⁷MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 28.

¹⁶⁸D. 9, 3, 4.

¹⁶⁹Esse título do Digesto tratava de duas ações, relativas a suportes fáticos diferentes e autônomos entre si. São elas: (i) a *vi bonorum raptorum*; e (ii) a *de turba*. O excerto é composto por trechos de jurisconsultos clássicos, particularmente pelos éditos de Paulo, de Ulpiano, pelo *edictum provinciale* de Gaio, e pela *stipulationum* de Venuleio. A ação *vi bonorum raptorum*, que não se insere no objeto da presente dissertação, se voltaria, à luz do título adotado, para situações envolvendo a subtração de bens alheios. Todavia, a *fattispecie* tratada no excerto se mostra distinta desta hipótese, caracterizando-se como trecho bastante complexo, cujos contornos extrapolam o escopo deste trabalho (BALZARINI, Marco. *Ricerche in tema di danno violento e rapina*, Padova: CEDAM, 1969. p. 2-3).

¹⁷⁰Id. Ibid., p. 375.

¹⁷¹Id. Ibid., p. 375-376.

indivíduo que causou o dano em conjunto com outros, mas também àquele que dolosamente fez com que multidão causasse dano.

Muito embora a *actio de turba* possuísse natureza penal¹⁷², ela passou a possuir relevância na esfera civil, justamente em razão de seus preceitos quanto à identificação dos responsáveis pelos danos provocados pela ação de multidões.

Caracterizada a turba, há responsabilidade solidária entre seus integrantes. Arrigo D. Manfredini afirma que o direito pretoriano – ou ao menos a interpretação jurisprudencial que o seguiu – buscou estender esse conceito não apenas aos autores e aos instigadores do ato ilícito, como também aos meros participantes do agrupamento que deu origem ao prejuízo¹⁷³.

Trata-se de consequência natural da flexibilidade do tratamento conferido pelo Digesto ao dolo envolvido no comportamento da turba. À luz da dispensa de prova mais rígida quanto à conduta dolosa, era natural que surgisse a responsabilidade mesmo daqueles indivíduos que não possuíssem relação imediata com o dano.

Manfredini ainda suscita a existência de potencial contradição entre trechos diferentes do Digesto, no tocante à necessidade de participação do agente junto ao agrupamento cuja parcela dos integrantes causou o prejuízo¹⁷⁴.

Por um lado, o conteúdo de D. 47,8,4,4 indica que a responsabilidade é imposta tanto aos integrantes dos grupos que participam diretamente da ação coletiva, quanto àqueles que tenham dolosamente levado a multidão a causar o dano, embora não tenham presença física no local do ilícito. Nesse cenário, os chamados instigadores – ou seja, aqueles que contribuem para ação coletiva, sem participar de sua materialização – devem indenizar eventuais prejuízos causados.

Por outro, em D. 47,8,4,5, o dever de indenizar dependeria da participação do agente no agrupamento que causou o dano, devendo ele estar “*inter turbam*” e agir dolosamente. Por exclusão lógica, não seriam responsáveis aqueles que contribuíram com o planejamento da ação da turba, ou instigaram sua atuação, sem atuar diretamente na concretização do prejuízo.

Manfredini afirma que a suposta contradição entre os dois excertos jamais existiu. É provável, segundo o doutrinador, que o trecho que afasta a responsabilidade daqueles

¹⁷²Essa opinião é defendida tanto por Marco Balzarini (op. cit., p. 380), quanto por Arrigo D. Manfredini (Responsabilità collettiva e *damnum in turba datum*. Una prospettiva comparatistica, cit., p. 169).

¹⁷³MANFREDINI, Arrigo D. op. cit., p. 167.

¹⁷⁴Id. Ibid., p. 169.

que não participaram do agrupamento não seja original, sendo apenas glosa explicativa, que teria servido mais para confundir, do que para esclarecer o sentido do Digesto¹⁷⁵.

Para justificar sua conclusão, o autor afirma que a locução *qui venit in turba fuit auctor damni dandi*, que confere espaço para controvérsia, não teria o propósito de exigir participação física do indivíduo no agrupamento para a caracterização de responsabilidade. Teria, na verdade, o escopo de reconhecer a responsabilidade daquele que, pela simples participação na turba, confere impulso à atividade, contribuindo para a caracterização do prejuízo, mesmo que não o cause de forma direta.

Ao invés de limitar ou excluir responsabilidade, o verdadeiro propósito do texto inserto seria esclarecer o sentido do conceito de autor, analisado sob a perspectiva do dano causado pelo agrupamento. Em última análise, a glosa – embora um tanto confusa – faria referência à responsabilidade imposta ao participante do grupo, que arcaria com o dever de indenizar em razão da conduta da massa, mesmo sem participar diretamente do prejuízo¹⁷⁶.

A partir desses elementos, verifica-se que o *Corpus Iuris Civilis* trata especificamente de duas situações envolvendo a responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado de agrupamento. Tanto a *actio effusis et deiectis*, quanto a *actio de turba* conferiam amplo escopo à responsabilidade, com o objetivo de resguardar as vítimas contra a conduta de agentes anônimos.

3.2. Direito intermédio

A perda de importância de entidades como a família e as tribos, ambas relevantes na época romana, acabaram levando a maior individualização da responsabilidade. Permaneceram, todavia, alguns resquícios do regime aplicável aos delitos cometidos por membro desconhecido do grupo¹⁷⁷.

No Reino de Castela, as chamadas Sete Partidas¹⁷⁸ trataram da matéria sob o título *Dos danos que os homens, ou os animais, causam nas coisas dos outros, qualquer que seja*

¹⁷⁵MANFREDINI, Arrigo D. op. cit., p. 169.

¹⁷⁶Id. Ibid.

¹⁷⁷MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 28.

¹⁷⁸As chamadas Sete Partidas são compilação legislativa elaborada no Reino de Castela, por ocasião do Reinado de Afonso X (1252-1284). Tratava-se de corpo normativo de caráter enciclopédico, baseado primordialmente no Direito Romano. A compilação seguia a política iniciada por Fernando III, pai e antecessor de Afonso X, que pretendia unificar a legislação em todo o reino. Naquela época, o Direito

sua natureza. Na Partida 7ª, título 15, lei 15, seguiu-se solução muito semelhante àquela oferecida no direito romano, permitindo-se à vítima que buscasse indenização de todos os integrantes do agrupamento, ou apenas de um de seus membros¹⁷⁹.

Todavia, de forma diversa daquela que ocorria em Roma, com a realização do pagamento pelo indivíduo considerado responsável, a vítima não poderia buscar reparação contra os demais integrantes do grupo. Esse elemento indica que, nas Sete Partidas, o caráter de reparação da indenização é reforçado, deixando-se em segundo plano o propósito punitivo do dever de indenizar, que possuía maior relevância no âmbito romano.

Também havia disciplina, no âmbito das Sete Partidas, quanto aos objetos e dejetos lançados de habitações coletivas. Neste ponto, seguia-se a mesma lógica do *Corpus Iuris Civilis*, impondo-se a solidariedade a todos os indivíduos residentes naquela moradia, exceto se fosse possível identificar qual deles realizou o lançamento ilícito (Partida 7ª, título 15, lei 25¹⁸⁰).

3.3. A codificação

No Título VIII, do Livro Segundo das Leis Civis, Jean Domat também trata da responsabilidade pela queda de objetos a partir de edificações, adotando a regra romana que estabelecia a responsabilidade solidária de todos os moradores da habitação¹⁸¹.

A lógica seguida pelo jurista francês adotava verdadeira presunção de culpa dos habitantes da moradia, tanto em relação à escolha dos visitantes da residência, quanto no tocante à adoção de cautelas para evitar a queda de objetos sobre a via pública. O caráter

romano já exercia enorme influência em Castela, como resultado do ressurgimento em Bolonha. Muitos dos estudantes castelhanos realizam seus estudos na universidade italiana, levando os institutos romanos para a Península Ibérica (ROBINSON, O. F.; FERGUS, T. D.; GORDON, W. M. *European legal history*. Oxford: Oxford, 2000. p. 119).

¹⁷⁹O excerto da partida é o seguinte: “Concordando vários homens em matar um escravo, ou algum animal, de maneira que todos causem ferimentos, e que não se saiba exatamente qual ferida causou a morte, então se pode demandar a todos, ou a cada um deles, requerendo-se que a reparem, com a reclamação de indenização pela coisa que mataram. Mas se recebe emenda de um, a partir de então não se pode demandar aos outros. Mas se puderam saber certamente, de qual ferida morreu, e quem foi que a causou, então, pode-se demandar aquele que o matou, que repare tão somente a morte, cabendo aos demais reparar as feridas” (MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, cit., p. 28, trad. livre do espanhol).

¹⁸⁰O excerto da partida é o seguinte: “se muitos homens morassem na casa, de onde fosse lançada a coisa que causasse o dano, quer fosse sua, ou a tivessem alugada, ou emprestada, todos devem reparar o dano, se não soubessem exatamente qual era aquele por quem veio. Mas se o soubessem, é apenas responsável de reparar aquele, e não os outros”. (Id. Ibid., p. 29, trad. livre do espanhol).

¹⁸¹Id. Ibid., p. 29.

absoluto da culpa, que não poderia ser afastada pelos responsáveis, decorria do interesse público que existia sobre a matéria.

Não obstante o tratamento conferido à matéria por Domat, o *Code Civil* acabou não adotando dispositivo que refletisse o tratamento romano da *actio de effusis et dejectis*¹⁸². Após a inserção, no projeto de lei, de dispositivo que trataria sobre a matéria, os redatores da codificação acabaram excluindo a norma sugerida, sob o argumento de que seria mera especificação inútil da regra geral da responsabilidade civil subjetiva atualmente prevista no artigo 1.382 do Código Civil¹⁸³.

Influenciados pela legislação francesa – cuja repercussão, na Europa, decorreu não apenas de sua grandiosidade, mas também da ocupação napoleônica no continente – os primeiros Códigos Civis italiano e português também não adotaram norma expressa acerca da responsabilidade por danos decorrentes da queda de objetos das edificações. Tampouco estabeleceram norma acerca da responsabilidade pelo dano causado por membro indeterminado de grupo.

No tocante ao ordenamento espanhol, o artigo 1.904 do Projeto de 1851 estabelecia, em seu parágrafo primeiro, a responsabilidade do habitante pelos objetos lançados sobre a via pública. O parágrafo segundo do dispositivo previa que, caso houvesse dois ou mais habitantes na mesma moradia, todos eles responderiam de forma solidária pela reparação.

Já no Anteprojeto de 1882-1888, manteve-se apenas o primeiro parágrafo do dispositivo, suprimindo-se a segunda parte do dispositivo. Essa alteração, segundo Virginia Múrtula Lafuente, afastou disposição normativa que poderia servir de base para eventual responsabilidade civil coletiva¹⁸⁴.

De acordo com a redação atual do artigo 1.910 do Código Civil atual, baseado no Anteprojeto de 1882-1888, o dever de indenizar danos decorrentes de objetos lançados de

¹⁸²Jorge Mosset Iturraspe identifica três disciplinas diferentes, no direito latino-americano, acerca da matéria: (i) a linha que segue o Código Civil francês, e não estabelece regime específico a respeito da matéria, como ocorre no Código Civil do Perú; (ii) a vertente que impõe a responsabilidade a todas as pessoas que habitam a mesma parte do edifício de onde o objeto foi lançado, estabelecendo a responsabilidade dos grupos, como ocorre no artigo 2.328 do Código Civil do Chile e no artigo 1.529 do Código Civil brasileiro de 1916; e (iii) o regime que estabelece a responsabilidade solidária, prevendo, inclusive, o direito de regressos dos habitantes da residência contra o indivíduo que efetivamente realizou o lançamento. É o caso do Código Civil 1.851 do Paraguai e do artigo 1.119 do Código Civil argentino (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2010. t. 6, p. 74).

¹⁸³VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1965. p. 369.

¹⁸⁴MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 32.

edificações recai apenas sobre o chefe de família, excluindo-se eventual responsabilidade dos demais habitantes da moradia¹⁸⁵.

Por outro lado, houve expressa regulação acerca do dever de indenizar dos integrantes de agrupamento no §830 do Código Civil alemão de 1900, que não se limitou a regular a restrita hipótese dos objetos lançados de moradias coletivas¹⁸⁶.

De acordo com a primeira alínea do dispositivo, *“Se mais de uma pessoa causa dano por meio de ato ilícito comum, cada uma será responsável. “A mesma regra se aplica se não for possível definir quem, dentre vários partícipes, causou o dano mediante sua ação”*. A segunda alínea do dispositivo confere âmbito de incidência ainda mais amplo à solidariedade, ao prever que *“Instigadores e cúmplices são considerados como coautores”*¹⁸⁷.

De acordo com Ulrich Magnus, a norma alemã possui interpretação controversa até os dias atuais¹⁸⁸. A vertente que prevalece – tanto no âmbito doutrinário, quanto na esfera jurisprudencial – afirma que o dispositivo trata das situações nas quais os agentes não atuaram de forma coordenada, e tampouco forneceram auxílio entre eles quanto à prática da conduta que causou o dano. A norma é aplicável mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, ou ainda por omissão¹⁸⁹.

Pelo teor da alínea primeira do §830 do Código Civil alemão, impõe-se a responsabilidade solidária, mesmo quando é impossível identificar o indivíduo cuja conduta materializou o prejuízo. Todavia, é essencial que os indivíduos tenham incorrido em condutas potencialmente aptas para causar o evento danoso.

¹⁸⁵ A redação do dispositivo é a seguinte: *“Todo aquele que habita, como principal, uma casa ou parte dela, é responsável pelos danos causados pelas coisas arremessadas ou que caíam das mesmas”* (trad. livre do espanhol).

¹⁸⁶ No projeto do Código Civil alemão, o §714 possuía redação diversa, cujos termos eram os seguintes: *“Quando várias pessoas, por meio de ação comum, seja como instigadores, autores ou cúmplices, causam um dano, responderão como devedores solidários. A mesma regra se aplicará quando o dano tenha sido causado por várias pessoas que não tenham agido em conjunto, se não é possível determinar a parcela de cada um na produção do dano”* (MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, cit., p. 31).

¹⁸⁷ Tradução livre da versão em espanhol do Código Civil alemão, disponível em EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil Alemán comentado*, Barcelona: Marcial Pons, 1998. p. 263.

¹⁸⁸ Justamente em razão da existência de norma expressa acerca da matéria, o Direito alemão não será analisado com maior profundidade na presente dissertação, cujo propósito é analisar a responsabilidade pelo dano causado por membro não identificado de grupo nas situações nas quais inexistente regime legal específico a respeito do tema.

¹⁸⁹ MAGNUS, Ulrich. Multiple tortfeasors under German Law. In: ROGERS, W.V.H. (Ed.). *Unification of tort law: multiple tortfeasors*. Haia: Kluwer Law International, 2004. p. 87-91.

Também sob influência da codificação napoleônica, o Código Civil da Holanda de 1838 não conferiu tratamento expresso à responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado de grupo.

Essa omissão foi sanada em 1992, ocasião na qual foi promulgado novo Código Civil. Segundo o artigo 6:166, alínea primeira, da nova legislação holandesa, “*Se um membro de um grupo de pessoas causa dano ilícito e o risco de tal dano deveria ter feito os membro do grupo evitar a conduta adotada, todos os integrantes do grupo são responsáveis solidariamente se tais atos puderem ser imputados a eles*”¹⁹⁰.

A disciplina holandesa se destaca, na medida em que não submete a solidariedade dos integrantes do grupo ao anonimato do indivíduo cuja conduta teria causado o dano. Dentro do regime do Código Civil de 1992, basta, para a caracterização da solidariedade, que (i) os integrantes do agrupamento incorram em conduta potencialmente apta para causar o prejuízo, bem como que (ii) tenham conhecimento acerca do caráter arriscado de seu comportamento, vinculando-o com a possibilidade da ocorrência do evento danoso que acabou se materializando¹⁹¹.

Nos itens abaixo, passa-se à análise de alguns regimes jurídicos mais relevantes, que não regulam, de forma expressa, a modalidade de responsabilidade analisada na presente dissertação.

¹⁹⁰BOOM, Willem H. van. Multiple tortfeasors. In: ROGERS, W.V.H. (Ed.). *Unification of tort law: multiple tortfeasors*. Haia: Kluwer Law International, 2004. p. 135-139. Tradução livre do dispositivo, a partir da versão em inglês apresentada pelo autor.

¹⁹¹O artigo 719 do Código Civil japonês também tratou da matéria de forma expressa. De acordo com a norma, “*Quando várias pessoas causarem dano a outra por um ato ilícito cometido em comum, estarão obrigadas solidariamente à reparação do dano. O mesmo ocorre quando for impossível reconhecer qual dos coautores do ato tenha causado o dano*”.

O artigo 137 do Código de Obrigações da Polônia traz disposição semelhante, ao estabelecer que “*Quando o dano for causado por várias pessoas, essas respondem solidariamente por ele, a menos que estabeleçam quando dentre elas e em que medida contribuiu para causar o dano*” (trad. livre do espanhol obtida em CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 275). Também há norma a respeito da matéria no artigo 1.480 do Código Civil de Québec, que estabelece o seguinte: “*Quando várias pessoas participaram de um ato coletivo culposos que ocasiona um prejuízo, ou quando tenham incorrido em culpas distintas, sendo cada uma delas suscetível de ter produzido o prejuízo, sem que seja possível, nem em um caso nem em outro, determinar quem o tenha causado efetivamente, todas estão obrigadas à reparação do dano*”.

4. ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO

4.1. Introdução

As situações envolvendo os prejuízos causados por membros indeterminados dos grupos podem originar quatro desfechos diferentes. Pelo raciocínio tradicional da responsabilidade civil, adota-se a regra do *tudo ou nada*, ou seja, ou bem (i) existe evidência inequívoca de causalidade entre ação e resultado, impondo-se responsabilidade integral ao ofensor; ou bem (ii) essa prova não é realizada, e a vítima deixa de ser indenizada.

Seguindo-se o segundo modelo possível, a vítima recebe indenização integral, por mais que não consiga satisfazer a prova relativa à causalidade. Nesses casos, a existência de conduta culposa do ofensor acaba influenciando os tribunais, que acabam flexibilizando os requisitos relativos ao nexos causal, com o escopo de resguardar os interesses da vítima.

Como alternativa a esse regime, um terceiro modelo pretende quantificar em que medida a conduta do ofensor aumentou o risco relativo ao prejuízo sofrido pela vítima. Trata-se, em suma, de estabelecer indenização proporcional ao aumento das probabilidades relacionadas ao dano. Muito embora a solução pareça adequada aos propósitos da responsabilidade civil, ela confere margem a controvérsias, relacionadas principalmente à quantificação da probabilidade¹⁹².

¹⁹²É o que ocorre na perda de chance. Daniel Amaral Carnaúba analisa a teoria, afirmando que ela foi desenvolvida justamente para lidar com a incômoda incerteza que alguns casos trazem para a responsabilidade civil. Nesse sentido, o autor afirma que “*Para resolver esse impasse, a jurisprudência francesa passou a adotar uma solução tanto mais engenhosa quanto evidente: nesse tipo de situação, não é o resultado aleatório que deve ser reparado pelo responsável, mas sim a chance de obtê-lo. Existe uma certeza em todos esses conflitos; a certeza de que a vítima tinha uma chance de alcançar o resultado que desejava, e que essa oportunidade desapareceu, em razão do fato imputável ao réu. O montante da reparação não corresponderá ao valor da vantagem desejada, mas a uma porcentagem desta, de acordo com as probabilidades efetivamente perdidas pela vítima*” (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 922, p. 140, ago. 2012).

Pelo quarto modelo, transfere-se o ônus da prova para o potencial ofensor nas hipóteses nas quais, embora existam dúvidas sobre a causalidade, há evidências suficientes sobre a prática de conduta ilícita por parte do requerido¹⁹³.

Todos esses modelos são adotados – em graus diferentes – em cada uma das jurisdições que serão analisadas na presente dissertação. Esses ordenamentos se destacam por suas contribuições relevantes para a responsabilidade dos grupos, trazendo elementos importantes para definir os fundamentos e limites para a indenização devida nesses casos.

4.2. Direito francês

4.2.1. Introdução

O direito francês é campo bastante fértil para o estudo da responsabilidade dos membros. Tanto na esfera jurisprudencial, quanto na doutrinária, há diversas manifestações acerca do assunto, traduzindo-se em campo fecundo para a pesquisa.

A relevância da análise da dogmática francesa decorre não apenas da forte influência que ela possui na esfera do direito civil em geral, e na responsabilidade extracontratual em particular. Juntamente com isso, a relativa escassez dos apontamentos sobre a responsabilidade dos grupos em outras jurisdições confere importância ainda maior ao exame do raciocínio jurídico adotado pelos autores e julgados na França.

Examinando a responsabilidade dos grupos, Hassen Aberkane¹⁹⁴, professor da Faculdade de Direito de Argel¹⁹⁵, suscita as duas potenciais teses aplicáveis ao caso, e que conferem desfecho distinto à controvérsia.

Pela vertente tradicional, a caracterização de responsabilidade depende do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, cuja demonstração incumbe à vítima. Ausente tal prova, inexistente dever de indenizar.

¹⁹³SHMUELI, Benjamin; SINAI, Yuval. Liability under uncertain causation? Four talmudic answers to a contemporary tort dilemma. *Boston University International Law Journal*, v. 30, p. 449, 2012.

¹⁹⁴ABERKANE, Hassen. Du dommage causé par une personne indéterminée dans um groupe déterminé de personnes. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, t. 56, p. 517, 1958.

¹⁹⁵A Argélia, na época em que o artigo foi escrito, ainda era colônia francesa.

Sob a perspectiva da equidade, esse desfecho abandona a vítima que desconhece as circunstâncias do caso. Também confere tratamento menos favorável ao indivíduo que foi atingido em razão da realização de vários disparos, se comparado com aquele ferido por um único tiro¹⁹⁶.

Em contrapartida, a imposição da solidariedade para os integrantes do grupo também confere margem para objeções. A principal delas é que pode levar à eventual condenação de inocentes.

O caráter iníquo da solidariedade ficaria reforçado na medida em que transforma a incerteza em verdade, conferindo à mera suspeita contornos de culpabilidade. No âmbito do direito penal, a suspeição quanto à eventual ocorrência do ilícito é reconhecida, mas gera apenas o início das investigações.

À luz dessas posições contrapostas, Aberkane afirma que a solução adequada depende da perspectiva – individualista ou coletiva – adotada quanto à responsabilidade civil. Enquanto as legislações socializantes – tais como a alemã, a japonesa e a polonesa – estabelecem a responsabilidade solidária de todos os integrantes do grupo, normas de cunho liberal não trazem tratamento expresse acerca da matéria¹⁹⁷.

Nesse contexto, os tribunais e os estudiosos franceses se debruçam, desde o início do século XX, sobre o anonimato do autor do dano cometido no interior de coletividade. Em linhas gerais, é possível afirmar que a doutrina e a jurisprudência francesas possuem forte tendência em adotar a solidariedade dos integrantes do grupo quase como pressuposto das análises realizadas.

Ao mesmo tempo em que a equidade que norteia a imposição da solidariedade se revela positiva para o resguardo dos interesses da vítima, ela gera dificuldades em termos de lógica e coerência doutrinária. Inexistindo disposição expressa¹⁹⁸ acerca da matéria no

¹⁹⁶ ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 518.

¹⁹⁷ Id. Ibid., p. 519.

¹⁹⁸ Existe proposta de alteração no Código Civil, com a inclusão de dispositivo expressa a respeito da responsabilidade civil do integrante não identificado de grupo. Trata-se do chamado *avant-projet Catala*, que sugere a seguinte redação para o artigo 1.348 do Código Civil da França:

“Lorsqu’un dommage est causé par un membre indéterminé d’un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement, sauf pour chacun d’eux à démontrer qu’il ne peut être l’auteur” (cf. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 247).

A tradução livre do dispositivo é a seguinte: *“Quando um dano for causado por um membro indeterminado de um grupo, todos os membros identificados respondem solidariamente, exceto se algum deles demonstrar que não pode ser o autor”*.

Código Civil de 1804¹⁹⁹, os estudiosos e as cortes francesas recorrem a diversos fundamentos para conferir base à imposição da solidariedade.

Com a evolução do raciocínio doutrinário, surgiram alguns fundamentos principais adotados para justificar a solidariedade dos integrantes do grupo. Ao longo dos itens abaixo, passa-se a analisar essas linhas de raciocínio, expondo-se seus elementos mais relevantes.

4.2.2. Visão restritiva da responsabilidade

Muito embora haja forte tendência, na doutrina e na jurisprudência francesas, de se acolher a responsabilidade solidária, há alguns precedentes rejeitando a solidariedade. Nestas hipóteses, afasta-se o dever de indenizar que seria imposto a todos os indivíduos potencialmente envolvidos no evento danoso, deixando-se a vítima sem indenização.

¹⁹⁹Existem, na legislação francesa, normas específicas que estabelecem a solidariedade em situações envolvendo danos causados por membros não identificados de coletividade. Embora relevantes, esses textos não receberão tratamento mais aprofundado na presente dissertação, tendo em vista que o principal escopo do trabalho é verificar se há solidariedade nas hipóteses nas quais inexistente legislação expressa a respeito da matéria.

Sem prejuízo, vale mencionar a Lei nº 48-1416, datada de 15 de setembro de 1948, que trata dos crimes de guerra. Ao disciplinar os atos voltados contra coletividades, a norma afastava a necessidade de prova quanto à individualização das condutas dos potenciais envolvidos.

Na verdade, a norma invertia o ônus probatório: cabia ao acusado demonstrar sua incorporação forçada ao agrupamento, bem como sua não participação nos atos delituosos (LEGIFRANCE. *Loi n° 48-1416 du 15 septembre 1948 modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071210&dateTexte=20130223>>). Trata-se, segundo Aberkane, de presunção da responsabilidade pessoal, e não de responsabilidade coletiva propriamente dita, pois a punição recai sobre o indivíduo, e não sobre a coletividade (ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 520).

Também merece menção a chamada Lei *Anti-Casseur* (Lei nº 70-480). Elaborada em junho de 1970, dentro do conturbado período político então vigente, a norma francesa buscava imputar responsabilidade pelos danos ocorridos em reuniões públicas – tais como protestos e passeatas – a todos os participantes do evento. Tamanha a crítica feita à lei, considerada incompatível com o regime da responsabilidade civil então vigente, que ela acabou sendo revogada por meio da Lei nº 81-1134, de 23 de dezembro de 1981. (SÉNAT. *Lois promulguées en 1981*. Disponível em: <<http://www.senat.fr/dossiers-legislatifs/lois-promulguees-1981.html>>); DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 100 e ss.).

Geneviève Viney e Patrice Jourdain ainda mencionam o fundo de garantia por acidentes automobilísticos, criado por lei de 31 de dezembro de 1951, que busca assegurar reparação às vítimas desses eventos danosos, nas situações nas quais não se conhece o autor do prejuízo. A competência do fundo foi estendida, por lei editada em 11 de julho de 1966, para as hipóteses de prejuízos decorrentes de acidentes de caça.

Os autores suscitam, ainda, (i) lei de 3 de janeiro de 1977, que impôs ao Estado o dever de indenizar as vítimas de determinadas situações nas quais o causador do dano não pudesse ser identificado; (ii) lei de 9 de setembro de 1986, que criou fundos de garantia para vítimas de atos terroristas, cujo âmbito de incidência foi estendido para outras situações por lei de 6 de julho de 1990; e (iii) lei de 31 de dezembro de 1991, que criou fundo de indenização para as vítimas de contaminação, por transfusão de sangue, do vírus da AIDS (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 236-237).

A posição de rejeição à responsabilidade da coletividade se mostra mais presente na fase inicial da evolução do raciocínio jurídico acerca da matéria, sendo os irmãos Mazeaud seus defensores mais conhecidos.

Os civilistas afirmam que o afastamento da responsabilidade, nas situações envolvendo ofensores em potencial, é regra de justiça elementar. Para os autores, nas situações nas quais é impossível identificar qual dos integrantes do grupo incorreu no comportamento danoso, inexistente nexo causal entre conduta e o prejuízo verificado, não havendo fundamento para a imposição de obrigação de indenizar²⁰⁰.

Para reforçar sua argumentação, os irmãos Mazeaud mencionam julgado proferido pela Corte de Montpellier em 8 de novembro de 1949. Naquela ocasião, crianças brincavam de *Tarzan*, atirando pedaços de cana como se fossem flechas. No curso da desastrada distração, uma das participantes acabou sendo atingida, ferindo-se.

A ação de reparação ajuizada pela vítima foi rejeitada. Ao julgar a matéria, o tribunal afirmou que os autores não teriam comprovado a conduta culposa dos réus, na medida em que eventual comportamento culposos apenas poderia ser imputado a um deles, e não a todos. Os julgadores reconheceram, ainda, que a responsabilidade não poderia ser reconhecida, à luz da ausência de vínculo direto e necessário entre as condutas comprovadas e o prejuízo ocorrido.

A responsabilidade dos potenciais ofensores também recebeu tratamento no clássico tratado escrito pelos irmãos Mazeaud, juntamente com André Tunc. Ao tratar do exemplo envolvendo a caça, os autores demonstram a intenção de manter a mesma postura restritiva quanto à responsabilidade, afirmando que os agentes não podem responder por culpa alheia.

Para reforçar seu argumento, os autores mencionam julgado do Tribunal de Sena, proferido em 8 de janeiro de 1912, que afastou a responsabilidade de indivíduos que jogavam futebol na rua. No decorrer da partida, os participantes quebraram uma peça de cristal, e lesionaram terceiro estranho ao jogo²⁰¹.

Ao apreciar a matéria, a Corte entendeu que a conduta culposa havia sido cometida por apenas um dos desportistas. Adotando concepção individualizada da responsabilidade

²⁰⁰MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. Obligations en général et responsabilité civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 48, p. 191 e ss., 1950.

²⁰¹Id. Ibid., p. 579.

civil, o julgado afirmou, ainda, que seria impossível transferir o dever de indenizar de um dos integrantes do grupo aos demais.

A partir desses elementos, os tratadistas entendem que o grande óbice para o reconhecimento da solidariedade na hipótese ora tratada é a chamada culpa danosa. Trata-se da necessidade de se estabelecer nexo causal direto e imediato entre a conduta culposa e o dano ocorrido, o que – no entender dos autores – não pode ser aplicado a todos os membros do grupo²⁰².

No tocante à clássica hipótese dos grupos de caçadores, os irmãos Mazeaud e André Tunc afirmam que inexistente solidariedade entre os integrantes do grupo, à luz da ausência de elementos que vinculem eventual culpa de qualquer deles com o dano sofrido pela vítima²⁰³.

Todavia, os autores reconhecem que seria possível a imposição de solidariedade em situação excepcional. Para os tratadistas, essa modalidade de responsabilidade seria aplicável para aqueles integrantes do grupo que tivessem incorrido, conjuntamente, em culpa na organização da caçada, ou que dela participassem de forma imprudente, ainda que não fossem eles os autores dos disparos fatais²⁰⁴.

Em suma, por mais que adotem visão mais restritiva acerca da responsabilidade, os tratadistas já reconheciam um dos principais fundamentos que conferem suporte à solidariedade. Na medida em que afirmam que a organização ou a realização da caça podem caracterizar a conduta culposa, recorrem à noção de culpa coletiva – que será analisada abaixo –, suscitando, como fundamento da responsabilidade, conduta diversa daquela imediatamente relacionada ao dano.

4.2.3. Teoria da culpa coletiva

A teoria da culpa coletiva – também conhecida como teoria das culpas conexas²⁰⁵ – consiste na tentativa de se imputar aos membros do grupo conduta de natureza culposa que, embora diversa daquela imediatamente vinculada ao dano, possui relação com o

²⁰² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. op. cit.

²⁰³ Id. Ibid.

²⁰⁴ Id. Ibid., p. 579-580.

²⁰⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 242.

prejuízo. Trata-se, provavelmente, da linha de raciocínio com maior aceitação na esfera jurisprudencial francesa.

Já em 1954, Ilhan Postacioglu, professor da Universidade de Istambul, tratou da responsabilidade dos danos causados por membros indeterminados de grupo, conferindo ênfase à teoria da culpa coletiva²⁰⁶.

O autor menciona julgado proferido pela Corte de Apelação de Bordeaux, de 6 de outubro de 1936, que presumiu a existência de culpa coletiva na hipótese de prejuízo decorrente de acidente de caça. Naquela ocasião, o tribunal reconheceu a solidariedade dos caçadores, sob o fundamento de que eles teriam agido em condições insuficientes de visibilidade, encontrando-se em posição perigosa que passou a envolver todos os integrantes do grupo²⁰⁷.

À luz da ausência de vínculo imediato entre conduta dos integrantes do grupo e o dano ocorrido, o tribunal recorre ao comportamento culposos comum a todos os membros da coletividade, relacionando-o ao prejuízo.

É com base nessa premissa conceitual que diversos precedentes jurisprudenciais imputam a culpa na organização do agrupamento, ou do evento realizado, vinculando a conduta do organizador com o evento danoso.

Essa linha de raciocínio tem como possível origem julgado proferido pela Corte de Douai em 1930. Em situação envolvendo acidente de caça, o tribunal afastou a responsabilidade dos autores presumidos, à luz da inexistência de prova quanto ao nexo causal entre conduta e prejuízo. Por outro lado, condenou o organizador da caça, que, era o proprietário do terreno onde a caça ocorreu e anfitrião do evento²⁰⁸.

De acordo com Aberkane, esse posicionamento é contestável, na medida em que organizações se traduzem em estruturas complexas e importantes. Mesmo nas situações em que são rudimentares, elas envolvem certo planejamento de atividades. Logo, é essencial que haja prova quanto à existência da organização, sob pena de se afastar a responsabilidade solidária²⁰⁹.

²⁰⁶POSTACIOGLU, Ilhan E. *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective*, cit., p. 438-443.

²⁰⁷Id. *Ibid.*, p. 439.

²⁰⁸Aberkane afirma que esse julgado constitui a primeira fase da evolução jurisprudencial sobre a responsabilidade civil dos grupos (ABERKANE, Hassen. *op. cit.*, p. 522).

²⁰⁹Id. *Ibid.*, p. 526.

Para reforçar seu posicionamento, o autor recorre a julgado proferido pelo Tribunal Correcional de Seine, em 8 de janeiro de 1912, que afastou a responsabilidade dos pais por danos causados por crianças que brincavam com bola na rua. Muito embora a Corte tenha reconhecido a culpa do grupo no processo de organização do evento, acabou afirmando que tal conduta culposa não teria relação com o dano ocorrido.

De forma semelhante, Aberkane suscita julgado da Corte de Cassação, proferido em 29 de setembro de 1941, tratando de situação envolvendo ferimento causado por caçadores.

Naquela ocasião, a Corte de Apelação de Bordeaux havia reconhecido a existência de nexo causal entre o dano e a culpa na organização do evento. A Corte de Cassação afastou o julgado, afirmando que inexistiria nexo de causalidade entre a culpa reprovável e o dano ocorrido²¹⁰.

Sem prejuízo de sua concepção restritiva quanto à culpa da organização, Aberkane afirma, no tocante ao clássico exemplo dos caçadores, que os acidentes de caça são previsíveis para os organizadores. Se, por um lado, eventuais danos tendem a ser causados por terceiros, por outro, os organizadores sabem disso quando se propõe a planejar a caça.

Logo, na situação específica dos caçadores, Aberkane entende que a organização é causa do prejuízo, pois é perfeitamente previsível que sua eventual falha na gestão dos elementos envolvidos na situação venha a causar danos a terceiros.

Todavia, essa linha de raciocínio acabou adquirindo aplicação mais restrita. Ao invés de se presumir a culpa, afirmando-se que os organizadores deveriam prever a ocorrência do dano, passou-se a aplicar a teoria apenas nas hipóteses nas quais havia elementos vinculando diretamente a organização com o fato danoso.

Por outro lado, a culpa coletiva serviu de base para a evolução do raciocínio jurídico acerca da matéria. Na tentativa de identificar conduta vinculada ao dano, a doutrina e a jurisprudência passaram a seguir a cadeia de condutas ocorridas no evento,

²¹⁰ ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 526.

Geneviève Viney trata de decisão judicial que, ao que tudo indica, é a mesma mencionada por Aberkane. De acordo com a autora, a Corte de Apelações de Bordeaux teria proferido julgado, em 13 de outubro de 1936, analisando situação na qual a vítima havia sido atingida por disparo, havendo três caçadores no local do qual a bala teria partido.

Naquela ocasião, os juízes do tribunal afirmaram que haveria culpa coletiva dos caçadores, que teriam criado, em razão de sua formação em condições de visibilidade nitidamente insuficientes em zona perigosa que lhes seria comum. Todavia, a Corte de Cassação acabou cassando a decisão (VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 372).

buscando aferir aquela que fosse comum a todos os integrantes do grupo, e que tivesse relação com o prejuízo.

Em sua tese de doutorado, Geneviève Viney trata do fenômeno da coletivização da responsabilidade civil, e analisa a situação envolvendo a responsabilidade dos integrantes não identificados de agrupamento²¹¹.

Ao tratar da jurisprudência francesa, a autora constata a tendência dos julgados de unificar a conduta coletiva, que passa a ser concebida como um feixe de atos, unindo-se em direção a determinada finalidade. Influenciado pelo receio de deixar a vítima desamparada, o raciocínio jurisprudencial se debruça sobre a sequência de eventos verificados no caso, analisando-a até descobrir seu elo comum a todos os potenciais autores²¹².

A autora afirma que esse entendimento acabou sendo acolhido pela Corte de Cassação, em julgado proferido em 5 de junho de 1957²¹³. Naquela ocasião, o tribunal reconheceu a solidariedade de sete caçadores que haviam realizado uma salva de disparos para comemorar o final da caça, sendo que uma das balas atingiu o oitavo integrante do grupo²¹⁴.

Em suma, verifica-se o escopo da Corte de Cassação de unificar o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade dos integrantes não identificados de agrupamentos, por meio da identificação de conduta culposa comum a todos os integrantes da coletividade.

Por trás da fundamentação, acredita Viney, haveria forte contraposição entre o receio da Corte de Cassação de deixar a vítima do incidente sem reparação, e a completa rejeição quanto à possibilidade de abandonar a visão individual da responsabilidade extracontratual.

Diante desse verdadeiro impasse, a solução encontrada foi reconhecer a impossibilidade de identificar o evento mais próximo ao dano, recorrendo-se ao fato comum imputável a todos os integrantes do grupo. Em última análise, os membros da

²¹¹VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., p. 367 e ss.

²¹²Id. Ibid., p. 377.

²¹³Id. Ibid., p. 373. Jorge Mosset Iturraspe menciona julgado anterior da Corte de Cassação, proferido em 18 de maio de 1955, que anulou sentença da Corte de Apelação que teria afastado a responsabilidade solidária de caçadores que haviam ferido um menino cuja guarda lhes teria sido confiada. O fundamento adotado pela decisão foi a imprudência comum dos caçadores, sem a qual o tribunal entendeu que o dano não teria ocorrido (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*, cit., t. 6, p. 126).

²¹⁴Id. Ibid., p. 373.

coletividade são equiparados a verdadeiros coautores, com a consequente caracterização da solidariedade²¹⁵.

A ampla aceitação da teoria da culpa coletiva decorre de sua fácil adaptação ao regime tradicional da responsabilidade civil²¹⁶. Adotando como pressuposto indispensável a conduta culposa dos membros do grupo, essa noção se revela perfeitamente compatível ao regime aplicável aos atos ilícitos extracontratuais, principalmente no início do século XX.

4.2.3.1. As vertentes da culpa coletiva

Partindo da noção de culpa coletiva, a doutrina e a jurisprudência francesas passaram a questionar se a mera participação do indivíduo no agrupamento poderia ser considerada culposa, ou se seria necessária uma vinculação mais direta entre o comportamento e o dano, exigindo-se que o ato ou a omissão praticados sejam da mesma natureza daquele que causou o dano.

Neste ponto, há duas vertentes mais extremas. De um lado, a mera participação do agente na atividade arriscada caracterizaria a prática de conduta culposa, levando ao dever de indenizar. De outro, seria necessária a realização de comportamento adicional por parte do indivíduo, da mesma natureza daquele vinculado ao fato danoso.

A vertente mais ampla da responsabilidade coletiva seria viável, de acordo com Postacioglu, caso se adote como premissa a noção de risco criado pela realização de atividade coletiva. Sem ingressar na potencial caracterização de responsabilidade objetiva, o autor afirma que, neste caso, a mera participação no grupo poderia ser caracterizada como culposa, sendo suficiente para a imposição da solidariedade²¹⁷.

Essa teoria adota como premissa o conceito da culpa pela criação do risco que, em momento posterior, se materializou em dano. Em contrapartida, por seu caráter excessivamente amplo, essa modalidade de responsabilidade se voltaria contra noções de

²¹⁵VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., p. 372.

²¹⁶Geneviève Viney e Patrice Jourdain afirmam que a teoria da culpa coletiva foi utilizada como fundamento para a imposição da responsabilidade solidária, mesmo após a promulgação da lei de 11 de julho de 1996, que estendeu a competência dos fundos de indenização, inicialmente criados para reparar os prejuízos decorrentes de acidentes automobilísticos, para os acidentes de caça (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 240).

²¹⁷POSTACIOGLU, Ilhan E. op. cit., p. 439-440.

equidade, na medida em que impõe dever de indenizar sem analisar a conduta dos potenciais responsáveis²¹⁸.

Postacioglu considera um tanto artificial supor, sem qualquer fundamento aparente, que é culposa toda conduta que se relaciona – ainda que de forma mediata – à atividade do agrupamento²¹⁹.

Recorrendo ao exemplo dos caçadores, o autor suscita duas potenciais falhas na visão mais extensa da responsabilidade dos grupos: (i) a impossibilidade de se caracterizar como culposa a mera participação em caça organizada sob condições normais; e (ii) a inexistência de fundamento para a imposição de responsabilidade aos integrantes do agrupamento que não participaram do fato simultâneo, na medida em que a mera participação no agrupamento não pode ser considerada culposa, mesmo sob a perspectiva da criação de riscos.

Trata-se de óbices que possuem intrínseca relação entre si. É justamente pela dificuldade de se caracterizar a culpa pela simples participação na coletividade que surgem empecilhos para se impor o dever de indenizar aos indivíduos que não realizaram comportamento da mesma natureza da conduta que acabou provocando o prejuízo.

A concepção mais ampla de responsabilidade também enfrenta potenciais problemas relacionados ao nexo causal. Afinal, no exemplo da caça, o prejuízo não teria sido causado pela formação dos caçadores, mas sim pela atuação desastrada de um deles. Postacioglu afirma que esse vício de raciocínio teria sido notado pela Corte de Cassação, em julgado proferido em 1941, que tratava da matéria apreciada pela Corte de Apelação de Bordeaux²²⁰.

Por conseguinte, o referido autor entende que a caracterização da responsabilidade passa, necessariamente, pela constatação de que a conduta individual que causou o dano possui relação direta com o comportamento coletivo do agrupamento.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal Federal da Suíça teria reconhecido a responsabilidade solidária, em acórdão proferido em 27 de setembro de 1916, em relação a três indivíduos que atiravam pedras em pássaros. No curso do infeliz passatempo, uma

²¹⁸POSTACIOGLU, Ilhan E. op. cit.

²¹⁹Id. Ibid.

²²⁰Id. Ibid., p. 439.

transeunte foi atingida, sem que fosse possível identificar qual dos agentes teria lançado o objeto que atingiu a vítima²²¹.

A diferença entre essas duas situações é relevante para se delinear os contornos da responsabilidade dos grupos. No caso francês, os caçadores agiam – ao menos a princípio – de forma lícita, sendo possível dividir o agrupamento em duas categorias distintas: (i) os indivíduos que realizaram disparo concomitante, no momento em que a vítima foi atingida; e (ii) os agentes que, embora integrassem o agrupamento, não acionaram suas armas na ocasião em que o dano se materializou.

Enquanto os caçadores responsáveis pelos disparos agiram de forma culposa, por não terem verificado a passagem de transeuntes no local, os demais indivíduos não incorreram em ilicitude, sendo que suas respectivas condutas não possuem vínculo direto com o evento danoso.

Em última análise, os dois subgrupos formados no interior da coletividade manifestaram comportamentos distintos, os quais, por sua vez, tiveram repercussões diversas em relação ao dano praticado. Sob a perspectiva da causalidade, apenas a conduta ilícita, consubstanciada nos disparos, colocou a vítima em situação de risco, possuindo relação imediata com o prejuízo que veio a se materializar.

Em contrapartida, na situação ocorrida em território suíço, todos os integrantes do grupo agiram de forma ilícita, incorrendo em culpa ao disparar pequenos pedaços de pedra em local público. Juntamente a isso, a conduta praticada tinha a propensão de gerar o dano ocorrido, ou seja, todos os integrantes do agrupamento incorreram no comportamento simultâneo que possui relação direta com o prejuízo.

Para reforçar sua fundamentação, o Tribunal Federal da Suíça ainda afirmou que a culpa dos indivíduos que não realizaram o lançamento fatal também decorreria de sua participação como instigadores da conduta que se revelou danosa. Na medida em que praticaram a mesma conduta que levou ao prejuízo, e que atuavam de forma incompatível com os padrões de prudência, tais integrantes do grupo acabaram viabilizando a ocorrência do dano.

Diante desse quadro, Postacioglu defende que, no âmbito da responsabilidade coletiva, é necessário que cada um dos indivíduos incorra em conduta culposa. A culpabilidade pode ser caracterizada, por exemplo, pela realização de disparo em condições inadequadas de visibilidade. Por mais que o agente responsável suscite a

²²¹POSTACIOGLU, Ilhan E. op. cit., p. 440.

conduta de terceiros para tentar se eximir, ele jamais poderá se escusar de seu comportamento ilícito.

Muito embora não se exija a realização de comportamento idêntico àquele que causou o dano, é essencial que o agente possa prever – em raciocínio abstrato – que sua conduta é passível de causar o prejuízo, sem que seja essencial que ele possa vislumbrar a natureza desse dano. Se não há prova acerca do vínculo entre tal conduta e os danos sofridos pela vítima, há nexos diretos entre o comportamento e o perecimento de prova, surgindo dever de indenizar.

Geneviève Viney e Patrice Jourdain afirmam que alguns julgados mais recentes dos Tribunais franceses adotam posição semelhante àquela defendida por Postacioglu. Para esses julgados, é essencial a identificação de conduta culposa de todos os integrantes do grupo, devendo-se afastar a responsabilidade nas situações nas quais é impossível imputar comportamento reprovável a alguns dos integrantes da coletividade²²².

Como regra, os precedentes jurisprudenciais exigem, para a caracterização da solidariedade, a existência de grupo coerente, que realize atividade de natureza coletiva²²³. Logo, a solidariedade é condicionada à prova da atuação coordenada do grupo, cujos integrantes devem agir de forma uniforme, e de forma compatível com o prejuízo sofrido.

Muito embora os autores reconheçam que essa posição traduz visão mais restritiva acerca da imposição da solidariedade, eles entendem que o princípio da responsabilidade coletiva continua inabalado perante a jurisprudência francesa²²⁴.

4.2.4. Teoria da guarda coletiva

Como alternativa a esse raciocínio, houve o recurso a outros fundamentos para explicar a solidariedade dos integrantes do agrupamento. Neste ponto, destaca-se o artigo 1.384, alínea 1ª, do Código Civil francês²²⁵, que estabelece o regime jurídico

²²²VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 241.

²²³Id. Ibid., p. 247.

²²⁴Id. Ibid., p. 241.

²²⁵Article 1384 “*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde (...)*”.

aplicável para a responsabilidade pelo fato de terceiros, bem como pelo fato das coisas²²⁶.

Com base nesse dispositivo legal, passou-se a imputar ao ofensor a responsabilidade pela guarda do objeto que causou o dano²²⁷. Em termos práticos, os caçadores seriam responsáveis pela detenção dos fuzis dos quais saíram os projéteis que atingiram a vítima, e os esportistas teriam o dever de guardar a bola que teria colidido contra o ofendido.

A princípio, essa lógica seria pouco útil para as hipóteses de dano anônimo. Como o detentor do objeto que causou o dano não pode ser identificado, seria impossível impor-lhe o dever de indenizar. Logo, a lógica da responsabilidade pela guarda da coisa nada acrescentaria ao raciocínio tradicionalmente aplicado para lidar com essas hipóteses²²⁸.

Art. 1.384 O indivíduo é responsável não apenas pelos danos que ele causa por atos próprios, mas também por aquele causado pelos atos de pessoas pelas quais ele seja responsável, ou por coisas que estejam sob sua custódia. (trad. livre).

²²⁶POSTACIOGLU, Ilhan E. op. cit., p. 440.

²²⁷Houve relevante evolução jurisprudencial na França a respeito da interpretação do artigo 1.384 do Código Civil. Pela exegese tradicional conferida pela Corte de Cassação, conferia-se âmbito de incidência restrito ao dispositivo, limitando-se sua aplicação às hipóteses nas quais a responsabilidade pelo fato de outrem seria aplicável. Essa perspectiva fica evidente a partir da análise de julgado proferido em 24 de novembro de 1976, no qual um menor havia sido entregue por sua mãe ao serviço de assistência social do governo francês. A criança acabou escapando da vigilância dos agentes públicos, danificando veículo de terceiro. Ao analisar o caso, o Tribunal inferior reconheceu a responsabilidade do ente estatal, que não teria evitado o fato danoso. A decisão, todavia, foi cassada, por ausência de base legal, havendo clara rejeição da jurisprudência, naquela ocasião, de reconhecer a responsabilidade pelo fato de pessoas que estariam sob a guarda de outras.

Essa visão restritiva sofreu modificação drástica por ocasião por chamado *arrêt Consorts Blieck*, proferido pela Corte de Cassação em 29 de março de 1991. Naquela ocasião, um deficiente mental encontrava-se em fundação privada de auxílio ao trabalho, executando tarefa de desmatamento florestal.

No curso do trabalho, esse indivíduo acaba causando um incêndio na floresta, devastando longa extensão do terreno.

Os proprietários das áreas afetadas ingressaram com ação contra a fundação privada, que foi acolhida pela *Cour d'appel* de Limoges, sob o fundamento do risco criado pelos métodos adotados pela associação no desmatamento realizado. Essa fundamentação foi provavelmente adotada, pois o Tribunal sabia que seu julgado seria provavelmente caçado caso se baseasse em interpretação mais ampla do artigo 1.384 do Código Civil francês.

No julgamento pela Corte de Cassação, o recurso interposto foi rejeitado. Naquela ocasião, a surpresa não decorreu do resultado do julgamento, mas sim da fundamentação adotada, que conferiu nova perspectiva ao artigo 1.384 do Código Civil francês.

A partir do julgado, as hipóteses previstas nas alíneas do dispositivo deixaram de ser vistas como exaustivas, passando a ser consideradas como meramente exemplificativas dos casos de responsabilidade civil pelo fato de terceiro. Com isso, o artigo 1.384 do Código Civil deixou de ser mera regra secundária no âmbito da responsabilidade civil, cuja aplicação se limitava a casos isolados e de importância reduzida. De fato, a norma passou a constituir uma das regras fundamentais do regime de responsabilidade civil francesa, caracterizando-se como verdadeira hipótese ampla para conferir fundamento ao dever de indenizar danos causados por terceiros (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 931 e ss.).

²²⁸O artigo 1.384 também foi utilizado, em situações específicas, para impor a responsabilidade pelo fato de terceiro, em hipóteses nas quais o autor do dano é desconhecido. Essa interpretação jurisprudencial ocorreu nos casos em que havia indivíduo legalmente responsável por todos os potenciais envolvidos no prejuízo. Mais especificamente, a Corte de Cassação afirmou que a identificação física do preposto era desnecessária nas hipóteses em que o dano havia sido praticado por um dos diversos membros de determinado

Ciente dessa potencial falha, a doutrina adotou inovação que, ao mesmo tempo, desperta receio e curiosidade ao estudioso. Nas situações envolvendo dano causado por membro de grupo, passou-se a afirmar que todos os integrantes do grupo seriam guardiões do objeto que causou o dano, sendo – consequentemente – solidariamente responsáveis pelo prejuízo. À luz desses elementos, a teoria passou a ser denominada como guarda coletiva ou comum.

Ao explicar essa doutrina, Viney e Jourdain mencionam que a jurisprudência, recorrendo a raciocínio um tanto artificial, teria aplicado esse raciocínio à hipótese dos caçadores. Segundo os autores, como base para atribuir a responsabilidade solidária, alguns julgados teriam afirmado que os diversos disparos formariam uma única coisa, cuja guarda caberia a todos os potenciais responsáveis²²⁹.

A aplicação da teoria da guarda coletiva teria como consequência a transferência do ônus da prova para os potenciais ofensores. Na hipótese da caça, bastaria a posse dos fuzis – objetos que são, por sua natureza, perigosos – para se impor aos integrantes do agrupamento que demonstrassem que o disparo fatal não partiu de sua arma de fogo.

De outra parte, a presunção relativa ao fato da coisa seria inadequada para a solução da controvérsia ora tratada, na medida em que – no exemplo dos caçadores – seria essencial definir qual dos fuzis teria causado o dano. O escopo do artigo 1.384, alínea 1ª, do Código Civil francês seria, portanto, incompatível com a situação envolvendo os potenciais ofensores, na medida em que buscaria caracterizar a responsabilidade do detentor da coisa, mas exigiria a prévia identificação do agente.

De acordo com Postacioglu, a afirmação de que inexistente relação entre os danos e as armas que dispararam de forma simultânea àquela que atingiu a vítima, embora não seja inexata, seria incompleta. O autor entende que esses objetos não são completamente alheios ao dano ocorrido, na medida em que prejudicam a produção da prova do nexo causal²³⁰.

Esse raciocínio conferiu fundamento diferenciado à solidariedade dos integrantes do grupo, sendo defendido por Postacioglu. À luz da ausência de vínculos claros entre a conduta dos membros do grupo com o dano ocorrido, passou-se a vincular o

empregador, e reconheceu a responsabilidade dos pais pelo dano causado por um de seus filhos, sem que fosse necessário identificá-lo (cf. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 237).

²²⁹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 242-243.

²³⁰ POSTACIOGLU, Ilhan E. op. cit., p. 441.

comportamento com a dificuldade que a vítima possui em produzir evidências a respeito do dano sofrido.

Como objeção a essa teoria, é possível argumentar que os danos relativos à produção de prova diferem daqueles relativos ao ferimento sofrido pela vítima. Por conseguinte, os disparos simultâneos que não atingiram a vítima levariam a indenização com fundamento distinto, e – até mesmo – em valor distinto daqueles que serviriam para ressarcir eventuais ferimentos causados.

Neste ponto, Postacioglu afirma que as duas espécies de prejuízos, embora não sejam idênticas, acabam se confundindo. A partir disso, o autor conclui que, se não é possível utilizar eventual divergência quanto à natureza do dano para indenizar a vítima duas vezes, tampouco se pode recorrer a esse argumento para afastar a solidariedade²³¹.

Também seria possível que – com o objetivo de afastar sua responsabilidade – parte dos integrantes do grupo alegue a irrelevância de sua conduta para o perecimento da prova. Para tanto, poderiam argumentar que, mesmo que a ação ou omissão não houvesse ocorrido, outros comportamentos semelhantes – praticados de forma simultânea pelos demais membros da coletividade – teriam provocado o perecimento de evidências.

Postacioglu rejeita essa objeção, afirmando que, na realidade, a perda da evidência é resultado da conduta concorrente de todos os agentes. Logo, aplica-se a regra geral da responsabilidade por atos ilícitos, segundo a qual a atuação conjunta de dois ou mais agentes gera solidariedade, mesmo que se verifique que a ausência de uma ou alguma das condutas dos diversos ofensores não teria alterado o resultado ocorrido²³².

Ao tratar da responsabilidade fundada no artigo 1.384 do Código Civil, Aberkane adota linha de raciocínio diversa. Como não consegue demonstrar a guarda coletiva de certos bens – tais como os fuzis –, o autor tenta retroceder ao elemento que vincula situações que, inicialmente, são autônomas e independentes entre si. Para tanto, vislumbra duas possíveis perspectivas: (i) o aspecto psicológico da guarda; e (ii) o âmbito material das coisas que se encontram sob a guarda dos potenciais ofensores.

²³¹POSTACIOGLU, Ilhan E. op. cit., p. 441.

²³²Essa hipótese se denomina como participação cumulativa ou concorrente. De acordo com Ricardo Lorenzetti, trata-se de situação na qual vários indivíduos executam atos independentes que levam ao mesmo resultado que teria sido produzido caso cada um deles tivesse agido de forma isolada. Trata-se de hipótese de causalidade individual, embora leve à responsabilidade solidária (LORENZETTI, Ricardo L. Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos. *La Ley*, Buenos Aires, 1996-D, p. 927, jan. 2007).

No primeiro ponto, a guarda de um bem é realizada à luz de uma finalidade. No exercício da caça, há objetivo comum. Logo, seria razoável adotar verdadeira ficção jurídica segundo a qual, embora os objetos possuam identidade corpórea autônoma, eles constituiriam a mesma *res* sob o ponto de vista jurídico.

Por outro lado, o exame das coisas no âmbito material leva à aplicação do artigo 573 do Código Civil francês, que estabelece que, no caso de união de bens, o produto passa a ser copropriedade dos proprietários dos bens originários. No exemplo da caça, os caçadores passariam a ser proprietários da salva de tiros, resultante da união de disparos, e vislumbrada como um objeto autônomo. Essa linha de raciocínio foi adotada pela Corte de Angers, em julgado proferido em 13 de novembro de 1957²³³.

Em suma, por meio de raciocínios diversos, a responsabilidade pelo perecimento da prova surge como alternativa para lidar com a dificuldade que a teoria da guarda coletiva possui nas situações nas quais existem diversos objetos potencialmente vinculados com o dano ocorrido. Sendo impossível relacionar todos eles com o prejuízo, recorre-se à perda das evidências, utilizando-a como fundamento para a aplicação do 1.384, alínea 1ª, do Código Civil francês.

Em contrapartida, nas situações nas quais os fatos simultâneos não decorrem da intervenção de coisas, Postacioglu entende que é essencial verificar se os integrantes do grupo incorreram em conduta culposa²³⁴.

O autor reconhece que a relevância da questão é mínima na esfera do ordenamento francês, na qual é comum que se impute a ocorrência do dano à intervenção de uma *res*²³⁵. Todavia, nos países nos quais a responsabilidade pelo fato da coisa não é reconhecida

²³³ Geneviève Viney também trata do raciocínio baseado na responsabilidade pelo fato das coisas. A autora menciona julgado, de 5 de abril de 1957, no qual a *Cour d'appel* da África Equatorial Francesa reconheceu a responsabilidade solidária de caçadores que acertaram, por acidente, elefante, sem que fosse possível identificar a origem do disparo.

Ao proferir a decisão, a Corte afirmou que o dano seria consequência da guarda comum das armas, que comportava riscos aceitos pelo grupo. Sob a perspectiva da responsabilidade civil, as armas foram consideradas como uma única coisa.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a Corte de Angers afirmou que, em caso envolvendo múltiplos disparos, a guarda coletiva se relacionaria à munição, e não às armas em si. Ao apreciar o recurso contra a decisão proferida naquela ocasião, a Corte de Cassação houve por bem rejeitá-lo, afirmando que os dois fuzis envolvidos no acidente teriam concorrido como causa do prejuízo (VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 375).

²³⁴ POSTACIOGLU, İlhan E. op. cit., p. 442.

²³⁵ Geneviève Viney e Patrice Jourdain mencionam que um dos potenciais óbices à aplicação do artigo 1.384, alínea 1ª, do Código Civil francês é justamente a necessidade de identificar a participação material da coisa na materialização do dano (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 239).

como regra ampla, e relativamente flexível, é necessário recorrer à noção de culpa para se alcançar resultado semelhante.

A inovadora teoria da guarda coletiva – e, principalmente, sua vinculação com o perecimento das provas – possui aspectos positivos, principalmente por conferir alternativa interessante à perspectiva tradicional da responsabilidade dos integrantes dos grupos²³⁶.

No entanto, a doutrina da guarda coletiva possui algumas deficiências conceituais difíceis de serem enfrentadas²³⁷. A grande deficiência da doutrina reside na necessidade de vinculação do dano com certo objeto, o que restringe o âmbito de incidência da teoria às situações nas quais o agente utiliza um instrumento físico para provocar o prejuízo.

Por exclusão lógica, todas as situações nas quais o dano decorre imediatamente de conduta do ofensor acabam não caracterizando o suporte fático do artigo 1.384, alínea 1ª, do Código Civil francês, não se submetendo ao regime jurídico estabelecido pelo dispositivo.

Diante desse cenário, hipóteses envolvendo rixa entre inúmeros indivíduos, e nas quais não é possível identificar o responsável pelos ferimentos causados – tal como ocorre, por exemplo, em eventos esportivos – acabariam sendo excluídas da esfera de incidência dessa norma, exceto se fosse possível identificar um objeto que tivesse sido utilizado pela coletividade para causar os danos.

A teoria também encontra dificuldades em tratar das situações em que os diversos integrantes do grupo – embora agindo de forma homogênea – portam objetos diferentes. A noção de guarda coletiva se traduz, em última análise, em verdadeira ficção jurídica, que comporta raciocínio bastante artificial nas hipóteses nas quais as coisas possuem a mesma natureza. Nas situações em que os bens são diversos, esse artificialismo se revela ainda

²³⁶Tratando da responsabilidade pelo perecimento de provas, Julio Alberto Díaz afirma que o “*grande mérito da proposta de Postacioglu consiste em tentar evitar um obstáculo que parece invencível: o do vínculo de causalidade. A rigor, o seu sistema centraliza o problema na questão da prova, afastando-se dos limites precisos da responsabilidade nos quais tinha sido até então debatido*” (DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 147).

²³⁷Muito embora não afaste a aplicação da guarda coletiva, Aberkane suscita duas potenciais críticas à doutrina. Nesse sentido, o autor questiona se a eficácia da presunção de causalidade trazida pela teoria não seria excessivamente rigorosa, impedindo eventual prova em contrário por parte dos indivíduos que não causaram o dano. Em termos mais específicos, Aberkane se preocupa em não oferecer meio de liberação aos agentes sob os quais recai verdadeira impossibilidade material de ter cometido o dano, receando que a teoria se caracterize, em última análise, pela distorção de institutos jurídicos clássicos, tais como a culpa, a guarda, e a causalidade indireta (ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 532-533).

mais exagerado, pois é difícil assumir a existência de guarda coletiva sobre objetos que não comportam semelhança entre si²³⁸.

A caracterização do perecimento de provas como prejuízo também traz dificuldades de ordem conceitual, na medida em que impõe a solidariedade a indivíduos que causaram prejuízos de natureza diversa. Enquanto um ou alguns dos integrantes da coletividade causaram o dano propriamente dito, os demais apenas contribuíram para tornar a dilação probatória mais complexa.

Diferentemente daquilo que Postacioglu afirma, essas modalidades de prejuízo são diferentes, e violam a esfera jurídica do ofendido de forma diversa. Consequência natural disso é que essas espécies de dano não podem – seja sob a perspectiva jurídica, seja por razões de equidade – possuir tratamento semelhante, impondo aos seus respectivos ofensores a mesma responsabilidade.

Mais preocupante, ainda, é aceitar que, como decorrência da solidariedade, os indivíduos que tenham prejudicado a produção da prova venham a arcar com a integralidade da indenização pelo dano inicialmente vislumbrado, vendo-se compelidos a recorrer à via do regresso – que se revela, por vezes, tormentosa – para recuperar parcialmente eventuais valores pagos.

Em última análise, a teoria da guarda coletiva se revela mecanismo criativo, porém excessivamente artificial para a imputação da solidariedade. A teoria chega a abusar das presunções, revelando-se inadequada, principalmente nas situações nas quais existem diversos objetos, pois exige que sejam aceitas como verdadeiras (i) a guarda coletiva sobre os bens; e (ii) a contribuição dos indivíduos que não causaram o dano para o perecimento de provas.

4.2.5. Teoria da semipersonificação do grupo

A teoria da semipersonificação do grupo foi proposta e defendida por Hassen Aberkane. O autor não rejeita por completo as demais explicações fornecidas para conferir fundamento à solidariedade dos integrantes do grupo, mas entende que a melhor maneira de analisar a matéria é conferir à coletividade contornos semelhantes àqueles das pessoas jurídicas.

²³⁸Essa potencial objeção também é suscitada por Aberkane (ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 529).

Nesse sentido, Aberkane afirma que a teoria da guarda coletiva e a noção de culpa comum da organização já implicam, em certa medida, a existência de entes coletivos. Enquanto, no primeiro caso, o exercício de atividade de forma planejada envolve a atuação de diversos agentes, no segundo, a guarda comum depende de entidade coletiva que assuma a condição de guardião do bem²³⁹.

Para o autor, a questão essencial, na responsabilidade dos integrantes de agrupamento, é estabelecer as situações nas quais a atuação do grupo é marcante, a ponto de se sobrepor à individualidade de seus membros.

Nesse ponto, Aberkane ingressa na análise de uma série de potenciais características da pessoa jurídica, com o escopo de justificar a analogia com os grupos de indivíduos. Não obstante a relevante contribuição conferida ao estudo da responsabilidade dos agrupamentos de indivíduos, o autor acaba realizando raciocínio tortuoso, e que se revela insuficiente para justificar a imposição de solidariedade.

Segundo Aberkane, seria irrelevante o fato de o grupo constituir, sob a perspectiva legal, uma pessoa jurídica. Como fundamento para defender sua tese, o autor afirma que, mesmo na ausência de norma legal expressa, a jurisprudência tende a aceitar a existência da personalidade jurídica com certa facilidade. O autor menciona julgados proferidos pela Corte de Cassação, em 28 de janeiro de 1954 e 17 de janeiro de 1956, reconhecendo, respectivamente, a personalidade dos comitês do estabelecimento²⁴⁰, bem como à massa falida.

De acordo com a Corte de Cassação, a existência da personalidade jurídica dependeria, basicamente, de dois requisitos: (i) a existência de interesse coletivo; e (ii) a capacidade do ente de exprimir sua vontade. Na ausência do primeiro requisito, haveria simples interesses individuais, e na falta do segundo, inexistiria mecanismo para a defesa de eventuais interesses da entidade.

Buscando demonstrar que a personalidade jurídica das sociedades não possui a autonomia e a rigidez que lhe é normalmente imputada – sendo semelhante aos agrupamentos de pessoas –, o autor afirma que a personalidade da pessoa jurídica não faz desaparecer aquela de seus membros. Muito embora exista patrimônio social autônomo no

²³⁹ ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 538.

²⁴⁰ Os comitês de estabelecimento são órgãos eletivos que representam os trabalhadores no âmbito da empresa.

âmbito das entidades personalizadas, não seria de todo inadequado pontuar que suas eventuais obrigações e direitos acabam se estendendo aos seus integrantes²⁴¹.

Quanto à necessidade de organização apropriada para refletir a vontade social, Aberkane entende que essa exigência decorre da necessidade de proteção aos interesses sociais. Por conseguinte, ela possui intensidade variável, que se adéqua conforme as circunstâncias.

Na esfera delitual, por exemplo, a vontade da sociedade não é a causa direta da conduta ilícita. A vontade se encontra, na realidade, em simples comportamento, ou um simples fato, que prescinde da organização social. Logo, a necessidade de expressão dos interesses coletivos se mostra atenuada na esfera dos atos ilícitos extracontratuais, diferentemente do que ocorre no âmbito contratual e judicial.

De forma semelhante, a existência de patrimônio social se mostra irrelevante, assumindo-se que eventual dever de indenizar deve recair sobre os integrantes do agrupamento, e não sobre o ente coletivo propriamente dito.

Em última análise, Aberkane entende que é possível conferir personalidade jurídica ao grupo, mesmo que em grau atenuado, e em esfera restrita. Se, por um lado, o agrupamento não possui alguns dos traços principais da personalidade – tais como a existência de patrimônio distinto, e a possibilidade de exprimir a vontade coletiva –, por outro, são mais restritos os efeitos atribuídos, por meio da semipersonificação, a essa forma de coletividade.

Dito de outra forma, a semipersonalização traduz-se em personalidade atenuada, temporária, limitada por seus efeitos, que não requer patrimônio próprio, nem órgão para a expressão da vontade comum, e que se constitui mais como uma técnica de explicação de certas soluções jurídicas, do que uma personalidade propriamente dita.

A atribuição da semipersonificação aos grupos é importante, ainda, por traduzir a realidade afetiva que reúne os integrantes da coletividade, que se aproxima daquela existente entre os membros das pessoas jurídicas. Em ambos os casos, há mentalidade comunitária, que reflete interesses comuns dos participantes do agrupamento²⁴².

Para a caracterização da semipersonalização, Aberkane entende que dois requisitos são essenciais: (i) um elemento material, consistente na realização de atividade organizada

²⁴¹ ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 539.

²⁴² Id. Ibid., p. 540.

e – o que é mais importante – consistente na prática de atos homogêneos; e (ii) um elemento psicológico, de natureza subjetiva, correspondente à existência de objetivo comum e desejado por todos os integrantes do grupo²⁴³.

Como consequência natural disso, a semipersonificação depende do caráter intencional do grupo. Na medida em que o agrupamento é proposital, seus membros se conhecem e são escolhidos, supervisionando-se mutuamente. Com isso, formam um vínculo mútuo, ligado a uma atividade comum que gera lucros ou prazer a todos.

Neste ponto, Aberkane entende que a intenção comum possui conteúdo determinado. Os integrantes do grupo se propõem a realizar certa atividade, e é essa a base para a imputação da responsabilidade solidária. Logo, todos aqueles que incorrem em comportamento diverso daquele realizado pela coletividade deixam de ser considerados membros do grupo, excluindo-se do âmbito de incidência da solidariedade²⁴⁴.

A noção da semipersonificação ainda traduziria a afetividade existente entre os membros do agrupamento, impondo a solidariedade como reflexo do vínculo social que une os integrantes da coletividade²⁴⁵.

A partir desses elementos, Aberkane afirma que sua tese é o instrumento mais adequado para disciplinar a solidariedade dos integrantes do grupo, na medida em que evita o recurso à distorcida ideia de culpa da organização, permitindo a incidência da solidariedade sem as dificuldades relativas ao nexos causal. Também se evita, por meio da semipersonificação, a utilização da teoria da guarda coletiva, cuja incidência depende da aplicação do questionável conceito de guarda²⁴⁶.

²⁴³ ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 542. Ao comentar a teoria de Aberkane, Vasco Della Giustina traz a seguinte explicação sobre esses elementos: *“O elemento material se encontra necessariamente nas hipóteses de acidentes causados por um membro indeterminado de um grupo. Se as atividades fossem diferentes, seria fácil conhecer o autor do dano, cuja natureza é suficiente, quase sempre, para aclarar o gênero da atividade causadora.*

Mas o elemento subjetivo, este não se encontra sempre e é sua presença ou sua ausência que vai caracterizar ou não a responsabilidade solidária dos membros.

Se se trata de grupo intencional, de um grupo concertado, este fenômeno da semipersonificação se produzirá e se estará habilitado a considerar o conjunto como um todo único. Mas se se trata de uma aproximação fortuita nenhum grupo se terá” (DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos – inclusive no Código do Consumidor*, cit., p. 97).

²⁴⁴ ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 551.

²⁴⁵ Julio Alberto Díaz afirma que a teoria de Aberkane consiste em *“reafirmar a solidariedade básica entre os membros do grupo e em concretizar essa realidade afetiva ou teleológica que os unifica e que constitui sua própria vitalidade”* (DÍAZ, Julio Alberto. op. cit., p. 149).

²⁴⁶ ABERKANE, Hassen. op. cit., p. 552.

Sob a perspectiva da equidade, Aberkane entende que sua teoria é a mais adequada, pois evita o escopo excessivamente amplo da solidariedade dos membros dos agrupamentos, colocando limites ao dever de indenizar, ao mesmo tempo em que afasta a injusta ausência de indenização.

Por sua vez, Geneviève Viney considera a teoria intelectualmente elegante, e reconhece sua utilidade em termos práticos²⁴⁷. A autora afirma que, como requisito para a adoção dessa teoria, seria essencial a verificação de certas condições de coesão e estabilidade, caracterizando-se como verdadeiro embrião de personalidade jurídica. Em contrapartida, inexistiria solidariedade dos grupos reunidos de forma fortuita²⁴⁸.

Todavia, Viney afirma que a jurisprudência francesa rejeita a semipersonificação. A partir dos julgados proferidos pela Corte francesa, a autora entende que a formação do grupo não é o elemento essencial para a caracterização da solidariedade.

Na realidade, a base para a aplicação da responsabilidade solidária é o caráter anônimo do dano. Tanto é assim que, identificado o autor do prejuízo, aplicam-se as regras ordinárias da responsabilidade civil, impondo-se o dever de indenizar exclusivamente ao causador do prejuízo, pouco importando sua participação em eventual agrupamento.

Se é verdade que a semipersonificação escapa das deficiências inerentes às demais teorias, também é inequívoco que ela possui seus próprios – e insuperáveis – equívocos.

De forma semelhante ao que ocorre na guarda coletiva, a teoria de Aberkane envolve a adaptação de conceito jurídico tradicional para as circunstâncias inerentes à responsabilidade dos grupos.

Pela forma como que foi concebida, e se desenvolveu ao longo dos séculos, a personalidade jurídica não comporta flexibilidade. Das duas, uma: ou bem há disposição legal expressa – ou, ao menos, suporte fático muito similar àqueles atribuídos às pessoas

²⁴⁷VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 376.

²⁴⁸Sem prejuízo, Viney menciona julgado proferido pela *Cour d'Assises* de Haut-Rhin, em 21 de abril de 1959. O Tribunal reconheceu a responsabilidade solidária dos quatro réus, mas, na esfera penal, apenas dois deles haviam sido condenados, enquanto os demais foram absolvidos por falta de provas do dolo criminal. Tratava-se, naquela ocasião, de acusações sobre a prática de crimes diversos, e não de tipo penal incorrido por um agente, com a coautoria dos demais.

A originalidade da solução, na esfera civil, consiste na imposição da solidariedade, embora não houvesse evidência de participação conjunta e coordenada dos integrantes do grupo, em conduta direcionada ao evento danoso (Id. *Ibid.*, p. 363).

jurídicas²⁴⁹ –, e há fundamento para se atribuir a personalidade, ou bem essas condições inexistem, não havendo espaço para a personalização.

A teoria se revela insatisfatória, ainda, pela marcante divergência entre os contornos tradicionais das pessoas jurídicas, e aqueles que integrariam os entes semipersonificados. À luz da ausência, nesse último caso, de inúmeros atributos verificados nos entes personalizados, é possível concluir que, mais do que a simples mitigação do conceito tradicional, a semipersonificação acaba se caracterizando como a criação de novo instituto jurídico, sem que haja amparo legal para tanto.

Diante desses elementos, verifica-se que a teoria de Aberkane possui deficiência muito semelhante às das demais teorias que tentam explicar a solidariedade. Sob influência da necessidade de se conferir fundamento à solidariedade, adota-se raciocínio marcado pelo casuísmo, e que não reflete o regime legal aplicável à matéria.

4.2.6. A visão coletivizada da responsabilidade civil

Na tese que apresentou para a obtenção do título de doutora, Geneviève Viney suscitou a existência de fenômeno jurídico, que acabou se consolidando ao longo das décadas. Todo seu estudo adota, como pressuposto fundamental, a tendência e a necessidade de substituição da perspectiva individualista da responsabilidade civil por visão coletiva acerca da matéria²⁵⁰.

Como parte de seu estudo, a autora francesa trata da responsabilidade dos membros do grupo, analisando justamente as situações nas quais é impossível definir a origem da conduta individual.

²⁴⁹ A evolução do raciocínio jurídico sobre as pessoas jurídicas passa por diferentes teorias. Dentre elas, destacam-se (i) a teoria da ficção ou da entidade, que afirma que a personalidade jurídica é simples criação legal; (ii) a teoria do patrimônio de afetação, por sua vez, afirma que as pessoas jurídicas são patrimônios destinados a determinada finalidade; e (iii) a teoria orgânica ou da realidade entende que a personalidade seria inerente a organismos coletivos, que possuam a capacidade de exercer ações e de manifestar vontades (cf. SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 81, abr. 1999).

A partir desses elementos, verifica-se que a teoria de Aberkane segue linha semelhante àquela adotada pela teoria orgânica, vislumbrando no grupo um organismo vivo. Todavia, mesmo sob essa ótica, a teoria é questionável, pois, embora seja inegável que a coletividade pode praticar ações, sua capacidade de manifestar vontade é bastante questionável.

Não obstante, a legislação brasileira adota rol taxativo das pessoas jurídicas (artigo 44 do Código Civil), o que torna ainda mais difícil a aplicação da teoria no ordenamento nacional.

²⁵⁰ VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 367 e ss.

Geneviève Viney afirma que a única forma de agrupamento conhecida, no âmbito do direito francês, é a pessoa jurídica. Juntamente com as pessoas físicas, essa é a única espécie de ente que se insere na categoria de sujeitos de direito, possuindo a prerrogativa de adquirir direitos e obrigações²⁵¹.

Todavia, a bipartição entre pessoas físicas e jurídicas se revela insuficiente em contexto no qual as atividades individuais perdem espaço, de forma gradual, para aquelas de natureza coletiva. A complexidade dos diversos ramos da economia exige a atuação conjunta de diversos indivíduos, os quais reúnem suas respectivas expertises em prol de finalidade comum.

Como consequência natural disso, são frequentes as situações nas quais um agrupamento de indivíduos provoca prejuízo. Também é comum que não se consiga individualizar a conduta, cometida dentro do grupo, que causou o dano.

Na tentativa de encontrar solução adequada para a situação envolvendo diversos potenciais ofensores, a autora ingressa na análise dos diferentes fundamentos adotados – tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência – para a caracterização da responsabilidade solidária.

Sem prejuízo dos contornos e das sutilezas de cada uma das teorias adotadas – cada qual com seus méritos e fragilidades –, Viney aponta que todas elas possuem um fundamento comum, na medida em que adotam como pressuposto inafastável o regime jurídico aplicável à responsabilidade individual²⁵².

Por trás dessa fundamentação, acredita Viney, haveria forte contraposição entre o receio da Corte de Cassação de deixar a vítima do incidente sem reparação, e a completa rejeição quanto à possibilidade de abandonar a teoria individual da responsabilidade.

Diante desse verdadeiro impasse, a solução encontrada pelo Tribunal foi de reconhecer a impossibilidade de identificar o evento mais próximo ao dano, recorrendo àquele imediatamente anterior, ou seja, à falha de organização da coletividade²⁵³.

A fundamentação adotada pela Corte de Cassação, todavia, é insuficiente para conferir suporte a uma teoria da responsabilidade dos membros indeterminados do grupo.

²⁵¹VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 367.

²⁵²Em obra mais recente, escrita juntamente com Patrice Jourdain, Viney aponta que todas as teorias criadas para tratar da responsabilidade do integrante não identificado dos grupos possuem deficiência comum, na medida em que nenhuma delas traz razões satisfatórias para explicar o tratamento abstrato conferido à incerteza que sempre recai, nestes casos, sobre o nexo de causalidade (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 243).

²⁵³VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 369.

São várias as situações nas quais é impossível vincular o dano com eventual fato imputável à coletividade, simplesmente por inexistir conduta que se relacione ao grupo como um todo.

O excessivo apego à visão individualizada da responsabilidade civil decorreria, segundo Viney, de verdadeira repulsa ao risco de condenação de inocentes²⁵⁴. Para justificar sua afirmação, a autora cita os irmãos Mazeaud, que entendiam que a perspectiva coletiva é medida típica de regimes totalitários de governo, não se inserindo na tradição francesa.

De acordo com Viney, os civilistas entendiam que a imposição de responsabilidade a todos os integrantes do agrupamento contrariaria noções elementares de equidade, justamente por permitir a eventual imposição do dever de indenizar a indivíduos inocentes.

De forma subjacente à dualidade existente entre as posições sobre a matéria, Viney entende que existem concepções diversas sobre a responsabilidade civil. De um lado, a matéria é concebida sob a perspectiva do autor do dano, e como uma sanção à sua conduta reprovável. De outro, como contraponto à esfera penal, a responsabilidade civil é vista como instrumento em prol dos interesses da vítima, os quais são absolutamente fundamentais na ausência de identificação do autor do ato danoso.

Diante desse cenário, a autora francesa adotava, já na década de 1960, premissa que passou a nortear os estudos de responsabilidade civil nos países da escola romano-germânica: mais do que a punição do infrator, a função primordial da indenização é a reparação do prejuízo sofrido pela vítima.

Esse movimento visava, em última análise, à eliminação dos potenciais óbices à indenização da vítima. No âmbito da responsabilidade dos grupos, Geneviève Viney afirma que a jurisprudência deixou de levar em consideração a necessidade de imputação individual em hipótese bastante específica, na qual todos os integrantes do agrupamento estavam segurados pela mesma companhia seguradora.

Excepcionando-se a regra de que a responsabilidade do segurador perante a vítima é subsidiária àquela do ofensor, passou-se a permitir, nestas hipóteses, o recurso direto à companhia seguradora, nas hipóteses nas quais o segurado não tinha condições de arcar com a indenização devida à vítima.

²⁵⁴VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 370-371.

Por mais que a solução conferida seja favorável aos interesses da vítima, Geneviève Viney a considera insuficiente, na medida em que permanece apegada ao paradigma da imputação individual da responsabilidade²⁵⁵.

O apego à técnica de imputação individual da responsabilidade, segundo Viney, até permite que se imponha a responsabilidade pelos danos anônimos. Todavia, a autora entende que essa fundamentação acaba levando a disciplina jurídica arbitrária, na medida em que confere tratamento diferenciado entre os danos causados por ofensores identificados e aqueles cuja autoria é desconhecida²⁵⁶.

Como alternativa à equivocada visão individualista, Viney recorre ao entendimento de Ripert, que propõe solução para as hipóteses envolvendo um único tiro.

Para o civilista, a jurisprudência não exige a demonstração, pela vítima, quanto ao caráter ativo da intervenção da coisa. Logo, deve-se transferir a todos os caçadores o ônus da prova de que a intervenção de seu respectivo fuzil foi passiva, sob pena da imposição do dever de indenizar.

Recorrendo-se ao raciocínio de Ripert, retira-se da vítima o pesado ônus de identificar o integrante do grupo que causou o prejuízo. É a partir desse pressuposto que Geneviève Viney conclui que o fundamento da responsabilidade civil coletiva consiste na dispensa concedida à vítima de individualizar a imputabilidade decorrente de fato gerador de responsabilidade entre os indivíduos que são os possíveis causadores do prejuízo²⁵⁷.

Feita a prova quanto aos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, ou seja, quanto à conduta do agrupamento e seu vínculo com o dano sofrido pela vítima, é excessivamente rigoroso exigir que essa última individualize a imputação para cada integrante do grupo. Basta que a parte prejudicada demonstre que a coletividade lhe causou prejuízo, sendo desnecessário que especifique qual de seus membros foi responsável pelo dano²⁵⁸.

Tendo cumprido os requisitos essenciais para a caracterização do dever de indenizar, a vítima satisfaz as exigências que lhe são legalmente impostas. Já a identificação do indivíduo que causou o dano, cabe ao grupo – em seu âmbito interno –

²⁵⁵VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 372.

²⁵⁶Id. Ibid., p. 375.

²⁵⁷Id. Ibid., p. 378.

²⁵⁸Esse posicionamento é reiterado na obra que Viney escreveu mais recentemente com Patrice Jourdain. Os autores afirmam que a vítima do dano satisfaz o ônus da prova que lhe incumbe ao demonstrar que há nexo causal entre o dano e a conduta de um dos membros do grupo. Já a identificação do autor material dos danos incumbe à coletividade (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 245).

realizá-la. Caso contrário, o nexo de causalidade permanece vinculado à coletividade como um todo, havendo solidariedade entre os integrantes do agrupamento²⁵⁹.

Neste ponto, Viney acaba adotando a perspectiva doutrinária cujo foco recai sobre a formação do grupo. Agindo de forma coordenada, a coletividade é vista como uma entidade fática, que suporta a responsabilidade pelo dano causado por um de seus integrantes, a não ser que o identifique. Trata-se de raciocínio que, em certa medida, possui similaridade com a teoria da semipersonificação defendida por Aberkane.

Em última análise, Viney propõe que, com o cumprimento dos requisitos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil – e sem que seja necessário identificar o autor material do dano – haja verdadeira presunção relativa em favor da vítima, admitindo-se prova em contrário pelos integrantes do grupo.

Segundo a autora, essas premissas conferem base razoável para explicar não apenas a solidariedade do grupo, como também seu caráter subsidiário em relação à responsabilidade individual do causador do dano, caso ele seja identificado²⁶⁰. O raciocínio da autora explicaria, ainda, a razão pela qual, mesmo na ausência de identificação do membro do grupo que causou o dano, há a exoneração daqueles que demonstram que não contribuíram para a materialização do prejuízo²⁶¹.

Retomando-se o exemplo dos caçadores, afasta-se o dever de indenizar dos participantes da caça que demonstram, por exemplo, que o calibre de seu respectivo rifle era diverso do projétil que atingiu a vítima, na medida em que eles se exoneraram do ônus da prova que lhes foi imposto²⁶².

²⁵⁹Na esfera penal, a individualização das condutas dos ofensores é requisito essencial e indispensável para a caracterização da responsabilidade. De acordo com Miguel Reale Júnior, a “*individualização das condutas na coautoria é uma exigência enfaticamente revelada pela jurisprudência, pois cada coautor deve, para a segurança de sua defesa, saber qual a participação concreta e efetiva que deve negar, justificar ou reconhecer*” (REALE JÚNIOR, Miguel. O acusado e a tutela do direito de liberdade no anteprojeto do Código do Processo Penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coords.). *Doutrinas essenciais processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 801). Esse requisito não é suscitado no âmbito civil, que se satisfaz em estabelecer o nexo causal entre conduta e dano, permitindo maior flexibilidade quanto à prova dos elementos caracterizadores da responsabilidade.

²⁶⁰Esse posicionamento é reiterado na obra escrita, em ocasião recente, por Geneviève Viney e Patrice Jourdain. Os autores afirmam que a solidariedade deveria ser afastada, prevalecendo a responsabilidade individual, nas hipóteses nas quais um ou alguns dos réus identifica qual dos integrantes do grupo é responsável pelo ato material que causou o prejuízo, ou ainda nas situações nas quais parte dos membros do grupo demonstram que não provocaram o dano (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 247).

²⁶¹O caráter subsidiário da responsabilidade dos grupos em relação àquela do indivíduo é matéria controversa, e será tratada mais adiante na presente dissertação.

²⁶²VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 378.

Partindo desses pressupostos, Viney entende que é possível delimitar a responsabilidade civil dos grupos, estabelecendo parâmetros objetivos para a caracterização da solidariedade.

Quanto aos requisitos para a caracterização do dever de indenizar, cabe à vítima demonstrar a ocorrência do delito, bem como sua vinculação com a conduta de um dos integrantes do grupo, o qual não precisa ser identificado de forma individual. Também cabe à vítima identificar todos os participantes do grupo em que o fato danoso ocorreu, evitando-se que o grupo identificado assuma a responsabilidade por danos causados por terceiros.

É justamente por essa razão que se exclui do regime da solidariedade eventual pedido de indenização feito por vítima de acidente na via pública, sob o argumento de que os diversos veículos que passavam pelo local integrariam grupo. Afinal, é impossível definir se outro veículo, que não aqueles mencionados pela vítima, passou pelo local em condições semelhantes aos integrantes da coletividade considerada responsável²⁶³.

Em termos de equidade, Viney afirma que a solução que propõe é adequada, na medida em que (i) a divisão do dano entre os integrantes do grupo o torna mais leve para cada um, ao invés de recair por inteiro sobre a vítima; (ii) a imposição de solidariedade desestimula eventual estratégia dos integrantes do grupo de não revelar o autor do prejuízo, com o escopo de obter isenção ampla de responsabilidade; e (iii) a solidariedade se revelava útil dentro do regime jurídico aplicável naquela ocasião, no qual a responsabilidade do segurador dependia daquela do segurado²⁶⁴.

Na obra recente escrita conjuntamente com Patrice Jourdain, a autora afirma que a Corte de Cassação chegou a aplicar – ainda que implicitamente – a noção de presunção de responsabilidade do grupo. Tratava-se de situação envolvendo dano causado por cachorro,

²⁶³ A imposição de solidariedade na hipótese do acidente de trânsito também se revela improvável, em razão da dificuldade da caracterização do grupo. Exceção feita às hipóteses de “racha” entre veículos identificáveis, é simplesmente impossível vincular o dano com qualquer conduta criada pela grande maioria dos motoristas. Diferentemente do que ocorre em relação aos caçadores, cujos disparos são potenciais causas do dano, o único fato que vincula os motoristas com o prejuízo é a presença no local do acidente. Essa matéria será tratada em tópico específico da presente dissertação.

²⁶⁴ VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, cit., 1965, p. 379. Na esfera dos contratos de seguro, a responsabilidade da seguradora é subsidiária àquela do segurado. Geneviève Viney aponta que, já naquela ocasião, havia pronunciamentos jurisprudenciais que mitigavam o rigor dessa regra, permitindo a responsabilização da seguradora nas hipóteses nas quais todos os integrantes do grupo eram cobertos por ela (Id. Ibid., p. 370-371).

que se encontrava juntamente com outros animais, sem que fosse possível identificar qual deles teria atacado a vítima²⁶⁵.

Sem recorrer à noção de guarda coletiva, o Tribunal francês impôs responsabilidade aos proprietários de todos os cães que se encontravam no local, atribuindo-lhes dever de indenizar em razão da ação comum praticada pelos animais.

A partir desses elementos, é possível afirmar que o precedente jurisprudencial julgou suficiente, para a caracterização da responsabilidade, o simples vínculo entre o prejuízo sofrido pela vítima e conduta praticada no interior da coletividade dos cães, indicando tendência em concordar com a posição de Viney e Jourdain.

Dentre os diversos fundamentos encontrados para a imposição da solidariedade, aquele proposto por Viney destaca-se pela solidez de seus fundamentos. Ao invés de sugerir explicações pontuais, baseadas em raciocínios pouco práticos, ou em análises distorcidas dos conceitos jurídicos tradicionais, a autora francesa vai além, propondo a alteração da lógica subjacente à responsabilidade civil.

Ao modificar a base principiológica que confere fundamento ao dever de indenizar, Viney evita, em princípio, questionamentos sobre a coerência de sua proposta, na medida em que raciocina a partir de noções diversas das tradicionais.

Todavia, a solução sugerida pela autora também confere margem para questionamentos. Neste ponto, causa certa surpresa que a alteração do fundamento da responsabilidade – com a adoção da perspectiva coletiva – tenha repercussão prática tão sutil, apenas com a modificação do ônus probatório relativo à individualização da conduta.

Também parece pouco razoável que o fundamento coletivo da responsabilidade proporcione a exoneração de indivíduos que demonstrem que, embora tenham participado do grupo e contribuído para a situação de risco, não foram efetivamente responsáveis pelas condutas que materializaram o prejuízo.

Em suma, embora suscite modificação drástica dos fundamentos do dever de indenizar, a teoria proposta ainda se apegua a noção extremamente individualista, na medida em que seu foco recai sobre a conduta final que causou o dano, deixando em segundo plano todos os demais comportamentos envolvidos no dano.

²⁶⁵VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. op. cit., p. 247.

4.3. Direito espanhol

4.3.1. Regime geral da responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado do grupo

Partindo da redação do artigo 1.902 do Código Civil, Virginia Múrtula Lafuente afirma que a caracterização do dever de indenizar, na esfera do direito espanhol, parece exigir não apenas a culpabilidade do agente, como também a individualização da conduta, sendo essencial identificar a conduta do sujeito responsável, bem como seu vínculo com o dano ocorrido²⁶⁶.

A regra geral, todavia, comporta exceções pontuais. Nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas impõem dificuldade probatória à vítima, em razão da participação de diversos indivíduos nos fatos que originaram o prejuízo, o regime de responsabilidade adota duas possíveis alternativas: (i) a imposição de solidariedade a todos os integrantes do agrupamento; ou (ii) a definição do responsável – ou seja, uma ou várias das pessoas potencialmente envolvidas –, impondo-lhe o pagamento de indenização.

De forma semelhante ao ocorrido na França, os acidentes de caça também se mostram uma das principais fontes de discussão, na Espanha, quanto à responsabilidade pelos danos causados por membro não identificado de grupo.

Tanto é assim que, no regime jurídico espanhol, há regulamentação expressa acerca da responsabilidade por danos cometidos por caçadores. Adotando como pressuposto a natureza arriscada das atividades praticadas por esses indivíduos, o artigo 33.5 da Lei 1/1970, de 4 de abril, também conhecida como Lei de Caças, estabelece responsabilidade de natureza objetiva pelos danos decorrentes do exercício de caça. Caso haja a utilização de armas, e seja impossível identificar o causador do prejuízo, todos os integrantes do grupo de caçadores são obrigados, de forma solidária, a reparar eventual dano sofrido pela vítima²⁶⁷.

²⁶⁶ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 215.

²⁶⁷ “Artigo 33.5 Todo caçador estará obrigado a indenizar os danos que causar em razão do exercício de caça, exceto quando o ato for devido unicamente a culpa ou negligência do prejudicado ou a força maior. Na caça com armas, se não se identifica o autor do dano causado às pessoas, responderão solidariamente todos os membros da partida de caça” (LEY DE CAZA. Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/resp/lcaza.htm>>).

Com o escopo de solucionar a controvérsia acerca da caracterização do grupo – que se mostrou tão marcante na França –, o artigo 35.6 da Lei espanhola estabelece que os membros responsáveis do agrupamento são aqueles que (i) estavam praticando atividades de caça no momento e no local em que o evento danoso ocorreu; (ii) utilizavam arma da mesma espécie daquela que originou o prejuízo; e (iii) tenham realizado disparo simultâneo no momento em que a vítima foi atingida (artigo 35.6.b do Regulamento da Lei de Caças).

O dispositivo da Lei de Caças é a única disposição expressa, no âmbito do direito espanhol, acerca da responsabilidade dos membros não identificados de grupo²⁶⁸. Por essa razão, e pelos importantes elementos que a norma traz quanto à caracterização dos grupos, sua análise se mostra relevante para a compreensão da disciplina espanhola acerca da matéria.

Partindo-se do teor do dispositivo, verifica-se que o anonimato é condição essencial para a caracterização da solidariedade. Caso o autor do dano seja conhecido, prevalece a regra geral do artigo 35.6, que impõe responsabilidade de natureza objetiva aos caçadores que causam prejuízos a terceiros.

A disciplina legal adota interpretação bem definida – e, em certa medida, um tanto restritiva – quanto à caracterização da solidariedade dos grupos, na medida em que impõe a responsabilidade apenas àqueles (i) que contribuíram para a ocorrência de situação de risco, realizando disparos simultâneos; e (ii) que são, efetivamente, potenciais causadores do dano, pois utilizavam armamento semelhante àquele que causou o prejuízo²⁶⁹.

O caráter restritivo da norma fica ainda mais reforçado, à luz do caráter nitidamente excepcional do dispositivo. De fato, a natureza individual da responsabilidade civil é regra quase absoluta no direito espanhol, impondo-se a indenização ao agente cuja conduta

²⁶⁸MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 217.

²⁶⁹Na esfera jurisprudencial, são poucos os precedentes sobre a matéria. Em 8 de julho de 1988, o Tribunal Supremo julgou caso envolvendo danos causados no decorrer de caça. Naquela ocasião, crianças brincavam ao redor de sua casa, quando foram atingidas por disparos provenientes de grupo de caçadores, que se encontravam entre 40 e 100 metros do local, e fugiram ao tomar conhecimento do evento danoso. A decisão proferida foi mantida pelo Tribunal Supremo, que não conheceu o recurso de cassação interposto pelos ofensores. Ao fundamentar a decisão adotada, a Corte utilizou a inversão do ônus da prova para impor a solidariedade ao grupo, afirmando que caberia aos réus trazer prova quanto à individualização das condutas relacionadas ao prejuízo, sob pena da imposição de solidariedade para a reparação do dano. A matéria também foi apreciada pelo Tribunal Supremo em julgado proferido em 28 de junho de 1996. Analisando pedido indenizatório referente ao falecimento do marido da autora, a Corte impôs responsabilidade solidária pelo pagamento de indenização, levando em conta a identidade das armas, bem como da munição, nos termos do Regulamento da Lei de Caças (Id. Ibid., p. 226-227).

materializou o prejuízo, exceto se não for possível identificá-lo. Nestas hipóteses – e apenas nelas –, surge a solidariedade entre todos os potenciais envolvidos no evento danoso.

Em suma, o ordenamento da Espanha contempla uma única hipótese na qual prevê a responsabilidade solidária dos integrantes do grupo, por danos de natureza anônima. Mesmo neste caso, a legislação adota parâmetros bastante específicos para caracterizar a solidariedade, reforçando ainda mais o caráter excepcional que o legislador quis conferir ao dever de indenizar dos integrantes do agrupamento.

Não obstante a Lei de Caças seja norma específica e excepcional – não sendo aplicável de forma ampla –, verifica-se tendência crescente – seja na doutrina, seja na jurisprudência espanhola – de se defender a imposição de responsabilidade solidária aos integrantes do agrupamento.

Com a evolução do raciocínio, a imposição da solidariedade se mostrou presente em hipóteses específicas, nas quais existem mecanismos que facilitam a caracterização da responsabilidade, sem prejuízo da ausência de prova quanto à individualização das condutas dos potenciais agentes envolvidos no evento danoso.

É o que ocorre, por exemplo, nas situações envolvendo a responsabilidade pelo fato de terceiros, nas quais a lei indica expressamente os responsáveis pelos danos causados por determinados indivíduos (artigo 1.304, alínea 4ª do Código Civil). Como existe previsão legal quanto ao agente a quem incumbe o dever de indenizar, a identificação do real causador do dano, bem como a individualização das condutas praticadas no caso, são prescindíveis. Basta que a lei estabeleça dever legal, imputável ao mesmo indivíduo, de indenizar os prejuízos cometidos por todos os indivíduos potencialmente envolvidos no evento danoso.

Nesse sentido, o Tribunal Supremo espanhol reconheceu a responsabilidade do empregador, com fundamento no artigo 1.304, alínea 4ª do Código Civil, em situação na qual não se conhecia exatamente qual dos empregados causou o dano. Segundo a Corte, a identificação do dependente que teria causado o prejuízo era absolutamente dispensável, na medida em que haveria expressa disposição legal impondo a terceiro – no caso, o empregador – o dever de indenizar²⁷⁰.

A mesma regra se aplica à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, dos tutores pelas condutas dos curadores, e dos estabelecimentos de ensino pelos danos

²⁷⁰ Julgado proferido em 3 de julho de 1984 (MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, cit., p. 230).

causados pelos alunos menores que se encontrem sob seus cuidados, a não ser que provem que adotaram todas as diligências possíveis para evitar o prejuízo.

Não obstante a redação do artigo 1.903.2 do Código Civil exigir, como requisito para a responsabilidade por atos de terceiro, a caracterização de *culpa in vigilando* ou *in educando*, o Tribunal Supremo acabou objetivando a responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos, reduzindo drasticamente a possibilidade de exoneração dos responsáveis quanto ao dever de indenizar.

Foi justamente ao tratar da responsabilidade pelos danos causados por menores, que o Tribunal Supremo analisou, pela primeira vez, o dever de indenizar dos grupos por prejuízo causado por integrante anônimo. O caso julgado envolvia brincadeira realizada por diversas crianças, consistente no lançamento de objeto metálico perfurante, que acabou atingindo o olho direito de terceiro, também menor, que passava pelo local.

A Corte não apreciou o recurso interposto pelos pais (os menores possuíam pais diferentes), que haviam sido considerados responsáveis perante a instância inferior. Para fundamentar a decisão, o órgão julgador enfatizou o caráter arriscado da atividade realizada pelos menores, bem como a culpabilidade desses indivíduos, impondo responsabilidade solidária, que acabou repercutindo na esfera patrimonial dos pais²⁷¹.

No tocante especificamente à impossibilidade de identificação do agente que teria causado o prejuízo, o Tribunal Supremo afirmou que seria excessivamente injusto afastar a responsabilidade dos requeridos por essa razão, na medida em que a vítima deixaria de ser indenizada pelos prejuízos sofridos.

Como fundamento da conclusão adotada, o julgado proferido faz referência expressa à Lei de Caças, afirmando que essa norma estabelece a responsabilidade de certos indivíduos por danos causados por agentes não identificados, mas que integram o grupo do responsável. Ao mesmo tempo em que soluciona o problema quanto à falta de indenização, essa legislação confere fundamento à solidariedade dos causadores dos danos que não são identificados.

A matéria também foi analisada pelo Tribunal Supremo em julgado que analisou situação semelhante, tratando da responsabilidade de dois casais pelos prejuízos causados por seus respectivos filhos com uma escopeta de ar comprimido. Os incapazes haviam

²⁷¹ Julgado proferido em 8 de fevereiro de 1983 (MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, cit., p. 239).

atingido outra criança, ferindo-a, sem que fosse possível identificar qual deles havia realizado o disparo²⁷².

O julgado proferido na ocasião reconheceu a responsabilidade de ambos os casais pelos danos sofridos pelas vítimas. Sem mencionar expressamente a Lei de Caças, ou buscar outro fundamento legal específico sobre o dano de natureza anônima, a decisão simplesmente afirmou que haveria solidariedade no caso, pois esse seria o desfecho adequado para as situações nas quais a identificação do causador do prejuízo não se mostra possível.

Se, na Corte Suprema, a posição da solidariedade se mostra consolidada, nas cortes inferiores da Espanha houve certa relutância em se impor o dever de indenizar a todos os integrantes identificados do grupo.

É o que se verifica da decisão proferida pela Audiência Territorial de Burgos, em 4 de dezembro de 1980. Neste caso, também se analisava a responsabilidade dos pais de diversas crianças, as quais haviam causado dano pelo uso de espingarda de ar comprimido.

A Corte local rejeitou o pedido indenizatório, afirmando que, no regime espanhol de responsabilidade civil, era essencial estabelecer a relação de causalidade entre a conduta dos potenciais ofensores e o dano sofrido pela vítima. Na situação então analisada, todavia, o eventual dever de indenizar decorreria da caracterização do nexo entre o comportamento e o risco ao qual o ofendido teria sido submetido²⁷³.

O julgado proferido na ocasião reconheceu que os menores envolvidos no caso haviam contribuído para o aumento do risco que levou ao prejuízo sofrido pela vítima. No entanto, afirmou que esse fato – por si só – não seria suficiente para caracterizar o dever de indenizar, na medida em que o regime estabelecido pelos artigos 1.902 e 1.903 do Código Civil espanhol exige que a conduta do causador seja qualificada com a ocorrência do dano, e não apenas com a criação – ou mesmo com o incremento – de situação arriscada.

Partindo de situação fática bastante semelhante, a Audiência Territorial de Palma de Mallorca chegou à conclusão oposta àquela acima descrita, em julgado proferido em 24 de

²⁷² Julgados proferidos em 13 de setembro de 1985 e 11 de abril de 2000 (Id. Ibid., p. 240). O julgado também é mencionado por Ricardo de Angel Yagüez (Actuación dañosa de los grupos. *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 96, n. 4, p. 976, 1997).

²⁷³ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 241. A decisão também é analisada por Ignacio de Cuevillas Matozzi (*La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 292-93), e por Ricardo de Angel-Yagüez (Actuación dañosa de los grupos, cit., p. 977).

janeiro de 1981. Naquela ocasião, uma criança que entrava em seu colégio foi atingida por uma pedra lançada a partir de um grupo de outros estudantes, sendo impossível identificar qual deles havia realizado o arremesso.

Provavelmente influenciado pelos precedentes franceses a respeito da matéria, o Tribunal afirmou que haveria culpa conjunta e ação comum entre os potenciais ofensores, que teriam atuado visando à mesma finalidade – qual seja, atingir um terceiro, que não foi alcançado²⁷⁴. Por outro lado, não seria adequado impor à vítima o pesado ônus da prova de se desfazer o anonimato quanto ao efetivo autor do dano²⁷⁵.

A partir da decisão do Tribunal Supremo de 8 de fevereiro de 1983 – já mencionada acima –, houve tendência de harmonização da matéria no âmbito jurisprudencial, com a imposição de responsabilidade solidária a todos os potenciais causadores do prejuízo.

A repercussão do julgado nas instâncias inferiores fica clara pela análise de julgado proferido pela Audiência Provincial de Granada em 11 de março de 1997. Os fatos envolvidos no caso são semelhantes – porém não idênticos – àqueles mencionados acima: três menores envolveram-se em briga, no qual lançaram – uns contra os outros – pedras existentes no local.

Como resultado disso, um deles acabou se ferindo. Todavia, as circunstâncias envolvidas no caso tornavam impossível a identificação do causador do prejuízo, embora se soubesse que ele estaria dentre os demais menores envolvidos no caso.

Seguindo expressamente a linha do Tribunal Supremo, a Corte de Granada reconheceu a responsabilidade solidária dos pais dos menores que se qualificavam como potenciais causadores dos danos. Todavia, também considerou a vítima como corresponsável pelo evento danoso, na medida em que havia participado de jogo perigoso, reduzindo em 1/3 o valor da indenização²⁷⁶.

De forma semelhante, a Audiência Provincial de Córdoba reconheceu a responsabilidade dos integrantes de agrupamento, em julgado proferido em 19 de setembro de 2001. O caso envolvia danos sofridos pela vítima, como consequência de uma rixa, da qual teriam participado diversos indivíduos, sendo alguns menores, e outros maiores de idade.

²⁷⁴CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. op. cit., p. 294.

²⁷⁵MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por um miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 241-242.

²⁷⁶Id. Ibid., p. 242.

O autor direcionou a demanda apenas contra alguns dos envolvidos no evento. No julgamento da ação, o órgão julgador local analisou a incidência sobre o caso do artigo 1.902 do Código Civil espanhol²⁷⁷, que estabelece a cláusula geral da responsabilidade civil tradicionalmente encontrada nas legislações dos ordenamentos da escola romano-germânica.

Adotando a mesma linha do Tribunal Supremo, a Audiência Provincial afirmou que a interpretação estrita do dispositivo acima mencionado deixaria a vítima, a quem o ordenamento jurídico protege, sem reparação²⁷⁸. Para evitar esse desfecho indesejado, a imposição da responsabilidade solidária se mostrava adequada, reforçando-se, desse modo, a ideia contemporânea de que nenhum prejuízo deve ficar sem reparação²⁷⁹.

Já na esfera doutrinária, destaca-se o trabalho de Ignacio de Cuevillas Matozzi, que inicia seu raciocínio acerca da matéria a partir dos comentários de Eneccerus acerca do §840 do Código Civil alemão. Para o autor, o fundamento da solidariedade seria o dever dos integrantes do grupo de prever que sua participação na atividade poderia causar danos a bens jurídicos alheios²⁸⁰.

O autor também cita Larenz, que – comentando o mesmo dispositivo legal – afirma que não é necessário que a atividade perigosa decorra de eventual acordo entre os potenciais causadores do prejuízo, bastando que integrem um fenômeno fático unitário.

Para Matozzi, o ponto principal da controvérsia não se vincula à análise do nexo causal. Na verdade, a questão essencial diz respeito ao princípio da atribuição individual do dano, pois, com reconhecimento da responsabilidade de todos os potenciais envolvidos, vincula-se o dano com a conduta em que incorreram todos os integrantes do grupo, e não com o comportamento específico que mais se aproxima do prejuízo²⁸¹.

²⁷⁷ Artigo 1.902. “*Aquele que por ação ou omissão causa dano a outrem, havendo culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano causado*” (trad. livre do espanhol).

²⁷⁸ Miquel Martín-Casals entende que, em termos gerais, a jurisprudência espanhola reconhece a responsabilidade solidária dos integrantes dos grupos nas situações nas quais (i) os agentes tenham agido de forma coordenada, mediante a premeditação do dano, ou da conduta que gerou situação de risco; e (ii) mesmo que tenham atuado aleatoriamente, os agentes não consigam demonstrar que suas respectivas condutas não possuem relação com o prejuízo (MARTÍN-CASALS, Miquel. *Proportional liability in Spain: a bridge too far*. p. 18. Disponível em: <<http://www.udg.edu/LinkClick.aspx?fileticket=N0NIBNT9mhM%3D&tabid=9725&language=ca-ES>>. Acesso em: 13 e 20 jun. 2013).

²⁷⁹ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 243-244.

²⁸⁰ CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. op. cit., p. 273.

²⁸¹ Id. Ibid., p. 297.

A questão, segundo o autor, é controversa, pois a responsabilidade civil requer – mesmo no âmbito da teoria do risco – a caracterização de dano, que deve ser resultado da conduta praticada pelo agente responsável. Na situação envolvendo os grupos, a atuação de todos os indivíduos levaria apenas à criação ou ao aumento do risco, mas não ao prejuízo propriamente dito.

Muito embora não adote posição definitiva a respeito da controvérsia, Matozzi afirma que uma possível justificativa para a solidariedade reside nos princípios que norteiam a responsabilidade civil. A função primordial da responsabilidade civil é o ressarcimento da vítima, não sendo possível admitir que danos fiquem sem a necessária reparação. Não é equitativo que se deixe o ofendido sem indenização, apenas porque o prejuízo foi causado por um indivíduo não identificado, pertencente a um grupo, o qual é obrigado a arcar com os riscos criados por atividade comum, coordenada ou não, mas que por sua natureza gera riscos para os demais membros da comunidade social²⁸².

Já Ricardo de Angel-Yagüez adota posição mais enfática, conferindo fundamento inovador e bastante consistente para justificar a imposição da solidariedade. O autor propõe aquilo que denomina doutrina da atividade coletiva perigosa, ou do perigo causado por uma coletividade²⁸³.

Para o autor, o desenvolvimento de atividade arriscada por grupo de pessoas – seja de forma organizada, seja espontaneamente –, leva à responsabilidade solidária, caso não seja possível identificar o efetivo causador do dano.

A base da solução, em suma, seria a criação de riscos para terceiros, por parte de todos os integrantes do grupo. Dito de outra forma, o caráter reprovável da conduta – e a razão para a imposição de indenização – decorre da atuação voluntária em conduta cuja periculosidade acaba levando ao resultado nocivo produzido.

Ao comentar a posição de Angel-Yagüez, Matozzi afirma que a atividade coletiva perigosa levaria à flexibilização do nexo causal, caracterizando-se como verdadeira presunção de responsabilidade. A teoria teria diversos atributos positivos, não apenas de natureza jurídica, como também de cunho sociológico, na medida em que retira o pesado ônus probatório que recai sobre a vítima que desconhece o causador do dano.

²⁸² CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. op. cit., p. 298.

²⁸³ ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. op. cit., p. 985.

Todavia, essas premissas conceituais não explicam a isenção do potencial causador, que demonstra não ter causado o dano. Se o fundamento do dever de indenizar é a realização de atuação perigosa comum, pouco importa que o agente demonstre que não foi o efetivo responsável pelo prejuízo.

Adotando-se essa lógica, a responsabilidade dos grupos perderia os contornos de presunção, ganhando contornos de um instituto autônomo – tal como a responsabilidade por atos de terceiros –, que possui requisitos próprios, e gera consequências específicas.

No entanto, Angel-Yagüez cria exceção à própria doutrina que propõe, ao afirmar que o dever de indenizar não pode ser imposto ao integrante do grupo que demonstra não ter causado dano à vítima. Para justificar sua afirmação, o autor argumenta que a exclusão é consequência do princípio da pessoalidade da pena – que se origina na esfera penal, mas se transfere para o campo civil –, alegando ainda que o afastamento da reparação decorre de considerações de justiça que impõem a reparação da vítima como primeiro objetivo da responsabilidade civil²⁸⁴.

Dentro desse contexto, a responsabilidade civil passa a atender a finalidades específicas: a prevenção dos comportamentos antissociais, a indenização dos prejudicados, a dispersão dos ônus relativos aos danos e, principalmente, a garantia dos direitos dos cidadãos. Basta que a vítima demonstre a existência de vínculo entre o dano e a atividade coletiva arriscada, para que se caracterize a solidariedade dos integrantes do agrupamento²⁸⁵.

4.3.2. Os danos causados por produtos defeituosos

A questão sobre a responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado de grupo também surgiu, no direito espanhol, na esfera da responsabilidade pelos danos causados por produtos defeituosos.

Sob a perspectiva legislativa, as relações de consumo possuem, na Espanha, disciplina jurídica semelhante àquela vigente em território brasileiro. A primeira norma que regulou a matéria foi a Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários (“LCU”),

²⁸⁴ ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. op. cit., p. 985.

²⁸⁵ CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. op. cit., p. 306.

datada de 19 de julho de 1984, que já trazia instrumentos relevantes para proteger os interesses dos consumidores²⁸⁶.

Como resultado da integração introduzida pela União Europeia, a Espanha alterou sua legislação, editando a Lei 22/1994, que trata especificamente da Responsabilidade Civil pelos Danos Causados por Produtos Defeituosos (“LRDPD”). Por meio da norma, introduziu-se, no âmbito interno, disciplina que reproduzia a Diretiva comunitária 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985.

A LRDPD passou a regular a responsabilidade pelos danos decorrentes de todos os bens móveis, independentes ou incorporados a imóvel, incluindo gás, eletricidade e os produtos agrícolas que tenham sofrido manipulação. Com isso, reduziu-se drasticamente o âmbito de incidência da LCU, que passou a ser aplicada exclusivamente para os produtos não inseridos no artigo 2º da LRDPD, tais como os bens imóveis e os serviços.

Seguindo a Diretiva europeia, a legislação espanhola adotou regime de responsabilidade objetiva, imputando o dever de indenizar como consequência do simples exercício de atividade produtiva que levou à colocação do produto defeituoso no mercado. O vasto âmbito de incidência da norma inclui não apenas o fabricante do produto, como também aquele que fabrica seus componentes, ou que o coloca no mercado, ou ainda que se apresente ao mercado, de qualquer forma, como fornecedor do bem²⁸⁷.

Por mais que adote regime objetivado de responsabilidade, a LRDPD não dispensa a identificação do defeito, do dano, e da relação de causalidade entre ambos. Muito embora não seja necessário demonstrar que o produto foi efetivamente feito pelo fabricante, é essencial que o consumidor identifique aquele que – de qualquer forma – é responsável pelo produto defeituoso²⁸⁸.

²⁸⁶ Ao tratar da responsabilidade pelos danos causados por produtos defeituosos, o artigo 27.1 da LCU impunha responsabilidade ao fabricante, importador e fornecedor quanto à origem, identidade e idoneidade do produto, ao portador dos produtos a granel, e à firma ou razão social que figure nos produtos engarrafados, etiquetados e fechados. De acordo com o artigo 27.2, todos esses agentes respondem de forma solidária por eventual dano sofrido pelo consumidor. Já o artigo 28.1 da norma impunha responsabilidade de natureza objetiva a alguns produtos, incluindo os farmacêuticos (MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 278-279).

²⁸⁷ O artigo 5º da LRDPD tem o seguinte teor:

Artigo 5º. “*Prova O prejudicado que pretenda obter a reparação dos danos causados terá que provar a reparação dos danos causados terá que provar o defeito, o dano e a relação de causalidade entre ambos*” (trad. livre do espanhol).

²⁸⁸ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 280.

É bem verdade que, na maioria dos casos, a exigência legal não constitui óbice insuperável para a vítima. São tantos os potenciais responsáveis pelos danos, que eventual dificuldade em apontar o fabricante real ou aparente é resolvida mediante o direcionamento da demanda ao vendedor envolvido na relação de consumo. Nesta situação, cabe a esse último provar quem foi o fabricante, distribuidor, ou importador, para que se exonere de sua responsabilidade²⁸⁹.

Sem prejuízo, há situações nas quais existem vários fabricantes finais do mesmo produto, sendo impossível apontar qual deles colocou o bem defeituoso em circulação. Essa situação – que, se verá adiante, gerou precedente relevante nos Estados Unidos da América – é comum em se tratando de danos colaterais causados por medicamentos.

Como existem vários laboratórios que, em determinadas situações, produzem o mesmo princípio ativo, às vezes não se consegue verificar qual deles é o fabricante do medicamento que causou o dano sofrido pelo consumidor. Essa situação de indefinição se torna ainda mais complexa, tendo em vista o longo período que pode ocorrer entre o consumo da substância e o surgimento dos efeitos indesejados.

A existência de vários fornecedores, juntamente com a impossibilidade de apontar qual deles produziu a substância prejudicial, caracteriza típica hipótese de danos causados por integrante não identificado de grupo. Dentre os diversos fabricantes do mesmo princípio ativo, encontra-se aquele que produziu o medicamento que causou o dano, sem que seja possível – à luz das circunstâncias do caso – identificá-lo como o efetivo responsável pelo prejuízo.

De forma semelhante ao que ocorreu nos Estados Unidos da América – e que será objeto de análise na ocasião oportuna –, na Espanha também houve litígio envolvendo danos causados por princípio ativo denominado *diestilstilbestrol* (DES).

O medicamento consistia em estrógeno sintético utilizado para evitar abortos involuntários. Decorridos muitos anos após sua retirada do mercado, o DES revelou-se altamente prejudicial. Como resultado da utilização do componente pelas mães, ao longo

²⁸⁹ É o que se verifica do artigo 4º, alínea 3, da LRDPD, cujo teor é o seguinte:

“Se o fabricante do produto não pode ser identificado, será considerado como fabricante quem tiver fornecido o produto, ao menos que, no prazo de três meses, indique ao prejudicado a identidade do fabricante ou de quem tivesse fornecido o dito produto. A mesma regra se aplicará em caso de produto importado, se o produto não indica o nome do importador, ainda quando se indique o nome do fabricante”.

da gravidez, muitos dos filhos nascidos desenvolveram câncer, havendo elementos científicos vinculando o desenvolvimento da moléstia com o consumo do princípio ativo.

Como será visto adiante, o caso *Sindell v. Abbot Laboratories* se tornou importante precedente acerca da matéria nos Estados Unidos da América, introduzindo significativa inovação no regime norte-americano da responsabilidade civil. Sem poder identificar os produtores dos medicamentos que haviam gerado os efeitos colaterais, os autores da ação ingressaram contra os maiores laboratórios do ramo.

Em julgamento proferido em 1980, a Suprema Corte da Califórnia adotou a inversão do ônus da prova. Com base nessa premissa, o Tribunal condenou todos os laboratórios que não haviam comprovado que seus respectivos medicamentos não haviam sido consumidos, não sendo a causa dos danos sofridos pelos autores da demanda.

A Corte também inovou quanto à repartição do valor da indenização, determinando que os diversos réus da ação arcassem com reparação proporcional à sua participação no mercado. O julgado justificou esse raciocínio afirmando que, desse modo, a responsabilidade de cada laboratório se aproximaria dos danos causados por seus respectivos produtos à coletividade de consumidores²⁹⁰.

Na Espanha, há julgado tratando do dever de reparação pelos danos causados pelo DES. Trata-se da decisão proferida pela Audiência Nacional²⁹¹, de 6 de março de 2002²⁹², em caso no qual médico integrante do Centro Ginecológico Llatjós havia receitado medicamento denominado *Protectone*, cujo princípio ativo era o DES.

Cerca de 16 anos depois, a filha da paciente compareceu à mesma clínica, reclamando de problemas menstruais. Diagnosticou-se, naquela ocasião, que os sintomas haviam sido causados por câncer vaginal, que levou ao falecimento da paciente após alguns anos²⁹³.

A autora da demanda decidiu direcioná-la contra a Vigilância Sanitária espanhola, e não contra o laboratório fabricante do medicamento, alegando que o consumo do

²⁹⁰MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 283.

²⁹¹A Audiência Nacional é um tribunal com sede em Madri, e jurisdição sobre todo território espanhol. Foi criado por meio do Decreto Lei Real 1/1977, de 4 de janeiro, e possui competência para determinadas matérias na esfera penal, bem como para contencioso de natureza administrativa.

²⁹²3ª Sala, 4ª Seção.

²⁹³SEUBA, Joan C.; RAMOS, Sonia; RUBI, Antonio; SÁNCHEZ, Víctor; PIÑEIRO, José; CAMÍ, Maria. *Guía InDret de jurisprudencia española sobre responsabilidad civil por productos defectuosos*. 3. ed. Barcelona: Indret, 2003. p. 25-26. Confira-se também MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 286.

produto havia sido autorizado sem que houvesse testes prévios acerca de sua composição e características.

A Audiência Nacional rejeitou o pedido da autora, com base no risco de desenvolvimento, que havia sido reconhecido como causa de exoneração de responsabilidade pelo artigo 141.1 da Lei 30/1992. De acordo com a Corte, no momento do consumo do medicamento, o estado da ciência impedia que seus efeitos nocivos fossem conhecidos.

Sem prejuízo, o julgado proferido naquela ocasião afirmou que, pela aplicação do senso comum, bem como pela valoração conjunta dos elementos probatórios produzidos na ação, era razoável concluir que o consumo do medicamento havia sido a causa da moléstia sofrida pela filha da autora²⁹⁴.

O julgado espanhol não reflete situação idêntica àquela verificada nos Estados Unidos da América, e o raciocínio utilizado na Espanha pode – quando muito – ser reconhecido como precedente para se analisar a flexibilização do nexos causal, utilizando a fundamentação adotada como ponto de partida para se examinar a responsabilidade do integrante não identificado dos grupos.

De fato, ao invés de analisar a responsabilidade dos integrantes do agrupamento, a decisão jurisprudencial se voltou mais para a incerteza da causa, na medida em que inexistia evidência inequívoca vinculando o consumo do medicamento com a doença contraída pela vítima.

Partindo desse cenário fático, o julgado aplicou verdadeira presunção de causalidade, pois, embora ignorasse a causa concreta e exata que causou o dano, entendeu que bastaria – para a caracterização do dever de indenizar – a existência de probabilidade razoável de que o prejuízo tivesse sido provocado pela atividade do requerido²⁹⁵.

Reforçando a tendência de flexibilizar o nexos causal, a jurisprudência espanhola adotou fundamentação bastante semelhante à acima mencionada em caso altamente controverso. Ao longo da década de 1980, cerca de 30.000 pessoas sofreram intoxicação,

²⁹⁴MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por um miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 286.

²⁹⁵Id. Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 351, p. 15, abr. 2008.

das quais cerca de 1.000 vieram a falecer, sem que a respectiva causa fosse – ao menos inicialmente – identificada²⁹⁶.

Após a investigação sobre o agente causador – que envolveu, dentre outros fatores, até questionamentos sobre acidentes com armas bacteriológicas –, verificou-se que, nos anos de 1980 e 1981, havia ocorrido a distribuição de azeite de canola com anilina.

Esse produto era importado da França na década de 1970. Para proteger a indústria nacional do azeite de oliva, o governo espanhol exigiu que a importação se voltasse exclusivamente para fins industriais, tendo em vista – principalmente – a necessidade da indústria siderúrgica por esse produto.

Após sua chegada ao território espanhol, o azeite de canola importado recebia tratamento com rícino. Para reduzir os custos, os importadores requereram a substituição desse componente por componente denominado *azul de cereas*, que possuía anilina tóxica, mas não fatal, e que gerava custos inferiores na cadeia produtiva. Como o azeite não era destinado ao consumo humano, as autoridades sanitárias autorizaram a substituição²⁹⁷.

Todavia, alguns produtores resolveram reverter o processo industrial então aplicado, comercializando o azeite de canola com a substância tóxica, por meio de ambulantes, ou mesmo de forma direta.

Como resultado dos graves danos provocados sobre a saúde da população, iniciou-se ação penal. Em decisão proferida em 23 de abril de 1992, o Tribunal Supremo espanhol condenou os acusados por delitos contra a saúde pública, estafa e imprudência temerária. Alguns dos réus também foram condenados civilmente a indenizar os prejuízos causados, embora a causa das intoxicações nunca tivesse sido identificada de forma inequívoca.

À luz da insolvência de muitos dos condenados, as vítimas do consumo do azeite iniciaram novas ações, desta vez contra alguns dos integrantes da administração pública, com o propósito de obter reparação. Nessas demandas, a pretensão indenizatória se baseava na imprudência quanto à permissão do uso de rícino para o tratamento do produto²⁹⁸.

²⁹⁶MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, cit., p. 288.

²⁹⁷MARTÍN-CASALS, Miquel. op. cit., p. 11-12.

²⁹⁸Até maio de 2006, haviam sido julgados na Espanha 36 dos 18.517 processos envolvendo os danos ocorridos em razão do consumo de azeite. Naquela ocasião, os tribunais espanhóis haviam determinado o pagamento de indenizações que somavam €2.374 milhões (VEINTICINCO años del aceite de colza, la mayor intoxicación alimentaria en la historia de España. Disponível em:

Em decisão proferida em 26 de setembro de 1997, o Tribunal Supremo manteve a condenação inicialmente imposta pela Audiência Nacional, condenando o antigo diretor do Laboratório Central de Aduanas e o chefe da Seção de Importação do mesmo órgão ao pagamento de indenização pelas consequências danosas decorrentes do consumo de azeite. Com isso, coube ao Estado arcar com o pagamento da reparação, em razão de sua condição de responsável subsidiário pelos prejuízos causados por integrantes da administração²⁹⁹.

Não obstante inexistissem elementos inequívocos vinculando o consumo de óleo com as consequências sofridas pela população, o Tribunal Supremo espanhol reconheceu a responsabilidade dos fornecedores, utilizando raciocínio baseado mais na probabilidade do que na certeza propriamente dita.

Naquela oportunidade, a Corte entendeu que os requisitos para a caracterização do dever de indenizar estavam cumpridos, pois os peritos que se manifestaram no caso haviam afirmado que havia alta probabilidade de que o consumo de óleo tivesse causado os danos sofridos pela população. Seguiu-se, em suma, lógica semelhante àquela adotada na esfera do *common law*, na qual as exigências inerentes à causalidade são consideradas satisfeitas se o fator for, *more probable than not*, a causa do prejuízo.

Muito embora Virgínia Múrtula Lafuente confira certa ênfase aos julgados acima mencionados, em sua tese a respeito da responsabilidade dos integrantes dos grupos, o raciocínio utilizado pelas decisões não é suficiente – por si só – para lidar com as situações envolvendo a responsabilidade do membro não identificado do grupo.

Na realidade, há diferenças relevantes entre as situações envolvendo a chamada presunção de causalidade, e o dano causado por membros anônimos de grupo. O nexo causal presumido é aplicado em situações nas quais se conhece a potencial causa do dano, mas seu vínculo com o prejuízo é apenas provável. Para solucionar essa situação, abandona-se a certeza como requisito para a caracterização do dever de indenizar, aceitando-se raciocínio baseado no bom senso e na razoabilidade.

Em contrapartida, as situações envolvendo os integrantes dos grupos possuem como característica marcante o desconhecimento sobre a identidade do causador do dano.

<<http://www.20minutos.es/noticia/114091/0/aniversario/aceite/colza/>>. Acesso em: 20 maio 2013). Míquel Martín-Casals estima que o valor total das indenizações tenha alcançado €3.381.805,001 (MARTÍN-CASALS, Miquel. op. cit., p. 11).

²⁹⁹ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por um miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 287-288.

De fato, conhece-se a causa do dano – no caso, um dos integrantes do grupo –, mas não se consegue identificá-la.

Logo, mesmo raciocínio baseado na probabilidade não basta para solucionar a questão envolvendo o anonimato dos integrantes do grupo. Diferentemente do que ocorre na presunção de causalidade, o simples recurso à razoabilidade não resolve o problema, pois se sabe que o dano foi causado por um ou alguns poucos indivíduos, ou seja, não é possível sequer presumir que o prejuízo foi resultado da conduta de todos os membros da coletividade.

Em suma, no âmbito restrito da responsabilidade dos grupos, a lógica da causalidade presumida não se aplica de forma imediata. Trata-se, no máximo, de forte indício sobre a tendência jurisprudencial de se flexibilizar o nexo causal, o que pode ser utilizado como instrumento para se analisar o dever de indenizar dos integrantes de agrupamentos.

4.3.3. Os danos causados pela contaminação do amianto

Na análise da responsabilidade civil dos grupos, os danos decorrentes da exposição de trabalhadores ao amianto se revelam campo fértil para controvérsia, trazendo hipótese fática cujas sutilezas – embora semelhantes – não são absolutamente idênticas às aquelas verificadas nos demais casos relacionados à matéria.

Em grande parte dos casos envolvendo contaminações sofridas por indivíduos, o dano é resultado da exposição contínua à ação de determinado agente. É o que ocorre, por exemplo, com o fumo, cujas respectivas sequelas decorrem do uso prolongado de produtos que utilizam o tabaco em sua composição.

A situação é diversa, todavia, no tocante ao mesotelioma, uma grave espécie de câncer de pulmão que afeta o mesotélio, que é a camada que protege o interior de diversos órgãos. Diferentemente do que ocorre na maioria das situações, uma única exposição indevida ao amianto pode levar à contaminação, embora a moléstia possa permanecer imperceptível por longo período.

Consequência natural disso é que, nas hipóteses nas quais o indivíduo foi exposto a fontes diversas de amianto, é praticamente impossível apontar qual delas causou a moléstia. Em termos práticos, se o ofendido trabalhou ao longo de 30 anos e, neste

período, atuou por empresas diferentes, sendo exposto em todas elas ao agente nocivo, não se consegue definir em qual delas o dano ocorreu.

As consequências do surgimento do mesotelioma como resultado desses eventos foram debatidas em algumas jurisdições, principalmente na esfera do *common law*. Já nos ordenamentos que integram o sistema romano-germânico, o debate sobre a matéria é menos intenso, em razão do consolidado sistema de proteção previdenciária que existe – principalmente nos países europeus –, e que indeniza os trabalhadores por considerar a moléstia uma espécie de doença profissional³⁰⁰.

Essa situação fática é extremamente interessante para o exame da responsabilidade civil dos grupos. Por um lado, existem diversos causadores em potencial do dano, sendo impossível definir – com absoluta precisão – qual deles incorreu na conduta que levou ao prejuízo.

Por outro, essas hipóteses envolvem sutileza quase única, que torna a controvérsia ainda mais intrincada e fascinante. Na maioria das situações tratadas na presente dissertação, os potenciais causadores atuam de forma coordenada, no mesmo momento e local, e a conduta de um deles causa o dano. Já na contaminação por amianto, a moléstia é resultado do comportamento de um dos diferentes agentes, os quais, por sua vez, agiram em momentos e ocasiões diversas.

As diferenças de local e tempo em relação às potenciais causas do prejuízo se traduzem em fator de enorme relevância para a análise do caso. Como visto acima, um dos fundamentos mais consistentes para justificar solidariedade dos integrantes do grupo é a chamada *atividade coletiva perigosa*, ou seja, a atuação conjunta dos membros do grupo que – de forma coordenada ou não – colocam a vítima em situação de risco que acaba se materializando.

Seguindo essa teoria, a conduta que efetivamente causa o dano perde relevância à luz do conjunto de comportamentos que colocam a vítima na situação de perigo na qual o prejuízo de materializa. Em suma, o dano não é resultado de fato isolado, mas de evento de natureza coletiva, consistente na ação ou omissão que, juntamente com outros atos comissivos ou omissivos da mesma natureza, levou ao evento danoso.

³⁰⁰Sem prejuízo, Miquel Martín-Casals noticia que, de janeiro de 1996 a janeiro de 2010, houve ao menos 190 decisões das Cortes espanholas sobre danos causados pelo amianto. Em termos de indenização, o autor informa que as condenações estabelecidas nos casos variam de € 6.000,00 a € 427,050.27, sendo que os números de reparações ainda estaria crescendo (MARTÍN-CASALS, Miquel. op. cit., p. 11-12).

Essa premissa sofre questionamentos necessários no tocante às situações envolvendo o mesotelioma. A moléstia é resultado da conduta de um dos diversos agentes que atuavam com amianto, mas as exposições ocorreram em momentos e locais diversos. Logo, se é verdade que todos os potenciais responsáveis submeteram a vítima a situação de risco, também é inegável que cada agente provocou perigo diverso, ou seja, alguns deles não causaram o evento arriscado no qual o dano se verificou.

A controvérsia quanto à responsabilidade nesses casos será tratada mais adiante, tanto no exame de outras jurisdições, quanto na análise do caso à luz do direito brasileiro. Discute-se, em suma, a responsabilidade de empresas que lidam com o amianto, e que causam contaminação não apenas em razão da exposição direta ao produto – que ocorre normalmente com os trabalhadores –, como também do contato indireto, que normalmente acontece pela aproximação de familiares com o tecido dos funcionários, ou pela passagem dos cidadãos pelos locais usados pelas empresas para depósito das substâncias³⁰¹.

Na jurisdição espanhola, a matéria foi analisada pelos Tribunais, ainda que em situações excepcionais. Neste ponto, destaca-se caso no qual viúva de trabalhador ajuizou ação, buscando indenização em razão do falecimento de seu marido, que havia contraído mesotelioma no ambiente profissional³⁰².

A doença havia sido adquirida como resultado da exposição ao amianto ao longo de 30 anos. Durante esse período, o falecido havia trabalhado em diversas sociedades, atuando por cerca de 5 meses em demolidora denominada *Sociedad Ibérica de Montajes*, por 7 meses para uma empresa que atuava na montagem e desmontagem de isolamento de amianto, cuja razão social era *Salvador Castejón Pedreño*, e por 1 mês para a *Caspesa*, que atuava no mesmo segmento do mercado. Também atuou, por cerca de 20 anos, como empregado de sociedade chamada *Commmain*, que realizava a manutenção das instalações da companhia petrolífera *Repsol-Petróleo*.

A autora da demanda incluiu no polo passivo a *Caspesa*, a *Sociedad Ibérica de Montajes*, a *Commmain*, bem como a *Repsol-Petróleo*. No julgamento em primeiro grau, houve a condenação apenas das duas últimas sociedades. A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Murcia.

³⁰¹MARTÍN-CASALS, Miquel. op. cit., p. 14.

³⁰²MARTÍN-CASALS, Miquel; SOLÉ, Josep. Multiple tortfeasors in Spanish law. In: ROGERS, W.V.H. (Ed.). *Unification of tort law: multiple tortfeasors*. Haia: Kluwer Law International. 2004. p. 208-209.

O Tribunal Supremo da Espanha seguiu a mesma linha argumentativa dos tribunais inferiores, mantendo a decisão proferida no caso. Para a instância máxima espanhola, a conclusão do julgamento se justificava à luz de fator específico, e bastante relevante: o contraste entre o longo período no qual a vítima exerceu suas atividades como empregado da *Commain* – e como prestador de serviços da *Repsol-Petróleo* –, e o curto espaço temporal no qual ele atuou nas demais empresas envolvidas na ação³⁰³.

Miquel Martín-Casals classifica o desfecho conferido ao caso como problemático. Segundo os autores, a exoneração dos réus que impuseram a vítima à exposição menos duradoura é controversa, na medida em que, com a inalação da fibra de amianto que causa o mesotelioma, as exposições posteriores são irrelevantes. Logo, a contaminação poderia ter ocorrido nos períodos mais curtos de atividade profissional³⁰⁴.

Sem prejuízo, Miquel Martín-Casals e Josep Solé, em outro artigo acerca da matéria, afirmam que a conclusão do julgamento não indica o desfecho que o caso teria tido, caso a vítima tivesse trabalhado em períodos semelhantes nas diversas empresas potencialmente responsáveis pelo evento danoso. Os autores acreditam que os tribunais espanhóis imporiam responsabilidade solidária a todas as empresas nas quais o trabalhador teria sofrido exposição à substância tóxica³⁰⁵.

4.3.4. Os danos causados em manifestações

De forma semelhante ao regime de outras Constituições contemporâneas, a Carta Magna espanhola assegura, em seu artigo 21, o direito dos cidadãos quanto à realização de reuniões pacíficas e sem armas, bem como de encontros em lugares de trânsito público.

³⁰³ Diante da enorme complexidade dos eventos ocorridos na atualidade, a probabilidade tem sido suscitada como alternativa para as situações nas quais não se consegue estabelecer certeza absoluta quanto à causa de determinado dano. Dentro de uma análise baseada no senso comum, e nas noções de experiência do próprio julgador, aponta-se o fator que provavelmente levou ao prejuízo sofrido.

Sob esta perspectiva, Caitlin Sampaio Mulholland afirma que “o magistrado, em juízo de convencimento e presumindo a existência de nexo de causalidade, impõe a obrigação de indenizar à pessoa possível e provavelmente causadora do dano.

Para realizar esta função, são enumeradas todas as condições que contribuíram, de alguma forma, para a ocorrência do evento danoso. O juiz poderá selecionar aquela condição – ou condições – que imputa como sendo a que comumente, ordinariamente ou provavelmente causaria o dano que se pretende reparar. Mesmo na inexistência de prova concreta sobre o acontecimento, faculta-se ao juiz a possibilidade de presumir a existência de um liame causal entre o dano sofrido e aquela condição por ele selecionada”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. op. cit., p. 298).

³⁰⁴ MARTÍN-CASALS, Miquel. *Proportional liability in Spain: a bridge too far*, cit., p. 16.

³⁰⁵ MARTÍN-CASALS, Miquel; SOLÉ, Josep. op. cit., p. 209.

A norma constitucional é regulamentada pela Lei Orgânica nº 9/1983, de 15 de julho. Muito embora a legislação não sujeite a realização de reuniões à autorização governamental, ela exige comunicação prévia à autoridade competente nos casos em que a manifestação for planejada para local de trânsito público. Nesta hipótese, o órgão governamental pode proibir o evento, ou sugerir outro lugar para sua realização³⁰⁶.

Em se tratando dos danos causados nas manifestações, o artigo 4º da Lei Orgânica nº 9/1983 impõe responsabilidade subsidiária aos organizadores do evento, caso não se identifique o causador do prejuízo. Para a caracterização do dever de indenizar, a norma exige que se demonstre a culpa dos organizadores do evento, sujeitando a reparação à prova da omissão quanto à adoção das medidas necessárias para prevenir a ocorrência do dano³⁰⁷.

De acordo com Virginia Múrtula Lafuente, a carga da prova relativa aos danos ocorridos nas manifestações deve ser analisada à luz da jurisprudência existente a respeito do artigo 1.902 do Código Civil espanhol.

Segundo a autora, os tribunais espanhóis impõem o dever de produzir evidências à parte que se encontre em melhores condições de fazê-lo. Nas situações envolvendo danos causados em manifestações públicas, é mais razoável que se exija que o organizador demonstre que adotou as medidas necessárias para evitar a ocorrência de prejuízos, ao invés de impor esse severo ônus sobre a vítima³⁰⁸.

A responsabilidade subsidiária dos organizadores não possui enorme relevância para os propósitos desta dissertação, na medida em que o escopo do trabalho se volta para

³⁰⁶MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 298-299.

³⁰⁷O teor da norma é o seguinte:

“Artigo quatro.

2. *Pela boa ordem das reuniões e manifestações serão responsáveis seus organizadores, que deverão adotar as medidas para o adequado desenvolvimento das mesmas.*

3. *As pessoas físicas ou jurídicas que figurem como organizadoras ou promotoras de reuniões ou manifestações, somente responderão civilmente pelos danos que os participantes causem a terceiros quando tenham deixado de adotar a diligência razoavelmente exigível para prevenir o dano causado*” [trad. livre do espanhol].

³⁰⁸A autora ilustra sua afirmação com o julgado proferido pela Audiência Provincial de Alicante, em 2 de junho de 1999. Naquela ocasião, o autor da demanda buscava indenização em razão dos danos sofridos em seu olho, como resultado do lançamento de objeto em carreata. Como não foi possível identificar o causador do dano, o Tribunal acabou impondo o dever de indenizar à sociedade que havia organizado a manifestação, afirmando que as circunstâncias envolvidas no caso eram suficientes para indicar a existência da culpa por parte dos organizadores (MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 302).

as situações nas quais inexistente disciplina normativa acerca da responsabilidade dos membros não identificados de grupos.

Por essa razão, despertam maior interesse as manifestações espontâneas, nas quais inexistente um organizador que possa arcar com a indenização, caso o dano permaneça anônimo. Inexistindo pessoa física ou jurídica que tenha assumido a promoção do evento, a responsabilidade subsidiária, prevista na lei, simplesmente não tem aplicação.

Nestas hipóteses, Virginia Múrtula Lafuente entende que existe responsabilidade solidária dos manifestantes, caso suas condutas culposas tenham contribuído – de alguma forma – para a ocorrência do evento danoso. Segundo a autora, a responsabilidade dos membros do grupo decorre da previsibilidade que possuem quanto aos potenciais resultados dos comportamentos adotados ao longo das manifestações³⁰⁹.

Para a caracterização do dever de indenizar, basta que o indivíduo se encontre no meio do agrupamento que causou os danos, e seja impossível individualizar as condutas que levaram ao prejuízo. Por outro lado, Virginia Múrtula Lafuente entende que a responsabilidade será afastada, caso o potencial causador demonstre que inexistente nexo causal entre sua conduta e o dano, ou ainda que a hipótese tratada não integra as hipóteses de imputação objetiva da responsabilidade.

Com o escopo de ilustrar seu raciocínio, a autora diferencia duas situações. Por um lado, o manifestante que se une a outros para cometer atos violentos é responsável por eventuais danos causados por esse agrupamento, mesmo que seja impossível identificar a conduta que efetivamente causou o dano.

Por outro, não se impõe dever de indenizar ao indivíduo que não se encontrava dentro do grupo cujas ações levaram ao evento danoso, e que manteve comportamento pacífico ao longo da manifestação. Em suma, o grupo responsável pela indenização é apenas a coletividade cujas condutas são compatíveis com o prejuízo ocorrido.

Sob a perspectiva legislativa, a conclusão quanto à solidariedade dos integrantes do grupo se baseia nos artigos 1.902 e 1.104 do Código Civil espanhol. Enquanto a primeira norma traz a cláusula geral acerca da responsabilidade civil subjetiva, o último dispositivo traz o conceito normativo de culpa, caracterizando-a como “*a omissão daquela diligência*

³⁰⁹ MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de um grupo*, cit., p. 305-306.

exigida pela natureza da obrigação e que corresponda às circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar”³¹⁰.

A contribuição da doutrina espanhola é relevante para os propósitos da presente dissertação, na medida em que parte de contexto normativo bastante semelhante ao brasileiro – no qual inexistia disciplina legal específica sobre a responsabilidade dos grupos –, traçando parâmetros conceituais que justificam a responsabilidade solidária dos integrantes da coletividade.

4.4. Direito argentino

4.4.1. Regime geral da responsabilidade pelos danos causados por integrante não identificado do grupo

O direito argentino se revela particularmente interessante para o estudo da responsabilidade civil dos integrantes do grupo, à luz da atração que o tema despertou perante os juristas locais. Tanto pela quantidade das manifestações, quanto por sua qualidade, a doutrina da Argentina contribui de forma marcante para o estudo do tema.

As questões que os autores argentinos suscitam são bastante semelhantes às aquelas levantadas nos demais ordenamentos. Busca-se, em suma, estabelecer (i) qual o fundamento da solidariedade entre os integrantes do grupo; e (ii) quais os requisitos necessários para sua imposição a todos os participantes do agrupamento. Em suma, deve-se definir se o agrupamento é responsável pelos danos causados por parte de seus membros, bem como as condições nas quais essa modalidade de responsabilidade surge.

Neste ponto, Lidia M. R. Garrido-Cordero trata de vários possíveis fundamentos para a responsabilidade solidária. Como potencial justificativa para a solidariedade, a autora menciona a possibilidade de aplicação analógica do artigo 95 do Código Penal argentino, que tipifica o delito de rixa, e qualifica como coautores de eventuais danos todos

³¹⁰ “Artículo 1104

La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

os participantes do fato, por mais que suas eventuais condutas não possuam relação direta com o evento danoso.

Todavia, a autora afasta o recurso ao tipo penal como fundamento da responsabilidade dos grupos. Adotar, na esfera civil, a lógica inerente à norma penal significaria imputar o dever de indenizar a partir de bases conceituais distintas daquelas normalmente adotadas para o reconhecimento da responsabilidade. Significa, em última análise, admitir a obrigação de reparar o dano sem que haja vínculo entre a conduta do ofensor e o prejuízo sofrido pela vítima, desconsiderando-se por completo o nexo causal, e talvez até mesmo o caráter doloso ou culposos do comportamento³¹¹.

Como alternativa a esse raciocínio, Garrido-Cordero sugere que a solidariedade dos integrantes do grupo seja compreendida como verdadeira indenização por equidade. Se é possível que se impute o dever de indenizar por atos involuntários, nos termos do artigo 907 do Código Civil argentino³¹², seria absolutamente razoável – e equânime – que se impusesse a obrigação de reparar por danos involuntários originados de condutas voluntárias³¹³.

Dentro dessa lógica de equidade, a autora entende que a responsabilidade coletiva se revela compatível com o regime geral de responsabilidade civil, principalmente no tocante à teoria do risco criado. Imputa-se o dever de indenizar tanto aos indivíduos que intervieram na conduta danosa, quanto àqueles que simplesmente integraram o grupo, na medida em que a relação causal entre o prejuízo e a ação do agrupamento afeta todos os membros da coletividade³¹⁴.

Sob a perspectiva normativa, Garrido-Cordero defende que o fundamento para a aplicação da solidariedade a todos os integrantes dos grupos residiria no artigo 1.119 do

³¹¹GARRIDO-CORDERO, Lidia M. R. *La reparación de daños colectivos*: daños con motivo de encuentros futbolísticos. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 1988. (Cuadernos de Investigaciones, 3). p. 25-26.

³¹²“Artigo 907. Quando por atos involuntários se causar a outro algum dano em sua pessoa e bens, apenas se responderá com a indenização correspondente, se com o dano o autor do ato se enriqueceu, e apenas no montante em que houver enriquecido. Os juízes poderão também impor ressarcimento a favor da vítima do dano, com base em razões de equidade, levando em consideração o patrimônio do autor do ato e a situação pessoal da vítima” (trad. livre do espanhol).

³¹³GARRIDO-CORDERO, Lidia M. R. op. cit., p. 27.

³¹⁴Para reforçar seu raciocínio, Garrido-Cordero faz referência ao Enunciado 13 da Comissão nº 5 das Jornadas Nacionais de Direito Civil, realizadas em Rosário, cujo teor é o seguinte: “Quando o dano é causado por membro não identificado de um grupo determinado, todos seus integrantes estão obrigados in solidum à reparação se a ação do conjunto é imputável à culpabilidade ou ao risco”. (Id. Ibid., p. 8 – trad. livre do espanhol).

Código Civil argentino³¹⁵. O dispositivo trata da responsabilidade dos moradores por objetos lançados de habitações coletivas e, segundo a autora, deveria ser aplicado de forma generalizada a todas as situações envolvendo prejuízos causados por integrantes de coletividades.

Em última análise, partindo de noções de equidade, Garrido-Cordobera justifica a solidariedade dos integrantes do grupo com base em verdadeiro nexos causal coletivo. Esse conceito – um tanto obscuro, diga-se de passagem – teria como fundamento a aplicação generalizada do artigo 1.119 do Código Civil argentino, e vincularia todos os membros da coletividade ao dano, sem distinguir os indivíduos que efetivamente praticaram condutas relacionadas ao prejuízo, daqueles que apenas integravam o agrupamento por ocasião da ocorrência do evento danoso.

Muito embora defenda a solidariedade dos integrantes do grupo, Jorge Mosset Iturraspe recorre a fundamentos distintos daqueles adotados por Garrido-Cordobera. Ao tratar da matéria, o autor reproduz questionamento feito por outros doutrinadores argentinos, indagando se o dano causado por membro de grupo é uma nova categoria inserida na responsabilidade civil, ou se essa modalidade de prejuízo se revela apenas como mecanismo para a inversão do ônus da prova quanto aos elementos da responsabilidade.

Para os autores que conferem contornos probatórios a essa modalidade de dano, as situações envolvendo prejuízos causados por grupos levaria à inversão do ônus probatório quanto à identidade do ofensor. Logo, o dever de indenizar apenas seria afastado se os potenciais ofensores demonstrassem que não causaram o prejuízo.

Já para a vertente que defende que a matéria possui contornos materiais – na qual Iturraspe se inclui –, a responsabilidade coletiva possui características próprias e diferentes da individual, e o dever de indenizar não é excluído mediante a prova de que o ofensor não

³¹⁵ Maria Carolina Caputto menciona outras normas argentinas que também contemplam a responsabilidade coletiva dos grupos. São elas:

- i) artigo 95 do Código Penal, que tipifica as lesões ou o homicídio causados em razão de rixa;
- ii) artigo 40 da Lei de Defesa do Consumidor nº 24.240, que estabelece a responsabilidade solidária do produtor, fabricante, importador, distribuidor, provedor, vendedor e de quem tenha a marca do produto ou serviço pelos danos causados ao consumidor; e
- iii) o artigo 31 da Lei Geral do Ambiente nº 25.675, que estabelece que, em caso de dano ambiental no qual haja a possível participação de duas ou mais pessoas, elas serão solidariamente responsáveis, se não for possível identificar quem causou o prejuízo (CAPUTTO, Maria Carolina. Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado. *Responsabilidad Civil y Social*, n. 39, p. 40, nov. 2011).

causou o dano. Mais do que dessa simples evidência, o afastamento da solidariedade dependeria, necessariamente, da identificação do verdadeiro causador do prejuízo³¹⁶.

Como fundamento para a solidariedade dos integrantes dos grupos, Iturraspe recorre ao já conhecido regime da responsabilidade por fatos de terceiros. Nestas hipóteses, existem basicamente dois indivíduos: de um lado, o causador do dano, de outro, o indivíduo a quem cabe arcar com o pagamento da indenização.

Nos casos tradicionais de responsabilidade por fatos de terceiros, a vítima pode escolher qual dos responsáveis deve arcar com a indenização. Essa possibilidade, todavia, não existe nas situações nas quais o dano é anônimo, na medida em que o agente causador é desconhecido. Nestes casos, há situação análoga à responsabilidade pelos danos causados por incapazes, nas quais esses últimos – via de regra – não respondem pelo dano, à luz do regime jurídico que lhe é aplicável³¹⁷.

Logo, a responsabilidade do integrante do grupo por fato de terceiro não possui fundamento em sua eventual participação no ato ilícito, e tampouco em sua pretensa omissão em indicar o verdadeiro causador. A razão que confere base ao dever de indenizar é, na realidade, a presença do indivíduo no grupo, qualificada com a criação de riscos perante terceiros.

Em outras palavras, o fator de atribuição da responsabilidade é o risco que decorre da atuação do grupo. Inexiste culpa pela mera participação do indivíduo no agrupamento, sendo, todavia, possível – na hipótese mais extrema – que se considere arriscada a união do indivíduo com os demais integrantes do grupo.

Diante desses elementos, a responsabilidade dos grupos, nos termos vislumbrados por Iturraspe, se caracteriza como modalidade da responsabilidade por fato de terceiros, no qual não se questiona a existência de culpa, havendo apenas a imputação objetiva do agente considerado responsável sob a perspectiva normativa.

Em suma, inexiste ilicitude antes da materialização do prejuízo. O ato ilícito surge tão-somente com a conduta que conclui a cadeia de causalidade, levando à efetiva ocorrência do dano. A partir de então, as condutas praticadas pelo grupo – que eram apenas arriscadas – tornam-se ilícitas, como se tivessem sido contaminadas pela ação ou omissão relacionada ao prejuízo.

³¹⁶MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*: responsabilidad colectiva, cit., t. 6, p. 56-57.

³¹⁷Id. Ibid., p. 61.

Dito de outra forma, na esfera da causalidade alternativa, o anonimato do causador do dano confere margem ao surgimento de uma nova modalidade de nexos causal, que provém não da conduta que originou o dano propriamente dito, mas da participação grupal na atividade perigosa³¹⁸.

Para justificar a imposição da solidariedade, Iturraspe confronta a posição das diferentes partes envolvidas no evento danoso. De um lado, há a vítima que sofreu prejuízo, sem possuir qualquer vínculo com o ato considerado ilícito. De outro, há o integrante do grupo, a quem se atribui – juntamente com os demais integrantes da coletividade – a criação do risco relacionado com o dano materializado.

Sopesando-se os interesses envolvidos no caso – e a participação de cada um desses envolvidos no evento –, conclui-se que é mais adequado impor a responsabilidade a os membros da coletividade, pois, embora parte relevante deles não tenha participado do evento final da cadeia de causalidade relacionado ao dano, todos acabaram participando de eventos relacionados ao prejuízo³¹⁹.

A relevância da conduta individual dos integrantes do grupo, bem como do risco gerado por esses comportamento, são fatores que também recebem destaque por parte de Matilde M. Zavala de González. Como premissa para tratar da responsabilidade dos integrantes dos grupos, essa autora estabelece duas categorias distintas de danos: (i) aquele causado por um dos integrantes do grupo, sem que os demais tenham incorrido em qualquer conduta vinculada ao prejuízo; e (ii) aquele causado coletivamente, ou seja, decorrente de situação de risco criada pela ação ou omissão de todos os integrantes da coletividade³²⁰.

No primeiro caso, apenas parcela dos integrantes do grupo causou o dano, sem que seja possível identificá-lo. Em contrapartida, os demais membros da coletividade não incorreram em conduta vinculada ao prejuízo, integrando o agrupamento de potenciais ofensores apenas por se encontrar nas mesmas circunstâncias espaciais e temporais do autor do ato ilícito.

Já nas situações nas quais o dano é causado coletivamente, os integrantes do grupo contribuem para o desenvolvimento do prejuízo, ainda que apenas alguns deles tenham

³¹⁸MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*: responsabilidad colectiva, cit., t. 6, p. 83-84.

³¹⁹Id. Ibid., p. 62.

³²⁰ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. El daño colectivo. In: REPRESAS, Félix A. Trigos; STIGLITZ, Rubén S. (Coords.). *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Rocca, 2000. p. 442-445.

incorrido na conduta que materializou o dano. Essa contribuição se traduz na criação do risco ao qual a vítima foi submetida, e que acabou se concretizando no evento danoso.

Para Zavala de González, as situações na qual o dano é resultado de conduta individual caracterizam hipóteses de causalidade disjunta ou alternativa. Nestes casos, a autora entende que há imputação coletiva de responsabilidade – embora não explique se essa atribuição depende de norma expressa –, a partir da prática de conduta de natureza individual.

Em contrapartida, nas hipóteses nas quais a conduta resulta de risco criado pela coletividade, não é possível afirmar que o dano foi causado por um único indivíduo. Na realidade, o prejuízo surge como resultado da conduta de todos os integrantes do grupo, que se encontram vinculadas entre si, sendo irrelevante identificar o agente que realizou o ato final da cadeia causal que leva ao prejuízo³²¹.

Seguindo linha de raciocínio semelhante, María Carolina Caputto afirma que a solidariedade dos integrantes do grupo tem como fundamento o risco criado pela conduta da coletividade³²².

De acordo com a autora, todos os integrantes do agrupamento contribuem para criar o perigo que, em momento posterior, se materializa no evento danoso. Por conseguinte, para a caracterização da responsabilidade solidária, bastam (i) a ocorrência do dano; e (ii) a ação coletiva que cria o risco.

Caputto ainda menciona o artigo 1.119 do Código Civil que – como visto anteriormente – regula a responsabilidade dos moradores de habitações coletivas. A doutrinadora argentina entende que a lógica subjacente à norma escrita é exatamente o mesmo que se aplica às hipóteses de dano anônimo, impondo-se o dever de indenizar pela simples participação no grupo.

Essa modalidade de solidariedade se revela adequada com a noção de socialização de riscos, ao impor o dever de indenizar a ente de natureza coletiva, com base em elementos na mera criação do risco, ou seja, em elemento de cunho objetivo.

Já Ricardo Lorenzetti diferencia as hipóteses de (i) intervenção alternativa ou responsabilidade anônima, na qual se sabe que o dano foi causado por integrantes do grupo, sem que seja possível identificar esses indivíduos; e de (ii) intervenção grupal, na

³²¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. op. cit., p. 442.

³²² CAPUTTO, Maria Carolina. op. cit., p. 40.

qual o prejuízo se vincula à atuação da integralidade da coletividade, caracterizando-se como a soma de diversas condutas, sem que seja impossível relacionar o evento danoso com ações ou omissões de parcela de seus membros³²³.

Com base nessa distinção, o autor afirma que a aplicação da solidariedade deve se limitar às hipóteses de intervenção grupal, não incidindo sobre as situações de intervenção anônima.

Neste último caso, Lorenzetti entende que inexistente solidariedade entre os integrantes do grupo, e justifica sua afirmação a partir da aplicação analógica do artigo 1.121 do Código Civil da Argentina³²⁴. O dispositivo trata da responsabilidade dos proprietários de hotéis, de barcos, dentre outras hipótese, e estabelece que, nas hipóteses nas quais há dois ou mais sujeitos potencialmente responsáveis, inexistente solidariedade, cabendo a cada ofensor indenizar a parcela do dano que causou³²⁵.

4.4.2. Requisitos para a solidariedade

Ao tratar dos requisitos da solidariedade dos integrantes do grupo, Iturraspe adota como premissa a distinção entre a atividade que antecedeu o dano – e que proporcionou o contexto no qual o prejuízo ocorreu –, daquela conduta específica que constitui o elemento final da cadeia de causalidade relativa ao evento danoso³²⁶.

Para o autor, é possível a aplicação da responsabilidade solidária, mesmo nas hipóteses nas quais a atividade antecedente ao dano é lícita. A caça, a prática de jogo, as disputas esportivas em geral, ou ainda as manifestações públicas, são legais, e nem por isso seus participantes estão necessariamente isentos de responsabilidade por danos ocorridos no decorrer desses eventos.

Em contrapartida, a ilicitude é indispensável em se tratando da conduta que causa o dano, tal como o disparo da arma que feriu a vítima, o lançamento de objeto que atinge

³²³ LORENZETTI, Ricardo L. Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, cit., p. 927-928.

³²⁴ “Artigo 1.121. Quando o hotel ou casa pública de hospedagem pertence a dois ou mais donos, ou se o barco tiver dois capitães ou patrões, ou forem dois ou mais os pais de família, ou inquilinos da casa, não serão solidariamente obrigados à indenização do dano, cabendo a cada um deles responder à parte do dano que tiver causado, a não que se prove que o ato foi causado por culpa de um deles exclusivamente, e em tal caso somente o culpado responderá pelo dano” (trad. livre do espanhol).

³²⁵ Id. Ibid., p. 928.

³²⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva, cit., t. 6, p. 34.

determinado indivíduo, ou ainda a prática de ato vandalismo no interior de manifestação³²⁷. Se a conduta for legal, é essencial que sua prática ocorra sob a influência de dolo ou culpa, pois, caso contrário, inexistente ato ilícito e, conseqüentemente, não se pode impor o dever de indenizar aos integrantes do grupo.

Iturraspe também questiona se é essencial a existência de coordenação das condutas dos integrantes do grupo. Em suma, o autor busca definir se a responsabilidade solidária depende da atuação concatenada dos membros do agrupamento, ou se o chamado grupo espontâneo, casual, ou fortuito – ou seja, aquele formado por acaso – também confere margem para o dever de indenizar dos membros da coletividade³²⁸.

Contrapondo-se à linha adotada no direito francês³²⁹, Iturraspe dispensa o caráter concatenado das condutas, afirmando que tanto os grupos coordenados, quanto aqueles espontâneos, podem levar à solidariedade de seus integrantes. Já Maria Carolina Caputto entende que é essencial a existência de coesão interna no agrupamento, ou seja, é imprescindível a existência de vínculo prévio entre os integrantes da coletividade³³⁰.

Caputto acrescenta, ainda, outros requisitos para a caracterização da solidariedade dos integrantes do grupo, afirmando que essa modalidade de responsabilidade depende: (i) do desenvolvimento de atividade arriscada; (ii) da ausência de participação da vítima na coletividade; e (iii) da existência de relação causal entre a ação do agrupamento e o dano³³¹.

Lidia M. R. Garrido-Cordobera acrescenta novo requisito àqueles acima referidos. Para a autora, é essencial que os potenciais ofensores se encontrem em circunstâncias temporais e locais compatíveis com aquelas nas quais o dano ocorreu, evitando-se a condenação de indivíduos sem relação com o evento danoso³³².

³²⁷MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*, cit., t. 6, p. 34.

³²⁸Id. Ibid., p. 35.

³²⁹A tendência da jurisprudência e da doutrina francesas é exigir, para a caracterização da solidariedade, a existência de conduta coordenada entre os integrantes do grupo (cf. item 4.2 *supra*). Iturraspe faz referência expressa a Aberkane, que também exige o caráter concatenado das condutas.

³³⁰CAPUTTO, Maria Carolina. op. cit., p. 40.

³³¹Id. Ibid.

³³²GARRIDO-CORDOBERA, Lidia M. R. op. cit., p. 26.

4.4.3. O anonimato

Dentre os requisitos para a caracterização da solidariedade, merece especial ênfase a controvérsia relativa ao anonimato do dano. A questão se resume, basicamente, em definir se a eventual identificação do agente que materializou o prejuízo afasta a responsabilidade solidária, eximindo os demais integrantes do grupo do dever de indenizar.

A análise da relevância do anonimato depende, necessariamente, do exame da natureza da conduta incorrida pelos integrantes do agrupamento. Nas situações de dano coletivo, o comportamento ilícito não é concebido como uma única ação ou omissão, mas sim como um feixe de condutas individuais, que se unem e passam a possuir aspecto coletivo.

Dentro desse contexto, o dano não resultaria da ação de um único agente, mas sim da conduta coletiva de todos os integrantes do agrupamento, que teriam criado o cenário de risco no qual o dano ocorreu. Por essa razão, é natural que se questione se a identificação do agente que materializou o dano afasta a solidariedade dos demais membros do grupo, ou se a responsabilidade solidária permanece, mesmo nesses casos, como resultado da situação de perigo criada pela coletividade.

Dito de outra forma, deve-se definir se a solidariedade dos grupos possui caráter subsidiário, subsistindo apenas enquanto existir a situação de anonimato, ou se a identificação do ofensor é irrelevante para a imposição da responsabilidade solidária dos demais integrantes do grupo.

Muito embora reconheça a solidariedade dos integrantes do grupo, Iturraspe rejeita a noção mais ampla de nexos causal, que vincularia os integrantes do grupo de forma mais direta com o prejuízo, e levaria à responsabilidade mesmo que o causador do dano fosse identificado.

Como premissa de seu raciocínio, Iturraspe diferencia (i) o dano anônimo, que se refere ao prejuízo causado por conduta individual praticada por membro não identificado

do grupo; do (ii) dano coletivo³³³, que resulta da ação dos diversos integrantes do agrupamento³³⁴.

A defesa da teoria do dano coletivo – mais ampla do que a doutrina do dano anônimo – acaba aproximando as condutas que criam o risco daquelas que levam ao dano em si. A ação ou omissão que causa o prejuízo se revela praticamente indiferente em termos causais, caracterizando-se apenas como o elemento final de uma sequência de eventos que levaram ao prejuízo.

Iturraspe se opõe a essa ideia, apegando-se à categoria do dano anônimo. Para o autor, a identificação do causador do dano tem como consequência necessária o afastamento da responsabilidade solidária, com a imposição do dever de indenizar exclusivamente ao ofensor³³⁵.

A exigência do anonimato se justificaria, na medida em que a mera participação no agrupamento não pode ser considerada como fundamento para a imposição de responsabilidade solidária. O civilista até reconhece que o grupo – e não o indivíduo – deve ser reconhecido como sujeito principal do dano, mas afirma que a conduta que causa

³³³ Lúdia Maria Garrido-Cordero suscita ainda mais uma premissa aplicável à matéria, distinguindo duas espécies de danos coletivos. De um lado, o dano coletivo próprio é aquele no qual não existe centro de imputação sobre uma coletividade, ou seja, é o dano anônimo propriamente dito. Como exemplo, a autora menciona a explosão de artefato em local público, sem que seja possível identificar sequer os potenciais responsáveis pelo prejuízo.

De outro, nas situações de dano coletivo impróprio, é possível delimitar os sujeitos integrantes do grupo, dentre os quais se encontram os causadores do dano.

Enquanto, nesse último caso, a autora argentina defende a responsabilidade solidária, na primeira hipótese a jurista sustenta que caberia ao Estado indenizar as vítimas (GARRIDO-CORDOBERA, Lidia M. R. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad. *Vniversitas*, Bogotá, n. 118, p. 76, ene./jun. 2009).

Seguindo-se a linha de raciocínio adotado nesta dissertação, aquilo que Garrido-Cordero chama de danos coletivos próprios não se insere no objeto de análise. Essa categoria reflete, em última análise, situação na qual simplesmente não se consegue identificar o autor do dano, inexistindo razão para denominá-la como dano coletivo.

³³⁴ Por meio do decreto 191/2011, a Presidenta da Argentina criou comissão integrada pelos juristas Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelmajer de Carlucci, incumbindo-os de elaborar o “Anteprojeto do Código Civil e Comercial da Nação”, que busca unificar as disciplinas normativas existentes na esfera civil e comercial.

O texto proposto reconhece tanto a responsabilidade pelo dano anônimo, quanto a responsabilidade pelos danos causados por coletividade cujos membros são identificados. É o que se verifica dos seguintes dispositivos.

“Artigo 1761. – Autor anônimo. Se o dano provém de um membro não identificado de um grupo determinado respondem solidariamente todos os seus integrantes, exceto aquele que demonstre que não contribuiu para sua produção”.

“Artigo 1762. – Atividade perigosa de um grupo. Se um grupo realiza uma atividade perigosa para terceiros, todos os seus integrantes respondem solidariamente pelo dano causado por um ou mais de seus membros. Somente se exime quem demonstrar que não integrava o grupo” (trad. livre do espanhol).

³³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*, cit., t. 6, p. 42.

o prejuízo não se confunde com o conjunto de ações ou omissões que antecedem esse comportamento.

A partir dessas premissas, o civilista conclui que, embora a criação de risco pelo grupo seja o fundamento da solidariedade, a identificação do ofensor afastaria a responsabilidade do grupo, levando à prevalência do regime individual do dever de indenizar.

Para o autor, aceitar raciocínio diverso significaria conferir tratamento idêntico a situações diferentes, imputando consequências iguais ao dano coletivo e ao dano anônimo³³⁶. Significaria, ainda, confundir as noções de causalidade alternativa – na qual parte não identificada do grupo causou o dano – e causalidade conjunta – que envolve a atuação conjunta dos membros do agrupamento acabou originando o prejuízo³³⁷.

Em suma, por mais avançadas que sejam suas ideias, Iturraspe ainda parte de concepção individualista da responsabilidade civil, evitando impor a responsabilidade a indivíduos cujas condutas não sejam próximas ao dano. Como o autor entende que a figura do grupo se vincula com as situações de anonimato do ofensor, a responsabilidade solidária é apenas subsidiária, deixando de incidir caso seja possível individualizar a conduta que mais se aproxima do dano.

Em suma, por mais avançadas que sejam suas ideias, Iturraspe ainda parte de concepção individualista da responsabilidade civil, evitando impor a responsabilidade a indivíduos que não estejam intimamente vinculados com o dano. O autor entende que a figura do grupo se vincula necessariamente com as situações de anonimato do ofensor, e não com as hipóteses de origem grupal do prejuízo.

Seguindo o posicionamento de Iturraspe, Caputto afirma que a natureza coletiva da responsabilidade possui caráter absolutamente excepcional, prevalecendo apenas enquanto vigorar o anonimato do causador do dano. Com a identificação do ofensor, a solidariedade

³³⁶Para defender sua posição, Iturraspe afirma que, nas XVI Jornadas Nacionais, adotou-se a seguinte recomendação, por maioria: *“O Direito vigente reconhece como única espécie a responsabilidade coletiva. Entende-se por tal aquela que se funda na existência de um dano cuja autoria permanece no anonimato e que possibilita a liberação dos sindicatos como responsáveis mediante a identificação do causante do dano”*.

Já a minoria recomendou: *“O Direito vigente reconhece a responsabilidade coletiva e a que deriva da atuação dos grupos de risco”*, bem como que *“A responsabilidade coletiva e a dos grupos de risco carecem de previsão normativa no Direito argentino”* (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*, cit., t. 6, p. 41).

³³⁷Id. Ibid., p. 44.

perde espaço para a disciplina tradicional do dever de indenizar, aplicando-se a responsabilidade individual³³⁸.

4.4.4. Os danos nos eventos esportivos

Dentre as diversas esferas nas quais a responsabilidade dos grupos incide, algumas acabaram adquirindo especial relevância, à luz do atual contexto socioeconômico da sociedade.

De forma semelhante ao que ocorre no Brasil, na Argentina existe enorme preocupação com os danos ocorridos pela violência de alguns expectadores em eventos esportivos. Ao mesmo tempo em que essas situações possuem severas repercussões, causando prejuízos não apenas aos torcedores, como ao espetáculo como um todo, elas se revelam absolutamente injustificadas, decorrendo do apreço dos indivíduos por entidades esportivas.

Em território argentino, existem verdadeiras batalhas empreendidas pelos diferentes grupos de *barras bravas*, como são chamados os integrantes das torcidas organizadas locais. Movidos pelo fanatismo, esses indivíduos causam dano ao patrimônio e à integridade física alheios, simplesmente em razão do resultado dos jogos, ou ainda em virtude de diferenças quanto à equipe preferida³³⁹.

Chega até a ser natural a existência de certos contornos agressivos em práticas esportivas, e que a preferência por certa equipe se traduza em canal para a expressão de sentimentos mais primitivos dos indivíduos. Todavia, esse fenômeno não pode ultrapassar os limites da convivência sadia entre diferentes grupos, sendo absolutamente inadmissível que os instintos humanos – por mais inevitáveis que sejam – se transformem em agressões contra outras pessoas e bens, causando ferimentos, mortes, e danos patrimoniais.

³³⁸MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*: responsabilidad colectiva, cit., t. 6, p. 42.

³³⁹Ignacio de Cuevillas Matozzi também chama atenção para o grave problema envolvendo os espectadores de espetáculo esportivos. De acordo com o autor, as partidas das diversas modalidades de esporte são o momento que o cidadão possui para deixar a realidade de lado, esquecendo os problemas quotidianos. Todavia, essa saudável característica acaba se traduzindo em fenômeno de enorme gravidade, à medida que o fanatismo passa a dominar os torcedores (CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, cit., p. 309).

Inexistindo regulamentação legal acerca dessa espécie de responsabilidade³⁴⁰, Lidia M. R. Garrido-Cordobera acaba analisando a matéria sob a ótica contratual. Para a autora, os contratos por meio dos quais os expectadores adquirem ingressos para espetáculos esportivos possuem uma cláusula implícita de garantia de incolumidade para o adquirente, que presume, de boa-fé, o cumprimento das medidas de segurança para a realização do evento (artigo 1.198, primeira parte, do Código Civil argentino).

Também é possível, segundo Cordobera, adotar fundamento de natureza extracontratual para a reparação de danos, recorrendo-se à responsabilidade por fato do dependente (artigo 1.113 do Código Civil argentino³⁴¹). Para a autora, os atos de violência ocorridos dentro dos estádios decorrem de condutas culposas praticadas pelos funcionários dos clubes, cabendo a essas entidades responder por eventuais danos sofridos pelos expectadores.

Portanto, existem dois fundamentos diferentes para a imposição do dever de indenizar: (i) aquele de natureza contratual, correspondente à violação da garantia de incolumidade do adquirente do ingresso; e (ii) aquele extracontratual, decorrente da conduta culposa do preposto da empresa organizadora, que deixou de adotar as medidas de cautela para evitar a ocorrência de eventos danosos³⁴².

Em suma, a autora resolve o problema do anonimato do dano impondo o dever de indenizar a terceiro. Ao invés de buscar como definir a responsabilidade dos integrantes do

³⁴⁰A gravidade do problema em território argentino – bastante semelhante ao que ocorre no Brasil – acabou recebendo forte resposta por parte das autoridades. Com o escopo de reprimir a odiosa violência das torcidas, editou-se a Lei 23.184, de 30 de maio de 1985, que trouxe regulação insuficiente, sem estabelecer regime legal sobre a responsabilidade coletiva.

Promulgou-se, então, a Lei nº 24.192, de março de 1993, que busca conferir disciplina mais ampla aos atos que sejam realizados em razão ou por ocasião de espetáculos esportivos. Muito embora tenha trazido inovações interessantes – como a responsabilidade solidária das entidades esportivas pelos danos causados nos estádios –, essa legislação não introduziu a necessária disposição mais ampla de responsabilidade, sem prever o dever de indenizar de todos os indivíduos potencialmente envolvidos nos atos ilícitos (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*, cit., t. 6, p. 132).

A única disposição que se aproxima – de forma bastante sutil – da responsabilidade dos grupos é aquela prevista no artigo 35, cujo teor é o seguinte:

“Aquele que formar parte de um grupo de três ou mais pessoas, apenas pelo ato de formar parte do mesmo, quando ocasionalmente ou permanentemente causem desordem, insultem ou ameacem terceiros, será sancionado com vinte rodadas de proibição de comparecimento, e com quinze ou trinta dias de prisão.

³⁴¹O teor do dispositivo é o seguinte:

Artigo 1.113. *“A obrigação daquele que tenha causado um dano se estende aos danos que causarem aqueles que estão sob sua dependência, ou pelas coisas de que se serve, ou que estão sob seu cuidado”.*

³⁴²GARRIDO-CORDOBERA, Lidia M. R. op. cit., p. 34. O teor do dispositivo é o seguinte:

“Artigo 1.198. Os contratos devem ser celebrados, interpretados e executados de boa-fé e de acordo com o que, de forma verossímil, as partes entenderam ou puderam entender, agindo com cuidado e previsão” (trad. livre do espanhol).

grupo, Garrido-Cordobera adota alternativa mais simples, imputando ao organizador do evento a violação de deveres perante aqueles que adquiriram ingressos para os eventos esportivos.

A solução proposta pela autora é interessante para o problema do anonimato dos membros dos grupos, porém não soluciona a controvérsia de forma satisfatória. De fato, o recurso a deveres contratuais acaba resguardando os torcedores apenas no interior dos locais nos quais os espetáculos esportivos ocorrem, pois as obrigações quanto à incolumidade dos expectadores apenas dizem respeito apenas a esses locais.

Por exclusão lógica, os preocupantes enfrentamentos entre torcidas no exterior dos estádios não se inserem no modelo proposto por Garrido-Cordobera. Nessas hipóteses, é impossível recorrer aos deveres dos organizadores do evento, sendo essencial enfrentar a controvérsia relativa à conduta dos integrantes do grupo, definindo-se (i) se existe solidariedade entre esses indivíduos; e (ii) quais são os requisitos para a caracterização dessa forma de responsabilidade.

Já Iturraspe adota abordagem um pouco diversa ao analisar a questão. O autor entende que, no tocante às práticas esportivas, existem duas situações distintas: (i) os danos causados como resultado das disputas, ou seja, entre os atletas envolvidos nas disputas; e (ii) os prejuízos causados pelos espectadores presentes em competições³⁴³.

Em se tratando dos prejuízos ocorridos como resultado das práticas esportivas, a responsabilidade dos grupos apenas teria aplicação (i) nos esportes coletivos; (ii) em situações de anonimato da autoria; (iii) às vítimas estranhas ao grupo de jogadores; e (iv) em esportes de natureza arriscada.

Tendo em vista que o caráter coletivo da atividade é ínsito à responsabilidade civil dos grupos, e que a controvérsia acerca do anonimato já foi analisada, os dois últimos requisitos despertam maior interesse neste momento.

Para rejeitar a responsabilidade nos casos em que a vítima participa da atividade esportiva, Iturraspe argumenta que não se pode compensar a torpeza do indivíduo. Segundo o autor, admitir o ressarcimento ao integrante do grupo seria aceitar que o indivíduo que incorre em atividade de natureza arriscada pudesse ser ressarcido pelos demais integrantes do agrupamento que integrava.

³⁴³MOSSET ITURRASPE, Jorge. op. cit., p. 128.

A análise de Iturraspe merece crítica, pois se traduz em restrição excessiva e descabida à caracterização da solidariedade. Ao adotar a linha de argumentação exposta acima, o autor parece presumir que a mera participação da vítima em atividade esportiva significa o engajamento em prática perigosa.

Todavia, essa premissa não é necessariamente verdadeira. De fato, nada impede que, dentro do grupo de praticantes de determinada atividade, uma parte deles realize conduta arriscada, gerando riscos de danos para terceiros e para os outros atletas, enquanto os demais realizem a prática esportiva de forma absolutamente inofensiva.

Em suma, a coletividade responsável pelo prejuízo pode ser composta por parte dos praticantes da atividade esportiva. É o que ocorre em hipótese na qual parte do grupo de caçadores realiza disparo indevido – atirando, por exemplo, sem condições de visibilidade – e atinge um dos próprios integrantes do agrupamento. A mera participação na coletividade não significa a realização de comportamento ilícito, e muito menos caracteriza o favorecimento de quem alega a própria torpeza.

De outra parte, mesmo a eventual participação da vítima na conduta arriscada não seria suficiente para afastar a indenização devida. À luz da natureza coletiva da conduta, eventual participação do ofendido no dano caracterizaria – na pior das hipóteses – culpa concorrente da vítima, permitindo, tão-somente, a redução proporcional da indenização³⁴⁴.

Tampouco é possível aceitar – ao menos nos termos colocados por Iturraspe – que a natureza arriscada da atividade esportiva é essencial para a caracterização da responsabilidade solidária. Para o civilista, não é qualquer atividade física que leva à caracterização da solidariedade de seus praticantes, mas apenas aquelas cuja prática gera riscos para terceiros³⁴⁵.

Neste ponto, a discordância com o autor argentino decorre de divergência quanto a uma das premissas relativas à responsabilidade dos integrantes não identificados do grupo. Pelo raciocínio do civilista, infere-se que o fundamento da responsabilidade solidária é o risco que decorre da atuação do grupo, mas também se depreende que, na opinião do autor, a mera participação do indivíduo no agrupamento bastaria para a caracterização do dever de indenizar.

³⁴⁴O próprio Iturraspe afirma isso, no primeiro volume de sua excelente obra de responsabilidade civil. Segundo o autor, deve-se aferir a gravidade das culpas, compensando-se a mais grave com a mais leve (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*: parte general, cit., t. 1, p. 148-149).

³⁴⁵Id. *Responsabilidad por daños*: responsabilidad colectiva. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2010. t. 6, p. 129-130.

Todavia, a simples participação do indivíduo no agrupamento não é suficiente para caracterizar sua responsabilidade. Como se verá mais adiante, é essencial que o potencial responsável esteja dentre os potenciais causadores dos danos, e – o que é mais importante – que incorra em conduta semelhante àquela que causou o prejuízo. Caso contrário, há mera imputação de responsabilidade, sem vínculo com a culpa ou com a criação do risco, o que se mostra incompatível com o regime legal aplicável à responsabilidade civil.

4.5. Direito norte-americano

4.5.1. A relevância do direito norte-americano

O direito norte-americano se revela importante para o estudo da responsabilidade dos integrantes não identificados dos grupos por duas razões principais.

A primeira delas é a relevância da análise do *common law* para o exame da responsabilidade civil dos grupos. À luz da relevância do precedente judicial nessa escola, a evolução da interpretação jurídica segue caminhos inovadores e, ao mesmo tempo, um tanto imprevisíveis.

A segunda razão que justifica o exame do direito norte-americano é a relevância que os Estados Unidos da América possuem, tanto como expoente importante da escola do *common law*, quanto como local no qual houve o exame de diversas hipóteses relacionadas à responsabilidade dos integrantes dos grupos. Em razão disso, surgiram diversos precedentes relevantes para a matéria, os quais contribuem de forma significativa para a análise realizada na presente dissertação.

O presente tópico pretende analisar a evolução do direito norte-americano, a partir do exame de decisões judiciais que trataram da matéria sob diferentes perspectivas. Neste ponto, destacam-se (i) a chamada responsabilidade alternativa; (ii) a teoria do *market share liability*; (iii) a doutrina da *risk contribution*; e (iv) o tratamento conferido pelas cortes estadunidenses às situações envolvendo contaminações de indivíduos por amianto.

4.5.2. A causalidade alternativa nos Estados Unidos da América

O primeiro precedente relativo à responsabilidade civil dos intergrantes não identificados do grupo ocorreu na decisão proferida pela Suprema Corte da Califórnia no caso *Summers v. Tice*, julgado em 1948³⁴⁶. A ação trata de situação bastante comum verificada no âmbito da causalidade alternativa, e já analisada nos demais tópicos relacionados às jurisdições examinadas na presente dissertação.

Em *Summers v. Tice*, o autor pretendia receber reparação pelos prejuízos decorrentes de ferimento sofrido no olho direito, em razão do disparo, por terceiro, de uma única bala de espingarda. Todavia, dois caçadores que acompanhavam o autor haviam realizado disparos quase simultâneos em sua direção, buscando atingir uma codorna que passava pelo local, o que tornava praticamente inviável a identificação do indivíduo que teria efetivamente causado o prejuízo.

Como era impossível definir qual dos atiradores havia causado o prejuízo, o tribunal desenvolveu nova teoria para justificar a responsabilidade, que passou a ser conhecida como *responsabilidade alternativa*³⁴⁷. Por meio da linha de raciocínio adotada, presumia-se a prática de conduta negligente por ambos os potenciais ofensores, invertendo-se o ônus da prova para os requeridos.

De acordo com a Suprema Corte da Califórnia, a inversão do ônus da prova não apenas era justificável, mas também necessária, à luz das circunstâncias envolvendo as partes do processo. Enquanto os réus haviam agido de forma culposa, realizando o disparo indevido, o autor encontrava-se em situação de vulnerabilidade, pois – justamente em razão da conduta dos requeridos – não conseguia identificar o indivíduo responsável pelo dano que havia sofrido.

Seguindo a lógica indutiva do *common law*, o julgamento de *Summers v. Tice* acabou adquirindo contornos abstratos, originando a teoria da responsabilidade alternativa. Em linhas gerais, a aplicação da doutrina no caso concreto passa, necessariamente, pela satisfação

³⁴⁶O julgamento da Suprema Corte da Califórnia foi proferido em recurso de apelação interposto por ambos os réus do processo, em razão da sentença condenatória da instância inferior.

³⁴⁷DAVID, Simcha. Establishing the causal link in asbestos litigation: an alternative approach. *Brooklyn Law Review*, v. 68, p. 383, 2002.

de dois requisitos: (i) todos os indivíduos potencialmente responsáveis pelo dano devem ser inseridos no polo passivo da ação; e (ii) todos eles devem ter agido de forma ilícita³⁴⁸.

Pela lógica adotada pela Suprema Corte da Califórnia, as circunstâncias envolvidas no caso indicam que os potenciais ofensores tinham melhores condições de produzir a prova do que a vítima. Em suma, a existência de inúmeros indivíduos envolvidos no caso não poderia impedir o ofendido de obter indenização, simplesmente por não conseguir identificar aquele cuja conduta se aproximaria mais do dano.

4.5.3. A teoria do *market share liability*

O surgimento de eventos fáticos inusitados levou à ocorrência de hipóteses de danos até então inéditas na esfera jurisprudencial. Essas situações não se encaixavam nos modelos tradicionais de responsabilidade, exigindo que os tribunais buscassem novas soluções.

Foi dentro desse contexto que surgiu a teoria do *market share liability*, que entende que a proporção da indenização devida em caso de danos massificados deve ser proporcional à participação de cada fabricante no mercado³⁴⁹.

A doutrina surgiu a partir do julgamento da Suprema Corte da Califórnia em *Sindell v. Abbott Laboratories*. A situação analisada pelo tribunal tratava dos efeitos colaterais

³⁴⁸Esse conceito é diverso daquilo que H.L.A. Hart e Tony Honoré chamam de “*alternative causes*”. Essa última noção se refere a hipóteses nas quais a conduta ilícita do agente, juntamente com outros fatores, é suficiente para causar o prejuízo. Todavia, à luz das circunstâncias do caso, o evento danoso teria ocorrido mesmo se o agente tivesse atuado de forma lícita (HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*, cit., p. 249).

As *alternative causes* referidas por Hart e Honoré se aproximam mais do conceito de causa virtual, analisado por Francisco Manuel Pereira Coelho (v. item 2.1.2, *iii, supra*).

³⁴⁹Por seu caráter inovador – e, ao mesmo tempo, controverso – a *market share liability* já foi tratada por diversos autores brasileiros. Julio Alberto Díaz trata a doutrina como modalidade de “*causalidade probabilística*”, utilizando-a como elemento para analisar a responsabilidade dos membros indeterminados dos grupos. Para o autor, “*se a relação de causalidade consiste no mero aumento de probabilidade de que o dano aconteça, parece razoável afirmar que, em uma situação ex post, ou seja, determinada a vítima (conforme o seu conceito clássico), a noção de causalidade probabilística torna-se extremamente útil para justificar teoricamente a condenação in solidum dos participantes da atividade incrementadora do risco.*” (*Responsabilidade coletiva*, cit., p. 157-161). Já Caitlin Sampaio Mulholland afirma que “*ainda que possa ser considerada como uma espécie de responsabilidade por causalidade pressuposta, afasta-se da responsabilidade por causalidade alternativa exposta no item anterior, na medida em que não estabelece o princípio da solidariedade entre os fornecedores ou ‘membros do grupo’*” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. op. cit., p. 239).

decorrentes do consumo de *diethylstilbestrol* (DES)³⁵⁰, medicamento cujo escopo era prevenir abortos³⁵¹.

Entre 1947 e 1971, mais de duzentos fabricantes de compostos farmacêuticos produziram o DES, a partir da mesma fórmula, que não havia sido patenteada. Em 1971, o medicamento foi retirado do mercado, por determinação da *Food and Drug Administration* – *FDA*, agência norte-americana que regula a produção e venda de medicamentos e alimentos. A decisão administrativa foi baseada em estudos que indicavam que as mulheres cujas mães haviam consumido a substância tinham mais chance de desenvolver câncer vaginal e cervical³⁵².

As ações de indenização logo tiveram início, mas as autoras enfrentavam severa dificuldade em definir qual dos produtores teria fabricado o medicamento que elas teriam consumido. Em suma, faltava requisito essencial para estabelecer a causalidade, pois era impossível vincular o dano com a conduta de sujeitos definidos.

Essa dificuldade foi superada pela Suprema Corte da Califórnia em *Sindell v. Abbott Laboratories*. Como alternativa para a ausência de identificação dos ofensores, o tribunal impôs a cada fornecedor do DES indenização proporcional à sua respectiva participação no mercado³⁵³.

A inovadora posição adotada pela Suprema Corte da Califórnia pode ser resumida no seguinte trecho de *Sindell v. Abbott Laboratories*: “*nossa complexa sociedade industrializada, avanços na ciência e tecnologia criam bens fungíveis, que podem prejudicar os consumidores e que não podem ser vinculados com um fornecedor específico. A resposta a essa situação pode ser tanto aderir rigidamente à doutrina anterior, negando a indenização àqueles prejudicados por tais produtos, ou desenvolver instrumentos para atender a essas necessidades que se modificam constantemente*”³⁵⁴.

³⁵⁰ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. Market share liability beyond DES Cases: the solution to the causation dilemma in lead paint litigation? *Legal Studies Research Paper*, University of Maryland, n. 10, p. 6, 2006.

³⁵¹ NACE, Andrew B. Market share liability: a current assessment of a decade-old doctrine. *Vanderbilt Law Review*, v. 44, p. 395, Mar. 1991.

³⁵² DAVID, Simcha. op. cit., p. 379.

³⁵³ Caitlin Sampaio Mulholland afirma que a “*decisão do caso Sindell marca o momento do afastamento da antes necessária prova da causalidade, para considerar-se suficiente a prova da proporcionalidade através da noção de participação no mercado*” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 238).

³⁵⁴ Trad. livre do inglês.

Para reforçar os fundamentos em prol da indenização, o tribunal ainda levou em consideração os interesses das vítimas, sopesando-os com aqueles dos fabricantes de DES. Nesse ponto, o julgado afirmou que “*entre um autor inocente e réus negligentes, esses últimos devem suportar o custo do prejuízo*”³⁵⁵, consignando, ainda, que os fabricantes estariam em posição mais privilegiada dos que as vítimas, possuindo melhores condições de suportar os custos decorrentes dos danos ocorridos.

A decisão de *Sindell v. Abbott Laboratories* originou a teoria denominada *market share liability*. A doutrina submete a indenização à existência, no caso concreto, dos seguintes requisitos: (i) produtos uniformes, que devem criar, de forma uniforme, risco de natureza uniforme; (ii) impossibilidade factual para vítima estabelecer causalidade entre o produto e seu respectivo fabricante; e (iii) existência de parâmetros para se definir a responsabilidade de cada fornecedor, com grau razoável de precisão³⁵⁶.

O conceito de fungibilidade se revela fundamental para a *market share liability*, servindo como premissa para o raciocínio que aplica a doutrina. Para que haja a responsabilidade dos fabricantes, é essencial que uma das seguintes situações se caracterize: ou bem (i) todos os produtos fabricados são defeituosos da mesma maneira; ou bem (ii) todos os réus incorram em prática de conduta ilícita uniforme³⁵⁷.

Esses pressupostos se mostram indispensáveis, na medida em que, de acordo com a Suprema Corte da Califórnia, as vítimas deveriam receber tratamento privilegiado, em detrimento de réus que agiram de forma ilícita. Em suma, é essencial que haja evidência inequívoca quanto à conduta ilícita dos requeridos, seja pela fabricação de produto com a mesma composição, seja por alguma outra razão.

A uniformidade da conduta dos fornecedores também é essencial, à luz do critério adotado para a divisão da indenização em *Sindell v. Abbott Laboratories*. Nesse sentido, a Suprema Corte da Califórnia repartiu a reparação de acordo com participação dos requeridos no mercado, pois entendeu que os efeitos da conduta de cada fabricante eram exatamente os mesmos.

A *market share liability* exige, ainda, o anonimato quanto ao causador do dano. Afinal, a injustiça relativa à divisão da responsabilidade entre os diversos fornecedores se

³⁵⁵ Trad. livre do inglês.

³⁵⁶ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 11.

³⁵⁷ Id. Ibid., p. 14-15.

justifica – dentre outras razões –, pela impossibilidade de se definir o sujeito que teria causado o prejuízo.

De outra parte, a incidência da teoria depende da capacidade do tribunal de definir – com grau razoável de precisão – a participação de cada agente no respectivo mercado de atuação. Ausente esse fator, é simplesmente impossível estabelecer o montante da indenização devida por cada fornecedor³⁵⁸.

Esses requisitos reduzem drasticamente o âmbito de aplicação da *market share liability*, que acaba sendo aplicável apenas em situações muito específicas. Se, por um lado, é inequívoco que todos esses elementos se encontravam presentes em *Sindell v. Abbott Laboratories*, por outro, é evidente que essas sutilezas são excepcionais, e dificilmente serão encontradas em outras situações.

Diante desse contexto, surge a difícil tarefa de definir em que medida a lógica da *market share liability* pode ser aplicada a outros produtos³⁵⁹. Nas décadas posteriores ao julgamento de *Sindell v. Abbott Laboratories*, tentou-se convencer os tribunais norte-americanos a aplicar o precedente em situações envolvendo danos decorrentes da utilização de outros bens de consumo.

Exceção feita a poucos casos, julgados proferidos em diversos Estados norte-americanos rejeitaram a imposição de responsabilidade nos moldes da *market share liability* a situações envolvendo substâncias diversas do DES. Dentre os casos nos quais o dever de indenizar foi aceito, destacam-se aqueles envolvendo vacinas para tétano, difteria e coqueluche. Já as hipóteses nas quais o pedido indenizatório foi rejeitado envolviam armas³⁶⁰,

³⁵⁸ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 17.

³⁵⁹ Daniel J. Grimm, por exemplo, utiliza a *market share liability* como ponto de partida para um regime que estabeleça a relação adequada de custo-benefício entre o processo produtivo de indústrias, e sua respectiva emissão de gás carbônico (CO₂). A teoria busca verificar se determinada precaução para a redução da poluição é socialmente eficiente, considerando seus custos – que serão, em última análise – repassados ao mercado de consumo, e a diminuição dos poluentes. Dito de outra forma, contratam-se os gastos necessários para a melhoria no processo produtivo com a redução no efeito estufa que seria proporcionada pela mudança (GRIMM, Daniel J. Global warming and market share liability: a proposed model for allocating tort damages among CO₂ producers. *Columbia Journal of Environmental Law*, v. 32, p. 31, 2007).

³⁶⁰ Houve discussão acerca da aplicação da *market share liability* no caso *Hamilton v. Beretta*, julgado pela Corte de Apelação de Nova York. Naquela ocasião, parentes de vítimas de armas de fogo iniciaram ação judicial contra 49 fabricantes de armas.

De acordo com os autores, os réus teriam comercializado as armas de forma tão imprudente, que acabaram propiciando as condições para o surgimento secundário e ilegal de armas, utilizadas por menores e criminosos que acabaram causando danos aos parentes dos requerentes.

O pedido indenizatório foi negado. Como fundamento para a decisão adotada, o Tribunal afastou a aplicação da *market share liability*, por entender que a situação tratada no caso diferia do contexto fático

ingredientes de lasanha e alarmes de incêndio³⁶¹.

A principal razão adotada pelos tribunais para afastar a *market share liability* foi a ausência de fungibilidade entre os produtos comercializados pelos diversos fabricantes. Também se revelaram importantes, para o afastamento da teoria em diversos casos, (i) a impossibilidade de inclusão de todos os fornecedores – ou, ao menos, de parcela relevante deles – no polo passivo da ação; e (ii) a dificuldade, em muitos casos, de se definir a parcela de mercado de cada um dos potenciais ofensores.

Dentro desse cenário, o escopo de incidência da *market share liability* ficou bastante limitado. Apenas casos pontuais e excepcionais se encaixavam nos rigorosos requisitos da teoria, que passou a possuir relevância mais por seu caráter histórico – ou seja, por significar o abandono, ainda que excepcional, dos paradigmas tradicionais da causalidade – do que propriamente por caracterizar inovação marcante no campo da responsabilidade civil.

4.5.4. A teoria da *proportional share liability*

Esse cenário sofreu modificação a partir de artigo denominado *Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products*, publicado em 2004 por Allen Rostron. Esse autor adotou a *market share liability* como base de seu raciocínio, ampliando o escopo da teoria, que passou a ser conhecida como *risk contribution* ou *proportional share liability*³⁶².

A visão de Roston foi adotada pela Suprema Corte de Wisconsin, pouco depois da publicação do artigo. No caso *Thomas v. Mallett*, o tribunal seguiu a mesma linha de raciocínio do autor, deduzindo muitas de suas conclusões. Naquela ocasião, aplicou-se a teoria do risco contributivo para caso envolvendo a contaminação em razão do contato com o chumbo existente em tintas.

envolvido em *Sindell v. Abbott Laboratories*, principalmente em razão da ausência de fungibilidade dos produtos comercializados pelos réus.

³⁶¹ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 7.

³⁶² ROSTRON, Allen. Beyond market share liability: a theory of proportional share liability for nonfungible products. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 151, Oct. 2004. Sobre o tema, vale conferir também GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 8.

Nos Estados Unidos da América, cerca de 310.000 crianças com idade inferior a 6 anos apresentaram preocupante aumento da quantidade de chumbo no sangue. A maior fonte dessa nociva substância são as tintas que a utilizavam em sua composição, cuja poeira – causada pelo desgaste do material com o passar do tempo – se mostrou prejudicial à saúde³⁶³.

Para reduzir esses preocupantes efeitos, o Congresso dos Estados Unidos editou a *Lead-Based Paint Poisoning Prevention Act* de 1971, vetando a utilização do chumbo em tintas destinadas para a pintura do interior de residências. Também houve a redução voluntária, por parte da indústria, quanto ao uso desse componente químico, que ficou limitado a 1% do peso total das tintas, a partir de 1955.

Todavia, essas medidas se revelaram insuficientes para evitar por completo os casos de contaminação. Cerca de 80% do chumbo encontrado nas residências correspondia aos componentes de tintas aplicadas antes de 1940, e menos de 4% encontrava-se em produtos utilizados posteriormente a 1960. Os efeitos prejudiciais da substância ocorrem com maior frequência em casas nas quais há manutenção insuficiente e que são normalmente utilizadas pela população de baixa renda³⁶⁴.

Os significantes custos para a remoção do chumbo³⁶⁵ levaram não apenas indivíduos, como também Estados e municípios, a ingressar com ações contra diversos entes privados que pudessem ser considerados responsáveis pelos prejuízos. Os proprietários das residências logo se tornaram o alvo preferencial dessa demanda, embora houvesse – em casos específicos – leis locais que afastassem sua responsabilidade, bem como cláusulas de exclusão dessa cobertura nas respectivas apólices de seguro, o que tornava a reparação inviável.

A dificuldade desses casos residia na enorme dificuldade em se identificar o fornecedor responsável pelo produto nocivo. No julgamento do caso *Skipworth v. Lead*

³⁶³Dentre os efeitos nocivos da exposição ao chumbo, incluem-se a diminuição da capacidade cognitiva, variações no comportamento, perda auditiva, redução na estatura e, em casos mais extremos, até mesmo a morte (GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 8).

³⁶⁴Id. Ibid., p. 18-19.

³⁶⁵Donald Gifford e Paolo Pasicolan afirmam que os custos para a remoção do chumbo das residências são significantes. Em 1997, verificou-se que mais de 90 milhões de residências haviam sido construídas antes de 1940, e muitas delas teriam chumbo em suas respectivas pinturas. Verificou-se, ainda, a existência de cerca de 70 milhões de casas construídas entre 1940 e 1974, e que também poderiam ter chumbo em suas paredes. O custo do procedimento necessário para reduzir substancialmente o risco de contaminação é de US\$ 1.000,00 por residência, e do mecanismo utilizado para a completa remoção do chumbo chega a US\$ 9.000,00. Em 2000, um grupo criado pelo governo federal estimou em US\$ 164.5 milhões o custo para prevenir o risco de contaminação infantil por chumbo (Id. Ibid., p. 20).

Industries Ass'n Inc., o pedido indenizatório foi negado porque a residência habitada pela vítima havia sido pintada por diversas vezes entre 1870 e 1977 – ocasião na qual a utilização de chumbo cessou –, sem que fosse possível definir o fabricante que havia produzido a substância contaminante³⁶⁶.

Houve outras ações com o mesmo fundamento, que também foram rejeitadas³⁶⁷. Os pedidos de aplicação da *market share liability* eram rejeitados, em razão da ausência de uniformidade entre as diversas potenciais exposições das vítimas ao chumbo. O principal fator que diferenciava esses casos da lógica adotada em *Sindell v. Abbott Laboratories* dizia respeito à fungibilidade: enquanto todos os medicamentos que continham DES possuíam exatamente a mesma composição química, isso não ocorria em relação às tintas com chumbo³⁶⁸.

Sob a perspectiva do *common law*, a diferença da composição dos produtos se mostrava relevante, na medida em que influenciava no risco de contaminação às vítimas. Quanto maior fosse a quantidade de chumbo no pigmento, maior seria a probabilidade da ocorrência de efeitos nocivos. Logo, inexistia pressuposto essencial para a repartição de responsabilidade com base na participação do mercado, qual seja, a uniformidade da conduta dos potenciais ofensores.

Também contribuía para a rejeição dos pedidos indenizatórios, nos casos de contaminação por chumbo, a dificuldade em se definir – com alguma precisão – a participação de mercado de cada uma das empresas envolvidas no litígio. Como as aplicações de tinta haviam ocorrido em momentos diferentes – que eram separados, algumas vezes, por décadas – era praticamente impossível aferir a participação de cada fabricante no mercado ao longo desse período³⁶⁹.

Esse cenário se alterou com a publicação do artigo de Allen Rostron, em 2004, bem como do subsequente julgamento de *Thomas v. Mallett*, na Suprema Corte de Wisconsin.

A grande inovação do raciocínio de Rostron corresponde à inovadora noção de fungibilidade adotada por ele. Para o autor, esse conceito era concebido exclusivamente

³⁶⁶ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 21.

³⁶⁷ Donald Gifford e Paolo Pasicolan fazem referência especificamente aos casos *Santiago v. Sherwin Williams*, *City of Philadelphia v. Lead Indus.*, *Jefferson v. Lead Indus.*, *Brenner v. Am. Cyanamid Co.*, *Jackson v. Gliden Co.*, *Skipworth v. Lead Indus.* (Id. Ibid., p. 22).

³⁶⁸ Algumas das tintas possuíam cerca de 10% de chumbo em sua composição, enquanto outras contavam com 50% dessa substância.

³⁶⁹ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 25.

como uniformidade de risco. Essa perspectiva reduzia de forma desproporcional o âmbito de aplicação da *market share liability*, traduzindo-se como verdadeira barreira para a indenização das vítimas³⁷⁰.

Como alternativa à visão tradicional da *market share liability*, Rostron propôs a adoção daquilo que denominou *proportional share liability*. Segundo essa concepção, os tribunais deveriam adotar a *market share liability* como premissa de seu raciocínio, mas deveriam conferir contornos mais amplos aos limites da teoria.

Como premissa para sua análise, Rostron afirma que existem três vertentes adotadas pelos tribunais norte-americanos para definir se diversos bens são fungíveis entre si: (i) possibilidade funcional de substituição³⁷¹; (ii) impossibilidade de distinção, no âmbito físico; e (iii) uniformidade de risco.

Segundo o autor, as duas primeiras definições seriam meramente fatores secundários que indicam se determinado bem possui, por sua natureza, características que impedem sua fácil identificação. Em suma, o fator essencial para se identificar a fungibilidade entre coisas seria a dificuldade imposta à vítima de vincular o produto que lhe causou prejuízo com seu respectivo fabricante³⁷².

Já a uniformidade quanto ao risco, para Rostron, seria a linha divisória entre a concepção tradicional da *market share liability*, e a vertente mais flexível da *proportional share liability*³⁷³. A relevância do conceito se justificaria, pois a divisão de responsabilidade, segundo a participação de cada fornecedor no mercado, apenas seria justificável se os produtos dos diversos fabricantes proporcionassem o mesmo risco aos consumidores.

Pela *proportional share liability*, outros elementos poderiam ser adotados nas situações nas quais inexistisse uniformidade de risco. Mais especificamente, fatores como (i) testes realizados com os produtos; (ii) a análise de peritos; ou ainda (iii) dados a respeito de reações adversas de consumidores poderiam ser utilizados para definir o grau de perigo

³⁷⁰ROSTRON, Allen. op. cit., p. 158-159.

³⁷¹O termo adotado em inglês é *functional interchangeability*, que parece traduzir a possibilidade de se trocar diferentes produtos, mantendo as mesmas características funcionais.

³⁷²GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 27.

³⁷³ROSTRON, Allen. op. cit., p. 159.

representado por cada substância, servindo como parâmetro para a divisão da responsabilidade³⁷⁴.

Sob a ótica pragmática, Rostron descreve como sua teoria poderia ser aplicada em casos envolvendo efeitos colaterais de vacinas para tétano, difteria e coqueluche. Como os produtores desses medicamentos mantêm registros dos danos decorrentes de seu uso, seria possível definir o risco que cada um deles causou para seus respectivos consumidores. O passo seguinte seria realizar cálculo matemático, utilizando-se esse fator, juntamente com a participação de cada fabricante no mercado, para se definir a proporção da responsabilidade de cada um.

Segundo o autor, essa mesma teoria poderia ser utilizada nos conhecidos – e altamente controversos – casos de contaminação por amianto. Como visto acima³⁷⁵, essa substância pode causar mesotelioma, espécie de câncer de pulmão, sendo que a contaminação pode ocorrer em razão de uma única exposição. Essa sutileza dificulta a identidade do ofensor nas hipóteses nas quais existem diversas fontes de amianto às quais a vítima foi exposta, e não se consegue definir em qual delas houve a contração da moléstia.

Rostron entende que seria possível solucionar essa questão, com base na *proportional share liability*, nas situações específicas envolvendo pastilhas de freio que possuem amianto em sua composição, e que expõem indivíduos a contaminação, por ocasião da manutenção dos freios dos automóveis³⁷⁶.

O autor afirma que a aplicação de sua teoria é viável nesse segmento, pois haveria enorme quantidade de pesquisas acerca da toxicidade dessa substância nas últimas décadas. Diante desse cenário, seria possível aferir a quantidade da substância nociva nas diversas pastilhas de freio existentes no mercado, ainda que fosse necessário o auxílio de peritos que conseguissem proporcionar elementos mais específicos sobre a matéria³⁷⁷.

³⁷⁴ROSTRON, Allen. op. cit., p. 160.

³⁷⁵Cf. itens 4.3.3 e 4.5.4 *supra*.

³⁷⁶Por mais que a teoria de Rostron possa ser aplicada, ela é insuficiente para solucionar todos os casos envolvendo a contaminação por amianto. Nas situações envolvendo pastilhas de freio, é possível definir o mercado consumidor, e estabelecer, com relativa precisão, o percentual da substância tóxica utilizada em cada produto, bem como a participação de cada fornecedor no mercado.

Todavia, é possível que haja situações nas quais a contaminação ocorreu pela exposição da vítima a diferentes fontes de amianto. Nessas hipóteses, é impossível definir o grupo formado pelos potenciais ofensores, quanto o percentual que cada um possui no mercado de consumo.

³⁷⁷Essa questão foi analisada pela Suprema Corte da Califórnia, por ocasião do julgamento de *Wheeler v. Raybestos-Manhattan*. Nesse caso, verificou-se que um tipo de fibra de amianto, denominado crisotila, estava presente nos freios fabricados pelos diversos fabricantes da peça, mas em quantidades variáveis.

Na esfera dos danos causados por armas de fogo, a aplicação da teoria seria mais complexa, porém permaneceria possível. A aferição do potencial de risco, neste caso, seria possível, em razão de amplo banco de dados mantido pelo *Federal Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives*, órgão do governo federal, que registra muitas das armas utilizadas em práticas criminosas³⁷⁸.

Também seria possível aplicar a teoria de Rostron aos danos provocados pelo consumo de cigarros, pois o governo norte-americano adota medidas padronizadas para aferir a quantidade de nicotina, monóxido de carbono e alcatrão que compõem cada uma das marcas desse produto comercializadas nos Estados Unidos da América³⁷⁹.

Em última análise, Rostron busca elementos – tais como pesquisas, registros governamentais, ou a prova pericial – para aferir o potencial risco gerado por cada fornecedor, utilizando esses elementos como parâmetros para definir a parcela de responsabilidade de cada um. Muito embora o autor reconheça que esse critério não traduz com exatidão a participação de cada ofensor – tal como ocorreria se os produtos fossem fungíveis –, ele entende que essa é a melhor alternativa para lidar com as situações que não se encaixam na moldura tradicional da *market share liability*.

A teoria acabou sendo utilizada – ao menos em tese – pela Suprema Corte de Wisconsin na análise do caso *Thomas v. Mallet*, que trata da contaminação por chumbo existente na tinta. Naquela ocasião, o tribunal permitiu que vítima de contaminação por chumbo obtivesse indenização contra fabricantes de tintas, embora não fosse possível identificar os responsáveis pelo ato ilícito³⁸⁰.

A decisão adotou como premissa a possibilidade de substituição funcional entre as diferentes tintas. Em relação à uniformidade do risco, o Tribunal afirmou que os diversos

Não obstante, como o percentual da substância nos diversos freios comercializados variava entre 40% e 60% do peso total do produto, a Corte entendeu que, embora a uniformidade de risco não estivesse perfeitamente caracterizada, a proximidade entre os percentuais da crisotila utilizados nos diferentes tipos de freio permitia a aplicação da *market share liability*.

Esse precedente, todavia, não significa que a Suprema Corte da Califórnia tenha consolidado sua posição acerca da matéria. Em *Richie v. Bridgestone/Firestone, Inc.*, membro da Corte que não havia participado do julgamento de *Wheeler* criticou a decisão. Logo, o precedente ainda se mantém, mas é objeto de forte oposição por outros tribunais (ROSTRON, Allen. op. cit., p. 162-163).

³⁷⁸ A responsabilidade dos fabricantes é rejeitada pela jurisprudência norte-americana. O precedente da matéria é o caso *Hamilton v. Accu-Tek*, julgado pelo Segundo Circuito da Corte de Apelação do Estado de Nova York (Id. Ibid., p. 170 e ss.).

³⁷⁹ Id. Ibid., p. 164-165.

³⁸⁰ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 31.

pigmentos seriam igualmente arriscados, pois todos conteriam o mesmo elemento tóxico³⁸¹.

De acordo com Donald Gifford e Paolo Pasicolan, alguns aspectos da decisão de *Thomas v. Mallet* merecem ênfase. Destaca-se, neste ponto, a referência expressa feita pela Corte ao artigo de Rostron, afirmando que o requisito quanto à identidade química entre os diferentes produtos seria prescindível para caracterizar a fungibilidade entre coisas diversas³⁸².

Na realidade, a Suprema Corte do Wisconsin adotou concepção flexível do conceito de fungibilidade, concebendo-a como uma combinação não especificada dos fatores mencionados por Rostron. Em suma, diferentes produtos seriam fungíveis entre si se contivessem algumas das seguintes características: (i) possibilidade funcional de substituição³⁸³; (ii) impossibilidade de distinção, no âmbito físico; e (iii) uniformidade de risco. Ao adotar esse raciocínio, o tribunal deixou de perceber que os dois primeiros requisitos não haviam sido considerados relevantes por Rostron.

Em termos mais específicos, a definição da responsabilidade, no âmbito da teoria da contribuição ao risco, dependeria de inúmeros fatores, tais como (i) o momento de entrada, saída, e de eventual retorno do fabricante ao mercado; (ii) o percentual de exposição da vítima ao produto de cada fornecedor; (iii) o momento no qual as diferentes tintas haviam sido aplicadas, e a participação no mercado de cada responsável naquele período; (iv) a probabilidade de que o chumbo produzido por diferentes empresas fosse absorvido pelo corpo da vítima.

³⁸¹Gifford e Pasolan citam o caso *Brenner v. American Cyanamid Co.*, decidido em Nova York, no qual se rejeitou a fungibilidade entre diferentes tintas. Afirmou-se, naquela ocasião, que não havia identidade física, pois os diferentes fabricantes utilizariam diversos tipos de pigmentos. Lógica semelhante seria aplicada quanto à uniformidade de risco, em razão das diferentes quantidades de chumbo existentes nos diferentes pigmentos (GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 53).

³⁸²Id. Ibid., p. 32.

³⁸³Como exemplo dessa modalidade de fungibilidade, Gifford e Pasicolan mencionam o caso *Ray v. Cutter Laboratories*, no qual o autor era portador de hemofilia, e utilizava o chamado Fator VIII, uma proteína do sangue que promove a coagulação. Na ação, o autor alegou que havia contraído a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS em razão de uma amostra contaminada não identificada do Fator VIII que havia utilizado. A demanda foi direcionada contra todos os produtores da substância. Diferentemente do que ocorre em relação ao DES, que é feito a partir de uma fórmula genérica, cada amostra do Fator VIII possui uma composição diferente, pois depende das características sanguíneas do grupo de doadores de sangue que a originou. Logo, o requisito de identidade química – tradicionalmente utilizado para definir a fungibilidade – não se aplicava. Ademais, enquanto o DES demonstrava uma disfunção comum, havia amostras de Fator VIII que estavam contaminadas, enquanto outras não estariam. Esses elementos deveriam ser, a princípio, suficientes para afastar a fungibilidade entre as diferentes amostras do Fator VIII. Todavia, o Tribunal, por ocasião do julgamento de *Ray v. Cutter Laboratories*, entendeu que havia fungibilidade, pois, sob a perspectiva funcional, seria absolutamente possível substituir uma amostra por outra (Id. Ibid., p. 38).

Com a definição desses parâmetros, seria necessário aferir a culpabilidade de cada produtor em relação à contaminação ocorrida. Para tanto, seria essencial examinar, por exemplo, (i) o conhecimento do fabricante sobre os riscos de seu produto; (ii) a existência de testes de segurança na fabricação; e se (iii) o fornecedor, ao invés de adotar as cautelas indispensáveis no processo produtivo, simplesmente seguiu a metodologia adotada por seus concorrentes³⁸⁴.

Em última análise, a vertente da *market share liability* adotada pela Suprema Corte do Wisconsin não segue a linha da *proportional share liability* proposta por Allen Rostron. A decisão se limita a inovar em relação ao conceito de fungibilidade que adota – que não se limita à noção de identidade química, e por vezes a desconsidera –, bem como por levar em consideração a culpabilidade dos diversos fabricantes como fator para definir o respectivo grau de risco criado por cada um perante o mercado consumidor.

Todavia, como afirmado por Donald Gifford e Paolo Pasicolan, a nova teoria desenvolvida é insuficiente para resolver uma das maiores controvérsias relativa à *market share liability*, qual seja, definir – com grau razoável de precisão – a responsabilidade de cada fabricante. Sob a perspectiva de *Thomas v. Mallet*, a definição da participação de cada fornecedor no mercado continua sendo essencial para definir a respectiva parcela de responsabilidade, mas permanece sendo praticamente impossível de ser definida³⁸⁵.

Por mais que a teoria da *market share liability* e a *proportional share liability* sejam – a princípio – incompatíveis com o ordenamento brasileiro³⁸⁶, as doutrinas trazem contribuição importante que pode ser aplicada no âmbito doméstico. Trata-se da noção de que a relação entre conduta e prejuízo não significa necessariamente a prática de ação e omissão que leva ao resultado final, mas sim de comportamento que coloca a vítima na situação de risco no qual o dano se materializa.

Sem prejuízo da controvérsia a respeito da fungibilidade – que decorre das peculiaridades do sistema norte-americano –, todos os casos referidos acima envolvem (i) diversas condutas praticadas por diferentes agentes; (ii) violações a deveres legais; e (iii) riscos causados a terceiros, que acabam se materializando em prejuízo.

³⁸⁴ GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. op. cit., p. 36.

³⁸⁵ Id. Ibid., p. 35.

³⁸⁶ Clóvis do Couto e Silva afirma que a *market share liability* não seria harmônica com o direito continental, pois nesse sistema os juízes não possuem a liberdade existente no *common law* para lidar com questões controversas (SILVA, Clóvis do Couto e. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, cit., p. 165).

Dentro desse cenário, é possível afirmar que – embora não exista vínculo direto entre os ofensores e os danos – existe causalidade entre a conduta praticada e o risco sofrido pela vítima, seja no tocante ao consumo de medicamento prejudicial, seja no contato com substâncias nocivas, tal como o chumbo contido em tintas.

Esse raciocínio, em última análise, é a base para a responsabilidade nas situações envolvendo múltiplos ofensores. A partir de conduta de natureza culposa – ou, ao menos, arriscada – todos os agentes submeteram a vítima a posição arriscada, na qual havia probabilidade de materialização do prejuízo. Esse fato, por si só, possui relevância semelhante – ou, até mesmo, superior – à conduta que, ao final, levou à ocorrência do dano.

Todavia, algumas ressalvas devem ser feitas em relação ao raciocínio norte-americano, principalmente no tocante às potenciais repercussões da *proportional share liability*. Analisando a teoria sob perspectiva geral – ou seja, sem ingressar especificamente na lógica do *common law* – é possível afirmar que a doutrina soluciona apenas um dos problemas envolvidos na responsabilidade de determinados agentes.

Mais especificamente, a *proportional share liability* busca instrumentos para romper a barreira da diversidade do risco gerado pelas condutas praticadas pelos potenciais ofensores. Essa lacuna possui relevância para os julgados norte-americanos, pois impede a caracterização da uniformidade da conduta, inviabilizando a repartição da responsabilidade com base exclusivamente na participação no respectivo mercado de consumo.

A impossibilidade de individualização do dever de indenizar não se mostra relevante nos ordenamentos que estabelecem responsabilidade solidárias nas hipóteses de concorrência de condutas. É o que ocorre, por exemplo, no direito brasileiro, à luz do artigo 942, parágrafo único, do Código Civil, que estabelece solidariedade nas situações nas quais dois ou mais ofensores contribuíram para a ocorrência do prejuízo, pouco importando a relevância da participação deles no evento danoso.

Em contrapartida, outros obstáculos não são superados pela *proportional share liability*, ao menos em alguns dos casos mencionados por Allen Rostron. Nas situações envolvendo, por exemplo, danos causados por armas de fogo, ou por produtos derivados do tabaco, a dificuldade na caracterização do nexo causal decorre, em parte, da participação de outro sujeito – diverso dos fabricantes – na materialização do dano.

De fato, enquanto os prejuízos causados por armamentos envolvem a atuação de terceiro, que realiza os disparos, os danos causados pelo uso do tabaco decorrem de

conduta da própria vítima, que realiza o consumo da substância. Por mais que os diferentes ordenamentos adotem perspectivas diversas para analisar essas questões, elas acabam sempre surgindo como um potencial – e relevante – obstáculo para a indenização.

Em suma, o direito norte-americano oferece uma perspectiva que, embora diferente do raciocínio tradicional da escola romano-germânica, contribui para a análise da responsabilidade dos membros não identificados dos grupos. Se, por um lado, é inequívoco que a lógica do *common law* deve ser analisada com restrições, por outro, é evidente que ela contribui para a matéria, na medida em que reconhece a existência de responsabilidade pela criação do risco que acaba se materializando.

4.5.5. A contaminação por amianto

Com base nessa perspectiva mais flexível da causalidade adotada nos julgados acima referidos, vítimas que sofreram moléstias em razão da contaminação por amianto³⁸⁷ ingressaram com ações buscando indenização. Seguindo o raciocínio que havia sido aceito pela jurisprudência, eles pretendiam evitar o regime tradicional da causalidade aplicável nos Estados Unidos da América, cientes de que não poderiam satisfazer os requisitos normalmente exigidos para a caracterização do nexo causal³⁸⁸.

As situações envolvendo contaminações por amianto possuem diferença sutil – porém relevante – em relação às tradicionais usualmente analisadas da responsabilidade dos grupos. A consequência mais severa da contaminação – qual seja, o mesotelioma –

³⁸⁷O Regulamento dos Benefícios da Previdência Social da República Federativa do Brasil, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, – e atualmente revogado – já classificava a exposição do trabalhador ao amianto como atividade profissional segundo os agentes nocivos (Código 1.2.12 do Anexo I), concedendo aposentadoria especial após, no mínimo, 15 anos de contato com a substância em razão da profissão.

³⁸⁸Mesmo sob a perspectiva tradicional, o conceito de causalidade envolve controvérsias no âmbito do *common law*. Por trás do chamado *but-for test*, existe enorme discussão, que envolve – por muitas vezes – o recurso expresso de decisões judiciais a noções de bom senso, como afirmam H.L.A. Hart e Tony Honore (op. cit., p. 26).

Não obstante, o conceito de causalidade pode ser definido, de forma geral, de forma tripartite, a partir dos seguintes elementos: (i) a causa próxima entre a quebra de dever e o prejuízo; (ii) a capacidade genérica que determinada conduta possui de causar o dano; e (iii) o vínculo que se verifica, em determinado caso, entre a conduta e o evento danoso. (GOLANSKI, Alani. A new look at duty in tort law: rehabilitating foreseeability and related themes. *Albany Law Review*, v. 75, p. 10, 2011).

De outra parte, diferentemente do que ocorre no âmbito do *civil law* – que exige prova inequívoca sobre os fatos ocorridos –, o *common law* apenas exige prova do dano *on the balance of probabilities*, ou seja, basta que se prove que havia mais de 50% de chance de que os fatos narrados tenham ocorrido (SHMUELI, Benjamin; SINAI, Yuval. Liability under uncertain causation? Four talmudic answers to a contemporary tort dilemma, cit., p. 453. No mesmo sentido, ROSTRON, Allen. op. cit., p. 154).

decorre de uma única exposição à substância, e não pelo contato constante do indivíduo com o agente químico, tal como ocorre com o tabaco.

Esse cenário se torna ainda mais complexo, à luz (i) do enorme número de fabricantes que utilizam essa substância; e (ii) da grande variedade de produtos que a contêm, e que a adotam em percentuais diversos. A partir desses elementos, surgem duas dificuldades fundamentais, mesmo sob a ótica mais flexível da *market share liability*, na medida em que (i) existe severa dificuldade de se incluir todos os réus no polo passivo da ação; e (ii) é praticamente impossível caracterizar a uniformidade da conduta praticada pelos potenciais ofensores.

À luz dessas peculiaridades, o cenário das contaminações por amianto contrapõe interesses altamente relevantes. De um lado, a vítima não pode permanecer sem reparação pelos danos sofridos, arcando com o prejuízo causado por terceiro. De outro, há diversos potenciais responsáveis cujos produtos sequer tiveram contato com a vítima.

Na esfera jurisprudencial, a Suprema Corte da Flórida afastou a *market share liability* em caso envolvendo a contaminação de caldeireiro que havia, ao longo dos anos, tido contato com caldeiras que continham amianto em sua composição. A ação foi ajuizada contra 16 fabricantes, e buscava indenização com base na teoria inicialmente aceita em *Sindell v. Abbott Laboratories*.

Para o Tribunal, um dos requisitos indispensáveis para a aplicação da *market share liability* seria a absoluta impossibilidade de identificação dos potenciais ofensores. Essa condição, todavia, não foi satisfeita no caso concreto, pois o autor da ação conhecia os fabricantes de – ao menos – parte das caldeiras com as quais havia tido contato³⁸⁹.

Ao adotar esse raciocínio, a Suprema Corte da Flórida colocou as vítimas em situação delicada. Ao mesmo tempo em que a identificação de parte dos potenciais ofensores afastava a maior flexibilidade da *market share liability*, os requisitos tradicionais da causalidade permaneciam insatisfeitos. Em suma, as sutilezas das situações fáticas impedem a indenização, pois colocam os ofendidos no meio do caminho entre os requisitos tradicionais da responsabilidade, e aqueles relativos à inovadora teoria baseada na participação do mercado.

A teoria foi afastada, ainda, em razão da ausência de uniformidade entre as condutas praticadas pelos potenciais ofensores. Diferentemente do que ocorria nos casos

³⁸⁹DAVID, Simcha. op. cit., p. 8.

envolvendo o DES, o amianto é utilizado em quantidades diversas nos diferentes produtos que teriam causado contaminação³⁹⁰. Logo, algumas das condutas praticadas causam riscos maiores do que outras.

De outra parte, é difícil definir o mercado dos fornecedores envolvidos no prejuízo, pois são inúmeros os fabricantes que recorrem ao amianto em seus respectivos processos produtivos.

Em última análise, a lógica subjacente à *market share liability* é simplesmente incompatível com os casos de contaminação por amianto. Para se dividir a responsabilidade de forma proporcional à participação no mercado, é essencial que as condutas praticadas pelos potenciais ofensores sejam uniformes, causando riscos semelhantes para as vítimas³⁹¹.

Como alternativa à *market share liability*, as vítimas de amianto recorreram à teoria da causalidade alternativa. Buscavam, em suma, obter a reparação pelos prejuízos sofridos com base no precedente da Suprema Corte da Califórnia em *Summers v. Tice*.

Todavia, a aplicação da *alternative liability* também foi rejeitada. Para os tribunais norte-americanos, o contexto fático de *Summers v. Tice* – que envolvia acidente com caçadores – seria diverso daquele relativo à exposição de indivíduos a substâncias nocivas.

A principal diferença entre os casos consistia na ciência da vítima, em *Summers v. Tice*, quanto à identidade dos potenciais ofensores, ignorando-se apenas qual das condutas praticadas teria sido decisiva para o dano ocorrido³⁹². Esse elemento, todavia, não existia

³⁹⁰DAVID, Simcha. op. cit., p. 8.

³⁹¹Simcha David menciona o caso *Mullet v. Armstrong World Industries*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia. Nesse caso, um grupo de vítimas que havia sofrido diversos danos, em razão da contaminação por amianto, ingressou com ação contra mais de 40 empresas que atuavam na produção e distribuição de produtos que continham a substância. O tribunal afastou a aplicação da *market share liability*, afirmando que, diferentemente daquilo ocorrido em relação ao DES, seria simplesmente estabelecer a fungibilidade entre o amianto produzido ou distribuído pelos diversos réus (Id. Ibid., p. 22).

³⁹²Foi o que ocorreu no caso *Goldman v. Johns-Manville Sales Corp.* Naquela ocasião, o autor havia trabalhado em padaria, tendo sofrido a exposição a diferentes produtos que continham amianto, em período de aproximadamente 20 anos. Como resultado disso, ele acabou contraindo mesotelioma, vindo a falecer. A padaria havia sido destruída por um incêndio cerca de 20 anos antes do falecimento da vítima. Diante desse quadro, era simplesmente impossível identificar as companhias que haviam sido responsáveis pela produção e pela distribuição do amianto.

A ação foi ajuizada com base, dentre outros fundamentos, na *alternative liability*. O pedido indenizatório, todavia, foi rejeitado, na medida em que era impossível demonstrar quais dos réus envolvidos no caso havia fornecido a substância que havia causado a moléstia na vítima do evento danoso (Id. Ibid., p. 23).

nas situações envolvendo a contaminação por amianto, pois normalmente não se conhece a identidade de todos os fornecedores que utilizam essa substância³⁹³.

A rejeição dos tribunais à *market share liability* e à *alternative liability* colocou as vítimas do amianto em situação de desamparo³⁹⁴. Por mais que se adote vertente mais flexível do nexo causal, as peculiaridades das contaminações por essa substância envolvem óbices à indenização que são difíceis de superar.

³⁹³DAVID, Simcha. op. cit., p. 13.

³⁹⁴Diante desse preocupante quadro, Simcha David sugeriu nova perspectiva para a matéria. Sob a ótica proposta pelo autor, haveria dever de indenizar, nas situações envolvendo o amianto, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos: (i) exposição considerável da vítima a produtos que contêm a substância; (ii) prova de que o réu comercializou produto da mesma espécie daquele que teria causado o dano; (iii) probabilidade de que o empregador da vítima tenha utilizado o produto que levou à contaminação; e (iv) a existência de ação culposa do réu quanto à produção do produto contendo o amianto. Em suma, cabe a vítima trazer evidências suficientes quanto à inclusão do amianto no produto com o qual a vítima teria tido contato (Id. Ibid., p. 28).

5. OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS NÃO IDENTIFICADOS DOS GRUPOS E O DIREITO BRASILEIRO

5.1. A jurisprudência e a doutrina brasileiras

5.1.1. A jurisprudência

i) O caso dos pinheiros

O caso dos pinheiros é um dos primeiros precedentes, no âmbito do direito brasileiro, a respeito da responsabilidade dos membros não identificados dos grupos.

A ação envolve a celebração de contrato entre a autora e as diversas empresas que integraram o polo passivo da demanda. Em 1953, os antecessores da autora haviam vendido à *Indústria Madeireira São Francisco Limitada*, antecessora da *Indústria Madeireira Panichi Limitada*, 33.776 pinheiros, com diâmetro mínimo de 40cm, para a extração nos 12 anos seguintes à celebração do negócio.

Em 1960, a então adquirente – que, naquela altura, já havia realizado a extração de parte das árvores contratadas – cedeu o contrato para sociedade denominada *Sibiza Sirotski Birmann S.A. e para Arão Brilmann*, na proporção de 75% e 25%. Por sua vez, os então cessionários cederam suas respectivas partes para a *Agro Industrial Anita Garibaldi Ltda.*, antecessora da *Cia Novosul Comércio e Administração*.

Todavia, o número de árvores abatidas ultrapassou o máximo estabelecido contratualmente, e o corte realizado afetou árvores que possuíam diâmetro inferior àquele estabelecido na avença inicialmente celebrada. Muito embora o ilícito contratual fosse evidente, era impossível definir qual das três empresas havia incorrido no ato ilícito.

Por essa razão, os proprietários do terreno ingressaram com ação tanto contra as cedentes do contrato, quanto contra a cessionária. A demanda foi distribuída na Comarca de Porto Alegre, tendo a primeira instância rejeitado os pedidos dos autores.

No julgamento do recurso de apelação, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença proferida pela instância inferior³⁹⁵. Ao tratar da solidariedade, o tribunal sul-rio-grandense realizou raciocínio um tanto simplista, afirmando que, enquanto “*não se puder delimitar a responsabilidade individual de cada uma delas [das rés], solidariamente devem elas ser responsabilizadas, nos termos do art. 904 do Código Civil*”³⁹⁶.

O julgado também recorreu ao artigo 1.518 do Código Civil de 1916, que estabelecia a regra geral de responsabilidade solidária por ilícitos extracontratuais. De acordo com o tribunal, “*em se tratando de ato ilícito, não se podendo saber qual teria sido o que praticou a ofensa, todos ficam responsáveis solidariamente, tendo qualquer deles ação regressiva contra o que se provar, em outro procedimento, que não foi o culpado*”.

Pelos trechos acima, verifica-se que a corte sul-rio-grandense realizou raciocínio superficial, sem ingressar no âmago da responsabilidade dos integrantes dos grupos. Partindo dos dispositivos elementares acerca da solidariedade – os quais não diziam respeito à hipótese então tratada –, o tribunal simplesmente concluiu que, verificada a impossibilidade de identificação do ofensor, haveria responsabilidade solidária entre todos os potenciais causadores do dano.

A matéria foi, então, levada para exame do Supremo Tribunal Federal que, naquela ocasião, detinha competência para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional³⁹⁷.

Ao proferir seu voto, o Ministro Rodrigues Alckmin afirmou que haveria solidariedade nas hipóteses nas quais a conduta ilícita tivesse mais um autor, podendo resultar da soma de diversas ações ou omissões, ou mesmo de diversos comportamentos realizados, ainda que apenas um ou alguns deles fossem suficientes para causar o dano. Também haveria a responsabilidade solidária, segundo o julgador, “*no caso de participação numa conduta perigosa, se dessa conduta resultasse um dano concreto e fosse possível identificar o autor*”.

³⁹⁵ Apelação Cível nº 21.062. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Antonio V. Amaral Braga. Julgado em 8 de novembro de 1973.

³⁹⁶ Esse dispositivo apenas trazia a regra geral da responsabilidade solidária, estabelecendo que “*O credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum*”.

³⁹⁷ Recurso extraordinário nº 86.446. 1ª Turma. Relator: Ministro Antonio Neder. Julgado em 14 de junho de 1977.

No entanto, nenhuma dessas hipóteses teria ocorrido na situação então tratada. Segundo o Ministro Rodrigues Alckmin, “*sequer se apurou quem fez derrubar pinheiros em excesso e quantos se fez derrubar*”. Como não teria havido concorrência entre as condutas das rés – cujas ações seriam autônomas entre si –, seria necessário definir a responsabilidade individual de cada um. Por outro lado, pela “*só dificuldade em identificar o autor do dano, a solidariedade não se dá*”.

A partir desses elementos, o Ministro Rodrigues Alckmin anulou o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Segundo o voto proferido, seria essencial definir o dano causado por cada empresa, por meio de nova perícia, tendo em vista que a prova técnica inicialmente realizada na demanda havia sido considerada inadequada, à luz de suspeitas sobre a parcialidade do perito.

O voto foi acompanhado pelos Ministros Antonio Neder, relator do acórdão, e Bilac Pinto. Por outro lado, o Ministro Cunha Peixoto se manifestou favoravelmente à manutenção da solidariedade. Segundo a decisão divergente, *no caso da prática de um ato conjunto, que causou prejuízo a terceiro, quando há dificuldade ou mesmo a impossibilidade de se identificar o autor do dano, responsabilizar-se-á todos que dele participaram*”.

Para reforçar seu entendimento, o Ministro Cunha Peixoto recorreu a trechos de doutrina³⁹⁸, conferindo ênfase à necessidade de se resguardar os interesses da vítima, evitando-se que ela ficasse sem indenização³⁹⁹.

O caso dos pinheiros possui peculiaridades em relação aos demais envolvendo a responsabilidade dos integrantes dos grupos, por duas razões fundamentais: (i) a inexistência de situação de risco causada pelos membros do agrupamento; e (ii) a existência de relação jurídica de natureza contratual envolvendo as partes do litígio.

³⁹⁸Dentre outros autores, o voto faz referência à obra dos irmãos Mazeaud para justificar a solidariedade dos potenciais ofensores. Todavia, os autores franceses possuíam posição restritiva quanto à imposição de responsabilidade solidária nesses casos [cf. item 4.2.1, *supra*].

³⁹⁹Vasco Della Giustina comenta a decisão, afirmando que, a partir dos termos do voto, verifica-se “*uma nítida substituição da causalidade real pela possibilidade de causalidade*”. Para o autor, tendo o tribunal se deparado com situação na qual a causalidade não seria evidente, teria presumido-a, reconhecendo a responsabilidade de todos os potenciais ofensores (DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos – inclusive no Código do Consumidor*, cit., p. 137).

Julio Alberto Díaz também comenta a decisão, afirmando que a solução conferida ao caso pelo Supremo Tribunal Federal seria adequada, à luz do alcance do artigo 1.518 do Código Civil de 1916. Todavia, a decisão seria “*injusta*”, e – por essa razão – deveria a Corte “*ter-se esforçado mais na procura de uma saída que conformasse a ambos: o sentimento de Justiça e o Direito positivo, embora a norma invocada não fosse aplicável*” (DÍAZ, Julio Alberto. op. cit., p. 194).

A maioria dos casos envolvendo a responsabilidade dos potenciais ofensores possui um elemento em comum. Trata-se da criação ou do aumento de risco pela conduta dos potenciais ofensores, os quais – mesmo que não tenham causado o prejuízo propriamente dito – atuaram de forma ilícita, colocando a vítima em situação arriscada.

No entanto, esses requisitos não se encontram presentes no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao invés da prática de conduta uniforme e ilícita, o cenário fático tratado no caso envolve comportamentos autônomos e independentes praticados pelos diversos réus, os quais não podem ser caracterizados como ilícitos, e tampouco como arriscados.

Diante disso, a responsabilidade extracontratual parece ser insuficiente para lidar com essa situação. Pelos elementos descritos no caso, e sem prejuízo da perícia que seria realizada na ação, o desfecho ideal seria a imposição de responsabilidade ao comprador inicial, pois essa sociedade possuía vínculo contratual com os vendedores, e não havia notificado-os acerca da cessão realizada para a primeira cessionária.

ii) O caso dos caçadores e a teoria da guarda coletiva

A responsabilidade dos integrantes dos grupos também foi analisada em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No decorrer de desfile com carros alegóricos, diversos caçadores – os quais participavam do evento – realizaram uma salva de disparos de festim.

Todavia, um dos caçadores havia utilizado munição real, que acabou atingindo um dos espectadores do desfile. A vítima sofreu lesões graves, correspondentes à perda da visão do olho direito, além de ferimentos nos pulmões, sem que fosse possível identificar qual dos caçadores havia sido o responsável por tais danos.

Na primeira instância, a sentença rejeitou a condenação solidária dos réus, por entender que a identificação do ofensor seria essencial para a imposição de responsabilidade. Para o juiz de primeiro grau, a solidariedade não poderia ser aplicada mesmo que o desconhecimento sobre a identidade do responsável pelo prejuízo decorresse de silêncio intencional dos réus.

Com a interposição de recurso de apelação, os autos foram remetidos para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A corte gaúcha reformou a sentença de primeiro grau, impondo a solidariedade a todos os réus, por entender que o evento danoso teria

decorrido de “*falta do dever de vigilância na guarda de coisa perigosa e que a todos competia zelar*”⁴⁰⁰.

Para a turma julgadora, “*todos os participantes daquele carro alegórico, mormente, os ‘caçadores’, tinham o dever de guarda das armas ou cartuchos carregados com chumbo, evitando, naquela arriscada aventura, pudesse o uso indevido ou temerário das armas ou munições causar danos a terceiros*”. Todavia, os réus “*falharam no cumprimento daquele dever e só isso bastaria para que, solidariamente, respondessem pelo pagamento da indenização*”.

A partir da análise do acórdão, verifica-se que o tribunal sul-rio-grandense adotou a teoria da guarda coletiva, defendida por Ripert⁴⁰¹. Segundo a doutrina, presume-se que todos os potenciais ofensores têm dever de cuidado sobre o bem envolvido no evento danoso. Havendo diversos objetos, todos seriam considerados como uma única *res*, sendo irrelevante verificar qual deles teria provocado o prejuízo.

Todavia, a teoria se mostra equivocada em termos conceituais. Para impor a solidariedade a todos os potenciais ofensores, a guarda coletiva parte de dois pressupostos altamente questionáveis, quais sejam: (i) a vinculação do dano com o objeto utilizado pelos potenciais ofensores, e não com a conduta praticada por eles; e (ii) a posse dos objetos por todos os responsáveis pelo dano.

No tocante ao primeiro ponto, a prática do dano com o uso de objeto é irrelevante para definir a responsabilidade dos potenciais ofensores. Sob a ótica do nexo causal, os óbices são os mesmos tanto na hipótese na qual os integrantes do grupo realizam o ato ilícito com determinado objeto, quanto naquela em que o praticam com suas próprias mãos. Em ambas as situações, persiste a dificuldade em se vincular a conduta individualizada com o evento danoso.

A alegada presunção relativa à existência de guarda coletiva sobre o bem também enfrenta severos problemas. Ao imputar a posse da coisa a todos os potenciais responsáveis pelo dano, a teoria não realiza mera presunção, adotando verdadeira ficção jurídica para impor a responsabilidade solidária aos integrantes do grupo.

⁴⁰⁰Apelação cível nº 11.195, 1ª Câmara Cível especial. Relator: Desembargador Oscar Gomes Nunes. Julgado em 25 de novembro de 1970.

⁴⁰¹Cf. item 4.2.4 *supra*.

A diferença entre esses conceitos fica bem evidente a partir dos ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. De acordo com o autor, a *“presunção iuris et de iure não deve ser confundida com a ficção jurídica. Embora ambas não admitam prova em contrário, a ficção não pretende considerar verdadeiro um fato qualquer, que pode ser até possível, mas dar por verdadeiro um fato que é necessariamente falso. A falsidade é inteiramente assumida e, assim, não é enganosa. De tal sorte, a ficção não supõe, mas cria uma realidade, ordenando que algo seja tratado como se fosse coisa completamente diversa”*⁴⁰².

Logo, a teoria da guarda coletiva se baseia na ficção quanto à posse do objeto utilizado para causar o dano. Salvo situações excepcionais, sabe-se que a posse dos bens é individual, e que parte dos potenciais responsáveis não deteve a coisa que, em última análise, levou à materialização do prejuízo.

O recurso à ficção se revela artificial, demonstrando a ausência de solidez da teoria da guarda coletiva. As presunções decorrem da observação da realidade, aplicando o resultado normalmente verificado pela experiência a situações nas quais os fatos são desconhecidos⁴⁰³.

Por servirem para solucionar situações de verdade possíveis, as presunções são admitidas, mesmo na ausência de permissão legal expressa. Tanto é assim que existe, no ordenamento brasileiro, regra geral autorizando o recurso do juiz às *“regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”* (artigo 335 do Código de Processo Civil).

Essa lógica, todavia, não se aplica às ficções. Como, nesse caso, existe a alteração da realidade que se conhece, com o escopo de se atender determinada finalidade, é

⁴⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. In: In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 331. Já José de Aguiar, afirma que *“a presunção é baseada na verossimilhança e responde às tendências da lógica natural, ao passo que a ficção vai muito mais longe, ultrapassa o domínio da prova e desnatura cientemente as realidades, de forma que exclui aprioristicamente qualquer possibilidade de prova em contrário. A presunção, ao revés, baseia-se no que ordinariamente acontece”* (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., v. 1, p. 104-105).

⁴⁰³ Para Teresa Ancona Lopes, presunção é *“o resultado de um processo lógico, racional, que permite à mente humana, partindo de um fato conhecido (experiência), chegar a uma verdade jurídica (o verdadeiro, aqui, é o provável). Por exemplo, a entrega do título da dívida pelo credor ao devedor faz presumir pagamento”*. (LOPEZ, Teresa Ancona. A presunção no direito, especialmente no direito civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Coords.). *Doutrinas essenciais de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. v. 5, p. 1323).

essencial a existência de disposição normativa prevendo a ficção. Diferentemente do que ocorre com as presunções⁴⁰⁴, esse instrumento interpretativo não está à disposição do intérprete, dependendo de previsão legal expressa para ser utilizado.

Diante desses elementos, a teoria da guarda coletiva se releva inviável, pois adota como pressuposto fato que não corresponde à realidade – qual seja, a relação dos responsáveis com o objeto que causou o dano –, sem que haja previsão legal a esse respeito.

Sem prejuízo de suas inconsistências conceituais, a guarda coletiva também se mostra insuficiente para solucionar as situações envolvendo potenciais ofensores. Afinal, por mais que possuísse fundamentos confiáveis, a doutrina se aplicaria exclusivamente nas hipóteses nas quais objetos são utilizados como instrumentos para causar o prejuízo.

Por exclusão lógica, em todas as situações nas quais os danos são causados apenas pela ação ou omissão humana, a teoria da guarda coletiva se tornaria absolutamente inócua. Ausentes os objetos de materialização do dano, seria simplesmente impossível imputar eventual guarda coletiva aos integrantes do grupo, inexistindo o requisito indispensável para a imposição da responsabilidade solidária.

Por essas razões, a teoria da guarda coletiva constitui subterfúgio artificial e insuficiente para contornar a dificuldade relativa ao nexos causal, nas situações envolvendo diversos potenciais ofensores. Por mais que se deseje proporcionar o necessário amparo à vítima, esse objetivo não pode se sobrepor aos elementos essenciais da responsabilidade civil, desconsiderando a causalidade entre a conduta e o dano.

iii) O caso da briga de torcidas

O último dos julgados acerca da responsabilidade dos potenciais ofensores trata dos danos decorrentes de brigas entre torcedores rivais, no decorrer de partida de futebol.

Em 25 de dezembro de 1983, os réus da ação e a vítima do evento danoso encontravam-se no campo na *Sociedade Esportiva União*, localizada no município de Teutônia, Estado do Rio Grande do Sul. Utilizando-se de bastões de madeira, os primeiros

⁴⁰⁴ Observe-se que apenas a chamada presunção *iuris tantum* pode ser aplicada pelo intérprete, de acordo com sua experiência, e com a realidade que lhe é apresentada. Já a presunção *iuris et de iure*, por se assemelhar, em termos finalísticos, à ficção – buscando promover determinado interesse jurídico – também depende de previsão normativa expressa.

teriam desferido golpes no último, que faleceu em 31 de dezembro de 1983, como resultado dos ferimentos sofridos.

A esposa e os filhos da vítima ingressaram com ação, buscando indenização pelos danos morais e materiais decorrentes do evento narrado acima. A potencial fragilidade da demanda residia na dificuldade em se identificar qual dos potenciais ofensores teria desferido o golpe fatal à vítima.

Na primeira instância, os pedidos indenizatórios foram acolhidos. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirmou que a causalidade alternativa, embora fosse insuficiente para caracterizar a responsabilidade criminal, seria adequada para impor indenização civil aos potenciais causadores do prejuízo⁴⁰⁵.

A solidariedade dos réus também foi acolhida por ocasião do julgamento do recurso especial⁴⁰⁶. Ao tratar especificamente da impossibilidade de identificação do indivíduo que teria realizado o golpe fatal, o Ministro Aldir Passarinho Junior, relator do acórdão, adotou raciocínio vago, afirmando apenas que essa dificuldade probatória “*não é motivo, absolutamente, para estender-se a impunidade a mais gente*”.

O Ministro Barros Monteiro acompanhou o voto, esclarecendo que “*a autoria do fato se encontra abrangida no moderno conceito de ‘causalidade alternativa’ ou da ‘responsabilidade de grupo’, nos termos em que realçados pelo condutor. Deve ser tido em conta sobretudo que, no caso, os réus participaram da agressão como os grandes interessados na proteção de um integrante do grupo familiar, envolvido no início dos acontecimentos (...)*”⁴⁰⁷.

Do trecho do voto do Ministro Barros Monteiro, vislumbra-se possível referência à teoria da culpa coletiva, na medida em que há referência – embora esparsa – à conduta comum adotada por eles.

Sem prejuízo, a fundamentação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça surpreende pelo seu caráter sucinto. A corte parece desconsiderar a enorme controvérsia que existe sobre a causalidade alternativa, impondo a responsabilidade solidária como se

⁴⁰⁵Apelação cível nº 591047451. 6ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício. Julgado em 10 de dezembro de 1991.

⁴⁰⁶Recurso Especial nº 26.975 – RS. 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 18 de dezembro de 2001.

⁴⁰⁷O voto condutor também foi seguido pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

ela decorresse da mera possibilidade de se imputar a ocorrência do prejuízo a diversos potenciais ofensores.

À luz da relevância da matéria, o Superior Tribunal de Justiça não poderia ter se limitado a adotar a existência da solidariedade como pressuposto inquestionável. Antes de impor a responsabilidade solidária, caberia à corte investigar a matéria ora tratada, buscando definir as razões que justificariam as conclusões que adotou⁴⁰⁸.

5.1.2. A doutrina brasileira

A doutrina brasileira conta com esparsas manifestações a respeito da responsabilidade dos membros não identificados dos grupos.

A causalidade alternativa foi tratada – ainda que de forma sucinta – na clássica obra *Da Responsabilidade Civil*, de autoria de José de Aguiar Dias. Para analisar a responsabilidade dos potenciais ofensores, o autor parte de exemplo suscitado pelos irmãos Mazeau, relativo a ferimentos e danos patrimoniais decorrentes de chute não identificado de bola ao longo de partida de futebol⁴⁰⁹.

Contrapondo-se à posição dos civilistas franceses – que haviam concordado com a rejeição do pedido indenizatório no caso –, Aguiar Dias afirma, basicamente, que (i) a impossibilidade de identificação do autor do dano teria decorrido “do silêncio do autor do

⁴⁰⁸O Superior Tribunal de Justiça também analisou a responsabilidade dos membros dos grupos por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 64.682. A matéria analisada no recurso diz respeito à responsabilidade dos moradores de edifício por objeto lançado sobre a via pública.

Muito embora a questão, por si só, não suscite controvérsia relevante, à luz da regulação expressa da matéria pelo artigo 1.529 do Código Civil de 1916, o julgado proferido traz algumas considerações interessantes acerca da causalidade alternativa.

Neste ponto, destaca-se o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cujo teor é o seguinte:

“O caso dos autos versa sobre a interessante hipótese em que se sabe que o dano foi causado por um dos ocupantes dos apartamentos que abriam janelas para a rua por onde transitava a vítima, mas não se pôde identificar o seu autor. Nesse caso, ensina o eminente Prof. e Des. Vasco Della Giustina, autor da primeira monografia sobre o tema no Brasil, ‘com a admissão da causalidade alternativa, todos os autores possíveis, isto é, os que se encontravam no grupo, serão considerados, de forma solidária, responsáveis pelo evento, face à ofensa perpetrada à vítima, por um ou mais deles, ignorado o verdadeiro autor ou autores’ (Responsabilidade civil dos grupos, Aide, p. 77).

Essa solução evidencia uma significativa alteração no modo de examinar o tema da responsabilidade civil, deixando de lado o ato ilícito para olhar a existência do dano injusto. ‘Preocupa-se, fundamentalmente, com a situação da vítima cujo patrimônio ou pessoa sofreu um dano e não há razão que justifique deva suportar o dano com exclusividade’, como acentuou Julio Alberto Diaz, em trabalho recente (Responsabilidade coletiva, Del Rey, 1998, p. 82)”. (Superior Tribunal de Justiça. 4.^a Turma. Relator: Ministro Bueno de Souza. Julgado em 10 de novembro de 1998).

⁴⁰⁹DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 452.

dano e dos demais partícipes do jogo”; e que (ii) seria impossível afirmar que o causador do prejuízo seria, exclusivamente, o jogador que teria chutado a bola, na medida em que esse indivíduo apenas teria intervindo, “*por último, na cadeia de movimentos de que resultou o dano, foi apenas o agente realizador do movimento final*”⁴¹⁰.

A partir desses elementos, verifica-se que Aguiar Dias adota dois fundamentos distintos para justificar a responsabilidade dos membros não identificados dos grupos. Por um lado, ao imputar a responsabilidade pelo silêncio dos integrantes do agrupamento, o autor entende que o dever de indenizar decorreria do perecimento da prova, seguindo posição inicialmente defendida por Postacioglu, e bastante criticada pela doutrina estrangeira⁴¹¹.

Por outro, tendo afirmado que a conduta que causa o dano é apenas o elo que intervém “*por último, na cadeia de movimentos de que resultou o dano*”, o autor indica que o prejuízo não é resultado de comportamento isolado, praticado exclusivamente pelo agente que cometeu o último dos atos na cadeia que levou ao prejuízo. Na verdade, o dano resulta de comportamento de natureza coletiva, realizado pelos integrantes do agrupamento, e que gera o contexto de risco no qual o dano se materializa⁴¹².

Essa posição fica bem clara, a partir do trecho no qual Aguiar Dias afirma que a responsabilidade dos praticantes de futebol apenas deveria ser afastada “*se ficasse estabelecido que o jogador desastrado houvera praticado o lance infeliz isoladamente e não em sequência ao desenvolvimento do jogo*”⁴¹³. Em suma, haveria exclusão de responsabilidade caso se verificasse que a conduta do causador do dano seria distinta daquelas praticadas pelos demais integrantes do grupo, descaracterizando-se a natureza coletiva do comportamento realizado.

A matéria recebe tratamento, ainda, por Pontes de Miranda. Sem ingressar no tema com profundidade, o tratadista sugere que a solução para a controvérsia passaria por mudança na legislação.

Nas palavras do autor, há “*causalidade alternativa quando o dano pode ter sido causado e o foi pelo ato de A ou pelo ato de B, sem se poder determinar, com certeza, qual dos dois o causou. Há duas soluções de técnica legislativa: a) a de se entender que, na*

⁴¹⁰DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 452.

⁴¹¹Cf. item 4.2.3.1 *supra*.

⁴¹²DIAS, José de Aguiar. op. cit., v. 2, p. 452-453.

⁴¹³Id., loc. cit.

falta de indícios veementes contra ambos os apontados, nenhum pode ser responsabilizado; b) uma vez que os fatos se apresentam como um todo, a de se ter como responsável qualquer dos participantes”⁴¹⁴.

Também merece destaque o estudo de Clóvis do Couto e Silva a respeito do tema. Em artigo denominado *Responsabilidad alternativa y acumulativa*, o civilista gaúcho parte do conceito de causalidade, afirmando que, a princípio, o nexo causal deve ser real, ou seja, indeniza-se o dano causado por pessoa determinada.

Como exceção, todavia, o autor sugere a adoção de causalidade suposta, embora reconheça que essa solução não foi adotada nos códigos latinos. Essa hipótese teria sido vislumbrada pelo §830 do Código Civil alemão, que estabelece a solidariedade entre diversos indivíduos, nas hipóteses nas quais todos são potenciais causadores do dano, mas não se consegue identificar o verdadeiro ofensor⁴¹⁵.

Couto e Silva passa, então, a analisar as razões que justificaram a inserção do dispositivo legal acima referido no Código Civil da Alemanha. Logo de início, o autor compara a situação prevista na lei alemã com aquela criminalmente tipificada como o delito de rixa, explicando que – em ambos os casos – há a concorrência de diversos agentes, havendo, ainda, simultaneidade na prática das condutas⁴¹⁶.

Em seguida, o civilista confronta o §830 do Código Civil alemão com a redação inicialmente proposta – porém não adotada – no §714 da lei. O texto sugerido para essa última norma acabou não sendo adotado, pois se entendeu que a hipótese fática nela tratada já seria disciplinada pelo primeiro dispositivo.

Para Couto e Silva, as hipóteses vislumbradas nos dispositivos não seriam absolutamente idênticas. A diferença é sutil, porém relevante: enquanto o §830 exige a simultaneidade das diversas condutas praticadas, o §714 estabelecia a solidariedade mesmo nas hipóteses nas quais os comportamentos haviam ocorrido em momentos diferentes.

Para solucionar o problema quanto à existência da solidariedade, o autor gaúcho recorre a raciocínio já desenvolvido ao longo da presente dissertação. O autor refuta a

⁴¹⁴PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 22, p. 274.

⁴¹⁵SILVA, Clóvis do Couto e. *Responsabilidad alternativa y acumulativa*, cit., p. 236.

⁴¹⁶Id. *Ibid.*, p. 237.

noção de causalidade como relação de cunho científico, sugerindo que o conceito possui contornos predominantemente jurídicos⁴¹⁷.

Sem prejuízo das observações acerca da causalidade, Couto e Silva conclui seu artigo sem conferir solução definitiva para o problema dos potenciais ofensores. Para o civilista, a imposição da solidariedade passaria, necessariamente, pela migração da causalidade real para a causalidade suposta, pressupondo-se a relação de causa e efeito entre conduta e prejuízo. Todavia, o próprio autor reconhece que é difícil definir qual o grau de suposição adequado, deixando de definir até que ponto o nexos causal pode ser presumido⁴¹⁸.

Em suma, o artigo do autor gaúcho não soluciona o problema da responsabilidade dos membros não identificados dos grupos, mas apenas propõe uma nova perspectiva conceitual para a análise da matéria. Ao invés de analisar a causalidade como conceito de natureza física, é essencial interpretá-la sob a ótica jurídica, ou seja, como instrumento voltado à satisfação de interesse considerado relevante pelo ordenamento.

A questão da causalidade alternativa também aparece em outra obra de Clóvis do Couto e Silva, denominada *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Trata-se de curso proferido pelo professor gaúcho na Universidade Saint Maur (Paris XII) acerca de aspectos gerais do direito privado brasileiro.

No curso, há tópico específico destinado para a causalidade suposta. Em linhas gerais, o autor segue raciocínio semelhante àquele utilizado no artigo referido acima. Por mais que não alcance conclusão absolutamente clara acerca do problema, Couto e Silva traz elemento interessante para a análise da matéria, afirmando que a responsabilidade alternativa se relaciona à ideia de risco dentro do sistema de culpa, ou seja, o autor – ainda que de forma implícita – acaba levando em consideração a situação de perigo criada pelos integrantes do grupo perante a vítima⁴¹⁹.

A matéria também foi tratada por Vasco Della Giustina. Como argumento para justificar a solidariedade dos integrantes do grupo, o autor recorre a elementos do direito penal, analisando a enorme controvérsia que existe acerca da individualização da conduta criminal, bem como sobre a possibilidade de imputação de responsabilidade coletiva nessa esfera.

⁴¹⁷SILVA, Clóvis do Couto e. Responsabilidade alternativa y acumulativa, cit., p. 238.

⁴¹⁸Id. Ibid., p. 241-242.

⁴¹⁹Id. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, cit., p. 17.

Segundo o autor, a individualização da responsabilidade criminal foi gradualmente perdendo espaço para ideias que reconheciam a natureza coletiva de determinadas infrações. Seriam exemplos dessa tendência (i) o sistema da presunção da participação, que regularia os crimes de guerra, e imputaria responsabilidade a todos os envolvidos em delitos dessa natureza⁴²⁰; e (ii) o “*sistema de assimilação entre a dependência de um grupo e a participação*”, que estaria prevista nos artigos 313 e 314 do Código Penal francês, e imputaria a responsabilidade por danos causados em rebeliões e reuniões aos autores, instigadores e provocadores desses eventos⁴²¹.

Esse processo de coletivização, para o autor, estaria mais completo em se tratando da responsabilidade civil, na medida em que o artigo 314 do Código Penal francês estabeleceria, no tocante ao dever de indenizar, a solidariedade de todos os indivíduos reconhecidos como autores do delito.

Nas situações envolvendo diversas condutas não individualizadas, Della Giustina afirma que a Corte de Cassação francesa aplicaria “*os princípios da cumplicidade co-respectiva*”, impondo responsabilidade solidária nas situações nas quais os potenciais responsáveis tomaram “*parte ativa e pessoal*” na prática do ato ilícito⁴²².

A questão, segundo o autor, seria definir se essa premissa se aplicaria também às hipóteses “*involuntárias e culposas – dado que a jurisprudência tende a admitir a possibilidade de uma cumplicidade nesta matéria, – quando ressalta das circunstâncias que o comportamento perigoso foi adotado em seguida a um concerto de vontade entre os acusados*”⁴²³.

De forma semelhante à legislação francesa, a lei brasileira possuiria alguns tipos penais nos quais a pena é agravada, “*tendo em vista a participação ou o concurso de mais de uma pessoa*”. É o que ocorre nos casos do furto qualificado (artigo 155, §4º, VI, do Código Penal), o roubo qualificado (artigo 157, §2º, II, do Código Penal) e com a extorsão mediante sequestro (artigo 159, §1º, do Código Penal)⁴²⁴.

Por outro lado, haveria diversos tipos que regulariam crimes plurissubjetivos, “*sendo da própria essência de tais delitos a pluralidade de agentes, daí que são eles,*

⁴²⁰De acordo com o artigo 1º da Lei 48-1416, de 15 de setembro de 1948, posteriormente revogado pela Lei 53-32, de 30 de janeiro de 1953.

⁴²¹DELLA GIUSTINA, Vasco. op. cit., p. 69-70.

⁴²²Id. Ibid., p. 72.

⁴²³Id. Ibid., p. 73.

⁴²⁴Id. Ibid., p. 74.

também, nominados de crimes de concurso necessário”. São os casos do delito de motim de presos (artigo 354 do Código Penal), quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal) e rixa (artigo 137 do Código Penal)⁴²⁵.

Ao mesmo tempo em que teriam natureza plurissubjetiva, esses tipos caracterizariam delitos de perigo, o qual seria presumido à luz da prática de atos recíprocos de violência. Também seria bastante comum que a realização dessa ofensa levasse a resultados graves – tais como lesão corporal grave, ou mesmo morte –, caracterizando-se a rixa qualificada, com a consequente imposição de pena mais severa aos responsáveis (artigo 137, parágrafo único, do Código Penal).

Todos esses elementos seriam comuns às situações de causalidade alternativa. Tanto na responsabilidade dos integrantes dos grupos, quanto no tipo penal da rixa, haveria a possibilidade da *“eclosão de evento danoso, oriundo da atividade feita em comum”*⁴²⁶, conhecendo-se os indivíduos que participaram da ação coletiva, sem que fosse possível identificar o causador do dano.

No tocante especificamente à rixa qualificada, a mera ocorrência do evento danoso, em razão da prática ilícita, seria suficiente para impor pena mais severa para todos os envolvidos no delito, pouco importando qual dos infratores teria materializado o dano.

Essa sanção mais gravosa teria como fundamento, segundo Della Giustina, a criação de situação de perigo para a vítima, decorrente da atuação de todos os indivíduos envolvidos na rixa. Segundo o autor, *“nenhum deles responde pelo que não causou, mas pelas consequências não imprevisíveis de uma situação ilícita a que consciente e voluntariamente prestou sua quota de causalidade”*⁴²⁷.

Trata-se exatamente da situação nas hipóteses envolvendo a causalidade alternativa. Afinal, *“tanto na rixa quanto na causalidade alternativa, eles [os agentes envolvidos na prática ilícita] são responsabilizados por consequências não imprevisíveis de uma situação de perigo”*⁴²⁸.

Em última análise, o delito de rixa não seria exatamente o fundamento para a responsabilidade solidária dos integrantes dos grupos. Seria, na verdade, uma forma de ilustrar a razão pela qual esses indivíduos são solidariamente responsáveis pelos danos

⁴²⁵ DELLA GIUSTINA, Vasco. op. cit., p. 74.

⁴²⁶ Id. Ibid., p. 75.

⁴²⁷ Id. Ibid., p. 76.

⁴²⁸ Id. Ibid., p. 77.

causados, indicando como a criação de situação de perigo pode levar à imposição do dever de indenizar.

Destaca-se, ainda, na obra de Della Giustina, a menção ao artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, que – segundo o autor – seria exemplo de reconhecimento legislativo da causalidade alternativa. O dispositivo estabelece a solidariedade entre “*fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador*” por eventuais danos causados na relação de consumo, isentando aquele que “*não colocou o produto no mercado*” (artigo 12, §3º, I, do Código de Defesa do Consumidor).

De acordo com Della Giustina, “*ao enunciar essa causa [a isenção de responsabilidade daquele que prova que não colocou o produto no mercado], a lei passou a admitir a causalidade alternativa, ainda que de forma implícita, pois, os possíveis produtores, ou seja, aqueles que estão no círculo de causalidade, de onde poderia ter saído o produto, são solidariamente responsáveis, a menos que comprovem não ter colocado o produto no mercado*”⁴²⁹.

Nesse ponto, a posição do autor é equivocada. As hipóteses da responsabilidade dos membros não identificados dos grupos envolvem três pressupostos essenciais: (i) a prática de conduta ilícita, e potencialmente danosa, por diversos indivíduos; (ii) a ocorrência do dano; e (iii) a ignorância sobre qual dos comportamentos causou o prejuízo.

As premissas adotadas pelo artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, todavia, diferem sutilmente dessa lógica. Enquanto a responsabilidade adotada na esfera consumerista parte da responsabilidade objetiva dos integrantes da cadeia produtiva, sem se preocupar com a prática de ato ilícito, ou de atividade de risco (artigo 927 do Código Civil), a responsabilidade dos integrantes dos grupos exige a caracterização de, ao menos, um desses elementos.

De outra parte, a causa excludente de responsabilidade prevista no artigo 12, §1º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, não pretende afastar – como afirmado por Della Giustina – eventual presunção quanto à responsabilidade dos diversos agentes pelos danos causados aos consumidores⁴³⁰. Ao afastar a responsabilidade de quem “*não*

⁴²⁹DELLA GIUSTINA, Vasco. op. cit., p. 151.

⁴³⁰Zelmo Denari afirma que “*Colocar o produto no mercado de consumo significa introduzi-lo no ciclo produtivo-distributivo, de uma forma voluntária e consciente. Uma diretiva italiana alude à introdução do produto no mercado, configurando a ‘messa in circolazione’ ainda que tenha sido confiado ao consumidor para testes ou como simples mostruário (cf. art. 7º, § 1º), bem como no momento em que o fornecedor entrega o produto ao transportador ou despachante para remessa ao consumidor (cf. art. 7º, § 2º)*” (DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 188).

colocou o produto no mercado”, a norma simplesmente isenta aquele que jamais integrou a relação de consumo, e que não incorreu em conduta que levou ao prejuízo sofrido pelo consumidor.

Julio Alberto Díaz também contribuiu com a responsabilidade dos potenciais ofensores, em dissertação específica acerca da matéria. Ao tratar do raciocínio analógico em relação ao tipo da rixa, que seria supostamente defendida por Vasco Della Giustina⁴³¹, Díaz afirma que *“o professor gaúcho não cuidou devidamente de uma distinção necessária e que tipifica a responsabilidade coletiva”*.

A distinção fundamental, que não teria sido percebida por Della Giustina, seria que, no delito de rixa, haveria *“sempre duas atividades ou ações: uma, coletiva, anterior à produção do dano; e a outra – que é a que efetivamente provoca o dano – individual, só que desconhecida”*. Essa suposta divergência – pouco clara, diga-se de passagem – constituiria óbice à aplicação analógica da norma penal⁴³².

No entanto, o autor admite que a aplicação analógica do artigo 137 do Código Penal – que tipifica a rixa – é um potencial fundamento para justificar a responsabilidade solidária do grupo. Díaz afirma que esse dispositivo, juntamente com o artigo 1.529 do Código Civil de 1916⁴³³ – que tratava da responsabilidade dos habitantes pelos objetos lançados de edifícios – podem ser aplicados por analogia, sendo essencial *“estabelecer alguma precisão, para evitar responsabilizar, indiscriminadamente, pessoas cujo vínculo com o dano provocado à vítima seja sem relevância ou meramente circunstancial”*⁴³⁴.

O critério para se estabelecer o cabimento da analogia seria, segundo Díaz, a criação de situação arriscada por parte do agrupamento. Muito embora trate desse ponto de forma bastante sucinta, o autor é claro ao afirmar que *“o sistema de responsabilidade coletiva emergente do art. 1.529 pode ser ampliado sempre que se comprove a presença de um risco, com cuja existência os responsáveis presumidos estejam vinculados por circunstâncias, temporais ou espaciais, maximamente relevantes e que não deixem dúvidas acerca de sua participação no grupo envolvido”*⁴³⁵.

⁴³¹Vasco Della Giustina entende que o delito de rixa, tipificado no artigo 137 do Código Penal, é hipótese de disciplina legal da causalidade alternativa, mas não afirma que o referido dispositivo seria o fundamento da responsabilidade solidária dos potenciais ofensores.

⁴³²DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos – inclusive no Código do Consumidor*, cit., p. 196.

⁴³³O dispositivo corresponde ao artigo 938 do Código Civil de 2002.

⁴³⁴DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*, cit., p. 208.

⁴³⁵Id. Ibid., p. 209-210.

Se, por um lado, a ideia de responsabilidade pelo risco criado é interessante, por outro, a analogia com os artigos 137 do Código Penal e com o artigo 938 do Código Civil (equivalente ao artigo 1.529 do Código Civil de 1916) se mostra não apenas inadequada, como também insuficiente para esclarecer o fundamento da solidariedade dos integrantes dos grupos.

A aplicação do raciocínio analógico depende, necessariamente, da identificação entre duas situações. À luz das semelhanças fáticas entre as hipóteses, verifica-se que a solução legislativa inicialmente conferida a uma delas também pode ser aplicada à outra.

Todavia, isso não ocorre em relação aos dispositivos legais acima referidos. No tocante ao artigo 938 do Código Civil, a norma disciplina situação bastante específica – e nitidamente excepcional –, caracterizando-se como instrumento de imputação de responsabilidade. De fato, os integrantes da habitação coletiva são considerados solidariamente responsáveis, simplesmente porque houve lançamento de objeto a partir do edifício onde residem.

Como a norma trata de situação muito específica, é praticamente impossível aplicá-la de forma analógica, pois são raros os fatos que guardam semelhança com o suporte fático do dispositivo. A pretensa analogia sugerida por Díaz constitui, em última análise, transformar norma excepcional em regra ampla e genérica para justificar a solidariedade dos integrantes dos grupos.

De outra parte, as disciplinas aplicáveis ao lançamento de objetos de habitações coletivas e à responsabilidade dos membros dos grupos possuem origens históricas absolutamente distintas. Enquanto o artigo 938 do Código Civil se vincula à *actio de effusis et dejectis* romana, os danos causados pelas coletividades são relacionados ao édito de turba, excerto de Ulpiano que tratava dos danos causados por multidões.

A diferença fundamental entre esses casos é que, na situação envolvendo o lançamento de objetos, havia absoluto anonimato quanto ao causador do dano. Já o *damnum in turba datum* envolvia prejuízos causados por multidões, ou seja, hipóteses nas quais se conhecia a coletividade que havia causado o prejuízo, mas não se conseguia identificar qual dos seus membros havia causado o dano.

Consequência natural disso é que, sem prejuízo de seu caráter específico e excepcional, o artigo 938 do Código Civil trata de hipótese que, em sua essência – e sob perspectiva histórica – é diversa daquela envolvendo os danos causados por membros dos

grupos. Por essa razão, a hipótese tratada nesse dispositivo legal sequer pode ser considerada como espécie do gênero composto pelas situações envolvendo prejuízos praticados por integrantes de coletividades⁴³⁶.

De forma semelhante, a disciplina aplicável ao delito de rixa, prevista no artigo 137 do Código Penal, não se traduz como fundamento geral para a responsabilidade dos integrantes dos grupos. As objeções à aplicação dessa norma também decorrem de seu caráter específico e excepcional, ou seja, de sua inadequação para funcionar como regra geral para imputação de solidariedade.

É bem verdade que o parágrafo único do artigo 137 regula hipótese bem semelhante àquelas normalmente verificadas no âmbito da causalidade alternativa, na medida em que pune todos os integrantes do grupo pelo resultado decorrente de conduta que extrapola o comportamento individual de cada integrante⁴³⁷.

Todavia, o artigo 137 do Código Penal não considera os integrantes do grupo responsáveis pelo resultado da conduta ilícita. Tanto é assim que não lhes imputa a prática de homicídio, ou de lesão corporal grave, mas apenas aumenta a pena aplicável em razão da gravidade do evento danoso.

Por conseguinte, ainda que fosse possível aplicar o referido dispositivo criminal por analogia para a esfera civil, as consequências nele previstas são diversas daquelas que se pretende impor aos potenciais ofensores.

Em ocasião mais recente, a responsabilidade dos membros não identificados dos grupos foi analisada por Caitlin Sampaio Mulholland, em tese de doutorado denominada *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*.

A autora afirma que, na causalidade alternativa, “*o nexo de causalidade ligará o dano ocasionado ao grupo ao qual pertence o sujeito que causou o dano, apesar de não ser possível sua identificação. Trata-se de um nexo de causalidade externo. Ele somente*

⁴³⁶Muitos autores mencionam a responsabilidade pelo lançamento de objetos de edificações coletivas ao tratar da responsabilidade dos integrantes dos grupos. É o que ocorre com Virginia Múrtula Lafuente (*La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. cit., p. 273 e ss.), e com Julio Alberto Díaz (*Responsabilidade coletiva*, cit., p. 200 e ss.).

⁴³⁷“Art. 137 - Participar de rixa, salvo para separar os contendores:

Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

Parágrafo único - Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos.”

identifica o grupo do qual partiu a conduta ou atividade que gerou o dano, sem a identificação específica do seu causador”⁴³⁸.

Mulholland reconhece a existência de controvérsia acerca da matéria, afirmando que seu eventual reconhecimento implicaria em alteração no paradigma da causalidade. Nas palavras da autora, “*com a admissão da causalidade alternativa pela legislação – seja como cláusula geral, seja em hipóteses específicas – e pela jurisprudência rompe-se com o princípio informador do nexo de causalidade, qual seja, ‘para cada dano, uma causa’*”⁴³⁹.

Como fundamento para justificar modificação tão drástica na esfera dos atos ilícitos extracontratuais, a autora afirma que “*a aceitação da responsabilidade civil coletiva importa na efetivação do princípio da solidariedade social, base do Estado Democrático de Direito, ao lado da dignidade da pessoa humana*”⁴⁴⁰.

Buscando justificar sua afirmação, a autora menciona situações pontuais nas quais a responsabilidade dos integrantes dos grupos seria reconhecida na legislação brasileira. É o que ocorreria (i) no artigo 938 do Código Civil, também mencionado por Julio Aguiar Díaz; e (ii) nos artigos 3º, 14 e 19 da Lei 10.671/03 (“Estatuto do Torcedor”), que disciplina a responsabilidade dos clubes de futebol pelos danos causados por torcedores no interior dos estádios, dispensando a relação entre eventual conduta das entidades esportivas e os prejuízos ocorridos⁴⁴¹.

No tocante ao fundamento da solidariedade, a autora menciona as diversas teorias que existem sobre o assunto – tais como a culpa coletiva, a guarda coletiva, e a personificação do agrupamento –, sem tratar especificamente das virtudes e dos defeitos de cada uma delas. Também suscita a criação de risco pela atividade do grupo, que acarretaria a responsabilidade de todos os integrantes, sem afirmar qual seria o efetivo fundamento que justificaria a solidariedade⁴⁴².

Essas são, em suma, as principais obras da doutrina brasileira acerca da responsabilidade dos integrantes não identificados dos grupos. Em linhas gerais, pode-se

⁴³⁸MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por um miembro indeterminado de um grupo*. cit., p. 220.

⁴³⁹Id. Ibid.

⁴⁴⁰Id. Ibid.

⁴⁴¹A própria autora ressalva sua afirmação, reconhecendo que a responsabilidade dos clubes de futebol não caracteriza típica hipótese de responsabilidade dos membros do grupo, caracterizando-se mais como “*verdadeira presunção de responsabilidade*” (Id. Ibid., p. 224). Trata-se, na realidade, de hipótese de responsabilidade por fato de terceiro, semelhante à disciplina do artigo 932 do Código Civil.

⁴⁴²Id. Ibid., p. 226-228.

afirmar que os autores nacionais seguem linha semelhante àquela adotada pela doutrina estrangeira, demonstrando certo anseio de localizar – a qualquer custo – um fundamento que justifique a responsabilidade na esfera da causalidade alternativa.

Influenciados pela necessidade de resguardar a vítima, os doutrinadores chegam a recorrer a dispositivos normativos que regulam situações específicas e excepcionais, buscando utilizá-los como fundamento de regra geral e ampla acerca da matéria. Também apelam para os princípios gerais da responsabilidade civil – tais como a solidariedade e a proteção aos interesses da vítima –, embora essas noções, por si só, sejam insuficientes para justificar a responsabilidade solidária.

No meio desse emaranhado de ideias – ora construtivas, ora confusas –, existem entendimentos que se mostram úteis, traduzindo-se em razões sólidas para sustentar a responsabilidade solidária dos integrantes dos grupos.

5.2. Os fundamentos da solidariedade dos integrantes dos grupos

O objetivo desse tópico é definir se efetivamente existe um fundamento geral que justifique a solidariedade dos integrantes do grupo. Pretende-se, em suma, partir dos elementos aferidos nos demais capítulos da presente dissertação, analisando-se se – sob a perspectiva legal – o ordenamento brasileiro imputa responsabilidade solidária a todos os indivíduos potencialmente envolvidos em determinado evento danoso.

Como visto nos capítulos anteriores, há entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência reconhecendo a solidariedade dos membros não identificados dos grupos. Exceção feita a poucos autores⁴⁴³, e a julgados mais antigos – principalmente dos tribunais franceses⁴⁴⁴ –, a certeza acerca da responsabilidade solidária é tamanha, que ela parece não ser uma consequência do raciocínio jurídico, mas sim seu pressuposto.

A partir (i) das noções relacionadas ao conceito da causalidade alternativa; e (ii) dos principais posicionamentos, doutrinários e jurisprudenciais, acerca da responsabilidade

⁴⁴³Mesmo os irmãos Mazeaud, considerados como refratários à solidariedade dos integrantes dos grupos, reconhecem a existência de responsabilidade solidária para aqueles integrantes da coletividade que tenham incorrido, conjuntamente, em culpa na organização do evento, ou que dela participassem de forma imprudente, ainda que não fossem eles os autores das condutas que, em última análise, causaram o dano (cf. item 4.2.2 *supra*). Logo, os autores não rejeitam por completo a solidariedade, mas apenas entendem que ela se caracteriza em situações específicas, do mesmo modo como será defendido na presente dissertação.

⁴⁴⁴Cf. item 4.2 *supra*.

civil dos grupos de indivíduos, passa-se a examinar a existência e os contornos, no ordenamento brasileiro, de base normativa e conceitual para a imposição de solidariedade aos membros dessas coletividades.

Essa análise será dividida em duas partes: (i) a análise dos princípios vigentes no direito brasileiro, em termos de responsabilidade civil; e (ii) o exame da solidariedade dos integrantes dos grupos, à luz do sistema normativo vigente no Código Civil.

5.2.1. A base principiológica

O anseio da doutrina em localizar fundamentos para a solidariedade dos integrantes dos grupos parece ter explicação em duas razões principais.

A primeira delas é o enorme e fundado receio de se deixar a vítima desamparada. Essa justificada preocupação é mencionada de forma expressa por alguns autores e decisões⁴⁴⁵, como é o caso de Geneviève Viney⁴⁴⁶, e, muito provavelmente, também é levada em consideração por aqueles que não se referem a ela de forma explícita.

A segunda razão que parece nortear o raciocínio dos tribunais e da doutrina reside em noções de equidade. Nesse ponto, os cenários fáticos envolvendo os grupos possuem uma peculiaridade que coloca a vítima em posição desconfortável. Muito embora seu dano tenha, a princípio, se vinculado com a conduta de vários agentes – o que a colocaria em posição privilegiada em relação ao indivíduo ofendido por um único ofensor –, a pessoa ofendida possui dificuldades em buscar a reparação, por não conseguir apontar aquele que teria efetivamente causado o prejuízo.

Ambos os fundamentos são extremamente relevantes, e possuem respaldo no âmbito do ordenamento jurídico. Por um lado, o princípio da reparação integral da vítima possui amparo legal (artigo 944 do Código Civil), e suporte da doutrina e da jurisprudência, tornando-se particularmente importante nas hipóteses nas quais há dificuldade de se identificar o causador do dano.

Segundo Anderson Schreiber, *“hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela*

⁴⁴⁵É o caso da decisão proferida pelo Tribunal Supremo da Espanha, e mencionada no item 4.3.1 *supra*.

⁴⁴⁶Cf. item 4.2.6 *supra*.

culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima”⁴⁴⁷.

Por outro, a isonomia se revela importante, pois indica que a vítima dos danos causados por diversos potenciais ofensores não pode ficar sem a necessária indenização. Como esse indivíduo se encontra em posição semelhante – ou, talvez, mais privilegiada – em relação ao ofendido cujo dano é causado por um único agente, ele não pode receber tratamento legal que, em última análise, o colocará em posição menos favorável em relação àquela da vítima de um único indivíduo.

A tradicional distinção entre isonomia formal e material é bem explicada por Luís Roberto Barroso. Ao tratar do primeiro conceito, o autor afirma que o princípio se revelaria na mera igualdade dos indivíduos perante a lei, tendo surgido, sob perspectiva histórica, *“tão-somente, como mecanismo de contenção dos privilégios da nobreza, nos regimes monárquicos; e, nos Estados Unidos, a igualdade prevista na Declaração de Independência figurava apenas como postulado essencial às bases do regime republicano, em substituição ao domínio da Coroa inglesa*”⁴⁴⁸.

Já no tocante à isonomia material, o constitucionalista esclarece que *“num plano teórico – ou melhor: retórico – não é difícil fincar determinadas bases consensuais sobre a igualdade material: paralelamente à igualdade perante a lei, deve-se promover a equiparação de todos perante a vida, assegurando-se igualdade de oportunidades no acesso à educação, à cultura e aos bens materiais*”⁴⁴⁹.

Ambas as vertentes da isonomia são relevantes para a análise da situação ora tratada. De um lado, a vítima de dano cometido por indivíduo identificado, e aquela cujo prejuízo foi causado por diversos potenciais infratores encontram-se em situações que – sem prejuízo de distinções sutis – são substancialmente iguais.

A identidade entre essas hipóteses se revela particularmente evidente nos casos nos quais os membros do grupo colocam a vítima em situação de perigo – tal como na briga entre torcidas –, propiciando o cenário de perigo, que se materializa com a conduta de agente não identificado. Nesses casos, todos os agentes contribuíram para colocar a vítima

⁴⁴⁷SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 750.

⁴⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. In: PIOVESAN, Flávia Cristina; GARCIA, Maria (Coords.). *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, p. 717.

⁴⁴⁹Id. Ibid., p. 722.

na situação em que o dano ocorreu, e a conduta que concretiza o dano apenas complementa o contexto criado pelos demais ofensores.

A sutil diferença entre essa hipótese e aquela na qual se identifica o ofensor não permite que a lei confira desfechos distintos às situações, concedendo a indenização apenas ao ofendido que sabe quem o prejudicou. De fato, na hipótese envolvendo os diversos potenciais ofensores, não se conhece exatamente quem materializou o prejuízo, mas todos os integrantes do grupo participaram da ocorrência do dano, sendo iníquo afastar sua responsabilidade apenas em razão do anonimato do indivíduo que concretizou a situação de prejuízo.

Em contrapartida, nas situações nas quais há potenciais infratores, mas inexistente conduta criadora de risco, a isonomia material incentiva a reparação dos danos, buscando sanar a situação de fragilidade imposta à vítima. Logo, dentro das inúmeras acepções que possui, a isonomia material também significa estímulo ao legislador, para que crie mecanismos legais de indenização naquelas hipóteses não contempladas pelo regime tradicional da responsabilidade civil.

Alvino Lima, no clássico *Culpa e Risco*, já afirmava que é “*preciso vencer o dano, fator de desperdício e insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e repressivos sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis*”⁴⁵⁰. Logo em seguida, o autor relaciona a responsabilidade civil com a isonomia material, ensinando que uma “*das funções primaciais da lei é anular o desequilíbrio das partes, vindo em socorro dos mais fracos*”⁴⁵¹.

Existem outros princípios que recomendam a imposição de responsabilidade solidária. Dentre eles, destacam-se dois fenômenos que, embora distintos, são nitidamente complementares: (i) a forte tendência de coletivização do dever de indenizar, que se traduz em instrumento relevante para garantir a reparação integral do prejuízo sofrido pela vítima; e (ii) o movimento voltado à imputação de responsabilidade pela criação de risco.

De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a ampliação dos responsáveis pela indenização surgiu como solução para as difíceis situações envolvendo danos de vasta extensão, que atinge considerável quantidade de indivíduos. Trata-se, basicamente, de hipóteses “*de danos devidos à intervenção de grupos em espetáculos ou*

⁴⁵⁰LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1930. p. 348.

⁴⁵¹Id. *Ibid.*, p. 350.

manifestações desportivas, musicais, teatrais, cinematográficas e também no âmbito do exercício da atividade médica, naqueles casos em que inúmeros profissionais atuam simultaneamente, mas sem formar propriamente uma equipe, resultando, daí, uma impossibilidade de identificação da autoria do fato do qual resultou o dano”⁴⁵².

Para a autora, embora haja “*um traço de periculosidade nessas hipóteses*”, a imputação ampla de solidariedade prescindiria desse requisito, à luz da tendência “*de se coletivizar a responsabilidade pelo dano causado, tendo em vista especialmente a tendência global de se reconhecer a toda vítima, o seu direito de ser indenizada*”⁴⁵³.

Sem prejuízo de reconhecer a solidariedade nessas hipóteses, Hironaka afirma que “*têm razão os juristas da contemporaniedade que reclamam por uma construção legislativa que garantisse mesmo, não caso a caso, mas sob uma formatação mais genérica, essa hipótese de imputação legal de responsabilidade não individualizada, quer dizer, coletivizada, tendo em vista que tal providência retiraria a variação jurisprudencial que ainda existe e que pode conter, pelos seus traços de mutabilidade, resquícios de injustiça e ausência de equidade*”⁴⁵⁴.

De forma semelhante, Fernando Noronha afirma que a solidariedade dos integrantes dos grupos é fenômeno que demonstra a tendência de se ampliar o âmbito de obrigados na responsabilidade civil, diluindo-se a indenização entre mais indivíduos, com escopo de garantir a reparação da vítima. Para o autor, “*a coletivização produziu também o que se designa de responsabilidade grupal, ou seja, a responsabilidade de todos os integrantes de um grupo por danos causados por um seu membro não identificado*”⁴⁵⁵.

Por outro lado, existe forte tendência de se impor o dever de reparar, em razão do risco criado. Como resultado do desenvolvimento das atividades humanas, e da evolução dos processos produtivos, a culpa do causador do dano passou a se traduzir – em determinadas hipóteses – em entrave insuperável para a reparação do dano sofrido pela vítima.

Ao introduzir no direito brasileiro as bases da responsabilidade sem culpa, Alvino Lima já mencionava – dentre as teorias que conferem fundamento à responsabilidade civil – a doutrina do risco criado, indicando a nítida tendência de se responsabilizar aqueles que

⁴⁵²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 143-144.

⁴⁵³Id. Ibid., p. 144.

⁴⁵⁴Id., loc. cit.

⁴⁵⁵NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, cit., p. 38.

criam situação de perigo para terceiros. Nas palavras do autor, “*a doutrina do risco criado, afastando a culpa, faz derivar a responsabilidade do fato humano, como produto das atividades em choque, criadoras de risco, a fim de restabelecer o equilíbrio dos patrimônios*”⁴⁵⁶.

Tratando desse processo evolutivo, Giselda Hironaka afirma que “*a partir da segunda metade do século XIX, iniciou-se o vasto movimento de expansão da responsabilidade civil, fomentado por ideias, doutrinas e concepções cujos efeitos se prolongaram por todo o século XX*”⁴⁵⁷. Dentro desse contexto, a culpa – enquanto fundamento da responsabilidade civil – foi gradualmente cedendo espaço para o risco, com o consequente surgimento de hipóteses específicas nas quais se impunha o dever de indenizar, não obstante inexistisse conduta culposa do ofensor⁴⁵⁸.

Essa evolução culminou no regime bipartido do Código Civil de 2002, que estabelece dois regimes gerais distintos de responsabilidade, fundamentados, respectivamente, na culpa e no risco. Ao mesmo tempo em que estabelece regra ampla de indenização baseada na culpa, o artigo 927 prevê cláusula geral de responsabilidade objetiva, nas hipóteses nas quais “*nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

O critério fundamental para se dispensar a culpa é o exercício de atividade arriscada pelo agente responsável. Diversos autores buscaram compreender esse conceito, com o escopo de delinear sua extensão e seus limites. Para Maria Celina Bodin de Moraes, “*a expressão ‘atividade normalmente desenvolvida’ deve ser interpretada como ‘atividade organizada: no estágio atual de nossa sociedade, o desenvolvimento continuado (não eventual ou errático) de qualquer atividade demanda, e impõe, a sua organização. Nestes*

⁴⁵⁶ LIMA, Alvino. op. cit., p. 347.

⁴⁵⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 132.

⁴⁵⁸ De acordo com José Carlos Moreira Alves, “*foram os riscos que a civilização industrial tornou cada vez maiores, sendo avultado o número de vítimas, particularmente operários que sofriam acidentes em seu trabalho, que determinaram, já nas duas últimas décadas do século XIX, que surgisse na doutrina e na jurisprudência movimento no sentido de admitir a responsabilidade extracontratual sem levar em consideração o elemento culpa, ou seja, que o fato, independentemente de ser culposos, fosse a causa do dano. Assim, na Áustria, em 1888, VÍTOR MATAJA e STEIBACH, na Itália, em 1894, ORLANDO, e, anteriormente, desde 1884m VENEZIAN, na Alemanha, em 1985, 1896 e 1897, MARKEL, JUNG e RUEMELIN, e na França, em 1897, LALEILLES e JOSSERAND, iniciaram a formulação dessa teoria que se fundava no risco e não na culpa, cabendo, aliás, aos autores franceses sua ampla divulgação, inclusive na América Latina*” (ALVES, José Carlos Moreira. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento – culpa e nexo de causalidade. *Revista Doutrinária do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, ano 6, n. 6, p. 9-10, 2003).

casos não tem sentido isolar um comportamento, gerador em concreto do dano, sem referi-lo à inteira atividade da qual o dano ocorreu”⁴⁵⁹.

Por conseguinte, a regra geral de responsabilidade objetiva possui âmbito de incidência delimitado, correspondente ao exercício de atividade arriscada, ou seja, à prática de conjunto de atos organizados que colocam terceiros em situação de perigo. Todavia, a evolução do fator de atribuição do dever de indenizar – da culpa ao risco – demonstra a nítida preocupação do ordenamento com esse último elemento, e com a necessidade de se conceder às vítimas instrumentos para a obtenção de indenização pelos prejuízos originados de condutas arriscadas.

5.2.2. O regime do Código Civil e o fundamento da responsabilidade

Todos esses fatores indicam nítida inclinação do ordenamento jurídico de impor responsabilidade nas situações envolvendo danos causados por membro não identificado de grupos. No entanto, a natureza principiológica desses elementos impede que a imposição de solidariedade, nesse casos, seja algo automático e imediato, dispensando eventuais questionamentos.

Robert Alexy, em obra clássica a respeito do assunto, trata das similitudes e das diferenças entre princípios e regras. Tratando das semelhanças entre os conceitos, o autor afirma que os *“princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente*”⁴⁶⁰.

Já no campo das divergências, *“princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes*”⁴⁶¹.

⁴⁵⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 854, p. 34, dez. 2006.

⁴⁶⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 86.

⁴⁶¹Id. *Ibid.*, p. 90.

Em contrapartida, *“as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível”*⁴⁶².

Considerando que os princípios ordenam que algo seja feito na medida do possível, é necessário analisar se, nas situações envolvendo danos causados por membros de grupos, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece as condições necessárias para a caracterização da solidariedade desses indivíduos.

Todavia, por mais que a base principiológica da responsabilidade civil indique que a solidariedade é desejável nas hipóteses sob análise, as regras aplicáveis à matéria não são claras a esse respeito, conferindo margem para controvérsia.

A razão das dúvidas é que, não obstante seus inequívocos avanços, a responsabilidade civil brasileira ainda é baseada essencialmente no tripé formado por conduta, dano e nexos causal. De fato, a bipartição entre os regimes subjetivo e objetivo, ambos baseados em cláusulas gerais, apenas modificou o elemento que qualifica a conduta do agente – ora baseada na culpa, ora baseada na atividade de risco –, mas não afastou a necessidade da prática de ação ou omissão pelo ofensor, e muito menos a necessidade de vínculo entre esse comportamento e o prejuízo ocorrido.

De acordo com Fernando Noronha, *“em geral, para que surja a obrigação de indenizar, quer no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, quer quando se trate de responsabilidade negocial, é necessário que se verifiquem alguns requisitos: a) que seja antijurídico o ato praticado, ou o fato acontecido; b) que este possa ser imputado a alguém; c) que dele tenham resultado danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado. A estes quatro requisitos, ou pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais todos estão de acordo, parece que se deve acrescentar uma condição suplementar: e) que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada (teoria do escopo da norma violada)”*⁴⁶³.

⁴⁶² ALEXY, Robert. op. cit., p. 91.

⁴⁶³ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 152-153.

De forma semelhante, Giselda Hironaka afirma que, sem prejuízo dos inequívocos avanços na esfera da responsabilidade civil, as bases tradicionais da matéria não foram – e não serão – afastadas por completo, tendo passado apenas a conviver com os conceitos mais modernos. Para a autora, *“é certo que o futuro não acarretará a plena exclusão da responsabilidade subjetiva fundada na culpa, nem sequer suprimirá a responsabilidade individual, mas todas elas conviverão, porque o mérito da evolução não diz respeito à substituição, mas ao alargamento e à ampliação das possibilidades de efetivo exercício do direito à reparação de danos”*⁴⁶⁴.

Logo, todos os inequívocos – e, diga-se de passagem, indispensáveis – avanços na responsabilidade civil não excluíram a sujeição do dever de indenizar à prévia ocorrência de conduta, dano e nexo causal. Tampouco afastaram por completo o caráter individual da responsabilidade, ou seja, a necessidade de se imputar a prática de conduta ao agente como requisito para lhe impor o dever de indenizar.

No regime jurídico atual, essas características ainda são regras gerais. Em contrapartida, as exceções são pontuais, dependendo de regulamentação específica e expressa. É o que ocorre, por exemplo, na responsabilidade objetiva agravada, na qual, segundo Fernando Noronha, *“vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas; trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve, embora se exija sejam danos que de tal modo ligados a essa atividade que possam ser considerados riscos próprios, típicos dela”*⁴⁶⁵.

Justamente por mitigar a causalidade, um dos elementos essenciais do dever de indenizar, a responsabilidade agravada possui âmbito de incidência muito restrito. De acordo com Fernando Noronha, se *“a responsabilidade objetiva comum já é excepcional, a agravada será excepcionalíssima. Responder por danos não causados significa dizer que a pessoa é obrigada a reparar danos causados por outrem (fatos de terceiro), por casos fortuitos ou de força maior e até por fatos do próprio lesado”*⁴⁶⁶.

Como inexistente disciplina legal específica acerca da responsabilidade dos integrantes dos grupos, é impossível aplicar a responsabilidade agravada, mitigando-se a causalidade.

⁴⁶⁴HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade. *Revista EPD – Escola Paulista de Direito*, ano 1, n. 1, p. 210, maio/ago. 2005.

⁴⁶⁵NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, cit., p. 37.

⁴⁶⁶Id. Ibid., p. 37.

Consequência natural disso é que a caracterização da solidariedade, nessas hipóteses, passa pela análise de se – e em que medida – elas se submetem ao regime geral estabelecido no artigo 927 do Código Civil.

5.2.3. As teorias acerca da matéria

Analizando-se as teorias que trataram da matéria, verifica-se que, embora a solidariedade seja amplamente defendida, existe enorme dificuldade em se apontar fundamento adequado que a justifique.

As diversas doutrinas tratadas ao longo do presente trabalho possuem atributos positivos, trazendo elementos que, ao mesmo tempo, contribuem para o desenvolvimento de doutrina acerca da matéria, e estabelecem seus limites. Todavia, a maioria dessas explicações possui deficiências insuperáveis, revelando-se insuficientes para conferir justificativa plena e absoluta acerca da solidariedade dos integrantes dos grupos.

Dentre as diversas doutrinas desenvolvidas acerca do tema, a culpa coletiva é aquela que confere solução mais razoável para a controvérsia. Essa teoria imputa condutas culposas aos diversos membros dos grupos, as quais, embora diversas daquela imediatamente vinculada ao dano, relacionam-se – ainda que indiretamente – com o prejuízo.

Todavia, a aplicação da culpa coletiva, na prática, acabou se tornando bastante deficiente. No anseio de proporcionar a reparação à vítima, passou-se a presumir a ocorrência de condutas culposas, a ponto de se caracterizar a culpa pela organização do evento no qual o dano ocorreu, por mais que não houvesse vínculo entre o prejuízo e eventuais ações ou omissões dos organizadores.

A busca pela reparação da vítima acabou conferindo margem para entendimentos extremos, e incompatíveis com os requisitos elementares da responsabilidade civil. Afirmou-se, nesse sentido, que a mera participação no grupo – mesmo sem a prática de conduta compatível com o dano – poderia ser caracterizada como culposa, sendo suficiente para a imposição da solidariedade⁴⁶⁷.

Esse raciocínio se traduz em verdadeira imputação do dever de indenizar, de forma bastante semelhante às hipóteses de responsabilidade objetiva agravada. De fato,

⁴⁶⁷Cf. item 4.2.3.1 *supra*.

caracteriza-se o dever de indenizar dos membros do grupo, mesmo diante de situações nas quais eles não haviam incorrido em conduta comissiva ou omissiva, criando-se – sem a indispensável previsão legal – equivocada modalidade de responsabilidade que prescinde do comportamento do agente.

Logo, a vertente mais ampla da culpa coletiva⁴⁶⁸ é insuficiente para justificar a responsabilidade dos integrantes dos grupos, seja como fundamento do dever de indenizar, seja como base para se estabelecer os contornos dessa forma de responsabilidade.

Por outro lado, a modalidade estrita da culpa coletiva se revela mais adequada para explicar a solidariedade dos integrantes dos grupos. Para essa vertente, é necessário que cada um dos indivíduos que integram a coletividade incorra em conduta culposa, criando o cenário no qual o prejuízo se materializa. Exige-se, portanto, que cada agente pratique ato ilícito, que possua vinculação – ainda que mediata – com o evento danoso.

As deficiências dessa modalidade da culpa coletiva residem, basicamente, (i) na excessiva ênfase ao elemento culpa, que é prescindível no regime atual da responsabilidade civil; e (ii) na imputação do dever de indenizar em razão do perecimento da prova, ou seja, pela retirada da vítima da possibilidade de comprovação dos requisitos tradicionais do dever de indenizar.

No tocante ao último ponto, esse argumento – embora mais comum à teoria da guarda coletiva – também aparece na esfera da culpa coletiva. No entanto, o raciocínio se revela deficiente, na medida em que imputa a solidariedade por danos absolutamente distintos, equiparando o prejuízo sofrido pela vítima com a perda da prova.

Tampouco é possível adotar a teoria da guarda coletiva. Como visto acima⁴⁶⁹, essa doutrina (i) é inviável, pois adota como pressuposto a relação dos responsáveis com o objeto que causou o dano, o que não condiz com a realidade; e (ii) é insuficiente, na medida em que seu âmbito de incidência se limita às hipóteses nas quais objetos são utilizados como instrumentos para a prática do dano.

De forma semelhante, a teoria da semipersonalização do grupo também é insuficiente para a compreensão da responsabilidade dos integrantes do grupo. Na realidade, a caracterização do grupo como ente semipersonificado é artificial, pois o agrupamento não possui muitas das características inerentes às pessoas jurídicas.

⁴⁶⁸ Cf. item 4.2.3.1 *supra*.

⁴⁶⁹ Cf. item 5.1.1.2 *supra*.

Diferentemente daquilo que ocorre nas entidades com personalidade, os grupos não exercem – ao menos como regra – atividade organizada, não possuem patrimônio, e muito menos dispõem de estrutura organizacional. Em contraste com os entes personalizados, os grupos dispensam, ainda, a existência de indivíduos responsáveis pela administração, bem como por sua representação perante terceiros.

Por mais interessante que seja essa teoria, falta-lhe, ainda, outro requisito essencial: o reconhecimento legal da personalidade dos grupos. De fato, inexistente previsão legal a respeito da personalidade dos agrupamentos, e essas coletividades não cumprem os requisitos aplicáveis aos entes personalizados, não realizando, por exemplo, o registro dos seus atos constitutivos perante o órgão competente.

Eventual analogia das coletividades com os chamados entes despersonalizados – quais seja, a massa falida, o espólio e o condomínio – também é inviável. Muito embora não possuam personalidade jurídica, essas entidades possuem capacidade de adquirir direitos e obrigações, bem como de comparecer em juízo, em razão das normas que lhes são aplicáveis, o que não existe nos grupos de potenciais ofensores.

Finalmente, a ideia da coletivização da responsabilidade civil, defendida por Genviève Viney⁴⁷⁰, é insuficiente, por si só, para conferir fundamento à eventual solidariedade dos integrantes dos grupos. Por mais que corresponda a inequívoca tendência doutrinária, esse conceito possui natureza principiológica, ou seja, sua realização, em termos práticos, passa necessariamente por regulamentação legal.

Inexistindo regime normativo expresso, a responsabilidade dos grupos acaba se sujeitando à regra geral do artigo 927 do Código Civil. Nessa esfera, é impossível caracterizar o dever de indenizar sem a identificação de ação ou omissão imputável ao ofensor, pois a conduta do agente permanece como requisito indispensável para o surgimento da obrigação de reparar o prejuízo.

5.2.4. A conduta coletiva e a criação de risco

Diante desses elementos, é necessário confrontar as hipóteses de danos causados pelos integrantes dos grupos com o regime geral do artigo 927 do Código Civil, para se

⁴⁷⁰Cf. item 4.2.5 *supra*.

verificar se – e em que medida – existe a responsabilidade solidária desses indivíduos por danos causados a terceiros.

Considerando a necessidade de (i) imputação de conduta a cada integrante do grupo; e (ii) de vínculo desse comportamento com o dano causado, é possível caracterizar a solidariedade dos integrantes dos grupos, em determinadas circunstâncias, e mediante o cumprimento de requisitos específicos.

O fundamento da solidariedade reside no vínculo existente entre o dano sofrido pela vítima e a conduta coletiva praticada pelo grupo. Esse comportamento, por sua vez, é composto por uma série das ações e omissões individuais arriscadas, e toma forma e identidade próprias, as quais vão além dos comportamentos dos integrantes do agrupamento.

Nas situações envolvendo prejuízos causados por coletividades, o dano não decorre daquela conduta final, que se aproxima do prejuízo e que acabou levando à sua materialização. Na realidade, o evento danoso é o resultado de uma série de comportamentos ilícitos, que são praticados por todos os integrantes do grupo, e não apenas por aquele cuja ação ou omissão é responsável pela materialização do resultado.

Em última análise, a conduta coletiva possui identidade própria, sendo composta por um feixe de condutas individuais. Esses comportamentos, por sua vez, são ilícitos subjetiva ou objetivamente, na medida em que devem ser qualificados como culposos, ou decorrer da prática de atividades arriscadas.

Muito embora a análise dessas hipóteses adote perspectiva um pouco diversa da tradicional, os requisitos essenciais do artigo 927 do Código Civil permanecem incólumes. De fato, a responsabilidade passa pela prática de ação ou omissão por cada integrante do grupo, as quais possuem vínculo com o dano, na medida em que adquirem aspecto coletivo, e geram o cenário de perigo no qual o prejuízo ocorre.

No clássico exemplo dos caçadores, o dano sofrido pela vítima não é causado apenas pelo disparo que atinge a vítima. Mais do que isso, o prejuízo resulta da série de disparos potencialmente lesivos, os quais constituem conduta coletiva, a qual – por sua vez – coloca a vítima em situação de perigo, posicionando-a como potencial alvo dos projéteis disparados.

Dentro desse contexto, beira a irrelevância identificar o disparo que atingiu a vítima, pois quaisquer dos projéteis poderiam ter atingido a vítima. Na verdade, o disparo

fatal não passa de elemento da conduta coletiva, que é composta pelas ações praticadas pelos diversos integrantes do grupo.

A lógica é a mesma adotada por Aguiar Dias, que afirma, no exemplo da partida de futebol, que o jogador que teria chutado a bola teria realizado apenas o último ato de uma sequência de condutas⁴⁷¹. Em suma, todas as condutas causam o dano, mas uma delas – por razões que, sob a ótica jurídica, são irrelevantes – encontra-se mais próxima do prejuízo.

De forma semelhante, os preocupantes danos causados pelo DES – tal como visto em *Sindell v. Abbott Laboratories* – não resultaram necessariamente do medicamento específico consumido por cada vítima⁴⁷². Na realidade, todos os laboratórios contribuíram para a criação de conduta coletiva, na medida em que (i) colocaram no mercado substância nociva à saúde dos consumidores; e (ii) anunciaram os potenciais benefícios do medicamento para as gestantes.

Ao comercializarem o DES, todos os laboratórios expuseram as vítimas a substância prejudicial. Mais do que a origem da substância ingerida por cada vítima, importa a conduta coletiva dos causadores do prejuízo, que, conjuntamente, colocaram agente tóxico no mercado, sujeitando todos os indivíduos contaminados à exposição indevida.

Esse raciocínio se revela compatível com o requisito do nexo causal, pelas seguintes razões: (i) a existência de disciplina autônoma da causalidade na responsabilidade extracontratual; (ii) a ausência de conceito definido de nexo causal; (iii) a compatibilidade das hipóteses fáticas envolvendo a responsabilidade dos grupos com a teoria da causalidade adequada; e (iv) a compatibilidade desse mesmo suporte fático com a causalidade necessária.

Os dois primeiros pontos possuem nítida vinculação e, por essa razão, serão tratados conjuntamente. Como visto no item 2.2 *supra*, a causalidade é conceito altamente controverso, que – com o passar do tempo – perdeu contornos naturalísticos, para adquirir enfoque predominantemente jurídico. Mais do que definir quem causou o dano, busca-se verificar o responsável pelo prejuízo, à luz dos valores adotados pelo ordenamento.

No âmbito do Código Civil em vigor, toda a disciplina da responsabilidade civil possui como pressuposto indispensável o princípio da reparação integral da vítima.

⁴⁷¹ Conf. item 5.1.2 *supra*.

⁴⁷² Cf. item 4.5.3 *supra*.

Justamente por sua condição de “*mandamentos de otimização*” – nas palavras de Robert Alexy⁴⁷³ –, esse conceito exerce influência relevante na flexível noção de causalidade.

De outra parte, a causalidade direta e imediata, prevista no artigo 403 do Código Civil, não possui aplicação na esfera aquiliana. A duplicidade de regimes de atos ilícitos contratuais e extracontratuais – já existente na lei de 1916 – ficou ainda mais reforçada na legislação atual, deixando inequívoca a existência de disciplinas distintas para a reparação de prejuízos de origens diversas⁴⁷⁴.

Por um lado, a responsabilidade aquiliana segue os artigos 186 a 188, sujeitando-se, ainda, à cláusula geral do artigo 927 do Código Civil, e do capítulo introduzido por essa norma. Por outro, a responsabilidade decorrente da violação de vínculo contratual se submete aos artigos 389 a 405 do Código Civil, que tratam do rompimento de obrigações originadas de negócios jurídicos de natureza patrimonial.

A autonomia entre os regimes legislativos se justifica, na medida em que a lógica que permeia o inadimplemento contratual tem como pressuposto conduta mais definida, que viola as disposições do negócio jurídico. É natural que se exija vínculo direto e imediato entre esse comportamento e o dano, sob pena de se atribuir ao inadimplente consequências que não decorreram dos atos que praticou.

Em contrapartida, nas situações envolvendo responsabilidade extracontratual, o dano resulta da violação do dever amplo e genérico de não causar prejuízo a outros indivíduos. À luz dessa flexibilidade conceitual, pode-se vincular o prejuízo a uma sequência de eventos, relacionando-se cada um deles – ainda que em graus diversos – com o evento danoso.

A partir dessas premissas, verifica-se que o rígido regime de causalidade aplicável na esfera negocial, previsto no artigo 403 do Código Civil, não se estende ao âmbito aquiliano, em razão (i) da existência de regimes jurídicos distintos e autônomos; e (ii) de sua incompatibilidade com as hipóteses de ilícito extracontratual.

Diante desses elementos, não é possível definir critério único e inflexível de nexo causal. Todavia, é possível confrontar a situação envolvendo os múltiplo ofensores com a causalidade adequada, que é o parâmetro que – à luz de seu caráter razoável – tende a ser amplamente aceito na esfera doutrinária e jurisprudencial.

⁴⁷³ ALEXY, Robert. op. cit., p. 90.

⁴⁷⁴ Cf. item 2.5 *supra*.

A responsabilidade dos integrantes dos grupos tem como premissas fundamentais (i) a prática de ações ou omissões individuais por seus componentes; e (ii) a formação de conduta coletiva, composta por esses comportamentos. A formação da conduta coletiva depende, necessariamente, da homogeneidade das ações ou omissões individuais, as quais devem possuir – sob lógica abstrata – potencialidade de causar o evento danoso.

Trata-se justamente do modelo adotado pela causalidade adequada. Afinal, a premissa da responsabilidade dos agentes é a prática de conduta compatível com o prejuízo sofrido pela vítima, nos exatos moldes da teoria. A existência de suposto elemento intermediário – qual seja, o comportamento que materializa o dano – não interfere na cadeia causal, não constituindo óbice para a caracterização do dever de indenizar.

É possível reconhecer a causalidade dos potenciais ofensores, até mesmo no âmbito mais restrito da teoria do dano direto e imediato. A afirmação pode, a princípio, surpreender, tendo em vista que a ação ou omissão que materializa o prejuízo poderia ser considerada como fator intermediário entre a conduta coletiva e o dano.

No entanto, dentro do modelo proposto para a responsabilidade dos integrantes dos grupos, a conduta que precipita é apenas mais um componente da conduta coletiva, equivalendo aos demais comportamentos praticados pela coletividade. Esse fator, portanto, integra o conjunto de ações ou omissões, não se caracterizando como elemento entre o dano e o comportamento dos demais integrantes do grupo.

Na esfera doutrinária, o modelo de responsabilidade acima proposto se aproxima bastante dos ensinamentos de Ricardo de Angel-Yagüez. Como visto acima, o autor entende que o fundamento da responsabilidade é a prática de atividade arriscada pelo grupo de pessoas, ou seja, o caráter reprovável da conduta de cada integrante da coletividade decorre de sua periculosidade para terceiro⁴⁷⁵.

O argumento de Angel-Yagüez, embora razoável, é apenas o início da solução do problema. A criação de risco, por si só, é insuficiente para a imputação do dever de indenizar. Sob a ótica tradicional da responsabilidade, a conduta ilícita deve ser necessariamente vinculada ao dano ocorrido, e não apenas ao risco de sua ocorrência.

Por essa razão, a natureza arriscada da conduta é requisito essencial, porém não suficiente para explicar a solidariedade. Na verdade, o risco gerado pela ação ou omissão não é – por si só – elemento de imputação de responsabilidade, mas é o fator que une as

⁴⁷⁵Cf. item 4.3.1 *supra*.

diversas condutas praticadas pelos integrantes do grupo, possibilitando que elas formem o comportamento coletivo que causa o prejuízo.

Esse modelo de responsabilidade também se identifica com as linhas defendidas, na Argentina, principalmente por Jorge Mosset Iturraspe e Matilda Zavala de Gonzalez. Ambos os autores entendem que há ilicitude nas condutas individuais praticadas pelos integrantes do grupo, as quais, embora não se vinculem diretamente com o dano, possuem participação fundamental na criação do cenário no qual o prejuízo ocorreu⁴⁷⁶

O exercício de atividade arriscada, pelos integrantes do grupo, é considerado como fundamento da responsabilidade mesmo em países que regulam a matéria de forma expressa na legislação. Na Alemanha, o §830 do Código Civil, logo após introduzir a regra geral da solidariedade pelos ilícitos extracontratuais, estabelece que “*A mesma regra [a responsabilidade solidária] se aplica se não for possível definir quem, dentre vários partícipes, causou o dano mediante sua ação*”⁴⁷⁷.

Ao comentar o dispositivo, Ludwig Enneccerus afirma que o dispositivo estabelece a responsabilidade solidária pela participação culposa em conduta perigosa. Para o tratadista, a norma prevê a solidariedade caso o comportamento arriscado se materialize, e não se possa identificar o causador do dano⁴⁷⁸.

Nas notas de tradução, os juristas espanhóis Blas Pérez Gonzalez e José Alguer complementam o entendimento do autor alemão. De acordo com os autores, a noção de participação, prevista na norma alemã, se traduz na cooperação do indivíduo em atividade que, inicialmente, apenas leva ao risco, mas que em seu desenvolvimento posterior conduz à causa imediata do dano.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, J. W Hedemann afirma que, a princípio, inexistiria razão para a solidariedade dos grupos estabelecida no Código Civil alemão, pois seria equivocado impor a indenização a todos os indivíduos nas hipóteses nas quais se sabe que apenas parte deles participou no evento danoso. Todavia, a severa solução legislativa

⁴⁷⁶Cf. item 4.4.1 *supra*.

⁴⁷⁷Cf. item 3.3. *supra*.

⁴⁷⁸ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil de obligaciones*. Trad. espanhola Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Clarasó, 1935. v. 2, t. 2, p. 673.

do §830 se justificaria, segundo o autor, justamente pela participação dos integrantes do agrupamento na conduta perigosa⁴⁷⁹.

A situação é basicamente a mesma no Código Civil brasileiro, com a diferença de que, nessa última lei, a existência de regra geral de responsabilidade baseada não apenas na culpa, mas também na atividade de risco, aumenta o âmbito de incidência da responsabilidade dos grupos. Tanto a conduta culposa que gera risco, quanto a atividade arriscada, levam à solidariedade dos ofensores.

No direito brasileiro, o modelo ora proposto se identifica com a posição defendida por Vasco Della Giustina. Ao aproximar a responsabilidade dos integrantes dos grupos ao delito de rixa, o autor gaúcho afirma que, em ambas as hipóteses o evento danoso decorre de atividade comum. O civilista, todavia, entende que o evento danoso não seria previsível pelos membros do agrupamento, o que não é necessariamente verdadeiro nas situações ora tratadas⁴⁸⁰.

A responsabilidade pela conduta coletiva também se identifica – ainda que parcialmente – com elementos das doutrinas americanas da *market share liability* e a *proportional share liability*. Ambas as teorias dispensam o vínculo direto entre a conduta individual e o prejuízo, contentando-se com o risco criado para as vítimas pelo comportamento em que incorreram os potenciais responsáveis.

Diante desses elementos, é possível concluir que (i) o regime de responsabilidade civil do artigo 927 do Código Civil admite a solidariedade dos integrantes do grupo, com fundamento em atividade arriscada, de natureza coletiva, praticada por eles; e (ii) essa modalidade do dever de indenizar não decorre de eventual flexibilização do nexo causal, sendo compatível com os contornos tradicionais da causalidade.

5.2.5. Os requisitos da solidariedade

A partir das premissas acima, é necessário definir os requisitos da responsabilidade dos membros dos grupos. Como o fundamento geral do dever de indenizar, nesses casos, é o comportamento coletivo do grupo – que, por sua vez, é formado por condutas individuais

⁴⁷⁹ HEDEMANN, J. W. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Trad. Espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. v. 3, p. 545.

⁴⁸⁰ DELLA GIUSTINA, Vasco. op. cit., p. 75-77.

arriscadas –, a solidariedade incide apenas em situações que reúnem determinados requisitos.

A responsabilidade dos integrantes dos grupos depende, em síntese, (i) da prática de conduta culposa ou de atividade arriscada por parte dos potenciais ofensores; (ii) do caráter homogêneo dessas condutas; (iii) da criação de situação de risco comum; e (iv) da existência de nexo causal entre a conduta coletiva e o dano.

A prática de conduta eivada de culpa, ou de atividade arriscada, integra a essência do regime de responsabilidade do artigo 927 do Código Civil. De fato, inexistente responsabilidade caso a ação ou omissão do ofensor não caracterize nenhuma dessas hipóteses. Logo, por trás da conduta coletiva imputável ao grupo, é essencial que haja comportamentos individuais culposos ou atividades arriscadas.

É bem verdade que, na maioria dos casos examinados, há nítida culpa – ou, até mesmo, dolo – por parte dos ofensores, que agem sem adotar as precauções necessárias, ou mesmo, com a intenção de prejudicar. Todavia, nada impede que a responsabilidade dos integrantes do grupo se caracterize mesmo na ausência de conduta culposa. Basta que o dano ocorra como resultado de atividades arriscadas dos integrantes do agrupamento, refletindo atividade de natureza coletiva.

Também haverá a solidariedade – mesmo na ausência de culpa, ou de atividade arriscada – nas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito das relações massificadas, tal como as de consumo, em que a responsabilidade do fornecedor por produtos colocados no mercado prescinde, via de regra, do caráter culposos da conduta⁴⁸¹.

À luz dessa peculiaridade – e considerando as demais sutilezas das relações de consumo –, é possível caracterizar a solidariedade, caso diversos fornecedores coloquem no mercado produto com defeito semelhante, e não seja possível identificar qual deles causou o dano sofrido pelos consumidores. Nesse caso, o dever de indenizar não surge como resultado da culpa ou da atividade arriscada, mas como decorrência de conduta praticada na esfera das relações de consumo.

Para que haja responsabilidade solidária, é essencial, ainda, que haja homogeneidade entre as condutas praticadas pelos integrantes do agrupamento. De fato, o

⁴⁸¹ A responsabilidade dos profissionais liberais, mesmo no âmbito das relações de consumo, depende da verificação da culpa (artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor).

surgimento da ação ou omissão coletiva – que, em última análise, é o fundamento da solidariedade –, depende da uniformidade dos comportamentos que a integram. Caso os comportamentos sejam díspares, eles gerarão riscos diversos para a vítima, não caracterizando a conduta de natureza coletiva.

Por essa razão, as ações e omissões do organizador – bastante referidas pela doutrina francesa⁴⁸² – não podem ser utilizadas, dentro do modelo ora proposto, como fundamento da responsabilidade. O organizador não integra o grupo de indivíduos dentro do qual se inclui aquele que materializou o prejuízo, ou seja, os atos de organização são substancialmente diversos dos comportamentos que geram o risco ao qual a vítima foi exposta.

É até possível que os atos de organização levem ao surgimento do dever de indenizar, mas não com fundamento na conduta coletiva. Como os atos de organização são definidos, e os agentes que os praticam são identificados, haverá o dever de indenizar se houver evidências indicando que o organizador contribuiu para a materialização do dano. Todavia, essas hipóteses se inserem no modelo tradicional da responsabilidade extracontratual, na qual se conhece a identidade do ofensor, e se consegue individualizar a conduta praticada por ele.

Já a criação de risco, por sua vez, se revela indispensável, por se traduzir no elemento que, em última análise, vincula as condutas praticadas pelos integrantes do grupo. Esse é o fator subjacente que reúne as ações ou omissões individuais, conferindo coesão aos comportamentos homogêneos, com a consequente caracterização da conduta coletiva.

A mera homogeneidade das condutas é insuficiente para a formação do comportamento coletivo, pois a semelhança entre as ações ou omissões não as vincula. De fato, nada impede que condutas semelhantes causem riscos diversos para a vítima, sendo impossível imputar a um dos agentes o dano decorrente da situação de perigo criada pelo outro.

É o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de contaminação por amianto, nas quais cada exposição constitui risco autônomo e suficiente – por si só – para causar a contaminação sofrida pela vítima. Nesses casos, é impossível caracterizar o risco comum, pois as diversas exposições sofridas pela vítima são autônomas entre si, ou seja, cada potencial ofensor cria seu próprio cenário de potencial contaminação, o qual não possui vínculo com os demais.

⁴⁸²Cf. item 4.2.3 *supra*.

Com a satisfação dos requisitos expostos acima, a solidariedade dos integrantes dos grupos depende apenas da existência de causalidade entre a conduta coletiva e o dano. Trata-se exatamente daquilo que ocorre nas hipóteses de responsabilidade individual, na qual o dever de indenizar dos integrantes dos grupos passa pelo vínculo entre o prejuízo sofrido pela vítima e o comportamento praticado pelo ofensor.

Gustavo Tepedino suscita a necessidade de causalidade entre o comportamento coletivo e o dano, mas interpreta o nexo causal sob a restritiva perspectiva da causalidade necessária. Provavelmente influenciado pelo artigo 403 do Código Civil, o autor afirma que a *“solução nos casos de causalidade alternativa depende, portanto, da inequívoca e prévia investigação da necessidade entre a causa – o fato jurídico unificador das condutas de diversos agentes – e o evento danoso. Caso o autor não se desincumba do ônus da prova do vínculo de necessidade entre a conduta coletiva e o dano não haverá responsabilidade, já que as condutas individualmente consideradas, ainda que potencialmente capazes de gerar o dano, não poderiam ser consideradas como causas necessárias”*⁴⁸³.

Muito embora seja necessário estabelecer o vínculo entre a conduta coletiva e o prejuízo, a causalidade não deve ficar restrita à estrita interpretação do dano direto e imediato. À luz dos elementos expostos acima – principalmente do princípio da reparação integral da vítima –, é possível adotar perspectiva mais flexível do nexo causal, seguindo-se, por exemplo, a causalidade adequada, ou, eventualmente, outra teoria que seja apropriada para atender os interesses da vítima, sem desconsiderar a lógica subjacente à responsabilidade civil.

Em suma, há nexo causal se a conduta coletiva for adequada para causar o prejuízo. Essa constatação acarreta outra consequência relevante: como as condutas individuais devem ser, necessariamente, homogêneas, a ponto de criar a conduta coletiva, é essencial que elas também sejam potencialmente aptas para causar o prejuízo sofrido pela vítima.

Consequentemente, é impossível imputar responsabilidade aos membros dos grupos que, embora estejam presentes no momento e no local da ocorrência do prejuízo, não incorreram em condutas aptas a causar o dano⁴⁸⁴. Portanto, no clássico exemplo da caça, os

⁴⁸³TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 289.

⁴⁸⁴Matilde Zavala de González entende que a mera presença do indivíduo no grupo dos potenciais responsáveis não é suficiente para lhe impor o dever de indenizar, embora possa ser, em certo casos, um fundamento para uma imputação provisória, gerando uma presunção de coparticipação causal que inverta a carga probatória (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. op. cit., p. 445).

caçadores que participaram do evento, mas não realizaram os disparos potencialmente fatais, não são responsáveis pelo dano.

Por outro lado, a caracterização de conduta coletiva prescinde da união de propósito, bem como da premeditação dos integrantes do grupo. Para a existência de vínculo entre as condutas individuais, basta que elas sejam uniformes e criem risco comum, sendo irrelevante o escopo dos membros da coletividade. Logo, a conduta praticada pelo chamado grupo fortuito – ou seja, aquele formado de forma espontânea – também leva à imposição do dever de indenizar.

A partir desses elementos, conclui-se que a responsabilidade solidária dos integrantes dos grupos possui moldura, cujos limites são os requisitos acima descritos. Com o cumprimento dessas exigências, o dever de indenizar se compatibiliza com o modelo de responsabilidade previsto no artigo 927 do Código Civil. Inexistindo esses elementos, a indenização se revela inviável dentro do regime vigente no direito brasileiro, sendo necessário recorrer a novo modelo, a partir de inovação legislativa.

5.3. A inexistência de caráter subsidiário da responsabilidade dos integrantes dos grupos

Definida a existência de responsabilidade solidária dos integrantes dos grupos, surge outra questão também controversa. Trata-se da subsistência dessa modalidade de responsabilidade, com a imposição do dever de indenizar a todos os membros da coletividade, mesmo nas hipóteses nas quais se identifica o indivíduo cuja conduta materializou o prejuízo.

Ao longo da presente dissertação, verificou-se que parte significativa da doutrina reconhece a solidariedade nas hipóteses de conduta coletiva, mas a afasta caso seja possível individualizar a ação ou omissão causadora do dano. A responsabilidade pela conduta coletiva teria, portanto, caráter subsidiário, subsistindo apenas se não houvesse elementos para a individualização da conduta ilícita⁴⁸⁵.

Esse posicionamento revela forte apego à concepção individualizada da responsabilidade civil, não podendo ser aceito. O caráter subsidiário da responsabilidade

⁴⁸⁵Essa é a posição, por exemplo, de Jorge Mosset Iturraspe (cf. item 4.4.1 *supra*).

coletiva apenas possui fundamento, caso se adote a premissa de que a solidariedade decorreria de presunção quanto à participação dos integrantes do grupo no evento danoso, a qual seria afastada com a identificação daquele que seria o verdadeiro ofensor.

No entanto, como visto acima⁴⁸⁶, o modelo das presunções é inadequado para a responsabilidade dos integrantes do grupo, na medida em que o elemento desconhecido da realidade – qual seja, a identidade do causador do dano – não pode ser suprido com o recurso às *“regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”* (artigo 335 do Código de Processo Civil).

Dentro desse equivocado regime individualista, eventual imposição de responsabilidade a todos os integrantes do grupo refletiria – como já visto – verdadeira ficção jurídica, pois adota como verdadeiro, cenário que se sabe ser irreal. Por mais que todos os membros do agrupamento não tenham materializado o dano, adota-se a participação deles no evento danoso como premissa para a imposição de responsabilidade.

Em contrapartida, a lógica inerente à conduta coletiva parte da efetiva contribuição dos agentes na criação do comportamento coletivizado, dentro do qual o prejuízo ocorre. Pelas premissas adotadas por esse modelo, inexiste um único causador do dano, cuja responsabilidade seria estendida aos demais membros do grupo, pois todas as condutas que criam o cenário de perigo são igualmente relevantes, pouco importando se elas levaram ao surgimento de risco, ou se contribuíram de forma mais direta na materialização do prejuízo.

Essa linha de raciocínio é compatível com o regime tradicional da solidariedade (artigo 942 do Código Civil), que impõe o dever de indenizar a todos os ofensores, sem distinguir o grau de participação deles no evento danoso. Logo, por mais que se identifique o indivíduo que materializou o dano, subsiste a responsabilidade dos agentes que participaram da criação da conduta coletiva, bem como do risco no qual o prejuízo se materializou.

Consequentemente, a subsidiariedade da responsabilidade do grupo é absolutamente incompatível com o modelo baseado na conduta coletiva. Tendo em vista que, no modelo ora proposto, atribui-se a efetiva prática de conduta aos integrantes do grupo, e que todos eles contribuíram – ainda que em intensidades diversas – para o evento danoso, a eventual identificação do integrante do agrupamento que materializou o prejuízo não afasta o dever de indenizar dos demais.

⁴⁸⁶Cf. item 5.1.1.2 *supra*.

5.4. A conduta coletiva e a conduta anônima: proposta legislativa

Como resultado dos contornos da responsabilidade dos integrantes dos grupos, é possível distinguir duas hipóteses distintas relacionadas à matéria. De um lado, existe a conduta coletiva, composta por vários comportamentos individuais arriscados, unidos por seu caráter homogêneo, e pela situação de perigo que geram perante terceiros.

De outro, há os casos nos quais existe uma pluralidade de potenciais ofensores e, sem que haja a prática de conduta ilícita ou a criação de atividade arriscada pelos membros do grupo, o dano se materializa. Nessas situações, é impossível caracterizar a conduta coletiva, havendo simples hipótese de anonimato do dano.

Ausentes os elementos que caracterizam a conduta coletiva, inexistente fundamento para a imposição de solidariedade aos integrantes do grupo. Todavia, a incessante busca do ordenamento pela reparação integral da vítima recomenda alteração legislativa que estabeleça o dever de indenizar a todos os agentes potencialmente envolvidos no evento danoso.

O confronto entre as situações dos integrantes do grupo e da vítima indica o cabimento da imposição de responsabilidade. De fato, é mais equânime atribuir o dever de indenizar à coletividade integrada pelo causador do dano, do que à vítima, que não possui qualquer relação com o prejuízo.

A tendência de coletivização da responsabilidade reforça, ainda mais, a necessidade de dispositivo legal que estabeleça a solidariedade nas hipóteses de dano anônimo. Dentro dessa lógica, é mais adequado que o prejuízo seja repartido pelos diversos integrantes do grupo, ao invés de ser imposto integralmente à vítima do dano.

Como modelo para a regulação da matéria, sugere-se a adoção de dispositivo semelhante àquele proposto como parte do “Anteprojeto do Código Civil e Comercial” da Argentina, elaborado por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelmajer de Carlucci. O teor da norma, já mencionada acima⁴⁸⁷, é o seguinte:

“Artigo 1761. – Autor anônimo. Se o dano provém de um membro não identificado de um grupo determinado respondem solidariamente todos os seus integrantes, exceto aquele que demonstre que não contribuiu para sua produção”.

⁴⁸⁷Cf. item 4.4.3 *supra*.

A norma constitui verdadeira hipótese de imputação de responsabilidade, prescindindo até mesma da existência de conduta por parte dos integrantes do agrupamento. Trata-se, em suma, de presunção legal – que, por ser prevista em lei, prescinde do recurso à experiência – de responsabilidade de todos os indivíduos que integravam o agrupamento por ocasião do evento danoso. A presunção é simples, podendo ser afastada mediante prova do potencial ofensor quanto à sua não participação nos fatos relacionados ao dano.

A proposta normativa se traduz, em última análise, em versão mais ampla do suporte fático da responsabilidade pelo lançamento de objetos, prevista no artigo 938 do Código Civil brasileiro. A diferença entre as normas é que, no texto proposto, permite-se a isenção de responsabilidade caso os agentes demonstrem que não participaram do evento danoso, o que não ocorre na norma aplicável aos objetos lançados de habitações coletivas⁴⁸⁸.

Como o dispositivo sugerido estabelece regime de responsabilidade com base em parâmetros extremamente objetivados, prescindindo até mesmo da prática de conduta apta a causar o dano, é razoável criar mecanismos adicionais de isenção do dever de indenizar. Dito de outra forma, deve-se conceder ao integrante do grupo não apenas a possibilidade de demonstrar que não contribuiu para o dano, como também a alternativa de indicar o verdadeiro causador do prejuízo.

Em termos práticos, suponha-se que houve, no clássico exemplo dos caçadores, apenas um único disparo, originado de grupo composto por diversos potenciais responsáveis. Como, nesse caso, inexistente conduta de caráter coletivo – o que ocorreria se houvesse vários tiros –, a isenção da responsabilidade poderia decorrer tanto mediante (i) prova, por parte de integrante do agrupamento, de que não praticou a conduta potencialmente

⁴⁸⁸É o que se verifica dos seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Responsabilidade civil do condomínio - Dano material em veículo - Ocorrência - Saco de gelo arremessado de um dos apartamentos do condomínio - réu. Impossibilidade de identificação do causador do dano - Responsabilização de toda coletividade condominial e não apenas parte dos condôminos, pena de violar o princípio basilar da igualdade, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal - Sentença mantida - Recurso DESPROVIDO” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso de Apelação nº 9171680-03.2000.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Adilson de Andrade. j. 29.1.2008).

“1) Em caso de arremesso de coisa inanimada proveniente de casas ou edifícios, que causa danos, a responsabilidade é objetiva (art. 938 do CC/2002). Tratando-se de edifício de apartamentos, a solução não pode ser outra senão a responsabilidade do condomínio. 2) São danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração social’) (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso de Apelação nº 9120624-86.2004.8.26.0000. 35ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Mendes Gomes. j. 7.8.2006).

danosa, demonstrando-se, por exemplo, que seu rifle tinha calibre diverso do projétil que atingiu a vítima; quanto pela (ii) identificação do agente que realizou o disparo fatal.

Em suma, o modelo legislativo proposto consiste em regime de imputação de responsabilidade subsidiária. Para se resguardar a vítima, impõe-se o dever de indenizar a todos os indivíduos potencialmente responsáveis pelo dano, caso não se conheça o agente causador do dano.

Em contrapartida, cria-se excludente de responsabilidade, aplicável nas situações nas quais o indivíduo demonstra que não contribuiu para a ocorrência do dano. De forma semelhante, caso haja elementos que identifiquem o verdadeiro causador do dano, afasta-se o modelo coletivo do dever de indenizar, com o retorno ao regime individual tradicionalmente adotado.

Dentro desse cenário, e adaptando-se o dispositivo à técnica legislativa normalmente adotada no ordenamento brasileiro, a norma passaria a ter a seguinte redação:

“Se o dano provém de um membro não identificado de um grupo determinado, respondem solidariamente todos os seus integrantes.

Parágrafo único. A responsabilidade será afastada caso se identifique o causador do dano, ou caso o integrante do grupo demonstre que não causou o prejuízo”.

A situação é bastante diversa nas hipóteses nas quais os integrantes do grupo contribuem para o surgimento de conduta coletiva. Nesses casos, é possível imputar a cada potencial responsável a prática de ação ou omissão apta a gerar responsabilidade, havendo apenas pretensa dificuldade em se vincular tal comportamento com o dano sofrido pela vítima.

Muito embora o regime tradicional de responsabilidade, previsto no artigo 927 do Código Civil, seja suficiente para tratar dessa hipótese, eventual regulamentação legislativa expressa traria maior segurança acerca da matéria, contribuindo para delimitar o suporte fático dessa espécie de conduta ilícita.

Como, nesse caso, todos os integrantes do grupo contribuem para o surgimento do dano, é natural que se estabeleça regime jurídico mais rigoroso. À luz da participação dos agentes na criação do cenário no qual o dano ocorreu, é inadequado afastar a responsabilidade caso se identifique o indivíduo que realizou a ação ou a omissão que materializou o dano.

Como visto acima, essa conduta apenas consolida uma situação de risco criada pelos demais membros da coletividade. Logo, a ação ou omissão não se destaca em relação aos demais comportamentos, constituindo apenas mais um dos elementos que contribuem para a ocorrência do evento danoso.

Por essa razão, a hipótese de exclusão de responsabilidade, nesses casos, deve ser bastante restrita. Mais especificamente, deve-se admitir o afastamento do dever de indenizar apenas nas situações nas quais o indivíduo, aparentemente inserido como participante da conduta coletiva, produz prova demonstrando que seu comportamento era incompatível com o evento danoso ocorrido, ou seja, que sua conduta não contribuiu para a criação do risco ao qual a vítima foi submetida.

Retomando-se o exemplo dos caçadores, havendo vários disparos realizados em direção à vítima, o indivíduo não se exime demonstrando que o calibre de sua munição era diverso daquele do projétil que causou o ferimento. Nesse caso, a bala disparada em relação ao ofendido integra a conduta coletiva que causou o prejuízo.

Para a exclusão de responsabilidade, é essencial que o agente demonstre que não realizou disparo no momento no qual a vítima sofreu o ferimento. Dentro desse cenário, sua conduta não integra a coletividade de comportamentos danosos que originou o dano, não podendo ser considerada como fundamento para a imputação de responsabilidade.

A grande vantagem da criação de norma expressa a respeito da matéria é a criação de presunção de responsabilidade para todos aqueles indivíduos que aparentemente formavam o grupo no momento da ocorrência do dano. Ao invés de se impor à vítima a apresentação de evidência acerca da prática de conduta potencialmente arriscada pelos potenciais ofensores, pode-se atribuir a esses últimos o ônus da prova quanto à não realização de ação ou omissão integrante da conduta coletiva.

A partir desses parâmetros, a norma sugerida – também adaptada da proposta argentina – teria a seguinte redação:

“Se um grupo realiza uma atividade perigosa para terceiros, todos os seus integrantes respondem solidariamente pelo dano causado por um ou mais de seus membros.

Parágrafo único. Somente se exime quem demonstrar que não praticou conduta apta a causar o dano”.

Essas são, em suma, algumas considerações sobre eventual regulação legislativa a respeito da conduta anônima e da conduta coletiva. Como essas hipóteses são diversas, devem ser disciplinadas por suportes fáticos distintos, que devem, por sua vez, estabelecer regimes autônomos de responsabilidade.

6. CONCLUSÕES

A partir dos elementos analisados ao longo da presente dissertação, conclui-se que:

1. O conceito de causalidade possui relativa flexibilidade e indefinição, havendo diversas teorias que justificam e explicam, de maneira adequada, o vínculo entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

2. A teoria do dano direto e imediato, prevista no artigo 403 do Código Civil, possui aplicação exclusivamente na esfera contratual, sendo incompatível com as hipóteses de responsabilidade aquiliana, as quais possuem regime legal próprio (artigo 927 e seguintes do Código Civil), e são intensamente influenciadas pelo princípio da reparação integral da vítima (artigo 944, *caput*, do Código Civil).

3. O primeiro fragmento histórico relativo à responsabilidade dos integrantes dos grupos é o édito de turba, de autoria de Ulpiano, inserido no D. 47,8 do *Corpus Iuri Civilis*.

4. Sob perspectiva histórica, a responsabilidade dos integrantes dos grupos não pode ser confundida com o quase-delito denominado *effusis et deiectis*, que estabelecia a responsabilidade pelos objetos e dejetos lançados de habitações coletivas. Essa criação pretoriana, que passou a possuir tal classificação nas Institutas de Justiniano, se voltava para hipótese fática bastante específica, não possuindo relação com a responsabilidade dos grupos, que se volta para situação mais genérica.

5. No âmbito do direito estrangeiro, existem diversas teorias adotadas para justificar a responsabilidade solidária para os integrantes dos grupos. Essas doutrinas, muitas vezes, refletem argumentos artificiais, e que não justificam de forma satisfatória a atribuição de solidariedade a todos esses indivíduos.

6. As doutrinas americanas da *market share liability* e da *proportional share liability* dispensam o vínculo direto entre a conduta do indivíduo e o prejuízo, impondo o dever de indenizar, em razão da situação de risco criada pelo ofensor, a qual, em momento posterior, se materializa no prejuízo sofrido pela vítima.

7. A doutrina e a jurisprudência brasileira já examinaram – embora poucas vezes – a responsabilidade dos integrantes do grupo. Não obstante a nítida tendência em

reconhecer a responsabilidade solidária dos integrantes dos grupos, inexistente consenso acerca do fundamento da solidariedade.

8. Em termos amplos, a necessidade de se impor a solidariedade dos integrantes do grupo pode ser inferida à luz dos princípios (i) da isonomia; (ii) da reparação integral da vítima legal (artigo 944 do Código Civil); e (iii) da coletivização da responsabilidade.

9. Em termos mais específicos, a solidariedade dos integrantes do grupo se revela compatível com o regime do artigo 927 do Código Civil, nas situações nas quais os integrantes da coletividade praticam ações ou omissões individuais ilícitas, ou atividades arriscadas, que possuem caráter homogêneo e adquirem forma e identidade próprias, traduzindo-se na conduta coletiva que causa o dano.

10. Para a responsabilidade solidária dos integrantes dos grupos baseada na conduta coletiva, é essencial a satisfação dos seguintes requisitos: (i) prática de conduta culposa ou de atividade arriscada pelos potenciais ofensores; (ii) caráter homogêneo dessas condutas; (iii) criação de situação de risco comum; e (iv) existência de causalidade entre a conduta coletiva e o dano.

11. Dentre as condições acima mencionadas, destaca-se o risco comum, que é o elemento que vincula os diversos comportamentos autônomos, originando a conduta coletiva.

12. A responsabilidade baseada na conduta coletiva não possui caráter subsidiário, ou seja, a eventual identificação do indivíduo que materializou o dano não afasta a solidariedade.

13. A conduta coletiva se diferencia da conduta anônima. Enquanto, no primeiro caso, diversos indivíduos realizam condutas homogêneas e de natureza arriscada, que contribuem para o surgimento do dano, no último, há a prática de conduta ilícita individualizada por parte dos integrantes de determinada coletividade, sem que seja possível identificar o causador do dano.

14. Diferentemente do que ocorre nas hipóteses de conduta coletiva, na conduta anônima é impossível impor solidariedade aos integrantes do grupo, se não houver previsão legal expressa a esse respeito.

15. Recomenda-se o desenvolvimento de legislação específica acerca da matéria, com o escopo de (i) esclarecer a existência, e estabelecer os limites da responsabilidade baseada na conduta coletiva; e (ii) impor a solidariedade nas hipóteses de conduta anônima.

REFERÊNCIAS

ABERKANE, Hassen. Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe determine des personnes. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Paris, t. 56, 1958.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2.

_____. A responsabilidade extracontratual e seu fundamento – culpa e nexo de causalidade. *Revista Doutrinária do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, ano 6, n. 6, 2003.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1975.

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de. Actuacion dañosa de los grupos. *Revista Jurídica de Catalunya*, v. 96, n. 4, 1997.

BALZARINI, Marco. *Ricerche in tema di danno violento e rapina*, Padova: CEDAM, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. In: PIOVESAN, Flávia Cristina; GARCIA, Maria (Coords.). *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of french law*. 2. ed. New York: OUP Oxford, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

BOOM, Willem H. van. Multiple tortfeasors. In: ROGERS, W.V.H. (Ed.). *Unification of tort law: multiple tortfeasors*. Haia: Kluver Law International, 2004.

CAPUTTO, Maria Carolina. Responsabilidad colectiva: daños causados por miembros no identificados de grupo determinado. *Responsabilidad Civil y Social*, n. 39, p. 39-46, nov. 2011.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 922, p. 139-171, ago. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex, 1997.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio de. *La relación de causalidad em la órbita del derecho de daños*. Valencia: Tirant Monografias, 2000.

DAVID, Simcha. Establishing the causal link in asbestos litigation: an alternative approach. *Brooklyn Law Review*, v. 68, 2002.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos – inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 1 e v. 2.

DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 13.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil Alemán comentado*, Barcelona: Marcial Pons, 1998.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil de obligaciones*. Trad. espanhola Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Clarasó, 1935. v. 2, t. 2.

FACHIN, Edson. Nexo de causalidade como pilar essencial da responsabilidade civil. In: _____. *Soluções práticas de direito: pareceres: contratos e responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. v. 1.

FIALDINI, Filipe Schmidt Sarmento. Controvérsias ainda pendentes sobre a teoria da equivalência dos antecedentes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 72, maio 2008.

FREITAS, Augusto Teixeira. *Código Civil: esboço*. Brasília-DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1983. v. 1.

GARRIDO-CORDOBERA, Lidia M. R. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad. *Vniversitas*, Bogotá, n. 118, ene./jun. 2009.

_____. *La reparación de daños colectivos: daños con motivo de encuentros futbolísticos*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 1988. (Cuadernos de Investigaciones, 3).

GERMAN CIVIL CODE BGB. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3312>.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

GIFFORD, Donald G.; PASICOLAN, Paolo. Market share liability beyond DES Cases: the solution to the causation dilemma in lead paint litigation? *Legal Studies Research Paper*, University of Maryland, n. 10, 2006.

GOLANSKI, Alani. A new look at duty in tort law: rehabilitating foreseeability and related themes. *Albany Law Review*, v. 75, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

GRIMM, Daniel J. Global warming and market share liability: a proposed model for allocating tort damages among CO₂ producers. *Columbia Journal of Environmental Law*, v. 32, 2007.

HARRIS, Donald. *Remedies in contract and torts*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1988.

HART, H.L.A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. New York: Oxford, 1985.

HEDEMANN, J. W. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Trad. Espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. v. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade. *Revista EPD – Escola Paulista de Direito*, ano 1, n. 1, maio/ago. 2005.

_____. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEGIFRANCE. *Loi n° 48-1416 du 15 septembre 1948 modifiant et complétant l'ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre*. Disponível em:

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071210&dateTexte=20130223>>.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Responsabilidade civil do proprietário diante do bem socioambiental*. 2007. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 260-269, jul./set. 2004.

LEY DE CAZA. Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/resp/lcaza.htm>>.

LICCI, Giorgio. *La metafora della causalità giuridica*. Napoli: Jovene, 2011.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1930.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, jul. 2009.

_____. A presunção no direito, especialmente no direito civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Coords.). *Doutrinas essenciais de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. v. 5.

_____. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LORENZETTI, Ricardo L. Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos. *La Ley*, Buenos Aires, 1996-D, jan. 2007.

LUCY, William. *Philosophy of private law*. New York: Oxford, 2007.

MAGNUS, Ulrich. Multiple tortfeasors under German Law. In: ROGERS, W.V.H. (Ed.). *Unification of tort law: multiple tortfeasors*. Haia: Kluver Law International, 2004.

MANFREDINI, Arrigo D. Responsabilità collettiva e *damnum in turba datum*. Una prospettiva comparatistica. *Roma e America - Diritto Romano Comune*: rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina. Roma, n. 11, p. 165-170, 2001.

MARKENSINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German law of torts: a comparative treatise*. 4. ed. Oxford: Hart, 2002.

MARTÍN-CASALS, Miquel. *Proportional liability in Spain: a bridge too far*. Disponível em:

<<http://www.udg.edu/LinkClick.aspx?fileticket=N0NIBNT9mhM%3D&tabid=9725&language=ca-ES>>. Acesso em: 13 e 20 jun. 2013.

_____; SOLÉ, Josep. Multiple tortfeasors in Spanish law. In: ROGERS, W.V.H. (Ed.). *Unification of tort law: multiple tortfeasors*. Haia: Kluver Law International. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. v. 5, t. 2.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. Obligations en général et responsabilité civile. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 48, 1950.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MOREIRA, Paula Espíndola Bulamarque. *Effusum et deiectionum: o tratamento no Código Civil e sua origem no Direito Romano*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 10, n. 19, p. 211-220, jan./jun. 2007.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998. t. 1.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños: responsabilidad colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2010. t. 6.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

MÚRTULA LAFUENTE, Virgínia. Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 351, p. 2-28, abr. 2008.

_____. *La responsabilidad civil por los daños causados por um miembro indeterminado de um grupo*. Madrid: Dykinson, 2005.

NACE, Andrew B. Market share liability: a current assessment of a decade-old doctrine. *Vanderbilt Law Review*, v. 44, Mar. 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. Indenização fundada no uso de cigarros e culpa exclusiva da vítima. In: _____. *Soluções práticas de direito: direito público*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 3.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 761, p. 31-44, mar. 1999.

_____. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 816, p. 733-752, out. 2003.

_____. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. In: In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

POLICY. In: GARNER, Braum A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. Saint Paul: Thomson, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 22.

_____. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53.

POSTACIOGLU, Ilhan E. Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 53, n. 3, p. 438-443, 1954.

REALE JÚNIOR, Miguel. O acusado e a tutela do direito de liberdade no anteprojeto do Código do Processo Penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coords.). *Doutrinas essenciais processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

ROBINSON, O. F.; FERGUS, T. D.; GORDON, W. M. *European legal history*. Oxford: Oxford, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, §1º, da Lei Brasileira das Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000). *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 46, abr. 2007.

ROSTRON, Allen. Beyond market share liability: a theory of proportional share liability for nonfungible products. *UCLA Law Review*, v. 52, Oct. 2004.

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian Cecilia. *Del 'deber del acreedor de evitar o mitigar el daño*. Tese (Doutorado) - Universidade dos Estudos de Roma "Tor Vergata", 2009/2010.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lima*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÉNAT. *Lois promulguées en 1981*. Disponível em: <<http://www.senat.fr/dossiers-legislatifs/lois-promulguees-1981.html>>.

SEUBA, Joan C.; RAMOS, Sonia; RUBI, Antonio; SÁNCHEZ, Víctor; PIÑEIRO, José; CAMÍ, Maria. *Guía InDret de jurisprudencia española sobre responsabilidad civil por productos defectuosos*. 3. ed. Barcelona: Indret, 2003.

SHMUELI, Benjamin; SINAI, Yuval. Liability under uncertain causation? Four talmudic answers to a contemporary tort dilemma. *Boston University International Law Journal*, v. 30, p. 449-495, 2012.

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.

_____. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien e comparé*. Curso proferido na Universidade de Saint Maur, Paris XII. 1988.

_____. Responsabilidad alternativa y acumulativa. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

STEIN, Peter. *Roman law in european history*. Cambridge: Cambridge, 2005.

SZTAJN, Rachel. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 81-97, abr. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. In: _____. *Soluções práticas de direito: pareceres: novas fronteiras do direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. PODER JUDICIÁRIO. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=008A19249BE2FCCAE26DF0BF60417E6B>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

VEINTICINCO años del aceite de colza, la mayor intoxicación alimentaria en la historia de España. Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/114091/0/aniversario/aceite/colza/>>. Acesso em: 20 maio 2013.

VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: Librarie de Droit e de Jurisprudence, 1965.

_____; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2006.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. El daño colectivo. In: REPRESAS, Félix A. Trigos; STIGLITZ, Rubén S. (Coords.). *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Rocca, 2000.

ZIMMERMAN, Reinhard. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford, 2009.