



RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR E NEXO DE CAUSALIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES

Mafalda Miranda Barbosa¹

RESUMO

Tendo em conta que a jurisprudência portuguesa tem exigido, no âmbito da responsabilidade do produtor, a prova quer do defeito, quer da causalidade entre aquele e o dano gerado e que o Tribunal de Justiça da União Europeia, num caso concreto sobre o qual foi chamado a pronunciar-se, embora tenha afastado a exigência de uma prova científica e irrefutável do nexo causal, recusa igualmente a comprovação do requisito com apelo a uma presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexo de causalidade, propomo-nos, neste artigo, confrontar o tradicional entendimento acerca da causalidade com uma perspetiva imputacional. No final, estaremos em condições de perceber em que medida a exigência da jurisprudência portuguesa e europeia faz ou não sentido.

Palavras-chave: Responsabilidade do produtor. Jurisprudência. Nexo de causalidade.

1 INTRODUÇÃO

Se a necessidade de garantir a proteção do consumidor determinou a consagração de uma hipótese de responsabilidade civil independentemente de culpa, fundada no risco que o produtor assume ao colocar no mercado um determinado produto defeituoso², o certo é que a

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra. Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra.

² Cf., com amplo desenvolvimento, escreve João Calvão da Silva em *Responsabilidade civil do produtor*.

complexidade com que os problemas surgem na realidade não permitiu que só pela objetivação da responsabilidade se eliminassem todas as dificuldades que a esse nível se podem enfrentar. Na verdade, a previsão da responsabilidade do produtor garantiu que se ultrapassasse o estrito domínio contratual, viabilizando que o consumidor/adquirente de um bem que, por causa de um defeito que ele contivesse, sofresse danos demandasse o fabricante e não apenas o fornecedor direto³, ao mesmo tempo que permitiu afastar a necessidade de prova do desvalor objetivo de cuidado, sempre difícil de apurar pela intermediação dos diversos agentes do circuito produtivo. Mas nem por isso arredou a exigência quer da prova do defeito, quer da prova da causalidade entre aquele e o dano gerado.

A jurisprudência portuguesa tem sido perentória na afirmação dessa exigência. O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 25 de Março de 2010⁴, recordou que, numa ação de responsabilidade do produtor, “o lesado terá de alegar e provar os seus elementos constitutivos: danos, defeitos,nexo causal entre estes e aqueles”, não obstante admitir que, porque a prova da causalidade se pode revelar extremamente árdua, “as regras da experiência da vida, o *id quod plerumque accidit* e a teoria da causalidade adequada poderão permitir a preponderância da evidência, uma espécie de causalidade” (CORDEIRO, 2010). Também no Acórdão de 20 de Novembro de 2007⁵, a Relação do Porto, a propósito de um caso em que A, produtora de vinhos, adquiriu postes de suporte de vinha, que acabaram por se degradar e rachar, caindo e provocando danos decorrentes da necessidade de remoção dos mesmos, considerou que o “lesado não tem de provar a culpa e a ilicitude, bastando provar a existência do defeito, do dano e do nexo de causalidade entre um e outro”, razão pela qual se deveria conceder a indemnização solicitada, por aplicação do regime da responsabilidade do produtor⁶. E, no Acórdão de 13 de Setembro de 2007⁷, a Relação de Évora voltou a repetir a disciplina, negando o ressarcimento, porque não foi demonstrada a existência do defeito, nem o nexo causal entre o defeito do automóvel que tinha sido adquirido e o acidente que com ele foi sofrido.

A lição resulta, aliás, da disciplina legal, fruto da transposição da diretiva comunitária sobre responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, segundo a qual cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo causal.

Não se estranha, por isso, que sejam diversas as ações que impecdem a este nível e que, em virtude disso, se procurem forjar expedientes de facilitação do ónus *probandi*. Menezes

3 Sobre a questão de saber se, no domínio contratual, haveria ou não possibilidade de se obter o ressarcimento junto do produtor do bem, cf. LUIS MENEZES LEITÃO, “A responsabilidade civil do produtor pelos danos causados ao consumidor”, *Panóptica*, 6/2, 2011, 16 s. (www.panoptica.org), considerando a possibilidade de se aplicar o artigo 800º CC, vendo-se o produtor como um auxiliar do vendedor, o que permitiria tornar o último responsável perante o consumidor; ou a possibilidade de se configurar a existência de um contrato entre o produtor e o consumidor.

4 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Março de 2010, Processo nº 5521/03.OTBALM.S1, www.dgsi.pt

5 Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Novembro de 2007, Processo nº 0725464, www.dgsi.pt

6 Não se entende a decisão do Tribunal da Relação do Porto, por dois motivos. Em primeiro lugar, os postes de suporte da vinha não se destinavam a um uso não profissional; em segundo lugar, os danos que se verificaram não resultam de uma lesão num objeto diferente daquele que é reputado de defeituoso. A decisão, aliás, contraria a decisão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Junho de 2004, que distingue claramente, a propósito de um carro defeituoso, a responsabilidade do produtor e a responsabilidade do vendedor por falta de conformidade ou qualidade das coisas vendidas

7 Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13 de Setembro de 2007 (Processo nº 1139/07-2), www.dgsi.pt

Cordeiro (2010) aduz a este respeito que o ponto delicado da prova do vício e da causalidade “foi suplantado com a ideia de prova da primeira aparência (alemã) ou da *res ipsa loquitur* (*common law*): as coisas falam por si; se uma roda se desintegra, é porque houve negligência no seu fabrico, ainda que não seja possível provar como tal ocorreu”. Embora o autor se refira a um período anterior à consagração definitiva da responsabilidade objetiva do produtor, não é menos seguro afirmar que desses mesmos mecanismos se socorre hoje a jurisprudência e a doutrina para fazer face aos problemas que tem de enfrentar.

A este propósito e recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão no processo C-621/15⁸, foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se, numa situação em que não há um consenso científico, o juiz se pode ou não basear, a despeito da exigência de prova do dano, do defeito e do nexos causal pelo lesado, em indícios graves, precisos e concordes para estabelecer a ligação que se exige entre um determinado produto e o resultado lesivo advindo. Em causa estava a administração de uma vacina, entre finais de 1998 e meados de 1999, contra a hepatite B, produzida pela Sanofi Pasteur. Em Agosto de 1999, o senhor a quem tinha sido administrada começou a apresentar diversas perturbações, que levaram ao diagnóstico de esclerose múltipla, acabando por falecer em 2011. No quadro da ação proposta contra a Sanofi para obter uma indemnização, a *Cour d'Appel* de Paris considerou que não estaria provado o nexos de causalidade, por não haver consenso científico entre a vacinação contra a hepatite B e o aparecimento de esclerose múltipla. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal de Justiça da União Europeia, fazendo referência ao excelente estado de saúde anterior do lesado, à inexistência de antecedentes familiares e à relação temporal entre a vacinação e o aparecimento da doença, veio considerar que é compatível com a diretiva comunitária na matéria um regime probatório que, na falta de provas certas e irrefutáveis, permita ao juiz concluir pela existência de um defeito e do exigível nexos de causalidade. Basta que haja um conjunto de indícios que levem a considerar, com um grau suficientemente elevado de probabilidade, que essa conclusão corresponde à realidade. Tais indícios devem ser suficientemente graves e precisos, de molde a permitirem extrair as conclusões que se procuram. Mais considerou o Tribunal de Justiça da União Europeia que o legislador nacional não pode lançar mão de uma prova por presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexos causal, quando estejam reunidos certos indícios predeterminados.

Em face do exposto, suscitam-se diversas dúvidas. Com efeito, o Tribunal de Justiça da União Europeia orienta-se pela ideia de (*elevado grau de*) probabilidade, não indo ao ponto de impor a prova certa e irrefutável, ao mesmo tempo que recusa a possibilidade de comprovação do requisito com apelo a uma presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexos de causalidade. Portanto, haverá que, em primeiro lugar, perceber qual a probabilidade relevante para este efeito.

Tal não será, contudo, bastante: de facto, orientando-se a jurisprudência pelo critério da causalidade adequada, o centro nevrálgico da indagação é exatamente a probabilidade de que se fala. Simplesmente, a leitura atenta do acórdão em questão parece apontar para a ideia

8 Cf. Comunicado de imprensa n.º 66/17

de que, ao invés de se recorrer ao juízo probabilístico próprio da adequação, se está a alijar o ónus probatório ao nível fáctico. Nessa medida, questiona-se se, afinal, não entra em cena um primeiro patamar de indagação causal, a identificar-se com uma noção de condicionalidade.

O dado importa uma terceira consideração, talvez a mais relevante: saber, então, do que se fala quando se fala de causalidade, e, conseqüentemente, quando se lida com o problema da prova do nexó que se procura erigir.

2 O REGIME DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR (BREVE EXCURSO). CAUSALIDADE ADEQUADA E CONDICIONALIDADE. A PROBABILIDADE DO SURGIMENTO DO DANO

O artigo 1º DL nº383/89, de 6 de Novembro, alterado pelo DL nº131/2001, de 24 de Abril, estabelece que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação, entendendo-se por produtor o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo (artigo 2º, nº1). De acordo com o nº2 do artigo 2º, é também considerado produtor aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior produto para venda, aluguer, locação financeira, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como qualquer fornecedor do produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, uma vez notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses a identidade de um ou outro ou a de algum fornecedor precedente.

Não basta que o produtor coloque o produto em circulação. É necessário que o produto seja defeituoso. O defeito de que se cura tem, no entanto, uma abrangência muito mais do que ampla do que aquela com que somos confrontados ao nível da linguagem corrente ou no quadro de outros regimes privatísticos. Na verdade, o produto tem-se por defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação, nos termos do artigo 4º.

Há, no entanto, exceções a esta responsabilidade, que estão consagradas no artigo 5º. O produtor não é responsável se provar que a) não pôs o produto em circulação; b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; c) que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional; d) que o defeito é devido à conformidade do produto com as normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito; f) que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

Além disso, o artigo 8º estabelece um limite aos danos ressarcíveis, considerando que só o são os que resultem de morte ou lesão pessoal e os que ocorram em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinado ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente este destino. E o artigo 9º consagra que os danos causados em coisas só são indenizáveis na medida em que excedam o valor de 500 euros.

Fundamental passa a ser, como se compreenderá, o estabelecimento de um nexo de ligação entre o defeito do produto e os danos que sobrevenham. Embora o diploma não se refira especificamente ao requisito, ele resulta com naturalidade quer da finalidade da responsabilidade civil do produtor (ressarcitória), quer do fundamento último que para ela encontremos: o produtor não deve ser onerado com uma hiper-responsabilidade, mas tão só deve ser chamado a responder pelos danos que tenham sido gerados pelo seu produto.

O busílis da questão está em saber o que entender por este nexo de causalidade. Tradicionalmente, a doutrina maioritária tem deposto no sentido de que ele se descobre com base na questão “é normal e provável (*adequado*) que de um comportamento do tipo do do lesante – no caso, *a colocação de um produto com aquele tipo de defeito em circulação* – resulte um dano daquele género?”. Tal indagação surgiria na sequência de uma prévia inquirição condicional, por meio da qual se procuravam afastar todos os comportamentos irrelevantes para o surgimento do dano – haveria de determinar se o dano teria surgido se não tivesse existido aquele defeito.

Porque a realidade não se nos oferece em termos determinísticos e continuamente lineares, a resposta que se pudesse obter para a questão da condicionalidade acabaria por ser oferecida, as mais das vezes, em termos probabilísticos. A aproximação entre os dois critérios de estabelecimento da causalidade passa, portanto, a ser notória, sem que, contudo, se confunda a sua intencionalidade⁹. Se a condicionalidade surge a depor no sentido de afastar comportamentos irrelevantes, a adequação pretenderia introduzir uma solução normativizada para o problema. Simplesmente, dependendo da perspectiva do observador que se assuma, assim chegaremos ou a uma formulação probabilística-estatística que não só quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade, como não nos permite avançar em relação ao resultado que se obtém com a *conditio*; ou a uma formulação que, porque baseada nos dados do conhecimento do

9 Veja-se, a este propósito, WESTER-OUISSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, www.gerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267962_vwesterouisse.pdf, 6, considerando que, no articulado em análise, a *conditio sine qua non* dá, em muitas situações, lugar à probabilidade, sendo consideradas pertinentes todas as causas que, de maneira provável, causaram ou contribuíram para causar o dano. No fundo, haveria uma aproximação à doutrina da causalidade adequada em casos como aqueles em que a) há múltiplas causas que isoladamente terão causado o dano; b) há múltiplas causas que, em conjunto, causaram o dano; c) há múltiplas putativas causas, não se sabendo qual delas causou efetivamente o dano; d) há muitas vítimas de uma atividade, a ser tratadas igualmente em termos de causa provável; e) há a contribuição causal da vítima.

Para uma aproximação entre a doutrina da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, cf. Florence G’SSELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005, 163 e 171. Afirma a autora francesa que a teoria da causalidade adequada implica, também, um raciocínio contrafactual na medida em que leva a interrogar sobre o aumento da probabilidade do dano gerado por um antecedente. Ao mesmo tempo, explica que, “mesmo centrando-nos no concreto e individual, temos de recorrer, pela referência ao curso normal das coisas, às regras da experiência, às generalizações causais que pensávamos reservadas para a teoria da causalidade adequada. De facto, a lógica probabilística da teoria da adequação ressurgiu quando o carácter *sine qua non* da condição examinada não se impõe pela evidência”, ou seja, “o raciocínio contrafactual supõe que se represente aquilo que teria sido o curso provável dos eventos na ausência do fator considerado”, pelo que “a resposta à questão da *conditio sine qua non* não é dada senão em termos de probabilidade”.

Sobre o ponto, cf., também, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2017, 98 s.

agente concreto, nos aproxima da culpa, não permitindo dar uma resposta consistente para a indagação causal.

Em tudo isto, o que se deteta é uma predominância da probabilidade, a cumprir diversos papéis. Por um lado, ela é critério do juízo causal, por outro lado é índice probatório de determinação do *iter* conducente ao dano.

Percebe-se, portanto, que não existe um grande desvio entre as soluções a que chegamos no seio do nosso ordenamento jurídico e aquelas que são veiculadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. A referência ao elevado grau de probabilidade parece, claramente, apontar no sentido da determinação da concatenação ao nível factual. E, se ela nos desonera em certa medida, por não nos impor a prova certa e irrefutável, nem por isso afasta todos os nossos problemas.

Em primeiro lugar, haveremos de questionar qual o grau de probabilidade de que se cura. Exigir-se-á, apenas, uma probabilidade de 50% ou a elevada probabilidade implicará a presença de índices estatísticos superiores? Acresce que o facto de existir, por exemplo, uma probabilidade de 99% não garante que o facto efetivamente ocorrido não se situe no intervalo percentual remanescente, pelo que não se conseguirá determinar com certeza qual a causa natural do dano. Por outro lado, o critério probabilístico estatístico parece claudicar sempre que em causa esteja um comportamento omissivo ou qualquer outro que escape a uma lógica naturalística de regularidade causal. Ademais, o resultado que se obtém para a indagação variará consoante os termos de descrição dos eventos, mais ou menos pormenorizados, correndo-se o risco de termos de lidar com o que a doutrina designa, a propósito da causalidade adequada, por fórmula vazia. *In fine*, enfrentar-se-ão problemas sempre que a probabilidade estatística nos indicar mais do que um eventual efeito causador do dano, sem que nos ofereça, concomitantemente, a possibilidade de discernir com certeza sobre qual foi a verdadeira causa. No fundo, entramos aí no cerne do que vem conhecido por causalidade múltipla, com as suas *nuances* próprias, mais ou menos dilemáticas, que se agigantam nas hipóteses de causalidade alternativa incerta e justificaram, inclusivamente, no seio da responsabilidade do produtor, a teorização de critérios como o da *market share liability*¹⁰.

3 AS CRÍTICAS À TEORIA DA *CONDITIO SINE QUA NON* E À TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

As dificuldades anunciadas no ponto expositivo anterior correspondem, afinal, às dificuldades a que somos conduzidos, isoladamente, pela teoria da *conditio sine qua non* e pela teoria da causalidade adequada.

Segundo a doutrina da *conditio sine qua non*, uma conduta é causa do dano sempre

¹⁰ Sobre a teoria e a sua inviabilidade no quadro do ordenamento jurídico português, quer porque, numa perspetiva, afronta a intencionalidade predicativa da juridicidade, quer porque, mesmo que surja normativizada de acordo com um ideal de justiça, quadra mal com os dados intrassistemáticos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Responsabilidade por danos em massa : reflexões em torno da *market-share liability*”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº10, 2016.

que se conclua que este não se teria verificado sem aquela. Fortemente inspirada na doutrina filosófica de Stuart Mill¹¹, percebe-se que a mesma tenha colhido grande entusiasmo no século XIX, fruto do clima cientista e positivista que naquela época se viveu¹²⁻¹³. Para o autor, a causa é tida como a soma de todas as condições que conjuntamente se mostrem suficientes para a produção de um evento de tal modo que, uma vez verificadas, invariavelmente o resultado será aquele. Importada para o mundo jurídico pelas mãos de Von Buri¹⁴, a recondução da causa à simples condição baseia-se, sobretudo, na impossibilidade científica de se eleger, de entre as várias circunstâncias potenciadoras do resultado, aquela que efetivamente possa ser vista como determinante¹⁵. A intervenção da condição seria necessária para a produção do dano e nessa medida suficiente para a imputação da responsabilidade¹⁶. A despeito da aparente simplicidade da teoria, a granjear adeptos pela desoneração a que conduz o julgador, a verdade é que não só aquela é meramente aparente – conduzindo, na prática, ao artificialismo do critério mobilizado em concreto –, como se impropriedade na prática judicativa¹⁷.

11 Para Stuart Mill, a causa real é o grupo de antecedentes que determinaram o fenómeno e sem o qual ele não teria lugar, pelo que “ninguém tem o direito, filosoficamente falando, de dar o nome de causa a um deles” (*Sistema de lógica dedutiva e indutiva*, apud PEREIRA COELHO, “Onexo de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 181. Cf., ainda, *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843, 392 s.)

12 Sobre a justificação para esta equiparação entre a causa e qualquer condição sem a qual o evento não se teria verificado, cf. PEREIRA COELHO, “Onexo de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 183. Veja-se, ainda, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 31 s., expondo a transição entre o mundo da juridicidade da doutrina filosófica de Mill através da ideia de sínodoque.

13 Neste sentido, cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 883. Note-se que o autor, apesar de repudiar a teoria, salienta que a mesma configura já uma forma de delimitação dos danos a ressarcir, designadamente no cotejo com o critério puramente empírico do *post hoc ergo propter hoc*. Limita a obrigação de indemnizar aos danos que se inserem no processo de causalidade em que interfere aquele facto e, dentro desses, àqueles que não se verificariam sem tal facto. No mesmo sentido, cf. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 497. Veja-se, também, RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en générale*, I, *Source des obligations*, t. IV, Librairie A. Rousseau, Paris, 1923, 25.

14 Aderindo à doutrina, cf., ainda, DEMOGUE, *Traité des obligations en générale*, I, *Source des obligations*, Librairie A. Rousseau, Paris, 1923, t. IV, 24.

15 Para outras considerações, veja-se ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, 916; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 532 s.; M. FRANZONI, “Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059”, in F. GALGANO (ed.), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 1993, 95 s.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 194 s.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO-ZENCOVICH, “I fatti illeciti”, *Tratato di diritto civile*, 14, *Obligazioni e Contratti*, VI (a cura di PIETRO RESCIGNO), 2ª edição, UTET, Torino, 1995, 63 s.; FRITZ HAUSEIN, “Die Theorie der wesentlichen Bedingung – ein wichtige Ursachenlehre”, *Juristenzeitung*, 16, Heft 1, 1961, 9 s.

16 Qualquer condição seria vista como causa e nessa medida todas as condições seriam equivalentes. Não há, portanto, uma importação literal do pensamento de Mill para o mundo jurídico, já que não é a soma das condições que determinaria a relevância da causa.

É, aliás, neste ponto que se localiza a crítica de Birkmeyer a Von Buri. É que, partindo da ideia de que o evento só ocorre pelo concurso de todas as condições predispostas para o efeito, Von Buri, sustentando a impossibilidade de alguma se destacar das demais, defende a equivalência entre todas, recusando a ideia de causa eficiente ínsita à teoriaprotagonizada pelo primeiro autor. Acontece que este, exatamente porque todas se mostram necessárias para a produção do dano, deduz daqui o corolário da insuficiência dela, dizendo que, consentaneamente com o ponto de partida do autor, se deveria sustentar como causa a soma de todas as condições. Afasta, desta forma, a crítica que Von Buri lhe dirige relativamente à impossibilidade de eleição de uma causa eficiente entre as diversas condições. Cf., à frente, o que se explicita – de forma sumária – acerca da teoria daquele.

Para uma análise comparatística entre os dois autores, cf. PEREIRA COELHO, “O nexos de causalidade”, 186 s. O autor afirma, contundentemente, que Von Buri parte de um sofisma. Parte da ideia de que todas as condições são necessárias para chegar à conclusão que o efeito é produto de cada uma delas, porque cada uma das condições torna causais as restantes. Ora, como salienta Pereira Coelho “se A+B+C+D são iguais a E, é evidente que só uma dessas grandezas não pode ser igual a E. E é isto que em resumo afirma Buri” (cf. pág. 187). Acentua, por isso, o autor a *nuance* da concepção hodierna da teoria da equivalência das condições. “Os juristas que hoje em dia defendem a teoria da *conditio sine qua non* limitam-se a acentuar que todas as condições são necessárias para o efeito e que portanto elas são, neste sentido, equivalentes, não sendo possível fazer entre elas qualquer distinção”. Dito de outro modo, todas podem ser consideradas causas.

Cf., ainda, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção finalista e nexos causal*, Dissertação do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, 112 s.

17 Cf. G. MARTY, “La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile”, 691 s.; FRANÇOIS CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes*, nº100; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*, 42. Para outras considerações, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*, cap. II

Assim, o critério quadra mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num dever-ser. Por outro lado, deixa-nos sem resposta em todos os casos em que o dano tem origem no comportamento da vítima. Desde logo, há a considerar todos aqueles casos em que se desvela um comportamento do lesado que, concorrentemente, desempenha um papel ativo no processo causal. E não falamos só das hipóteses de concorrência de culpas do lesado – a encerrar a *vexata quaestio* da qualificação do seu âmagio como um problema atinente à culpa ou à causalidade –, mas também daquelas em que o processo causal tem início num comportamento da vítima, adotado em face da influência psicológica que um terceiro sobre ela exerceu. Lembramo-nos, num exercício de chamada à colação de uma memória predisponível dos problemas com que o sistema se vai debatendo, das situações de responsabilidade por informações¹⁸.

Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade¹⁹. Na verdade, o imbricamento em cadeia de acontecimentos opera-se com uma tal voracidade na realidade

18 Na verdade, sempre que o processo causal seja integrado por uma dimensão psicológica torna-se extremamente difícil, ou mesmo impossível, raciocinar em termos contrafactuais. Será que, sem o conselho recebido, o lesado teria atuado de forma diferente? Mas isso não afeta o núcleo de autonomia que predica a decisão em que radica, afinal, o agir humano?

19 Nesse sentido, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização”, 22-23; PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade”, 189 s.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 884-885; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 761-762; PESSOA JORGE, *Ensaio*, 390 s. e *Direito das Obrigações*, 1º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, 569 e 573; SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2º, 2005, 379; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil*, 101; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 349; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 547 e *Direito das Obrigações*, 334; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, 498; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 404 s.; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 655; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 35; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*, 45; G. VALCAVI, “Intorno al rapporto di causalità nel torto civile”, 488; W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz* 212 e 213, adiantando que a *conditio sine qua non*, identificada ao nível da *Common Law* com o *but-for test*, não serve para restringir a responsabilidade, sendo, amiúde, visto como um primeiro filtro no sentido da eliminação das condições irrelevantes.

prática que torna imprestável um critério assente na pura conexão causal²⁰⁻²¹. Do mesmo passo, mas sem contradição, restringe, noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática do conceito de causalidade cumulativa ou alternativa. A e B disparam ao mesmo tempo sobre C, pelo que nenhum dos ferimentos pode ser visto como condição sem a qual o dano não teria ocorrido, já que qualquer um deles poderia desaparecer, continuando o processo

20 Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 885; PEREIRA COELHO, “O nexa de causalidade”, 80; GOMES DA SILVA, *O dever de prestar*, 67 s.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 359 e n.760.

21 Porque a doutrina da *conditio sine qua non* remonta, como dissemos, ao quadro filosófico de inspiração millesiana, importa dar aqui nota da advertência feita por Pereira Coelho (cf. “O nexa de causalidade” 181, n. 1). Na verdade, afirma-se amiúde que a doutrina em causa abre a porta ao infinito. Alerta o jurista português que tal não é necessariamente assim, no quadro filosófico do problema. E não é porque, quando Stuart Mill “define a causa como a totalidade das condições, não compreende entre tais condições também os seus antecedentes mediatos, isto é, as condições das condições”. Cf. STUART MILL, *A system of logic*, 392 s. Diante da explicação – que, saliente-se, não leva o autor a aderir à posição jurídica equivalente – concita-se uma dúvida e afiguram-se razoáveis alguns esclarecimentos. Em bom rigor, como distinguir as condições das condições, os tais antecedentes mediatos, das condições imediatas e próprias? A imprestabilidade de tal juízo – quando normativamente assumido, ao vestir a roupagem da teoria da equivalência das condições – só se logrará compreender, porém, na bifurcação de perspetivas. Centrando-nos no dano concretamente sofrido, indagamos *ex ante* se ele foi causado pelo comportamento do putativo lesante para, de acordo com a doutrina em apreço, respondermos que sim, sempre que surja como uma condição sem a qual não teria sobrevivido. Pergunta-se, então, e se confluir mais do que uma causa juridicamente atendível como eleger uma como o polo de imputação da responsabilidade? Prospektivamente, olhamos para a multiplicidade de danos sobrevividos. Operando a realidade segundo uma cadeia de causas e efeitos, como balizar o dano indemnizável? Contrariamente à pressuposição epistemológica da condicionalidade como padrão explicativo da realidade, do ponto de vista da intencionalidade jurídica ela nada nos comunica, senão a idoneidade do meio para produzir um determinado dano. Tanto mais que, no seio do que pode ser identificado com o kantiano reino dos fins, a estrutura dos acontecimentos é menos linear e mais tentacular.

No plano jurídico, Pereira Coelho mostra-se crítico da doutrina da *conditio sine qua non* exatamente pela “latitude verdadeiramente demarcada e inoportável” que ela fornece à noção de causa (cf. “O nexa de causalidade” 188 e 190 s. Nelas, o autor, afastando visões caricaturais acerca da teoria, mostra que o que releva é saber em que medida o dano pode ser causalmente reconduzido ao facto que viole ou ofenda um direito de outrem).

Também no sentido de mostrar a impraticabilidade da adoção da doutrina da *condition sine qua non* no quadro do direito civil, embora não se pronuncie sobre a prestabilidade da mesma no âmbito penalista, cf. VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização”, 23; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Acção finalista e nexa causal*, 115.

Acerca da possível recondução do pensamento a um regresso *ad infinitum*, veja-se, ainda, LARENZ, *Schuldrecht*, I, 434.

Cf., igualmente, PAUL ESMEIN, “Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d’irresponsabilité”, 317-369. Para uma sistematização das críticas apontadas à doutrina, CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 34 s. (alargamento desmesurado do número de potenciais responsáveis, risco de condução da responsabilidade *ad infinitum*, impossibilidade de repartição do encargo ressarcitório entre os diversos coautores ou entre a vítima e um dos autores do dano, insusceptibilidade de resolução dos problemas de sobredeterminação causal)

causal a seguir o seu curso letal²².

Em face das inconcludências da doutrina da condicionalidade, os autores passaram, com formulações diversas, a propor um entendimento causal que – aparentemente – se afasta de uma impositação naturalista e lógica para abraçar, do ponto de vista da juridicidade, a específica intencionalidade que a predica²³. Já não se indaga qual a causa do dano, mas olha-se para o comportamento do lesante para ver se, em abstrato, ele é ou não idóneo a produzir um dano daquele tipo. Encontra-se, por isso, o ponto de clivagem entre esta perspetiva e as doutrinas que

22 Cf., no mesmo sentido, dando este exemplo, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, I, 884, n. 1 e 739 s.

Note-se que a crítica pode ser contornada, considerando que o que importa para o estabelecimento da conexão causal é o evento concreto – a morte tal como ela ocorreu – e não abstrato. Cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual*, 9, n. 6 e 180 s. [Entre os principais argumentos invocados pelo autor, referência nacional em matéria de causalidade, contam-se o facto de o juízo de condicionalidade dever ser um juízo puro, não devendo resvalar para nenhuma seleção segundo razões atinentes à valiosidade do comportamento e as dúvidas suscitadas pelos casos de causalidadecumulativa]; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnizar. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, Março 1959, 63-64 e n. 185; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 5; BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadenrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, 416 [De BYDLINSKI veja-se, porém, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 17, colocando em evidência algumas das aporias a que pode conduzir a consideração do resultado em concreto]; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, 499; GERALDES DE CARVALHO, “A causalidade. Subsídios para uma teoria da responsabilidade jurídica em geral”, 26 s.; JORGE CARLOS DA FONSECA, “A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil (Delimitação do problema. Sua incidência no Direito Português)”, *Revista Jurídica*, AAFDL, nº4, 1984, 43; HART e HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002, reimpressão, 124, 235, 252 e ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987, I, 360; CHRISTOPH ROTHENFUSSER, *Kausalität und Nachteil*, Beck, München, 2003, 75-81, mostrando-se crítico da configuração concreta do resultado (cf. pág. 60 s.).

Sobre o ponto, cf., também, VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização”, 95. No âmbito dos trabalhos preparatórios do atual Código Civil, e aderindo previamente à doutrina da causalidade adequada, Vaz Serra pondera uma hipótese prática com uma intencionalidade análoga à que problematizámos em texto. Relativamente a ela, pode aí ler-se: “poderia julgar-se que falta a conexão causal entre o facto e um dos autores e o dano, pois esse facto não é condição *sine qua non* do dano. No entanto, tal não seria razoável. A vítima ficaria sem indemnização apesar de o facto de qualquer dos autores ter sido suficiente para produzir o dano. Portanto, deve cada um deles considerar-se responsável pelo dano total”. Note-se que o discurso do civilista se dirige à doutrina da causalidade adequada, mostrando, em sintonia com o que posteriormente denunciaremos, que, ao partir-se da doutrina da equivalência das condições para a corrigirmos, continuamos a ser contagiados com alguns dos seus anátemas. Saliente-se, ainda, que em debate está a possibilidade de, no seio do ordenamento jurídico pátrio, se chegar a uma solução como a que é viabilizada pelo §830 BGB.

Mais se diga que, no que à teoria da *conditio sine qua non* tange, a possibilidade corretiva a que aqui aludimos se traduz, afinal, na total subversão do seu núcleo predicativo, já que com ela deixa-se de conseguir eliminar os acontecimentos irrelevantes para a emergência do resultado.

Acerca desta problemática, veja-se, ainda, com amplo desenvolvimento, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 659 s. Fala o autor, ademais, num outro desafio lançado às teorias por si designadas de contrafactuais, a coincidir com a problemática da causalidade virtual, que receberia uma possível resposta com base no argumento da conformação concreta do resultado. E nesse ensejo, dualiza as posições dos autores, agrupando-as entre aqueles segundo os quais “é indispensável abstrair de algumas características do resultado, de acordo com um critério jurídica, sob pena de se chegar a resultados estranhos” e aqueles para quem há que “considerar o resultado na sua configuração concreta, com as suas características individualizadoras, isto é, tal como ocorreu, naquele momento e lugar e daquele modo”. Entre os primeiros encontrar-se-ia Traeger; entre os segundos Müller e Engisch. Ponderando argumentos a favor e contra cada uma das posições, Paulo Mota Pinto erige como nóculo problemático central destas lucubrações a indagação: “o problema é, pois, o de saber qual é a configuração concreta do resultado relevante e o que são circunstâncias adjacentes irrelevantes: a separação entre circunstâncias ou elementos laterais em relação à produção do resultado e irrelevantes para este (mas que o caracterizam em concreto), por um lado, e circunstâncias ou elementos relevantes para o resultado.” [A propósito do pensamento de MÜLLER, cf. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr, Tübingen, 1912]

No fundo, parece resultar a dificuldade do facto de contra cada uma das posições poderem ser desferidas críticas que as atingem no seu cerne. Assim, no que à conformação concreta do resultado concerne, há que considerar a consequência da elevação de todas as circunstâncias acidentais a fatores causais (cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 661s., acompanhando de perto a lição de CANARIS vertida em “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen”, FRANZ HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2004, p. 3-24, aqui 13-14), bem como o facto de ela permitir “obter as conclusões causais que se pretende, manipulando a descrição do resultado, isto é, incluindo na descrição do resultado concreto justamente aquelas circunstâncias para as quais aquela pessoa, cujo comportamento se pretende que seja considerado causal para o resultado, põe uma condição necessária, caindo assim num círculo vicioso” (PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 663), pelo que se exigiria a seleção dos elementos relevantes à luz da intencionalidade da norma. É, aliás, essa a posição de CANARIS (cf. “Die Vermutung aufklärungsrichtigen”, 15). Sobre a consideração do resultado em concreto, v., igualmente, WOLFGANG B. SCHÜNEMANN, “Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? AG und LG Regensburg, VersR 1977, 459”, *Juristische Schulung*, 19. Jahrgang, Heft 1, 1979, 22; e CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 43

23 A teoria, tendo origem doutrinária, terá sido consagrada na jurisprudência tudesca em 1913 e confirmada em 1951, a propósito do naufrágio do navio *Edelweiss* – cf. HART e HONORÉ, *Causation*, 474 s. Com a mesma referência, acrescentando ainda um outro acórdão, datado de 1972, v. FLORENCE G’SSELL-MACREZ, *Recherches*, 111.

se integram naquilo que Honoré apelidou de *necessity theories* e de *explanatory theories*²⁴. A questão que passa a orientar o jurista é – numa formulação positiva – a de saber se é normal e adequado (provável) que aquele tipo de comportamento gere aquele tipo de dano; ou – numa formulação negativa – a de saber se é de todo indiferente para a produção de um dano daquele tipo um comportamento como o do lesante.

Sobre a doutrina da causalidade adequada haveremos desde já de considerar que ela não constitui um magma uniforme. Pelo contrário, no seu seio albergam-se formulações absolutamente díspares que vão desde uma visão probabilística-estatística, que quadra mal com a intencionalidade jurídica, até um conceito normativizado de causalidade. O certo, porém, é que mesmo numa visão normativa de adequação as inconcludências a que a doutrina aporta o jurista não são de pequena monta²⁵.

Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato – porque se perde a necessária relevância do caso concreto – ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que – consoante afirmam certos autores – a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)²⁶.

Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desfere contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam – e bem – para estabelecer o nexó de causalidade? O mesmo não se poderá perguntar se o nosso juízo um juízo *ex ante*? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que

24 A propósito da classificação das teorias causais, cf. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 23 s.

Para outros desenvolvimentos e uma enunciação destas diversas doutrinas, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 86 s.

25 Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.

26 MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”; MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, 325; GÜNTHER BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442

deve ser requerido?

A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados.

As dúvidas e dificuldades expostas acerca da justeza das soluções alicerçadas na probabilidade refletem estes dados, embora, pela confluência a que aludimos entre a condicionalidade sem a qual e a causalidade adequada, eles possam surgir miscigenados.

Do mesmo passo, permitem-nos perceber que não podemos – se quisermos ser congruentes na busca de uma solução normativamente fundada e materialmente justa – ficar presos às soluções doutrinárias tradicionais. Há que, portanto, repensar o problema.

4 UMA PERSPETIVA IMPUTACIONAL DO PROBLEMA CAUSAL

Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de sentido comunicadas pelo direito – desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsability* colimada na personalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela. Na interpretação que se faça dos referidos requisitos, há que transcendê-los pela pressuposição da intencionalidade ético-axiológica daquele princípio da responsabilidade assente na personalidade. Assim, em relação à causalidade: mais do que ser vista como um problema normativo, há-de ser recortada, entre outros aspetos, com base na ideia de personalidade livre em que se ancora toda a juridicidade. A leitura ético-axiológica do pressuposto delitual não pode, contudo, apagar do nosso referente dialógico as outras notas que, num nível menos rarefeito de compreensão delitual, concorrem para a caracterização do sistema. Nessa medida, importa não esquecer a ideia de comutação a que somos conduzidos pela análise da teleologia primária da responsabilidade civil. Se a finalidade precípua do instituto é a reparação dos danos, torna-se urgente considerar o resultado lesivo, sem o qual a indemnização não terá razão de ser. É ele que torna a causalidade imprescindível como requisito delitual: permite estabelecer a ponte entre a teleonomologia e a teleologia da responsabilidade civil. Ou dito de outro modo, é ela que evita o desenho puramente sancionatório do instituto, impondo que este apenas assimile a relevância do caso concreto quando e se o comportamento ilícito e culposo se projete num dano. Na verdade, não basta que se olhe para uma dimensão de validade. Qualquer critério jurídico há-de ser perpassado por uma ideia de eficácia. Nessa medida, na busca dos contornos com que deve ser desenhada a causalidade, importa não obnubilar o dado ontológico envolvente. Será

ele a chamar-nos a atenção quer para a complexidade causal, quer para o imbricamento condicional. Nesta medida, influenciará, numa dialética entretecida com o plano axiológico, a própria modelação da causalidade enquanto requisito do direito delitual. O risco é, assim, chamado para o centro do discurso do decidente. O apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada ato concreto – ou atividade encabeçada – do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraindo do contexto relacional de esferas que se cruzam. É, aliás, este o único recorte compaginável com a noção de ação em se estrutura o nosso delito.

Nas hipóteses de responsabilidade pelo risco, como aquela que estamos a contemplar a propósito da responsabilidade do produtor²⁷, o risco cumpre, ainda, a função de fundamento da própria responsabilidade.

A mutação de perspetiva é possível a partir do momento em que olhamos para a responsabilidade do ponto de vista ético-axiológico e não apenas dogmático²⁸. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialéctico encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada, hipótese que ocorre, concretamente, no caso da responsabilidade objetiva; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um

27 A este propósito – e em geral acerca de toda a responsabilidade do produtor –, cf. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 503 s., considerando que se trata de uma responsabilidade objetiva. Em sentido contrário, sustentando que em causa está uma responsabilidade subjetiva, veja-se Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 692

28 Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.

No tocante à responsabilidade pelo risco, a esfera de risco é definida previamente pelo legislador, atento o modelo de tipicidade com que nos confrontamos, sendo encabeçada no momento em que o sujeito (pretensamente responsável) a assume.

Abre-se, posteriormente, o segundo patamar da indagação “causal”.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento

danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto

da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfico que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

O modelo cogitado para a causalidade, assim transmutada em imputação, continua a ser válido para a responsabilidade pelo risco. Pensemo-lo, então, por referência à responsabilidade do produtor. Ao colocar no mercado um determinado produto (defeituoso), o produtor assume uma esfera de risco, pelo que responderá, em regra, por todos os danos que possam ligar-se funcionalmente ao defeito detetado. Não se exige, para que a ligação se estabeleça, um qualquer grau de probabilidade bastante, contentando-nos antes com a mera possibilidade. Na verdade, a densificação da imputação que se começa, assim, a erigir será oferecida pelo cotejo entre esta esfera de risco com outras esferas de risco que com ela se confrontem.

Tal como no caso da responsabilidade subjetiva, a *esfera de risco geral da vida* conduz à exclusão da imputação quando a atividade em questão (a colocação do produto defeituoso no mercado), identificando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo.

A consideração da *esfera de risco do lesado*, por seu turno, levar-nos-á, igualmente, a ponderar a este nível o problema das predisposições constitucionais do lesado. Ao assumir uma atividade arriscada, o agente assume a responsabilidade pelos danos que se inscrevem na sua esfera de risco, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. Fundamental neste juízo – porque de uma responsabilidade alargada se

trata – é considerar a própria intencionalidade da responsabilidade em questão. Ora, no caso da responsabilidade do produtor, a defeituosidade de que se parte implica a falta de segurança do produto, tendo em conta todas as circunstâncias, entre as quais a utilização que razoavelmente dele se faça, donde as predisposições constitucionais do lesado podem ser de molde a, se determinarem uma utilização não razoável do bem, excluir a imputação. Já não será esta a ponderação se o defeito não for afastado, mas o impacto que o produto tiver no lesado determinar uma lesão agravada. Nessa hipótese, parecem-nos ser mobilizáveis os critérios predispostos em geral para resolver a questão imputacional, a partir dos quais a responsabilidade pode ser excluída ou limitada.

É nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 7º/1 DL nº383/89, nos termos do qual, “quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”. Tal como por referência ao artigo 570º CC, a ideia de culpa não deve ser compreendida em sentido estrito, por não ser possível fazer recair um juízo de censura ético-jurídica sobre a própria pessoa, pelo que a simples presença de uma predisposição constitucional não acompanhada dos deveres de cuidado em relação a si mesmo que deveriam ser adotados pode ser de molde a desencadear a consequência jurídica.

Finalmente, há que confrontar a esfera de risco do lesante com a *esfera de risco encabeçada por um terceiro*. Fundamental é, então, perceber em que medida o comportamento do terceiro é ou não livre, qual a amplitude do risco assumido pelo lesante e qual a gravidade do comportamento do terceiro. Ao contrário do que se sustentou durante largo tempo, a disciplina da responsabilidade civil do produtor abre-nos as portas para situações de concurso entre culpa e risco, afastando soluções radicais de exclusão da responsabilidade pelo risco, sempre que se verifique uma hipótese concorrente de culpa²⁹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aceitar-se como boa a perspetiva imputacional assim delineada, o problema da prova, ou melhor, do ónus probatório ganha outros contornos. Na verdade, transmutada numa questão imputacional, a causalidade adquire um cunho normativo, consubstanciando-se num juízo a ser levado a cabo pelo julgador. É claro que ele se há-de alicerçar em dados da realidade concreta. Mas, para tanto, basta que o lesado prove a edificação de uma esfera de risco e a existência do evento lesivo. O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensão normativa da realização judicativo-decisória do direito.

Perguntar-se-á, contudo, e sobretudo porque estamos diante de uma hipótese de responsabilidade pelo risco (em que a esfera de risco é assumida a montante, no momento em que se dá início a uma qualquer atividade tida pelo legislador como arriscada ao ponto de, com

29 Cf. artigo 6º e 7º DL nº383/89

base em critérios de justiça distributiva, se admitir a imposição de uma obrigação ressarcitória independentemente de culpa), se será bastante a comprovação da edificação/assunção da esfera de risco de que se cura, para, de imediato, se responder que urge, num caso como este, provar a interferência daquela atividade na história de surgimento do evento lesivo. Mas, para tanto, não nos precisamos de enredar numa lógica contrafáctica, própria de um juízo condicionalista (que, aliás, se mostra irrealizável em concreto), nem necessitamos de partir em busca de uma verdade científica acerca dos factos.

Numa hipótese de responsabilidade do produtor, devemos contentar-nos com a prova da utilização/consumo/aquisição do produto defeituoso pelo lesado e do dano. A ligação entre a colocação do produto no mercado e a emergência da lesão implica o referido juízo normativo a cargo do julgador.

Resta, porém, um problema de não pequena monta. Confrontados com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, torna-se forçoso pensar em que medida é que o que fica dito é compatível com a ideia de que, embora haja a possibilidade de se dar por estabelecida a causalidade com base num grau suficientemente elevado de probabilidade, deixando de lado a exigência de uma verdade científica, se posterga a hipótese de se lançar mão de uma prova por presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexos causal, quando estejam reunidos certos indícios predeterminados.

A dúvida, sendo pertinente, não nos conduz a uma aporia. Em primeiro lugar, embora a diretiva pretenda harmonizar os diversos ordenamentos jurídicos nesta matéria, introduzindo uma proteção bastante para o consumidor e, assim, consolidando as bases de um mercado único, ela não vai ao ponto de impor uma dada conceção dogmática acerca dos pressupostos de procedência da pretensão indemnizatória em relação aos quais, explicitamente, não crie uma disciplina excecional. Embora no artigo 4º Diretiva 85/374/CEE se disponha que cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexos de causalidade, o certo é que a prova que se exige a este nível ficará sempre dependente do entendimento que se derrame sobre o requisito. Ora, a partir do momento em que a nossa perspectiva é imputacional, a prova que se requer não pode ir além do que ficou explicitado *supra*.

Note-se, aliás, que, de acordo com o modelo que edificámos, não está em causa qualquer presunção de causalidade. O que se propõe não é que o julgador presuma a ligação exigível a partir de qualquer dado apresentado pelo lesado, mas que edifique um juízo normativo com base na comprovação da existência de uma esfera de risco, na comprovação da participação dessa esfera de risco na história de surgimento do evento e na comprovação do próprio evento lesivo. Estas provas terão de ser oferecidas pelo lesado, prescindindo-se, contudo, da prova da ligação entre eles. Se em certo sentido se pode aqui falar de uma inversão do ónus probatório, fazendo-se recair o risco processual sobre aquele que assume, *ab initio*, o risco substancial, não menos seguro é afirmar que tal inversão se alicerça quer nos princípios normativos operantes a este nível, quer em pressupostos metodológicos, não redundando na discussão fáctico-probabilística a que se refere o Tribunal de Justiça da União Europeia.

REFERÊNCIAS

BURI, Von, **Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehung**, 1885, nº308 e Über Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig, 1873.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português II**, Coimbra: Almedina. 2010.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português III**, Coimbra: Almedina. 2010.

MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva**, 1843.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**, Coimbra: Almedina, 1999.

CIVIL LIABILITY OF THE PRODUCER AND NEXUS OF CAUSALITY: BRIEF CONSIDERATIONS

ABSTRACT

Taking into consideration that the Portuguese Courts, in the context of product liability, require the proof of defect and of causation between the defect and the damages and that the European Union Court of Justice, in a specific case, even considering that it is not required a scientific and irrefutable proof of the causal link, also refuses the proof by presumption that automatically demonstrates causation, we intend to confront the traditional understanding of causation with an imputational perspective of the requisite. In the end, we will be able to conclude to what extent the requirement of Portuguese and European case-law makes sense.

Keywords **Producer** liability. Jurisprudence. Nexus of causality.