

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Artur Thompsen Carpes

A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Porto Alegre

2013

ARTUR THOMPSEN CARPES

A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik.

Porto Alegre

2013

ARTUR THOMPSEN CARPES

A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Danilo Knijnik (Orientador)

À incansável incentivadora dos projetos desta vida, minha mãe Conceição Thompsen.
Ao querido amigo Cacho Parravicini.
Ao professor e grande mestre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

AGRADECIMENTOS

Nesses últimos quatro anos de doutorado, muitas foram as pessoas que passaram pela minha vida. Algumas, no entanto, colaboraram decisivamente para que este trabalho viesse escrito com as palavras que seguem. Com efeito, seja no plano acadêmico, seja no plano mais amplo da vida, encontra-se presente a relação de causalidade entre algumas pessoas e a presente tese.

À minha mãe Conceição, a quem a tese é dedicada, meu pai Artur, e meus irmãos Rafael e Erick, pelo amor e pelo carinho.

Ao Professor Danilo Knijnik, pela sugestão do tema e orientação da tese.

Ao Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o maior responsável pelo caminho que trilhei na academia e pelas inegáveis repercussões que isso teve em tantos aspectos da minha vida. Suas lições me aproximaram definitivamente do processo civil. Sua orientação nesta e em tantas outras teses da vida foi, é, e sempre será permanente.

Aos queridos amigos Daniel Mitidiero, Guilherme Recena Costa, Eduardo Selistre Peña e Fernanda Barbosa, pelos diálogos decisivos e pelas sugestões de bibliografia, especialmente a partir de quando passei a viver em São Paulo.

Ao amigo Cristóvão Colombo dos Reis Miller, com quem debati diversos temas da tese, me disponibilizou sua biblioteca e me proporcionou a indispensável tranquilidade para a realização da tese, sobretudo quando eu já enxergava a linha de chegada.

À Professora Judith Martins-Costa, pelo construtivo diálogo proporcionado a respeito de questões do direito material e pela indicação de bibliografia.

Aos Professores Fernando Quadros, Klaus Koplin e Sérgio Mattos, pelas importantes sugestões na banca de qualificação.

À Secretaria do PPGDir da UFRGS, em especial à Denise, à Rose, e à Fabi, pelo auxílio e disposição de sempre.

RESUMO

Falar em nexo de causalidade supõe reconhecer determinado evento como “causa”, outro como “efeito”, além da existência de uma relação entre estes. Só é possível qualificar determinado evento como “causa” mediante raciocínio lógico, isto é, através de interpretação acerca da relação que se estabelece entre dois eventos, um anterior e o seu respectivo efeito. Tal relação não é de uma simples associação e não possui, portanto, natureza exclusivamente fática, dependendo sempre de significativo grau de reflexão. A notória complexidade da prova do nexo de causalidade decorre de semelhante constatação: trata-se de fenômeno não absolutamente empírico, do que decorrem dificuldades na sua demonstração em juízo e, por conseguinte, óbices à efetividade da tutela do direito da vítima do dano. A presente tese busca definir os contornos da prova do nexo de causalidade, de sorte a apontar critérios objetivos que proporcionem sua racionalização e facilitação em juízo. Parte-se da premissa de que a verdade a ser buscada no processo civil é aquela que assume caráter de probabilidade preponderante em relação à hipótese contrária. A probabilidade, de sua vez, decorre da valoração das provas produzidas a respeito da causalidade específica, ou seja, a partir do critério da probabilidade baconiana. A teoria da causalidade adequada demanda a utilização do *id plerumque accidit* ou lei de cobertura para aferir o nexo de causalidade, o que implica, no mais das vezes, em prová-lo por presunção através de raciocínio lógico de natureza indutiva. Não é possível confundir o nexo de causalidade com a causalidade geral, medida através de cálculo estatístico, porque tal conceito não se presta a aferir a relação particular existente entre os eventos. Definidas as premissas conceituais em torno do conceito de nexo de causalidade e de verdade, são apontados os critérios a partir dos quais será possível racionalizar a atividade probatória, mediante a correta delimitação da prova do nexo de causalidade, o juízo de sua admissibilidade, a produção da prova, sua valoração e decisão quanto ao juízo de fato no processo civil brasileiro.

Palavras-chave: Direito processual civil. Prova. Nexos de causalidade. Verdade. Probabilidade. Presunção.

ABSTRACT

To address causality, in addition to the relationship between both events, one needs to recognize a determined event as the "cause" and another event as the "effect". It is only possible to define such certain event as the "cause" of another pursuant to logic reasoning; in other words, through the interpretation of the relationship established between succeeding events and the effect between them. Such relationship, however, is not a simple association of such events and does not have, therefore, an exclusively factual nature. It always requires a substantial degree of reflection. The known evidentiary complexity in causality derives from a similar observation: it is not exclusively empirical, for there are competing difficulties to evidence it in court imposing, as a result, obstacles to the effectiveness of the delivery of justice to the claimant. This thesis seeks to define the contours for evidence of causality in a legal proceeding, setting forth objective criteria to provide for its rationalization and facilitation in court. The initial premise is that the truth being searched in civil procedure is one that has predominant probability over the other hypothesis. Probability, in its turn, is the result of valuation of evidence produced regarding the specific causality; in other words, from the perspective of baconian probability. Being the theory of causality adequate to the expression, in law, of the nomologic model of causal explanation, the rationalization of causality in court requires the application of *id plerumque accidit* or scientific law, which implies, most of the time, in providing evidence based on assumptions through inductive logic reasoning. One should not mistake general causality with legal causality, the former measured by statistical calculation, since such concept is not appropriate for assessing the particular relationship between cause and effect in law. Having established the conceptual premises around the concept of causality and the truth, the criteria for rationalizing the evidence available are established. The thesis examines the issues with the definition of the type of evidence for causality, its admission in court, its production, and its valuation – through an analysis of the evidentiary standards and the rigorous need to observe the inferring structure of evidentiary reasoning – and, at last, the decision regarding the facts surrounding causality.

Keywords: civil procedure. Evidence. Causality. Truth. Probability. Presumption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I – PROVA, VERDADE E CULTURA.....	16
1. OS MODELOS DE LÓGICA PROBATÓRIA.....	16
1.1. Modelo clássico de prova.....	18
2.2. Modelo moderno de prova.....	23
1.3. Modelo contemporâneo de prova.....	27
2. VERDADE, VEROSSIMILHANÇA E PROBABILIDADE.....	34
2.1. Verossimilhança e probabilidade.....	39
2.2. Verdade e probabilidade.....	44
2.2.1. Verdade e probabilidade quantitativa.....	44
2.2.2. Verdade e probabilidade lógica.....	49
PARTE II – O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	52
1. O GIRO PARADIGMÁTICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS REFLEXOS NO NEXO DE CAUSALIDADE: O ESTADO DA ARTE.....	52
2. DEFINIÇÃO.....	58
3. NATUREZA (JURÍDICA) DO NEXO DE CAUSALIDADE.....	59
3.1. A noção de nexo de causalidade como fenômeno da natureza.....	59
3.2. A indevida distinção entre “causalidade material” e “causalidade jurídica”.....	62

3.3.	Os critérios da doutrina jurídica para a aferição do nexo de causalidade.....	65
3.3.1.	Teoria da equivalência dos antecedentes causais (<i>condicio sine qua non</i>).....	66
3.3.2.	Teoria da causalidade adequada.....	69
3.3.3.	Teoria do dano direto e imediato.....	73
3.3.4.	Teoria da imputação objetiva.....	75
3.4.	O modelo nomológico da explicação causal e sua relação com a teoria da causalidade adequada: proposta de um critério aplicável ao direito brasileiro.....	78
4.	CAUSALIDADE GERAL E CAUSALIDADE ESPECÍFICA: PREMISSA DISTINTIVA FUNDAMENTAL.....	84
5.	AS FUNÇÕES DO NEXO CAUSAL.....	101
6.	OUTROS FENÔMENOS RELACIONADOS AO NEXO DE CAUSALIDADE....	106
6.1.	Concorrência de causas.....	106
6.2.	Interrupção do nexo causal.....	107

PARTE III - A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....111

1.	O OBJETO DA PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	112
2.	DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE.....	116
3.	DA PRODUÇÃO DA PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE.....	121
3.1.	Os poderes instrutórios do juiz.....	125
3.2.	A dinamização do ônus da prova.....	132
4.	DA VALORAÇÃO DA PROVA.....	137
4.1.	Os modelos de constatação.....	139
4.1.1.	O modelo da preponderância da probabilidade.....	143
4.1.2.	A estrutura inferencial do raciocínio probatório.....	149
4.1.2.1.	As presunções e o nexo de causalidade.....	156

4.1.2.2.	A prova estatística no raciocínio probatório do nexo de causalidade.....	165
4.2.	A articulação do modelo da probabilidade preponderante com o módulo da cognição sumária (técnica da “redução do módulo de prova”).....	168
5.	DECISÃO QUANTO À PROVA E O JUÍZO DE FATO SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE.....	172
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	176
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	188

INTRODUÇÃO

Consagrado o processo de constitucionalização do direito privado, o nexo de causalidade assumiu a função da culpa enquanto principal filtro ao reconhecimento da obrigação de indenizar. A valorização da dignidade da pessoa humana e a positivação dos princípios da solidariedade e da reparação integral na Constituição deslocaram o foco da figura do ofensor para a figura da vítima. Antes, sob os influxos do liberalismo francês, a prioridade era impor ao autor do dano juízo de reprovação à sua conduta culposa. Hoje, a principal diretriz é outorgar efetiva tutela ao direito da vítima, o que, em se tratando da responsabilidade civil, significa prestigiar a reparação integral do dano sofrido. Assim, considerando os três clássicos pressupostos da obrigação de indenizar – dano, culpa e nexo causal –, tal virada paradigmática haveria de reforçar, logicamente, a atenção no exame quanto a este último aspecto, qual seja, o nexo de causalidade.

Dificuldades, no entanto, apareceram. A complexidade inerente ao fenômeno do nexo de causalidade – aspecto que mesmo a doutrina clássica faz questão de registrar – torna a necessidade de demonstrá-lo em juízo tarefa, não raro, das mais difíceis. Com efeito, ao contrário dos eventos tidos por causa e por efeito, o nexo de causalidade não é fenômeno que se possa empiricamente demonstrar, pois envolve o exercício de juízo não exclusivamente fático, a exigir importante dose de interpretação. Com frequência, a sua prova em juízo pode representar autêntica *probatio diabolica* e, por conseguinte, inviabilizar a efetiva tutela do direito da vítima.

Diante de semelhante contexto, a doutrina e os tribunais passaram a examinar hipóteses de solução para o problema. Nada obstante o legislador tenha relativizado a imposição da culpa enquanto pressuposto da responsabilidade civil, o mesmo não se pode dizer a respeito do nexo de causalidade. São raríssimas as exceções em torno da exigência da demonstração do nexo de causalidade para o reconhecimento da obrigação de indenizar. As hipóteses de “flexibilização” do nexo causal, através da adoção do conceito de causalidade geral fundados na prova estatística, ou seja, na probabilidade pascaliana, passaram a ser sugeridas no plano doutrinário e utilizadas pelos tribunais do mundo todo, principalmente nas demandas de *mass torts*, relativamente aos danos à saúde produzidos pelo uso de fármacos nocivos (*toxic torts*) ou pelo contato com materiais cancerígenos (*exposure torts*). O Tribunal de Justiça do Estado do

Rio Grande do Sul decidiu, p. ex., que a epidemiologia pode servir de método genérico para determinar “o liame de causalidade entre o tabagismo e a neoplasia pulmonar que produziu a morte da vítima”¹, seguindo o caminho já trilhado por diversos tribunais europeus.

O conceito de nexo de causalidade, no entanto, não se confunde com o de imputação, ou mesmo com o de risco. Não se confunde, vale dizer, com o conceito de causalidade geral. O legislador, ao utilizar a expressão “causar” e seus derivados, impõe a demonstração da causalidade específica para o reconhecimento da obrigação de indenizar, o que depende da prova dos enunciados fáticos singulares do caso concreto. Não basta provar a frequência geral de associação entre dois eventos, porque a mera *associação* entre estes não aponta o nexo de causalidade. À luz do critério da causalidade adequada, que é expressão no plano jurídico do modelo nomológico geral da explicação causal, torna-se indispensável demonstrar a relação de *necessariedade* que vincula, no caso concretamente considerado, os dois eventos particulares.

A solução do problema deságua, naturalmente, na seara da prova judiciária. Através do exame e da adequada compreensão da teoria geral da prova e do procedimento probatório torna-se possível vislumbrar solução para a maior parcela das dificuldades que incidem sobre a demonstração do nexo de causalidade em juízo. Em outras palavras, bem fixadas as premissas teóricas e de índole procedimental, inclusive no que concerne à estrutura lógica do raciocínio inferencial probatório, as dificuldades podem ser afastadas mediante o anúncio de diversos critérios objetivos. Torna-se viável, por conseguinte, promover a tutela adequada e efetiva do direito da vítima, sem que isso signifique o sacrifício do valor constitucional da segurança, vale dizer, sem que seja necessário solapar arbitrariamente o nexo de causalidade enquanto elemento da *fattispecie* substancial normativa da responsabilidade civil.

Consideradas tais coordenadas, a tese é dividida em três partes.

A primeira parte dedica-se ao exame das relações entre prova judiciária, cultura e o problema da verdade. Nela examino as principais concepções pelas quais passou os conceitos de prova e verdade em três distintos modelos probatórios. Atestado que a verdade hoje se dá em

¹ Apelação Cível nº 70016845349, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Odone Sanguiné, julgado em 12/12/2007.

termos de probabilidade, procuro depois traçar a diferença do conceito com o de verossimilhança. Ao final, investigo os dois principais conceitos de probabilidade, de sorte a apontar as distinções entre a probabilidade quantitativa (pascaliana) e a probabilidade lógica (baconiana) e indicar aquela que melhor se ajusta aos escopos da prova judiciária.

A segunda parte dedica-se ao estudo do nexo de causalidade enquanto fenômeno presente na *fattispecie* substancial do texto normativo do direito material. De início, registro o giro paradigmático sofrido pela responsabilidade civil especialmente a partir da constitucionalização do direito privado, o que reforçou a função exercida pelo nexo de causalidade enquanto pressuposto para o reconhecimento da obrigação de indenizar. Depois, examino o conceito do nexo de causalidade e as principais concepções teórico-jurídicas existentes sobre a sua natureza, a saber: i) teoria da equivalência das condições (*condicio sine qua non*); ii) teoria da causalidade adequada; iii) teoria do dano direto e imediato; e iv) teoria da imputação objetiva. Aponto, em sequência, o critério que melhor se afeiçoa ao direito positivo brasileiro, sobretudo tendo em conta o modelo nomológico geral da explicação causal. Após, visando a outorgar ainda maior clareza ao conceito, exponho a distinção, que reputo fundamental, entre os conceitos de causalidade específica e o de causalidade geral. Aproveito a oportunidade para destacar, ao final dessa segunda parte da tese, as funções cumpridas pelo nexo de causalidade no esquema da responsabilidade civil e os principais desdobramentos práticos do fenômeno, como as hipóteses de concorrência de causas e a da interrupção do nexo causal.

Na terceira e última parte da tese, destaco o exame dos problemas relacionados à prova judiciária. O critério que orienta o desenvolvimento da abordagem é o das fases do procedimento probatório. Primeiro, examino o problema da fixação do objeto da prova do nexo de causalidade, fator de importância fundamental para a racionalização da atividade probatória. Depois, aponto critérios destinados resolver o problema da admissibilidade da prova do nexo de causalidade e da sua respectiva produção, o que envolve a consideração dos poderes instrutórios do juiz e da aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova. Sigo a investigação com a análise do problema da valoração da prova, fixando pautas objetivas que visam a agregar maior segurança ao raciocínio do juiz, de modo a racionalmente determinar o âmbito da sua “livre convicção”. Exemplo disso dá-se no exame da teoria dos modelos de constatação, mediante o anúncio do *standard* aplicável à responsabilidade civil, qual seja, o da probabilidade

preponderante. Nessa parte da tese, também investigo a estrutura inferencial do raciocínio probatório, pontuando o percurso pelo qual deve passar o intérprete para induzir a prova do nexo de causalidade, o que, no mais das vezes, dar-se-á através de presunção judicial. Por fim, trabalho com alguns critérios mínimos indispensáveis para o adequado cumprimento do dever de motivação do juízo de fato pelo juiz.

Falar em nexo de causalidade supõe reconhecer determinado evento como “causa”, outro como “efeito”, além da existência de uma relação entre estes. Só é possível qualificar determinado evento como “causa” mediante raciocínio lógico, isto é, através de interpretação acerca da relação que se estabelece entre dois eventos, um anterior e o seu respectivo efeito. Tal relação não é de simples associação. Não possui, portanto, natureza exclusivamente fática, dependendo sempre de significativo grau de reflexão. A notória complexidade da prova do nexo de causalidade decorre de semelhante constatação: trata-se de fenômeno não absolutamente empírico, do que decorrem dificuldades na sua demonstração em juízo e, por conseguinte, óbices à efetividade da tutela do direito da vítima do dano. A presente tese define os contornos da prova do nexo de causalidade, de sorte a apontar critérios objetivos que proporcionem sua racionalização e facilitação em juízo.

PARTE I – PROVA, VERDADE E CULTURA

1. OS MODELOS DE LÓGICA PROBATÓRIA²

A afetação do processo civil e do seu respectivo procedimento a contingências culturais permite compreender, de resto, não constituir o objetivo principal da atividade judiciária o alcance da verdade. A finalidade do processo é, sobretudo, a realização da justiça e a pacificação social³. A verdade constitui objetivo no procedimento probatório que leva à formação do juízo de fato e que, por sua vez, constitui um dos pressupostos para o alcance das finalidades do processo⁴. Assim, a busca pela verdade – cujo alcance se reconhece plenamente possível, inclusive sob o ponto de vista teórico⁵ –, constitui objetivo primário do procedimento probatório e um dos fundamentos da decisão justa⁶.

Admitindo-se possível a formação de juízo de fato baseado na verdade, necessário se faz investigar os critérios pelos quais se verifica tal possibilidade. O juízo constitui atividade de

² O modo de compreender o fenômeno da prova no processo é assunto dos mais fascinantes. A doutrina trabalha a existência de dois grandes modelos a tal respeito – modelo argumentativo e modelo demonstrativo –, a fim de ilustrar as mudanças decorrentes da experiência cultural. Sobre o tema, na doutrina estrangeira, ver, por todos, GIULIANI, Alessandro. *Il concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1972; e TARUFFO, Michele. *Modelli di prova e di procedimento probatorio*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 2, 1990. Na doutrina nacional, KNIJNIK, Danilo. *Recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 91-111.

³ Assim, por todos, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3. Trata-se, com efeito, de uma finalidade de caráter *prático*, na medida em que “se encaminha a resolver um conflito mediante a aplicação de normas jurídicas” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 119). Evidentemente, o processo constitui, por excelência, ferramenta indispensável para a efetiva tutela dos direitos. Restringir a sua finalidade a tal particular deixaria, todavia, de considerar a posição do réu, que participa do processo em igualdade de condições com o autor, mas sem o objetivo de alcançar a tutela de direito subjetivo próprio, mas tão-somente a tutela jurisdicional.

⁴ O conhecimento do passado não é o objeto imediato da indagação do juiz, mas apenas um passo prévio à decisão que deve adotar visando a promover a justiça e eliminar o conflito. Por isso pode-se dizer que a função exercida pelo juiz não é semelhante à do historiador. Sobre o tema, v. CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, v. 2, p. 125-126, 1939.

⁵ Sobre o problema da possibilidade teórica de se encontrar a verdade no processo civil, em cotejo com as teorias que negam, v. TARUFFO, Michele *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 35-58.

⁶ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

natureza intelectual, interpretativa. A formação do juízo de fato deve orientar-se, na medida do possível, com base em critérios objetivos, a fim de inibir a interferência do indesejável subjetivismo e, via de consequência, diminuir a margem de ingerência do que o arbítrio possa ter na prestação da tutela jurisdicional.

A investigação das concepções histórico-culturais a respeito da metodologia de investigação da verdade, nesse sentido, se revela fundamental. Como bem registra António Manuel Hespanha, o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais, como na fixação de pautas de conduta, mas também em considerar que “a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social”. Significa dizer: o direito em sociedade – no que se inclui o direito probatório – “não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola, aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais”⁷.

A ideia da verdade no processo, e do direito probatório, portanto, não se restringe à seara da pura epistemologia; vai depender, em boa medida, da conduta dos sujeitos processuais enquanto sujeitos do seu tempo, pois existem implicações não apenas de natureza lógica, mas também éticas e sociais que se refletem sobre os métodos de prova da verdade⁸. Não por outra razão afirma Giuliani que “o direito probatório pode ser considerado um capítulo da história político-constitucional de uma determinada época”⁹.

A história do direito constitui, sobretudo, um *saber formativo*, mas não no sentido de criar certezas a respeito do direito vigente, mas naquele que visa a “*problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o *racional, o necessário, o definitivo*”¹⁰. Há de ser feito o questionamento. Proporcionar o

⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003, p. 27-28.

⁸ GIULIANI, Alessandro. L'ordo judiciarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 602.

⁹ GIULIANI, Alessandro. Prova. I – Prova in generale. a) Filosofia del Diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988, v. 38, p. 522.

¹⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003, p. 15.

exercício desse exame crítico, tendo por pressuposto que “o direito existe sempre em sociedade (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ambiente)”¹¹, constitui ponto de partida para o desenvolvimento do tema da prova do nexo de causalidade.

As concepções acerca da metodologia de investigação da verdade no processo civil podem ser reunidas em três modelos, a saber: i) modelo clássico; ii) modelo moderno; e iii) modelo contemporâneo. Tais modelos expressam a variação das práticas probatórias em determinados períodos da história, na perspectiva de determinadas contingências culturais e de acordo com a experiência continental europeia – constituem o objeto de exame a ser realizado a partir do próximo capítulo.

1.1. Modelo clássico de prova

O modelo clássico de prova é argumentativo. Para aludida concepção, a verdade é fruto do *consenso* obtido a partir do diálogo entre os sujeitos do processo. Em linhas gerais, bastava o respeito à ordem do diálogo¹², ou seja, do procedimento através do qual se dava o exercício isonômico das posições jurídicas das partes e do juiz¹³ em contraditório, e legitimada estaria a verdade expressada no “juízo de fato”. Dito em outras palavras: a verdade buscada e ao final estabelecida decorria principalmente dos argumentos deduzidos pelas partes em torno das suas alegações (*ars opponendi et respondendi*). Por isso é que o diálogo, dado esse seu caráter legitimador, era o principal critério pelo qual se estabelecia a verdade em juízo.

¹¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003, p. 15.

¹² O problema da ordem era fundamental na lógica da controvérsia, seja no raciocínio desenvolvido com base na retórica (que prestigia o momento persuasivo, justificativo e refutatório peculiar ao advogado), seja no raciocínio dialético (orientado do ponto de vista da verificação e do controle pelo juiz). Conforme GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, pp. 598-614, esp. 605.

¹³ O consenso acerca do juízo, aliás, era uma das características mais importantes do modelo isonômico de processo, no qual o juiz não se colocava acima das partes nem ao longo do desenvolvimento da atividade processual, nem ao momento de decidir. Na literatura estrangeira, v. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1972, *passim*. Na literatura nacional, ver, por todos, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, *passim*.

A época que melhor revela o modelo argumentativo de prova era a da antiguidade tardia, cujos ideais culturais tinham no pensamento pedagógico grego da Pandeia a sua principal referência¹⁴.

Como se sabe, Aristóteles distinguiu a apodítica, ou ciência demonstrativa, da dialética, ou argumentação discursiva e provável. No âmbito do processo – então compreendido como *iudicium*¹⁵ –, considerada sua implicação cultural e, assim, dinâmica, não poderia, segundo a concepção clássica, ser aplicado o silogismo científico, baseado na lógica do verdadeiro-falso, mas o da *lógica do provável*. O procedimento probatório era considerado um procedimento de pesquisa em termos negativos – à semelhança das *rules of exclusion*, peculiar à tradição da *common law* – e ao estudo da *patologia da argumentação*, para descobrir o erro e o abuso¹⁶.

A título de ilustração acerca da aplicação da lógica da prova argumentativa, vale tomar a referência do *ordo iudicarius medioevalis*, cuja característica principal era representada pela *litis contestatio*, definida como “fundamentum litis” e “cardo causae”, e constituía a linha divisória entre a fase preliminar do processo (*ante litem contestatam*) e a sucessiva (*post litem*

¹⁴ Registra Wieacker que a influência da herança grega era sentida nas escolas romano-helenísticas, mesmo no ensino elementar que, de sua vez, era constituído pelo *trivium*, isto é, pela gramática, pela lógica (dialética) e pela retórica que, conjuntamente com as disciplinas mais avançadas da aritmética, da geometria, da música e da astronomia, compunham as sete *artes liberales*. A gramática garantia a hermenêutica dos textos clássicos; a retórica, o discurso bem ordenado; a dialética, a argumentação lógica na teologia, na filosofia e na jurisprudência. Realidade semelhante foi experimentada na alta Idade Média, época em que a cultura europeia sofreu os influxos da tradição escolar da antiguidade tardia e que resultou, ainda segundo Wieacker, no primórdio dos ordenamentos jurídicos europeus. Especialmente com relação ao período do medievo, importa ter em conta a relevância outorgada aos textos da antiguidade, que eram intocáveis no seu valor, muito embora sua aplicação na vida medieval continuasse a constituir problema que exigia um enorme e continuado esforço cognitivo. Com efeito, o *Corpus Iuris* gozava dessa autoridade – em virtude da crença na origem providencial do império romano –, adquirindo a força de “revelação” no plano do direito. O direito romano constituía, por assim dizer, o direito natural por força da sua dignidade histórica e metafísica, assumindo, no projeto conjunto do pensamento jurídico medieval, a categoria de “moral válida em geral”. Por isso é que ao direito romano recorriam não só os juristas, mas também os canonistas e mesmo os cultores da teologia moral, a partir do momento em que os decretistas tinham extraído precisamente das *Instituições* e do *Digesto* a ideia (originalmente estranha à teologia) de *jus naturale*. Por outro lado, o direito dos glosadores do *Corpus Iuris* não tinha imagem técnico-jurídica, percebendo-se em sua essência a ideia mais genérica de direito natural da alta Idade Média, na qual as concepções e tópicos aristotélicos, estoicos, ciceronianos e patrísticos se tinham introduzido como elementos mais firmes. Tais dados históricos, como se vê, ajudam a ilustrar explicar as bases metodológicas da ciência jurídica medieval. Conforme WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 15-43.

¹⁵ Ver, sobre a distinção entre *iudicium* e *processus*, PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 33-39.

¹⁶ PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 46-47.

contestatam). Na primeira fase, o objetivo era reduzir a complexidade da causa e, depois, fixar o *thema probandum*. Isso pressupunha o exercício do contraditório prévio entre as partes, consistente no confronto entre afirmações iguais e contrárias (*feicisti/no feci*). Tal era o procedimento pelo qual se delimitava a área de controvérsia (*status controversi*) e aplicava-se a regra de ouro do *Liber Extra*: “*ut lite non contestata, non procedatur ad testium receptionem (vel ad sententiam deffinitivam)*”. A estrutura procedimental era inspirada no princípio da seleção (em termos negativos, portanto), visando à delimitação do *thema probandum*. A relação entre o juiz e as partes era estabelecida em plano de paridade. Pelo menos em suas origens, o *ordo iudiciarius* era concebido como “ordem isonômica”, o que tornava indevido ao juiz o exercício de poderes probatórios (*iudex non potest in facto suplere*), na medida em que isso poderia ilustrar prejuízos à paridade de conduta¹⁷. Aliás, tal circunstância decorria também do caráter *extraestatal* conferido ao processo, isto é, de que as normas que regiam o procedimento não eram legisladas pelo Estado¹⁸.

Nesse método probatório, baseado no diálogo, a verdade buscada era sempre a verdade “possível”. O homem, consciente das suas limitações cognitivas, bem conhecia seus limites em torno da investigação probatória e, por conseguinte, jamais excluía a hipótese da falha¹⁹. Essa era a principal razão pela qual o objetivo não era encontrar a verdade em termos absolutos. Vale dizer: a consciência acerca da debilidade das faculdades da razão humana, que não é estática nem incorruptível, mas sujeita a diversos níveis de desenvolvimentos, e mesmo de

¹⁷ Na íntegra do parágrafo, conforme PICARDI, Nicola. *Introdução ao Code Louis (Ordnance Civile, 1667)*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 109-110. No que se refere à impossibilidade de exercício de poderes probatórios pelo juiz na ordem medieval, ver também GIULIANI, Alessandro. *L'ordo iudiciarius medioevale*. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 601. No mesmo sentido aludem TARUFFO, Michele. *Modelli di prova e di procedimento probatorio*. In: *Rivista di diritto processuale*. Aprile-Giugno, 1990, p. 420 e MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87-103.

¹⁸ PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.57-60. No mesmo sentido, GIULIANI, Alessandro. *L'ordo iudiciarius medioevale*. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 603. Na doutrina nacional, por todos, v. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 73-74.

¹⁹ Na história da lógica raramente foi posto em relevo com tanta atenção o problema do erro e da falibilidade do juízo no raciocínio prático como à época do modelo clássico de prova. O estudo da patologia da argumentação é exaltado por Giovanni de Salisbury ao ponto de este afirmar, a propósito da sofística, que “*veritas, non verboritas, sit hujus fructus*”. O dialético na teoria do processo encontra a confirmação na constatação de que a patologia da decisão judicial e a patologia da conduta são dois aspectos do mesmo problema. A “desordem” da comunicação social é um aspecto não eliminável do problema mais geral da violência e do abuso da vida social: as instituições em larga medida dependem da verdade dos fatos e da adequação das técnicas probatórias para a sua verificação (GIULIANI, Alessandro. *L'ordo iudiciarius medioevale*. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 610).

decadência, além de ser influenciada pelas paixões, era o que contingenciava a verdade buscada no processo como uma verdade meramente “possível”.

Considerando ser impossível a separação das dimensões biológicas, psicológicas e éticas do ser humano, confiava-se, ademais, na virtude do estudo interdisciplinar, ou seja, em metodologia que considerasse tais momentos “pré-lógicos” na atividade probatória desenvolvida no processo²⁰. Ao perceber que o conhecimento inicia a partir das sensações e a referência ao conhecimento sensível permanece ao longo da sucessão de etapas do raciocínio através de mecanismos psicológicos da memória, chega-se a conclusão que, ao final, se alcança não apenas o conhecimento teórico, mas também o de caráter prático²¹. A concepção clássica era assim condicionada e, portanto, contentava-se com a dimensão do provável, que de sua vez era extremamente ligada à ideia do “normal”, e ao caráter ético do humano. De tudo isso decorreu um sistema probatório que, bem dizer, encontrava-se fortemente baseado em presunções²².

Tais características desse modelo probatório não autorizam situá-lo, no entanto, em “seara contígua àquela que se caracteriza pela negação da possibilidade de que se alcance uma determinação verdadeira dos fatos”²³. Pelo contrário: a verdade buscada à época em que vicejou tal metodologia era questão de relevo. Aliás, se a prova era considerada a lógica do provável e o processo era pautado pela ordem do diálogo, a busca da verdade constituía uma das principais questões a serem resolvidas em juízo, na medida em que o exercício do diálogo tinha justamente por objeto o consenso em torno do provável, a fim de que assim fosse possível formar o juízo de fato. A concepção em torno da verdade, naturalmente, estava submetida à racionalidade do seu tempo, qual seja, a de natureza prática – baseada, portanto, no compartilhamento do conhecimento –, e por semelhante viés deve ser lida e compreendida.

²⁰ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudicarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 606.

²¹ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudicarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 605-605.

²² Segundo Giuliani, o provável, aqui, não corresponde à ideia de *id quod plerumque accidit*, mas àquilo que o critério ético assim determina. A probabilidade está ligada, portanto, a um *sistema de valores* que são considerados na disputa, no diálogo, na pesquisa, não existindo como um dado de conhecimento externo e objetivo. É que tal caráter ético da probabilidade pressupõe a importância então conferida ao mundo humano e à sua respectiva história (GIULIANI, Alessandro. *Il concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 231).

²³ Como afirma, por exemplo, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, p. 48.

É certo que a retórica, enquanto “arte da persuasão”, poderia conduzir, e não raro conduzia, à fixação critérios de conveniência e de eficácia segundo os quais “é bom tudo aquilo que serve para alcançar a finalidade de persuadir alguém de alguma coisa”, sendo, portanto, nessa medida, indiferente à verdade ou falsidade daquilo sobre o que se quer persuadir²⁴. É o que sucede, por exemplo, no âmbito da dialética erística e da sofística. Mas essas são conhecidas falsificações ou caricaturas da retórica e da dialética, que desvirtuam o diálogo do seu critério ético, afastando-o das suas virtudes mais evidentes²⁵. Assimilar a dialética à erística e à sofística, no entanto, é incorrer em indevida generalização. A previsão de técnicas destinadas a coibir a patologia da argumentação e os abusos inerentes à metodologia do diálogo evidencia, nesse passo, a preocupação em torno de inibir o desvirtuamento da função argumentativa da prova, qual seja, a de promover a verdade enquanto importante fenômeno do juízo. Assim, é preciso ter presente a distinção entre a dialética, a erística e a sofística, evitando-se generalizações prejudiciais à adequada percepção do fenômeno probatório nessa concepção de caráter dialógico. Em especial, não é possível deixar de considerar as implicações de natureza ética que determinam a participação dos sujeitos do processo e inibem, em maior ou menor medida, atuação em descompasso com aquilo que estes considerem verdadeiro. A regra de discussão dialética reflete a interferência entre as dimensões lógica e ética: sem o respeito à ordem, isto é, à justa regra de conduta no diálogo, o contraditório não opera como instrumento de pesquisa da verdade²⁶. Frise-se o ponto: na concepção clássica (argumentativa) da prova, o problema da verdade também é de competência da ética²⁷.

Dessa forma, não é possível sustentar que a verdade não tem importância na concepção argumentativa da prova, ou que, no modelo argumentativo, “o raciocínio probatório (...) é deixado à subjetiva e incontrolável persuasão do juiz”²⁸. A ordem isonômica dispunha de mecanismos para evitar o arbítrio mediante o exercício do contraditório.

²⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, p. 50.

²⁵ Sobre a dialética erística, ver, com atenção aos comentários de Olavo de Carvalho, SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, *passim*.

²⁶ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudicarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 603.

²⁷ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudicarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 607.

²⁸ Conforme afirma CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa dela prova*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Milão: CEDAM, Gennaio-Marzo 2001, p. 88.

De mais a mais, não se pode jamais olvidar a indispensável cautela em se examinar, com os olhos de quem observa pelo prisma do presente, os fenômenos do passado, sob pena de equívoco de perspectiva. Não se pode esquecer que, à época em que vigorou o modelo persuasivo da prova, a consciência em torno da falibilidade pressupunha o reconhecimento acerca da incapacidade do humano em alcançar o máximo grau de correspondência com a realidade. Isso veio a mudar posteriormente com o advento da modernidade. O modelo argumentativo deve ser lido e compreendido à luz das peculiaridades do seu tempo. Afirmar que a concepção argumentativa conduz a raciocínio probatório “não justificável com motivações do tipo lógico”²⁹ significa esquecer que, na lógica aristotélica, a lógica esta baseada justamente no argumento e que era em semelhante critério, portanto, que residia a sua respectiva motivação.

Seja como for, ao emprestar demasiado relevo à dimensão persuasiva da prova, a concepção de verdade no modelo clássico minimizava o valor da relação de correspondência entre as alegações de fato e o que havia se passado na realidade da vida. Embora o critério dialogal legitimasse a verdade alcançada, especialmente em decorrência da ampla aceitação de semelhante paradigma metodológico na antiguidade, não era possível precisar, pelo menos na perspectiva da lógica contemporânea, razoável grau de fidedignidade entre os enunciados fáticos e os fatos tais como efetivamente haviam ocorrido. Isso não significava, de maneira alguma, que na época se emprestava menor relevo ao fenômeno probatório, ou que fosse impossível alcançar a verdade. Ocorre que esse era o critério mais adequado pelo qual, no modelo metodológico probatório então vigente, se buscava, investigava e alcançava a verdade.

Dito em outras palavras: a compreensão da verdade depende sempre do modelo cognoscitivo vigente em determinada sociedade, isto é, aquilo que a sociedade aceita como verdadeiro. Vale dizer: o que se tem hoje por verdade pode não ser, e certamente não é o que se tinha na antiguidade.

1.2. Modelo moderno de prova

²⁹ Conforme CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Milão: CEDAM, Gennaio-Marzo 2001, p. 88.

O modelo moderno de prova encontra-se baseado no paradigma das ciências da natureza. Na perspectiva desse modelo moderno, a verdade é obtida a partir de demonstração empírica, ou seja, decorrente da experiência própria das ciências de medir, contar e pesar.

Tal concepção acompanhou o surgimento e consolidação da lógica apodítica no ambiente europeu, com as conquistas obtidas na física, na astronomia, na química e na matemática, tendo depois alcançado o direito. Para além de promover a lógica apodítica, o modelo demonstrativo também ganhou força como repúdio à significativa demora dos processos, ilustrada no significado da expressão “*lites immortales*”, cuja responsabilidade acabou sendo debitada aos intermináveis desdobramentos do diálogo forense, então fortemente inspirados no valor da dialética³⁰.

Em perspectiva histórica, a mudança do paradigma encontra na doutrina de Pierre de la Ramée (latinizado para Petrus Ramus) um de seus mais relevantes fundamentos. A transição, segundo a doutrina, se ocupa da distinção dos lógicos entre aristotélicos e ramicistas, sendo o nome de Pierre de la Ramée considerado sinônimo de ruptura com o emprego da lógica herdada de Aristóteles. A matemática constituía, segundo a lógica ramicista, o protótipo sobre o qual se modelava cada forma de conhecimento. A ordem também era rigorosa, mas obedecia outro método: o silogístico, que consistia em realizar a passagem dos princípios gerais aos particulares³¹.

Para o bem da verdade, a ruptura com a lógica aristotélica fez surgir um amplo movimento de pensamento que dominou a Europa e teve entre seus expoentes a doutrina de Port-Royal e o pensamento de Leibnitz. O traço comum dos pensadores da época foi: i) a refutação da silogística clássica (argumentativa), compreendida, então como “jogo de verbalismos vazios”; ii) a difusão da lógica metodológica cartesiana; e iii) a colocação de temas e características que são

³⁰ “As novas correntes lógicas, justamente porque representavam um momento de ruptura com a tradição, eram destinadas a exercer um indubitável fascínio sobre os processualistas. Eles, efetivamente, acabavam por abandonar a tradição tópica, que estava se desgastando, e por expulsar da lógica, seja a retórica (então reconduzida a teoria da forma enfeitada), seja a sofística (com os seus problemas de patologia da argumentação). O raciocínio do tipo matemático devia mostrar-se particularmente adaptado a resolver os problemas de modo eficiente e a trazer uma contribuição ao problema de fundo: *de processibus abbreviandis*”. PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 58-59.

³¹ Tudo conforme PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 47-50.

típicas da moderna lógica formal. Tal concepção alcançou fortemente o processo³². A eloquência de Leibnitz, a propósito, fala por si: “toda a forma de procedimento na justiça não é outra coisa senão uma espécie de lógica aplicada às questões de direito”³³.

A aplicação da lógica ramista ao estudo do processo representou a transição do modo de pensar orientado sobre o problema (tópica-retórica) para o modo de pensar sistemático, modelado pelo saber científico; através de fórmulas rigorosas, eram fixadas proposições centrais a partir das quais eram extraídas, por meio de rigoroso procedimento *dedutivo*, uma série de consequências concatenadas, a exemplo do que propunha Benedetto Carpzov em suas célebres “*definitiones iudiciales*”³⁴. O empirismo ganha espaço através de teorias filosóficas bem fundadas, sobretudo na Inglaterra com Francis Bacon, John Locke e David Hume³⁵.

A lógica apodítica eliminou do horizonte do intérprete a consciência em torno da sua falibilidade. Assim como ocorria no âmbito das ciências exatas, imaginou-se também que o direito poderia ser um sistema puro e completo.

Não surpreendeu, nessa toada, o desprestígio sofrido pelo diálogo no processo e como instrumento para o alcance da verdade. Se uma das finalidades do novo método era aniquilar o prejuízo decorrente das “*lites immortales*”, acabou se tornando algo natural o enfraquecimento do contraditório, que passou a ser regido e pensado como se fosse uma equação matemática, exatamente na forma pretendida pela lógica de Petrus Ramus³⁶. A aplicação da lógica ramista ao estudo do processo representou a transição de um modo de pensar orientado sobre o problema para um modo de pensar sistemático, modelado no saber científico, fenômeno que representou, no âmbito do procedimento probatório, a transição de um modelo que estuda verdades “prováveis” para um modelo que, pelo menos tendencialmente, visava à investigação

³² PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 47-50.

³³ LEIBNITZ, Gottfried Wilhelm von. *Nouveaux Essais*, IV, n. 16, § 9. In: *Die Philosophischen Schriften*, VII, 1962, p. 465, *apud* PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50.

³⁴ PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 53.

³⁵ Sobre o tema, v. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 14-17.

³⁶ PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.57.

das verdades “absolutas”³⁷. O raciocínio jurídico simplificou-se mediante a valorização das formas silogísticas, porque essas contribuiriam para dar maior clareza e, assim, “purificar” o direito.

Outra característica marcante do modelo que enfatiza a função demonstrativa da prova é a presença de um juiz que, além de ser um representante do Estado, é ativo no processo, isto é, era dotado de poderes destinados auxiliar na promoção da verdade dos fatos relevantes para a decisão judicial³⁸. A ordem do processo – então não mais tido por *iudicium*, mas como *processus* – não era mais a *isonômica*, mas a *assimétrica*, no qual a hierarquia entre o juiz (Estado) e as partes era fenômeno marcante³⁹.

Com efeito, ao fundamentar as práticas probatórias no método das ciências da natureza, acompanhando, assim, as transformações ocorridas no plano da lógica, o modelo moderno passou a ser mais adequado a resolver as questões relacionadas à prova no processo. Alterado o paradigma lógico à luz do contexto cultural então vigente, as práticas probatórias também mudaram, tornando-se, aos olhos do espectador de então, muito mais justas.

A concepção de verdade, por óbvio, acompanhou tal alteração de paradigma.

As ciências matemáticas não se contentam com resultados meramente “possíveis” ou inexatos. A verdade buscada no processo não mais era, portanto, a verdade meramente “possível”, mas a verdade “absoluta”. Semelhante giro é ilustrado por uma sensível alteração das práticas probatórias, que chegam a adquirir inclusive natureza extraprocessual (pré-constituída), face à crença em torno da absoluta indistinção entre a prova judiciária e aquela produzida nos outros setores do conhecimento humano. Tal ideal de conhecimento racional outorgou ao

³⁷ PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.53.

³⁸ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In: *Rivista di diritto processuale*. Aprile-Giugno, 1990, p. 421.

³⁹ Tal modelo de processo pressupõe a nítida distinção entre indivíduo, sociedade e Estado (ou Império), e o concomitante estabelecimento de uma relação vertical de poder entre esse (o Estado) e aquele (o indivíduo). O juiz, enquanto representante do Estado, se colocava acima das partes. Daí a assimetria do modelo (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74).

raciocínio dedutivo o *status* de ser o único capaz de subministrar tal critério de verdade, de modo a superar o método indutivo⁴⁰.

Por outro lado, ao mundo dos fatos era reconhecida absoluta autonomia em face do ambiente jurídico. Assim, ao se admitir o fato como algo externo, isto é, objetivo, diminui-se a influência que o diálogo possui na sua pesquisa, o que à luz da concepção argumentativa era essencial, por influência das teorias retóricas e dialéticas⁴¹. Algumas consequências do ponto de vista lógico tornar-se-iam evidentes na caracterização do modelo demonstrativo de investigação da verdade: i) a questão de fato é nitidamente separada da questão de direito; e ii) deve existir uma relação de necessidade entre o fato e a consequência jurídica⁴², como o resultado de um silogismo baseado em duas distintas premissas.

A assimilação do conhecimento racional com a obtenção da certeza absoluta acabou resultando em sérias dificuldades para que o conhecimento empírico – rigorosamente incapaz de garantir semelhante grau de certeza – acabasse revestindo-se de tal “auréola de racionalidade”⁴³.

1.3. Modelo contemporâneo de prova

Giuliani afirmava, em ensaio datado de 1988, que “a história do processo é percorrida através do perene conflito entre retórica e lógica, que refletem duas concepções opostas de ‘ordem’, que definimos como ‘ordem isonômica’ e ‘ordem assimétrica’” que, por sua vez, “são a base respectivamente do *ordo iudiciarius* medieval e do *processus* no sentido moderno”. Isto é, “se os princípios do *ordo* medieval dependem da retórica, os *principii processus iudicarii* – conexos à *Ordnungprinzip* do processo prussiano do século XVIII – dependem da lógica [de corte apodítico]”, do que resulta a imensa distância entre suas questões fundamentais e constatação de que a mesma terminologia pode ter significados distintos, acaso

⁴⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* - Bases argumentativas de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 13.

⁴¹ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 208.

⁴² GIULIANI, Alessandro. *Il concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 209.

⁴³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* - Bases argumentativas de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 8.

seja considerado um ou outro modelo⁴⁴. Com razão, ilustrou o professor da Universidade de Perugia a fratura entre essa e aquela concepção de prova, de modo a reunir em dois modelos distintos as diferenças metodológicas em torno do problema da prova, do procedimento probatório e da verdade.

Nada obstante os proveitosos avanços científicos ocorridos em torno do problema da investigação da verdade, o modelo demonstrativo de prova sofreu, especialmente a partir dos anos cinquenta do século XX, os influxos decorrentes do ressurgimento renovado da tópica-retórica no plano da lógica⁴⁵ e do papel assumido pela democracia no plano político. Isso implicou na reflexão crítica a respeito das virtudes do raciocínio silogístico de corte formal e na revalorização da função do diálogo no discurso judiciário. Diante de tais matizes, o panorama atual da prova judiciária revela orientação lógica distinta em torno do problema da verdade e, via de consequência, do modelo probatório destinado à sua respectiva investigação. Com efeito, o diálogo volta a exercer função indispensável na compreensão e aplicação do direito; em especial, quanto ao problema da investigação da verdade. Isso, no entanto, não fez recrudescer o significado e a contribuição – cada vez mais evidente – da demonstração empírica e, por assim dizer científica, dos fatos alegados em juízo⁴⁶.

Não se pode negar que, à luz do contexto cultural contemporâneo, a prova exerce evidente função demonstrativa, isto é, no sentido de que constitui instrumento destinado a revelar a existência ou inexistência de correspondência entre os enunciados fáticos e os fatos tais como ocorridos na realidade da vida. Uma das transformações mais importantes que se verificaram nos últimos anos, aliás, refere-se ao relevo que a ciência passou a ter para a decisão judiciária⁴⁷. As novas tecnologias decorrentes dos avanços científicos colaboram com os métodos probatórios e tornam evidente que a prova possui, de fato, a função de *demonstrar* a relação de fidedignidade

⁴⁴ GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudicarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988, p. 601.

⁴⁵ Conforme observa, por todos, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª ed., p. 164.

⁴⁶ Nesse sentido, registra Alvaro de Oliveira que “A tendência hodierna dominante inclina-se decididamente por racionalizar o sistema mediante a prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos, portanto em nível qualitativo diverso daquele ocorrido na passagem na passagem dos juízos de Deus para a chamada prova ‘legal’” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 45-46).

⁴⁷ TARUFFO, Michele. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria. In: *Quaderni della Rivista Trimestrale di Procedura Civile*. Vol. 8. Milano: Giuffrè, 2005, p. 5.

entre os enunciados fáticos e os fatos passados. Pense-se, p. ex., no exame de DNA: tomando-se em consideração o paradigma científico atual, torna-se possível demonstrar a verdade “quase absoluta” da existência ou inexistência da relação de paternidade. Os avanços não se restringem ao campo das ciências que tradicionalmente já se ocupam de auxiliar na promoção da tutela jurisdicional, como a química, a física, a engenharia, a medicina e a biologia, mas incluem outras modalidades científicas, como a economia, a psicologia, e etnologia, a antropologia, etc⁴⁸. O caráter cada vez mais multifacetário da sociedade atual determina sua maior especialização e, assim, o aperfeiçoamento de suas especialidades culturais, especialmente aquelas de índole (ou que pretendem ter índole) científica, todas contribuindo, em maior ou menor medida, com a função *demonstrativa* da prova.

Afastadas as concepções que negam ou excluem a possibilidade de uma determinação verdadeira dos fatos e, assim, pressupondo a possibilidade teórica e mesmo prática de se obter a verdade no processo⁴⁹, resta definir, diante da renovada força outorgada ao diálogo e da inegável função demonstrativa da prova, os contornos do modelo contemporâneo de prova.

Ao contrário do que propunha o modelo moderno de prova, a proposta contemporânea evita a cisão total entre a linguagem e a realidade empírica, isto é, não reduz a verdade exclusivamente à demonstração, nem elimina o valor que o diálogo (contraditório) possui no âmbito do processo lógico de aferição da verdade e formação do juízo de fato. Se hoje se empresta especial relevo à colaboração de outras ciências na pesquisa da verdade, conferindo-se especial importância ao caráter empírico do conhecimento; e, por outro lado, confere-se ao diálogo evidente força no processo de sua investigação – em especial no processo judicial –, não há como deixar aferir a natureza da prova de outra maneira senão como a de instrumento de investigação de uma verdade como *provável correspondência da realidade*.

Afirmar que a verdade examinada no processo não difere da verdade examinada em outros campos da experiência humana, todavia, exige cautela. Se por um lado a verdade constitui autêntico fenômeno epistemológico, por outro deve ser compreendida à luz das contingências

⁴⁸ TARUFFO, Michele. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria. In: *Quaderni della Rivista Trimestrale di Procedura Civile*. Vol. 8. Milano: Giuffrè, 2005, p. 5.

⁴⁹ Sobre o tema ver, por todos, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, pp. 21-87.

próprias do processo judicial, pois a convicção do juiz encerra não apenas a pretensão de dar efetiva e tempestiva tutela aos direitos, mas uma intenção estabilizadora, isto é, comprometida com a finalidade pacificadora da jurisdição⁵⁰.

Em outras palavras, é inegável que a função desempenhada pela prova judicial depende do conhecimento adquirido em outras áreas do conhecimento científico. É no âmbito de toda singular área científica que se desenvolve a seleção das noções científicas válidas e são os *experts* dessas áreas que determinam os níveis de probabilidade, as margens de erros e o grau de acerto que vão reconhecidos e atribuídos às informações que se produzem nesse e naquele campo do saber⁵¹. Nada justifica deixar de considerar os conhecimentos obtidos em outras áreas do conhecimento para encontrar a verdade, desde que – e aí justamente reside a força da função dialógica da prova – a validade metodológica das fontes dos resultados obtidos em sede probatória sempre esteja submetida ao crivo do contraditório. Assim, ainda que diante de constatação pericial científica com alto grau de probabilidade não se pode solapar o valor do contraditório e, portanto, da função argumentativa outorgada à prova, principalmente no que se refere à relação entre peritos e assistentes técnicos⁵². A formação do juízo de fato não se restringe rigorosamente ao fato e, em abarcando em maior ou menor medida o *fenômeno jurídico*, as virtudes da dialética se revelam fundamentais para orientar o caminho do intérprete nesse vai e vem que ilustra o cotejo entre aquilo que é produto das normas examinadas no processo e a realidade da vida. O diálogo presta-se não como instrumento para se promover o consenso, como ocorria ao tempo do modelo argumentativo de prova, mas para apoiar a atividade isonomicamente desenvolvida no *iter* do procedimento probatório e assimetricamente quando da decisão, isto é, da definição do juízo⁵³.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. In: *Sui confini — Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, nota 5, p. 269; FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

⁵¹ CARSETTI, Arturo. Verità, decisione rationale e teoria della complessità. In: *Quaderni della Rivista Trimestrale di Procedura Civile*. Vol. 8. Milano: Giuffrè, 2005, p. 32.

⁵² Indispensável lembrar que a ciência, não raro, é intolerante à semelhança do que ocorre com o fanático, pelo que não surpreende certa tendência em postular o enfraquecimento do diálogo. Nada obstante, “quanto mais se amplia o procedimento da ciência sobre o real, tanto mais se torna questionável se os pressupostos da ciência admitem que a questão da verdade alcance toda a sua envergadura” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Enio Paulo Giachini. 7ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. II, p. 58).

⁵³ O processo flui na razão da isonomia entre seus sujeitos ao longo do seu curso, e na razão da assimetria do juiz para com as partes na oportunidade da decisão. Essa é a tese de MITIDIERO em torno do modelo processual *cooperativo*, no qual “o juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 2ª ed., p. 114).

Por outro lado, a força demonstrativa da prova irá necessariamente variar de um para outro meio probatório. Por consequência disso, em relação inversamente proporcional, aumentará o ônus argumentativo e, via de consequência, a força do diálogo para a adequada formação do juízo de fato.

É evidente que a força do contraditório, especialmente no que se refere à sua dimensão ativa, pode perder força diante do resultado de uma prova pericial de caráter inferencial quase dedutivo, como o exame de DNA, p. ex., quando esta se presta a esclarecer o enunciado em torno da relação de parentesco entre autor e réu. Por outro lado, são infinitas as práticas probatórias em que o caráter inferencial dá-se mediante raciocínio de corte substancialmente indutivo, sendo muito mais longo o caminho desenvolvido pelo intérprete até a conclusão do juízo de probabilidade. Pense-se, p. ex., na valoração da prova colhida em audiência em causa cujo objeto seja a simulação, no qual se valorizam sobretudo os fatos indiciários: é inequívoco que a função argumentativa da prova, nesse quadro, ganha relevo para fins de atestar a relação de correspondência entre as alegações e os fatos⁵⁴. O raciocínio inferencial probatório, pelo qual se obtém a prova por indução, constitui a expressão mais evidente da incapacidade da concepção demonstrativa em obter o conhecimento em termos absolutamente seguros e incontestáveis⁵⁵.

O relevo da função argumentativa é reforçado, ainda, pela concepção semântica da verdade como correspondência, elaborada por Alfred Tarski, hoje apontada pela doutrina como a mais satisfatória teoria explicativa da verdade⁵⁶. A proposta do filósofo polonês, ao contrário das teorias subjetivas, não se compromete com o propósito metafísico da existência da correspondência ontológica entre a verdade e a realidade, mas estipula as condições de uso do termo “verdadeiro”, elucidando de maneira precisa o *significado* da expressão. Com efeito, não constitui proposta de uma definição *real*, mas de uma definição *nominal*: trata-se de uma teoria

⁵⁴ Nessa perspectiva é que talvez mais se torne evidente a percepção de KNIJNIK a respeito da realidade contemporânea da prova, descrita por ele como um “movimento pendular” em torno das funções demonstrativa e persuasiva da prova (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11).

⁵⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 8. Em sentido semelhante, v. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105-111.

⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, p. 170.

objetiva do *significado* do termo “verdadeiro” e que, justamente por isso, não se opõe ou contraria quaisquer das outras teorias subjetivas que propõem critérios de verdade, como, por exemplo, a da coerência e da aceitabilidade justificada⁵⁷. A teoria semântica da verdade como correspondência não subministra, portanto, qualquer critério realista de aceitação da verdade – que, como explicado pelo próprio Tarski, não existe –, limitando-se a indicar as condições do uso do termo “verdadeiro”, qualquer que seja a epistemologia adotada ou rechaçada. Daí porque a concepção semântica é *assimétrica* em relação às teorias subjetivas: enquanto a “correspondência” é o significado da palavra “verdade”, a “coerência” e a “aceitabilidade justificada” constituem, ao contrário, critérios de (decisão da) verdade. O significado de “correspondência” da teoria semântica em nada se relaciona, portanto, com os critérios de verdade; da mesma maneira, critérios propostos pelas teorias da coerência e da aceitabilidade justificada, ao tentar explicar os critérios para obtenção da verdade, não se preocupam em examiná-la na perspectiva do significado da expressão “verdade”, ou seja, com as condições do uso do termo “verdadeiro”. O significado da palavra “verdadeiro”, assim como o das palavras “confiável”, “provável”, “verossímil”, “plausível” ou outras similares é, portanto, a correspondência mais ou menos *argumentada* e *aproximativa* das proposições para com a realidade objetiva, que no processo vem constituída pelos fatos julgados e pelas normas aplicadas⁵⁸.

As condições da verificabilidade e da falseabilidade, na concepção semântica da verdade como correspondência dependem, assim, da semântica da linguagem na qual a afirmação é formulada, isto é, no sentido de que se saiba exatamente ao que se faz referência mediante as palavras que, para tanto, são utilizadas. Verdade, portanto, é a mesma coisa que proposição verdadeira; e isso ocorrerá toda a vez em que o nome conseqüente, isto é, o predicado, abarcar em sua amplitude o nome antecedente, que se chama sujeito⁵⁹. Restando o critério para aferição da verdade, nessa perspectiva, baseado na linguagem, não há como solapar as virtudes do diálogo neste modelo contemporâneo de prova.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 51-52. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, p. 170, para quem “existem, portanto, razões filosóficas e epistemológicas de notável importância a favor do acolhimento da ideia da verdade como correspondência, ainda que (ou quem sabe precisamente por isso) esta deixe em aberto o problema referente aos métodos para a determinação da verdade”.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 68.

⁵⁹ “Saber uma verdade é o mesmo que recordar que foi criada por nós mesmos, mediante o emprego de palavras”, conforme FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 114-115.

O diálogo constitui, sobretudo, ferramenta indispensável para ajustar o dinamismo cada vez mais intenso do contexto cultural ao plano do direito processual, sobretudo no que se refere às práticas probatórias. Com Zygmunt Bauman, não custa recordar que a realidade contemporânea encontra-se submetida aos efeitos da *modernidade líquida*⁶⁰: a fluidez das relações, não mais tão firmes, aliado ao rápido aprofundamento do conhecimento do homem a respeito de si e do mundo em que vive, torna evidente o valor do diálogo como instrumento de ajuste das práticas processuais, inclusive e principalmente as de índole probatória, às transformações tão intensamente sentidas na realidade da vida.

A verdade mirada no modelo contemporâneo de prova não é, portanto, aquela meramente possível, obtida a partir do consenso, como se cogitava no modelo clássico, de corte argumentativo. Nem é, convém sublinhar, aquela estabelecida em termos absolutos, tal qual era idealizado no modelo demonstrativo. A verdade a ser buscada no processo é a verdade provável.

Conscientes da incapacidade em promover o “juízo de fato” fundado na “verdade absoluta”, os sujeitos processuais visam hoje espécie de “verdade possível” em termos de probabilidade; porém, tal objetivo é orientado não apenas pela colaboração proporcionada pelo diálogo, mas, também, pela contribuição científica eventualmente pertinente⁶¹. O empirismo lógico foi abandonando progressivamente o seu inicial projeto na busca de conhecimento incorrigível e o substituiu pela busca de uma lógica indutiva, ou seja, lógica que permitisse dotar de racionalidade o raciocínio indutivo e, através deste, alcançar a verdade. A lógica indutiva encontra hoje, então, sua justificação nas teorias da probabilidade, seja como “probabilidade matemática ou estatística”, seja como “probabilidade lógica ou indutiva”⁶².

Para o bem da verdade, está-se diante de autêntico terceiro modelo probatório, no qual as práticas probatórias encontram-se condicionadas pelo contraditório e pela colaboração da prova científica. Não há propriamente um movimento pendular de um modelo (argumentativo)

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, *passim*.

⁶¹ Nesse sentido parece ser a compreensão de Cohen ao referir que, hodiernamente, a solução do problema da probabilidade compreende não apenas a noção de “*approvability*”, ou seja, do consenso, mas também na noção de “*provability*” (COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 13-14).

⁶² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 22.

para o outro (demonstrativo): a nova concepção, por exemplo, jamais exigirá o consenso como critério para a promoção da verdade, nem eliminará a colaboração do contraditório na obtenção da verdade. Está-se diante de uma ruptura para com os modelos anteriores. Nada obstante seja possível perceber características de um modelo e de outro, o modelo contemporâneo constitui-se concepção singular.

2. VERDADE, VEROSSIMILHANÇA E PROBABILIDADE

O modelo contemporâneo estabelece como finalidade da prova a formação de um adequado juízo de fato. A adequação do juízo de fato pressupõe a promoção da verdade provável que, no âmbito do processo, é determinada por algumas contingências. A propósito de tais limites, importa apontar pelo menos quatro⁶³.

O primeiro, de que nenhuma prova é, rigorosamente, *direta* a respeito do *factum probandum*.

O que o juiz examina não são, rigorosamente, os fatos que compõem a causa de pedir, mas as provas a respeito de tais fatos. As *provas a respeito dos enunciados fáticos* constituem, de seu turno, experiências de *fatos* presentes, ainda que interpretáveis como *sinais de fatos passados*: tal diferença entre “experimento” (de um fato presente) e “provas” (de um fato passado) ilustra a existência de uma fenda entre a verdade processual e o modelo de absoluta correspondência objetiva. A verdade obtida no processo, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta ao fato posto em julgamento, é o resultado de uma *ilação*, portanto, entre os fatos “comprovados” do passado e os fatos “probatórios” do presente⁶⁴. Tal *ilação* constitui uma inferência *indutiva*, que contém em suas premissas a descrição do fato e as provas praticadas, além de “generalidades habitualmente subentendidas (entimemáticas) no atendimento de experiências análogas, e que contém na

⁶³ Os quatro principais fatores de divergência entre a verdade processual e o modelo ideal da correspondência são propostos por FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 54-63.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 54-55.

conclusão a enunciação do fato que se aceita como provado pelas premissas e que equivale à sua hipótese de explicação”⁶⁵.

A exemplo do que ocorre nas demais inferências de corte indutivo, a conclusão obtida na inferência indutiva judicial tem o valor de uma *hipótese de probabilidade* na ordem da *conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto dos fatos adotados como probatórios*. Vale dizer: a verdade, portanto, não será demonstrada como sendo logicamente deduzível das premissas, mas apenas comprovada como *logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução*⁶⁶.

O segundo, de que a alegação fática trazida pela parte é determinada pela sua descrição particular, do que podem resultar delimitações incertas e parciais em relação à realidade.

A descrição de um enunciado fático apresenta diversas dimensões que se interseccionam e interferem, uma na outra, de diversas maneiras: as descrições possíveis de um fato podem ser, p. ex., i) *seletivas*, isto é, que prestigiam uma versão do fato em detrimento de outra⁶⁷; ii) *categoriais*, ou seja, que se refere ao emprego de categorias (contexto de ideias) por meio das quais se interpreta e se descreve a realidade⁶⁸; iii) *culturais* e *sociais*, enquanto as alegações venham fundadas em pressupostos e critérios éticos, religiosos, étnicos e de costume que condicionam o modo de como o fato, ou a construção narrativa dos fatos, vem descrita⁶⁹; e

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares et. alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 55.

⁶⁶ Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares et. alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 55-56. Em nota de rodapé, o jurista sublinha que, mesmo na rara hipótese de que o juiz tenha testemunhado os fatos que deveria julgar – acaso fosse possível a ele julgar –, ainda assim estaria ele baseando-se não em sua observação, mas na sua memória, o que é algo bastante diverso, na medida em que “imagens mnemônicas” são meramente “imaginárias”, isto é, “não correspondem à sensações” (Cf. nota 43, p. 81).

⁶⁷ TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 7-10. A propósito, um dos critérios de seleção mais importantes no que se refere às alegações de fato é o da *relevância jurídica*, pelo qual a norma que se quer aplicação condiciona a determinação dos fatos à luz dos quais essa se refere (cf. p. 8).

⁶⁸ Considerando que as categorias não são as mesmas para todos, e porque também refletem a orientação individual do sujeito que as usa, é preciso reconhecer que a construção dos enunciados de fato depende da perspectiva de quem os formula (TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 10-15).

⁶⁹ O mesmo comportamento (uma relação sentimental, a falta de pagamento de um débito ou dos interesses sobre um valor devido em prestações) pode ser representado como normal ou excepcional, como reprovável, neutro ou merecedor de aprovação, como justificado ou injustificado, como conexo a certos eventos ou outros eventos, segundo como isso venha percebido na perspectiva cultural de que o descreve, e de que é o destinatário da descrição

iv) *linguísticos*, no sentido de que os enunciados relativos aos fatos da causa são entidades linguísticas e, assim, é evidente que sua construção vem constituída segundo regras próprias da linguagem na qual vêm expressa⁷⁰.

O terceiro, de que a formação do juízo de fato é sempre condicionada, em maior ou menor medida, pela subjetividade específica própria da cognição do órgão judicial.

O juiz, por mais que se esforce em ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, e seus valores ético-políticos. Para além das alterações desonestas do verdadeiro, portanto, são “inevitáveis as deformações involuntárias, porque toda a reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo o caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e descuidar-se de outras, e o impedem, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver dados disponíveis em contraste com elas”⁷¹.

Por fim, a promoção da verdade é determinada pela observância de regras e procedimentos que disciplinam a metodologia da sua comprovação em juízo.

Diferentemente do que ocorre em qualquer outra atividade cognitiva, a verdade processual submete-se a determinado regime procedimental, que disciplina a sua comprovação e imprime caráter autoritativo e convencional, o que, em maior ou menor medida, contrasta com a noção de verdade enquanto absoluta correspondência⁷². No Código de Processo Civil, p. ex., são inúmeras as regras e técnicas que podem comprometer o alcance da verdade em perspectiva estritamente epistemológica: colhem-se, por exemplo, i) a presunção de veracidade gerada pela

(TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 15-20).

⁷⁰ Não apenas o problema gramatical tem relevância, mas também o emprego de expressões que expressam valorizações aos fatos alegados que, embora rigorosamente não sirvam para definir o *factum probandum* – porque só o enunciado formulado em termos descritivos é realmente apofântico e assim pode ser demonstrado verdadeiro ou falso –, podem implicar em consequência importante ao seu *status* semântico, caso não seja rigorosamente percebido (TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 16-18).

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares et. alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., pp. 58-59.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares et. alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 61.

ausência de impugnação especificada das alegações de fato (art. 302) e pela revelia (art. 319); ii) a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 332), iii) a distribuição estática do ônus da prova (art. 333), na sua função de regra de julgamento; iv) o efeito da confissão que decorre da ausência ou recusa da parte ou quando esta responde evasivamente ao depor (art. 343, §§ 1º e 2º, e art. 345); v) as regras de privilégio no depoimento da parte (art. 347); vi) a presunção de veracidade pela não exibição de documento (art. 359); vii) a inadmissibilidade da prova exclusivamente testemunhal para contratos que excedam o décuplo do salário mínimo vigente (art. 401); viii) a inadmissibilidade de oitiva de testemunhas incapazes, impedidas ou suspeitas (art. 405); ix) as regras de privilégio relativas ao depoimento das testemunhas (art. 406); x) a ausência de impugnação tempestiva das decisões que concernem aos fatos da causa, em especial a respeito do juízo de fato firmado na sentença; além, é óbvio, x) as preclusões que, nada obstante a possibilidade de sua relativização, devem constituir a regra ao longo do procedimento probatório, não apenas no que se refere à proposição da prova quando assim determinado pela lei ou pelo juiz, mas também na oportunidade de sua produção, como ocorre, p. ex., com relação ao prazo para a produção da prova documental (art. 396), para a apresentação do rol de testemunhas (art. 407) e dos quesitos a serem examinados na prova pericial (art. 421, § 1º).

Tais regras e técnicas probatórias próprias do processo servem para condicionar a verdade buscada no processo judicial à luz de certos determinismos que inevitavelmente podem restringir, e não raro restringem, o conhecimento do intérprete na atividade probatória.

As condicionantes servem para confirmar, ademais, a assertiva de que o juízo quanto às alegações de fato não constitui ato cognitivo intelectual compreensivo do elemento puramente fático. Não se traduz, é certo, em pura atividade de conhecimento. Toda a fixação processual dos fatos, sem exceção, recebe, através da conversão da probabilidade cognitiva ou científica na certeza exigida pela vida prática, a participação de um *juízo de valor*. Assim, para além dos aludidos quatro fatores de divergência entre a verdade processual e o modelo de absoluta correspondência com a realidade da vida, existem outros determinismos, impostos pelo contexto normativo em sentido amplo.

No raciocínio probatório, a norma geral e abstrata revela uma estrutura incompleta, passível de complementação apenas mediante atividade de interpretação. Assim é que, na

oportunidade do juízo, norma e caso concreto se encontram em um processo dialético de recíproca e progressiva determinação⁷³. O grau de probabilidade do enunciado fático alcançado mediante determinada atividade probatória constitui reflexão que necessariamente pressupõe *questões de direito*, em razão de ser indispensável considerar o contexto normativo no qual o juízo de fato é efetuado. Exemplo disso se encontra na consideração das máximas de experiência, fenômeno que ostenta certo caráter normativo⁷⁴ e é onipresente do debate judiciário⁷⁵.

A propósito, vale sublinhar que é praticamente impossível estabelecer precisa distinção entre o ato de “reflexão”, geralmente associado ao juízo de direito, e o ato de “percepção”, geralmente associado ao juízo de fato⁷⁶. Não há falar em “juízo de fato” compreendendo o “fato” no “juízo” como se estivesse em estado puro, pois o direito constitui pressuposto para a determinação dos fatos. A dimensão axiológica é uma presença iminente e imediata em todo o agir e decidir, inclusive no que se refere ao *juízo sobre os fatos*⁷⁷. Disso decorre, segundo Ferrajoli, a existência de “filtros jurídicos interpostos entre o juiz e a realidade do mundo das normas, dentro do qual se devem subsumir os fatos que se têm de comprovar”. Dito em outras palavras: o conjunto das normas constitui uma língua que condiciona transcendentemente a linguagem operativa do juiz e, por vez, sua aproximação dos fatos que devem ser julgados, equivalendo, assim, a um sistema de esquemas interpretativos do tipo seletivo, que recorta os únicos elementos de fato que reputa relevantes e ignora todos os demais⁷⁸.

Sendo este um processo complexo, a busca da verdade provável no interior do debate judiciário deve ser orientada por critérios objetivos que sejam, na maior medida possível, controláveis, inibindo-se assim a construção do juízo de fato a partir de bases inseguras, isto é,

⁷³ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 14.

⁷⁴ Na verdade, as máximas de experiência, conforme referido por Calamandrei, constituem um *tertium genus* lógico, composto pela vinculação entre fatos e normas (CALAMANDREI, Piero. *Massime di esperienza in cassazione. Rigaretto del ricorso a favore del recorrente*. In: *Rivista de Diritto Processuale Civile*. Vol. 2, 1927, p. 128). No mesmo sentido, ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83.

⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68;

⁷⁶ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 163.

⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, Tomo I, p. 465-471.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 60.

suscetíveis de serem influenciadas pelo sorrateiro e arbitrário subjetivismo. Vale questionar: com base em quais critérios se pode mensurar os limites dessa verdade “provável”? Como se pode contextualizar a verdade processual na atualidade, definindo-a ou aproximando-se de uma definição que esteja ancorada em critérios seguros, isto é, objetivos?

Embora a minha proposta não seja a de desvendar o insolúvel problema que constitui a definição da “verdade”, ou da “verdade provável”, me parece indispensável realizar algumas aproximações, que passam, inevitavelmente, pelo exame dois importantes fenômenos relacionados ao problema da verdade: i) a verossimilhança e ii) a probabilidade.

2.1. Verossimilhança e probabilidade

O problema da verossimilhança e a sua relação com a verdade constitui tema da maior relevância, não apenas na perspectiva puramente epistemológica, mas, sobretudo – e para o que mais interessa no âmbito do presente trabalho –, no que se refere à prova judiciária. Precisar a natureza e função dogmática do fenômeno –, mormente mediante o confronto com a probabilidade, como se propõe –, torna mais seguro o desdobramento das questões probatórias, cuja solução, como se sabe, é complexa por sua própria natureza.

Para tanto, importa lembrar, tendo em conta o método zetético de investigação científica, as críticas realizadas por Michele Taruffo às noções propostas por Piero Calamandrei em seminal ensaio sobre o tema⁷⁹. A proposta de ter como pano de fundo da investigação a crítica de Taruffo justifica-se, ademais, por outras duas razões: a propagação que as ideias de Calamandrei acerca dos fenômenos tiveram na doutrina e na legislação; e a relevância doutrinária do autor das críticas, hoje um dos maiores expoentes da doutrina do direito processual, especialmente em tema de prova judiciária⁸⁰.

⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1972, Vol. 5.

⁸⁰ Debate do qual, de resto, também se valeu proficuamente Flach para examinar o problema da verossimilhança no processo civil (FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, esp. pp. 66-73).

Embora admitindo certa dificuldade em dogmaticamente apartar a verossimilhança de alguns fenômenos probatórios correlatos, Calamandrei destaca, em seu seminal “*Verità e verosimiglianza nel processo civile*”, que a distinção entre os fenômenos da possibilidade, da verossimilhança e da probabilidade em face da verdade seria apenas de grau. Os fenômenos teriam a mesma natureza, e a sua distinção estaria em que apontariam para diferentes graus de aproximação da verdade. Afirma, nesse sentido, que “*possível é o que pode ser verdadeiro; verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro*” e que “*Provável seria, etimologicamente, o que se pode provar por verdadeiro*”, pelo que, “*se tomamos como termos de referência a comprovação da verdade, se pode dizer que essas três qualificações (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva acentuação, em direção ao reconhecimento do que é verdadeiro*”⁸¹.

Da obra de Calamandrei não se percebe, portanto, distinção ontológica entre *verossimilhança* e *probabilidade*: ambos os fenômenos se diferenciariam apenas no que se refere ao grau de confirmação de um e outro em relação à noção de verdade. Ter um enunciado fático por “provável” significaria tê-lo em grau mais elevado de confirmação (em relação à verdade) do que se este fosse apenas “verossímil”. O mais elevado grau confirmatório da verdade do enunciado provável decorreria, por sua vez, do contexto probatório, ao passo que a verossimilhança restaria baseada apenas e tão somente em uma realidade já antes conhecida, originada do *id quod plerumque accidit*, isto é, da ordem normal das coisas, do que normalmente acontece⁸². Em suma, tanto a verossimilhança quanto a probabilidade consistiriam em expressões representativas de fenômenos aproximados da verdade, diferenciando-se um e outro apenas no que se refere ao grau de aproximação: a probabilidade estaria mais próxima do que a verossimilhança.

Taruffo critica tal modo de compreender o problema. Acredita que o equívoco decorre de equívoca tradução da expressão “*Wahrscheinlichkeit*” do alemão para o italiano, que Calamandrei reduziu a “*verosimiglianza*”, deixando de atentar para os demais significados que

⁸¹ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1972, Vol. 5, p. 620-621.

⁸² CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1972, Vol. 5, p. 620.

possui a expressão⁸³. Afirma que um dos principais significados da expressão alemã é o de *probabilidade*, e que tal fenômeno é inconfundível com o de *verossimilhança*: “é errado entender em termos de verossimilhança o que essa [a doutrina alemã] afirma acerca da probabilidade”, porque “tais significados são distintos e, portanto, não podem ser usados conjunta e alternativamente, como se não houvesse diferença entre eles, em um contexto que tenha pretensões de ser cientificamente aceitável”⁸⁴.

Conforme Taruffo, a verossimilhança serve para designar determinada asserção sobre um fato em função da qual se pode dizer que esta corresponde a uma hipótese plausível segundo a ordem normal das coisas – *id quod plerumque accidit* –, em situação em que tal asserção não tenha sido ainda submetida à verificação probatória. A verossimilhança não expressaria conhecimentos ou grau de conhecimento, já que esses seriam apenas subministrados pelos meios de prova da asserção sobre o fato. Daí que a verossimilhança, portanto, ao prescindir dos elementos de prova, tem a sua relevância no processo restrita aos momentos que antecedem a produção da prova⁸⁵. Nessa linha de raciocínio, a verossimilhança não teria nada que ver com a *veracidade* do enunciado, nem com a sua *probabilidade*, na medida em que tais qualificações não se referem à relação de *proximidade* ou de *representatividade* de um enunciado a respeito da realidade, mas à existência de razões para sustentar que o enunciado é verdadeiro⁸⁶.

No que se refere à distinção entre verossimilhança e probabilidade, afirma Taruffo que “[o] juízo de verossimilhança, portanto, não fornece qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, enquanto a probabilidade diz respeito à existência de razões válidas para sustentar-se que um enunciado é verdadeiro ou falso”. E arremata, concluindo que “a probabilidade fornece informações sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, ao passo que a verossimilhança diz respeito somente à eventual ‘normalidade’

⁸³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 159-160. É interessante notar na tradução castelhana de Tomás Banzhaf à obra de Gerhard Walter (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985), que a mesma expressão vai traduzida por “verosimilitud”. Isso vai sugerido quando, p. ex., o autor passa-se a examinar a “teoría de la verosimilitud preponderante en el proceso civil” (p. 158 e ss.). É curioso notar que a expressão “probabilidad” é utilizada ao lado de “verosimilitud” sendo normalmente separadas pela partícula “ou”, o que sugere sejam tomadas por sinônimas. Não existe, no entanto, qualquer distinção ou justificativa realizada pelo autor ou pelo tradutor ao longo do texto.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 159-160.

⁸⁵ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 164.

⁸⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 161-162.

daquilo que o enunciado descreve”, de modo que “ambos os conceitos referem-se a critérios de qualificação diferentes e não coincidentes”⁸⁷.

Interessante é notar, a propósito das críticas de Taruffo, o argumento de que a verossimilhança, embora tenha origem, assim como as máximas de experiência, no *id quod plerumque accidit*, não seja apta a fornecer “qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado”. A questão que se coloca é: a verossimilhança de um enunciado, isto é, a circunstância de este consistir em “hipótese plausível segundo a ordem natural das coisas” colabora ou não para a formação do juízo de fato, a ser concluído, de regra, após ampla dilação probatória?

Não me parece possível sustentar a hipótese de que o juízo de verossimilhança a respeito do enunciado fático não tenha qualquer colaboração para a formação do juízo de fato. A verossimilhança expressa conhecimento que colabora no processo de construção da verdade no processo, mormente à luz da concepção contemporânea de verdade. Não há como solapar do processo de formação do juízo de fato a verossimilhança, que nada mais é do que uma das manifestações da concretização das máximas da experiência no juízo de fato.

Pense-se na hipótese em que as provas produzidas venham a *contrariar* um juízo de verossimilhança, baseado na ordem natural das coisas, formulado a respeito de enunciado fático não sujeito ainda a qualquer prova. Pergunta-se: haveria distinção, no que se refere ao grau de convencimento judicial necessário para a formação do juízo de probabilidade, entre este caso e outro, no qual as provas produzidas viessem a *confirmar* juízo de verossimilhança inicial baseado na ordem natural das coisas? Parece-me evidente que o ônus argumentativo deva ser mais robusto no primeiro caso para convencer que, na hipótese concreta, os fatos se passaram em contrariedade com aquele juízo liminar baseado no *id quod plerumque accidit* do que no segundo, no qual a prova o confirma. Não há como eliminar do intérprete a realização de tais juízos de verossimilhança liminares e o modo como estes contribuem, ainda que minimamente,

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 90. Há tradução para o português: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

na convicção em torno da probabilidade do enunciado fático⁸⁸. A verossimilhança não apenas indica a conformidade do enunciado fático particular àquilo que normalmente acontece, mas também funda critérios para a conformação do juízo probabilidade no caso concreto. Note-se bem o ponto: é inegável que “o conhecimento da realidade histórica pode ter fontes, objetos e acontecer de formas diferentes”⁸⁹; o que não se pode aceitar por exato é a peremptória afirmação de que os juízos de verossimilhança não fornecem “qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado”.

É de se concordar, portanto, com a observação de Daisson Flach no sentido de que “A máxima de experiência é, na realidade, uma concepção do normal que auxilia na construção do significado tendo como referência coisas sabidas pelos participantes do debate, e cuja relativização determina ônus argumentativo”⁹⁰. Ainda que talvez por vezes imperceptíveis, os juízos hipotéticos baseados na experiência comum, que inegavelmente apoiam os juízos de verossimilhança, existem e atuam como elementos de vinculação à realidade. Nas necessárias conexões entre os elementos probatórios adquiridos no processo, o juízo de probabilidade não pode desconsiderar, portanto, os juízos de verossimilhança da alegação, ou seja, a sua vinculação com aquilo que normalmente acontece⁹¹.

Nada justifica, portanto, solapar a colaboração de juízos de verossimilhança na formação do juízo de fato, justamente porque não se nega que a sua essência e fundamento encontra-se vinculado à realidade das coisas, isto é, naquilo que normalmente acontece. Vale dizer: só se pode compreender a dimensão da verdade e do provável tendo por pano de fundo a ordem normal das coisas e isso não raro inclui juízos de verossimilhança.

Isso não afasta a conclusão de que a *probabilidade* distinga-se da *verossimilhança* por pressupor a valoração das provas produzidas no processo concretamente considerado, ou seja, as provas particulares. Não afasta, por outro lado, a conclusão de que a alegação verossímil

⁸⁸ Substancialmente, porque isso “importa um juízo de valor que se dê preferência, ao menos tendencialmente, à alegação verossímil (ainda que potencialmente falsa), em detrimento daquela que se afigure inverossímil (embora potencialmente verdadeira)” FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 98.

⁹⁰ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.

⁹¹ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

possa vir a ser reputada inverídica; aliás, mesmo a mera preponderância na probabilidade de determinado enunciado fático não é necessariamente suficiente para reputá-lo verdadeiro na seara processual, como ocorre, por exemplo, pela adoção do *standard* de prova próprio do processo penal, que depende de prova acima da dúvida razoável e, portanto, mais do que a mera preponderância de probabilidade.

O acerto da verdade no juízo de fato decorrerá, substancialmente, do *grau de probabilidade* determinado não apenas pelo procedimento probatório, das provas colhidas, mas também no que se refere às particularidades do direito material que é objeto de exame na demanda. Tal constatação permite não apenas considerar, como pressuposto do juízo, ser indispensável a consideração das noções relativas ao *id quod plerumque accidit* – entre as quais se incluem os juízos de verossimilhança – e o modo pelo qual, em sentido dogmático, é construída aludida *probabilidade*.

2.2. Verdade e probabilidade

Em sendo a verdade compreendida em termos de probabilidade, revela-se necessário examinar o conteúdo dogmático do fenômeno. A doutrina aponta para duas perspectivas distintas de análise: a da probabilidade quantitativa, ou pascaliana; e a probabilidade lógica, ou baconiana. Cumpre examiná-las para verificar qual se ajusta melhor aos escopos da prova judiciária.

2.2.1. Verdade e probabilidade judicial quantitativa

A primeira hipótese para a compreensão da probabilidade judicial, com bastante aceitação na experiência estadunidense⁹², diz para com o conceito de *probabilidade quantitativa*.

⁹² Segundo Marina Gascón, isso talvez se explique pela necessidade de introduzir critérios gerais (quantitativos) de valoração da prova aptos a neutralizar a suscetibilidade emocional dos jurados, enquanto responsáveis pelo juízo de fato, assim como pela ausência de um dever de motivação do veredito, pelo que exerceria a função de “contrapeso ao princípio da livre convicção”. Além disso, o sucesso alcançado pela probabilidade quantitativa decorre da

Segundo tal concepção, a probabilidade constitui a medida ou o grau de (in)certeza de um fenômeno do qual não se pode atestar sua falsidade (ou inexistência) nem a sua verdade absoluta (ou existência)⁹³. A concepção tem suas bases teóricas na doutrina de Pascal – daí também ser reconhecida por *pascaliana* – e Fermat, e desenvolveu-se pelos estudos de Leibnitz e Bernoulli, os quais estavam convencidos de que os cálculos matemáticos de Pascal tinham revelado a estrutura fundamental das probabilidades forenses, o que é compartilhado por significativa parcela da doutrina contemporânea⁹⁴.

A probabilidade pascaliana, ou estatística, pode ser examinada através de duas perspectivas: a objetiva e a subjetiva.

A *probabilidade quantitativa objetiva* ou *estatística*, que dá origem aos cálculos matemáticos da probabilidade⁹⁵, indica características dos fenômenos do mundo real e, portanto, a frequência com que determinado tipo de fato se verifica dentro de uma classe ou série de fenômenos⁹⁶. A concepção é objetiva porque mede o número de possibilidades, em termos estatísticos, isto é, de *mathematical calculus of chance*⁹⁷, de que determinado evento ocorra.

A *probabilidade quantitativa subjetiva* tem por escopo *racionalizar o convencimento* sobre a probabilidade objetiva, ou seja, sobre a eventualidade de que determinado evento se verifique ou tenha se verificado: o valor quantitativo da probabilidade representa, portanto, a *medida de convencimento racional* a respeito desse evento, isto é, o grau em que é racional sustentar que é verdadeira a proposição que o afirma⁹⁸. É aferível através de cálculo matemático que compreende tanto i) o grau subjetivo de adesão a uma hipótese de fato como ii) o grau de aceitabilidade que esta adquire sobre a base da frequência relativa dos eventos da classe na qual se inclui o evento que se pretende conhecer⁹⁹. O cálculo é provido pelo *teorema de Bayes* que,

evolução da *forensic science*, com sua imensa gama de provas científicas de estrutura probabilística-estatística (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 162-163).

⁹³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 168.

⁹⁴ Como registra COHEN, Jonathan L. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 2.

⁹⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 94.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 169; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 94.

⁹⁷ COHEN, Jonathan L. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 2.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 169; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-96.

⁹⁹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 169.

em realidade, traduz-se não como teoria probatória, mas em *método de cálculo* sobre a base do qual, face à necessidade de valorar a aceitabilidade da hipótese sobre o fato X, se estabelece a provável frequência de X dentre de uma classe determinada de eventos, tomando em conta a distribuição precedente dos fatos X nesta classe. O teorema de Bayes permite atribuir a tal frequência estatística, desse modo, um valor numérico fracionário compreendido entre 0 e 1, sendo que tal valor representa o grau de convencimento racional provável – e, assim, *subjetivo* – sobre X¹⁰⁰.

Esse é, justamente, o elemento mais atraente da doutrina bayesiana: o de que o teorema possui por base um cálculo matemático e, via de consequência, visa à obtenção de valores exatos a respeito da probabilidade da verdade de determinado fato¹⁰¹. Nada obstante isso, tal concepção, embora apta a atribuir a frequência provável de determinado tipo de evento, desconsidera o que mais importa de modo geral no processo: os fatos individuais, ou seja, os elementos de prova que se destinam a confirmar a aceitabilidade da hipótese de fato concreta, isto é, do caso específico da demanda proposta¹⁰².

O teorema de Bayes explica como combinar i) a distribuição precedente de certo fenômeno em determinado contexto – o que a doutrina denomina *prior probability* ou *base rate information* –, e ii) a “função de probabilidade”, a fim de determinar a provável densidade ou frequência do evento dentro de uma amostragem abstratamente determinada. A equação visa, dessa forma, calcular a probabilidade estatística de que determinado fato venha a ocorrer à luz de dado contexto fenomenológico. Nada resolve o teorema, todavia, a respeito do caso concreto, pois não leva em conta a base probatória específica do fato particular alegado, ou seja, não toma em consideração a possibilidade de existirem provas que contrariem a *prior probability* (lei estatística ou, na falta desta, determinado valor atribuído pelo intérprete) no caso concreto¹⁰³. Disso acaba decorrendo um equívoco lógico evidente do ponto de vista probatório: a frequência estatística pode dizer quantas vezes deve se verificar determinado fato durante certo período de

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 171.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 172-173.

¹⁰² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98. No mesmo sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 168.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 174-175.

tempo à luz um dado contexto, mas nada diz a respeito do caso particular, isto é, sobre a probabilidade de que o enunciado fático tenha efetivamente ocorrido¹⁰⁴.

A prova judiciária se presta, em geral, à promoção de um juízo a respeito de enunciados fáticos que tenham ou não ocorrido no passado. A proposta de investigar a verdade, em termos de probabilidade, a respeito de que tais fatos tenham ou não ocorrido mediante cálculo estatístico destinado a esclarecer a frequência com que tal fato sucede em determinado período de tempo nada esclarece a respeito daquilo que é efetivamente questionado, isto é, se tal enunciado corresponde, de fato, àquilo que ocorreu ou deixou de ocorrer. Exemplos relevantes de provas científicas de estrutura estatística encontram-se naquelas destinadas a examinar a periculosidade nos processos de *mass torts*, relativamente aos danos à saúde produzidos pelo uso de fármacos nocivos (*toxic torts*) ou pelo contato com materiais cancerígenos (*exposure torts*), e o exame de DNA. Registra Marina Gascón Abellán que, nos processos de *mass torts*, há de se provar o nexo de causalidade entre o uso do medicamento (ou da exposição ao material) e o dano produzido (*specific causation*); mas “os numerosos sujeitos afetados se encontram em situações muito diversas e só têm em comum o haver estado exposto ao efeito danoso, pelo que o único que se pode provar mediante a prova científico-estatística é a periculosidade em geral do fármaco ou do material em questão (*general causation*)”. Desse modo, “ainda resta por provar o nexo de causalidade no caso específico mediante inferência indutiva na qual a prova científica da periculosidade é apenas uma premissa para a mesma”¹⁰⁵.

Outro importante óbice à aplicação da probabilidade quantitativa está na fixação da *prior probability* enquanto premissa do teorema de Bayes. Com efeito, nem sempre se encontram disponíveis as frequências estatísticas que proporcionem a constituição das *prior probabilities*, pois não existem estudos científicos estatísticos a respeito de todo e qualquer enunciado fático proposto em juízo. Aliás, muito pelo contrário: considerado o volume de casos submetidos à prova judiciária, as frequências estatísticas, mormente aquelas formuladas em bases cientificamente seguras, são algo raro. A saída a ser encontrada pelo intérprete, em tais casos, seria, ele mesmo, estipular a premissa (*prior probability*). Por óbvio isso compromete a conclusão da equação proposta, porquanto a estipulação é realizada, em tais moldes, sem

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 174, nota 105.

¹⁰⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 169.

fundamento em bases suficientemente seguras¹⁰⁶. Tal constatação torna a aplicação da concepção bayesiana de probabilidade ao processo bastante restrita, o que equivale a dizer que esta “não é capaz de fundamentar uma teoria geral de valoração das provas” e, mais do que isso, “tem uma utilidade absolutamente marginal”¹⁰⁷.

Caso fosse possível alcançar a probabilidade com base em critérios realmente seguros, a aplicação do teorema de Bayes consistiria em regra no processo civil. Todavia, considerando o objeto do problema do teorema de Bayes – a verdade – e, em particular, suas variáveis (*prior probabilities*), tal tarefa se revela praticamente impossível. A simples constatação de que o alcance da verdade absoluta é tarefa impossível – face às contingências próprias da epistemologia e do processo judicial – já revela a impropriedade de que um método matemático venha a ser aplicado ao problema¹⁰⁸. Evidentemente, as probabilidades matemáticas por vezes cumprem seu papel na formação do juízo de fato. Mas quando isso ocorre, vale sublinhar, a função que exercem não é substancial¹⁰⁹. Embora através da probabilidade quantitativa seja possível aferir a correção interna do raciocínio empregado para a obtenção da probabilidade, não é possível assegurar a correspondência dos seus resultados à realidade externa¹¹⁰.

Nesse sentido, é lícito concluir, com Michele Taruffo, que “[n]a teoria bayesiana o cálculo das probabilidades não oferece, em nenhuma das suas versões, uma racionalização aceitável e eficiente do problema concernente à confirmação probatória da hipótese sobre o fato”. Com efeito, “mais além o fato de que não apenas é científico aquilo que pode ser traduzido em números, resulta que a aplicação do método bayesiano é, por um lado, contraproducente e

¹⁰⁶ Conforme Taruffo, “uma vez que se acentuam os caracteres subjetivos no estabelecimento das premissas do cálculo, há de se reconhecer a eventualidade de que distintas pessoas assintam distintas probabilidades subjetivas às mesmas proposições, e isso elimina qualquer índice de aceitabilidade do cálculo” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 180).

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 175-176. De mais a mais, J. Cohen aponta, na obra mais clássica sobre o tema, diversos paradoxos existentes na probabilidade pascaliana, além do proveito científico, especialmente do ponto de vista da prova judiciária, na adoção de concepção alternativa da probabilidade, qual seja, a da probabilidade lógica (COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, *passim*).

¹⁰⁸ Conforme Cohen, “se pudéssemos medir a probabilidade (...) esta se conformaria com os princípios matemáticos; mas na prática não podemos medi-los” (COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 53).

¹⁰⁹ COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 56. Examinamos o problema da colaboração da prova estatística com maior atenção *infra* (Parte III, item 4.1.2.2).

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

perigoso, já que implica riscos elevados de erros e mal-entendidos, e, por outro, escassamente funcional no contexto processual porque a peculiar característica de descuidar o dado que nesse contexto se afigura o mais importante, isto é, o peso e o significado dos elementos de prova disponíveis no caso concreto”¹¹¹.

2.2.2. Verdade e probabilidade lógica

A *probabilidade lógica*, ou baconiana, por outro lado, não tem por objetivo estabelecer a determinação quantitativa das frequências correspondentes a determinados tipos de eventos, como proposto pela teoria pascaliana, mas sim a racionalização da incerteza correspondente à hipótese de fato. Sua fundamentação encontra-se baseada nos elementos de confirmação – as provas – disponíveis com relação a tal hipótese concreta. Em síntese, a concepção envolve a adoção de critérios para graduação do suporte indutivo, ou seja, das provas: daí decorre a eloquente expressão de L. Jonathan Cohen no sentido de que a probabilidade é a generalização da noção de “*provabilidade*” (*provability*)¹¹². Em tal concepção, o grau de probabilidade das hipóteses de fato equivale, portanto, ao grau de confirmação obtido através dos elementos probatórios¹¹³. Vale dizer: não surge do azar, mas de *causas*: “a probabilidade de uma hipótese se apoia em sua conexão lógica com as provas através de regras (causais) gerais, e mede o grau de apoio (indutivo) que as provas proporcionam à hipótese”¹¹⁴.

Existem, substancialmente, dois campos principais de aplicação: o primeiro encontra-se ligado ao problema da *justificação da indução*, isto é, das condições em cuja presença se pode dizer que uma asserção de conteúdo geral ou quase geral de natureza axiomática encontra-se fundamentada¹¹⁵; o segundo, mais relevante para o problema aqui

¹¹¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 181.

¹¹² COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 14; ou “probability as a gradation of provability” (p. 13-32).

¹¹³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 199-200.

¹¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 174.

¹¹⁵ Tema a ser desenvolvido *infra* (Parte III).

examinado, está ligado ao problema da fundamentação das hipóteses sobre eventos particulares e específicos com relação aos elementos de prova disponíveis em cada momento¹¹⁶.

A probabilidade lógica tem por método o estabelecimento de conexões lógicas entre as provas colhidas no curso do processo e as alegações de fato. Tais conexões são o que determinam o *grau de apoio inferencial* que, em última análise, corresponde à verdade da alegação de fato. O aumento desse grau – devido ao incremento de elementos probatórios convergentes na mesma direção, p. ex. –, implica no aumento da probabilidade de que tal hipótese de fato seja verdadeira. Estabelecida a estrutura inferencial do grau de apoio da hipótese fática, os problemas relativos a situações probatórias complexas se resolvem mediante a articulação das inferências, de modo a estabelecer, em sede conclusiva, o grau final de probabilidade que os elementos de prova atribuem às diversas hipóteses fáticas¹¹⁷, formando-se, dessa forma, o juízo de fato.

Enquanto a concepção quantitativa da probabilidade se baseia fundamentalmente em dados estatísticos para concluir pela veracidade de determinada alegação de fato, a concepção lógica se baseia, em larga medida, no *id plerumque accidit* e nas máximas da experiência. Como atesta Taruffo, “se trata evidentemente de conhecimentos não quantificados e, portanto, não sujeitos a cálculos, que, sem embargo, funcionam como critérios de inferência capazes de vincular os elementos de prova com a hipótese fática submetida à confirmação, atribuindo a esta última um certo grau de apoio indutivo”¹¹⁸. Embora tais elementos probatórios que apoiam indutivamente a promoção da verdade prescindam de objetivação em termos matemáticos, sua aptidão para colaborar no processo lógico desenvolvido para a formação do juízo de fato é controlado mediante o exercício do contraditório. A segurança no manejo das noções de senso comum e das máximas da experiência para a formação do juízo de fato é diretamente proporcional à valorização do diálogo judicial: o contraditório possui inegável aptidão para constringer a utilização de premissas adequadas à solução do problema concreto¹¹⁹.

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 200.

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 202.

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 203.

¹¹⁹ Conforme Knijnik, “considerando que sempre e necessariamente incide na formação do juízo de fato uma máxima de experiência, impõe-se ao julgador mencioná-la e indicá-la, na fundamentação, a fim de que as partes possam sobre ela debater, submetendo-a ao contraditório (...) a fim de (...) garantir maior racionalidade ao juízo de fato quanto a este aspecto nuclear” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71-72). No mesmo sentido, mas em perspectiva mais abrangente em tema de prova judiciária,

Isso não significa, todavia, que as leis científicas e as leis estatísticas também não possam colaborar com a formação do juízo de probabilidade lógica. A ausência de cálculo matemático não obsta a existência de eventual conexão lógica de leis científicas, inclusive de caráter estatístico, com as demais provas, de sorte a outorgar apoio indutivo a essa ou aquela hipótese de fato.

Seja como for, a partir do conceito de apoio indutivo de uma generalização é que Cohen desenvolve a lógica da probabilidade indutiva. A construção consiste, mais especificamente, em contrastar hipóteses e eliminar aquelas que sejam contrariadas pelas provas. As generalizações que servem de base à inferência indutiva (máximas de experiência, p. ex.), constituem leis causais do tipo “se sucede *A normalmente* sucede *B*”. A regra de prova que serve para avaliar a probabilidade indutiva da hipótese consiste em demonstrar que no caso particular não concorrem circunstâncias concretas que excluam a aplicação da regra geral. Em outras palavras: não basta que as provas disponíveis proporcionem um alto grau de apoio à hipótese; é necessário, além disso, que permitam excluir hipóteses alternativas¹²⁰.

A concepção da probabilidade lógica, nesse sentido, possui a virtude de reunir três elementos fundamentais no processo de aferição da verdade e para a adequada formação do juízo de fato: a consideração de elementos probatórios concretos (as provas produzidas); a consideração de elementos probatórios abstratos (as máximas da experiência, as noções de senso comum e leis científicas); e, por fim, a equalização de tais elementos mediante o contraditório, pelo que se dá a colaboração da linguagem e suas respectivas ingerências de natureza semântica. A concepção da verdade enquanto probabilidade lógica permite convergir tais elementos, cotejando a hipótese de fato, sua confirmação nas provas e em relação a elementos probatórios abstratos, além de considerar, sobretudo, o problema da linguagem no que se refere à verificação de sua correspondência à realidade.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª ed., p. 192-195.

¹²⁰ Assim também GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 175-176.

PARTE II – O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Realizado exame dos modelos probatórios e das concepções de verdade enquanto probabilidade, o qual se revela imprescindível para a fixação das bases teóricas atinentes à prova judiciária, passo a investigar o problema do nexo de causalidade na responsabilidade civil. A análise pressupõe, obviamente, o problema central da tese, qual seja, o da prova do nexo de causalidade. Portanto, além de examinar as peculiaridades que envolvem o fenômeno – o que traduz o interesse na consideração dos seus desdobramentos no terreno da prova –, é preciso retratar a sua posição enquanto elemento da responsabilidade civil, as concepções teóricas a seu respeito e os fenômenos que lhe são correlatos.

A reflexão crítica que proponho a partir das próximas linhas é permeada, portanto, pelo exame da doutrina do direito privado. A tensão que se estabelece hodiernamente entre os postulados do atual Direito de Danos e a presença do nexo de causalidade na *fattispecie* substancial da obrigação de indenizar figura como pano de fundo da reflexão, que antecipa e pressupõe a investigação presente na terceira parte da tese, quando ingresso no plano do direito processual para tratar da prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. A análise de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e de alguns tribunais estrangeiros visa a colaborar no ponto.

1. O GIRO PARADIGMÁTICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O NEXO DE CAUSALIDADE: O ESTADO DA ARTE

O sistema de responsabilidade civil estabeleceu-se, historicamente, com base em três fundamentos: a culpa, o dano, e o nexo causal¹²¹. Assim, para que surgisse a obrigação de

¹²¹ Ver, por todos, ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 194.

indenizar, tornava-se necessário para a vítima, além de demonstrar a existência do dano, provar a culpa do agente e a existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta (culposa) deste.

Típico fruto da modernidade, a responsabilidade puramente civil tem o seu surgimento marcado no século XVIII. Constitui evidente efeito das transformações sociais, políticas, jurídicas e éticas que culminaram na Revolução Francesa. Antes disso, no medievo, predominavam os sistemas de responsabilidade coletiva e de vingança privada, cujas reminiscências projetaram-se até o século XVII na Europa ocidental¹²². Com a revolução, e a correspondente exaltação dos seus respectivos valores, as noções de liberdade e de responsabilidade passam a andar intimamente vinculadas, servindo uma de fundamento à outra¹²³. Não surpreende que, desse modo, a responsabilidade civil tenha tido por principal objetivo a moralização de condutas individuais, deixando em segundo plano, por assim dizer, o escopo de assegurar às vítimas a reparação dos seus respectivos prejuízos¹²⁴. Tal contexto cultural promoveu, logicamente, a noção de que a obrigação de indenizar o dano tinha como principal fundamento a culpa daquele que viola o direito subjetivo de outrem¹²⁵. O principal objetivo era, em outras palavras, o juízo de reprovação da conduta do agente e, com base nisso, a sua condenação na reparação do prejuízo. O art. 1382 do *Code Napoléon*, fonte legislativa da construção da teoria da responsabilidade civil, acabou tornando-se fruto dessa atmosfera, ao dispor que “*Tout fait quelconque de l’homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*” (em tradução livre: “qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga aquele pela falta cometida a repará-lo”)¹²⁶. Significa dizer: se o autor é

¹²² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 751.

¹²³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª ed., p. 12.

¹²⁴ Díez-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*, apud MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 13-14.

¹²⁵ A culpa invocada pelos juristas da modernidade possuía forte conotação moral. Embora no direito romano republicano a culpa tivesse caráter objetivo – sendo confundida com o *iniuria* em seu sentido mais amplo, isto é, como ato contrário ao direito –, a influência grega e oriental, de cunho mais individualista do que a de Roma, deu-lhe conotação mais subjetiva. Com a posterior difusão da ideologia cristã, a culpa ganhou fortes contornos éticos e morais, ficando vinculada à noção do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis. A influência do direito canônico durante o medievo reforçou este tom de infração moral atribuído à culpa, que chega à modernidade marcada pela ideia de pecado como consciente violação a um dever de ordem superior (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª ed., p. 14).

¹²⁶ A expressão *faute* deve ser traduzida por *culpa* ou *falta*, ou seja, com a conotação de quebra de um dever ou ausência de um comportamento devido (MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Vol. 93. Out. 1991, p. 39). Em sentido contrário, José Aguiar Dias refere que o termo deve ser traduzido em língua portuguesa por *erro*, mas não por *culpa*, que é o estado moral de quem pratica o ilícito (AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1979, p. 4).

responsável pelos danos causados pelos fatos pessoais é porque este fato constitui uma culpa (*faute*), isto é, o autor não se comportou como deveria, e a culpa, que é a causa da responsabilidade civil, justifica a reparação¹²⁷.

Disso decorreu o enorme prestígio outorgado à culpa, que passou a ser considerada elemento de maior importância na responsabilidade civil, a exemplo do que ocorre no direito penal: prestigia-se o juízo de reprovação da conduta do agente à reparação do dano sofrido pela vítima.

A culpa é caracterizada pela violação de um dever de conduta cujo resultado o autor da ação ou omissão podia ou devia conhecer e evitar¹²⁸. É marcada, assim, pelo seu viés subjetivo, inclusive decorrendo da avaliação de elementos psicológicos e morais do agente. Tais circunstâncias tornam difícil a tarefa de sua demonstração, o que colaborava não raro para juízo negativo ao ressarcimento da vítima. A culpa consistia, assim, em um filtro à reparação. No início isso correspondia aos ideais liberais, que prestigiavam em larga medida a proteção do patrimônio privado, facultando a sua agressão apenas nas hipóteses em que a culpa se revelava evidente, ou seja, que a sua prova não se apresentava tarefa diabólica. Com a revolução industrial e o surgimento do Estado social, no entanto, passou-se a questionar o filtro da culpa, ou melhor, a relevância outorgada à culpa enquanto pressuposto da obrigação de indenizar. Vale dizer: sua justificativa já não mais se ajustava aos anseios de uma nova realidade social¹²⁹. O enfraquecimento do individual em prol do prestígio ao social, além do incremento da complexidade da vida, que colaborou para promover hipóteses jamais antes imaginadas de dano, proporcionou o primeiro estágio de reflexões críticas em torno do problema da culpa¹³⁰.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Vol. 93. Out. 1991, p. 39-40.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128. Registra Clóvis do Couto e Silva, no sentido de caracterizar a culpa na ótica da reprovabilidade da conduta do agente pela ordem jurídica, que “[a]s atividades humanas estão sujeitas a um arquétipo abstrato, em nosso direito, definido pelo art. 159 [do CC/16], que exige que as pessoas não pratiquem ações com imprudência ou negligência. Tanto agir prudentemente, como não agir negligentemente, são cuidados exigíveis, de todos e de cada um, no tráfico jurídico” (COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 193).

¹²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª ed., p. 17-18.

¹³⁰ Do ponto de vista estrutural, dois fatores concorreram para que a noção de culpa, como fundamento exclusivo da responsabilidade civil, fosse afastada. De um lado, a evolução técnica, a crescente complexidade e periculosidade da vida social, causada principalmente pela introdução da máquina, pela formação dos grandes conglomerados industriais e pela concentração urbana. De outro, as novas ideias de cunho social, decorrentes das concepções socialistas ou socializantes, provocou uma inversão dos polos entre os princípios da primazia do interesse individual

Assim é que já no final do século XIX surgem as primeiras propostas doutrinárias em torno da relativização da culpa enquanto filtro para a reparação civil. A hipótese de responsabilidade civil objetiva, que independe do reconhecimento da culpa para o seu reconhecimento; o surgimento da teoria do risco da atividade desenvolvida pelo agente; e da teoria da garantia, destinada a promover a proteção dos interesses da vítima do dano, ganham relevo ao longo do século XX¹³¹. A necessidade era a de restabelecer o equilíbrio entre o agente e a vítima do dano, mediante uma espécie de atualização do direito em face das modificações culturais então recentemente apreendidas¹³². O dever de indenizar passa a ser entendido, assim, como “decorrência da necessidade de repartir os riscos da vida social”¹³³. Exemplo disso na legislação brasileira encontra-se ditado, ainda no início da década de oitenta do século passado, na Lei nº 6938/81, em cujo art. 14, § 1º, determina a obrigação do poluidor, “independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

O fenômeno da constitucionalização dos direitos, sobretudo do direito privado consolidou, de maneira irrefreável, tal mudança de paradigma na teoria geral da responsabilidade civil. A valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e a proposta de compreensão do direito privado na perspectiva dos direitos fundamentais¹³⁴ – o que no Brasil coincidiu com a edição da Constituição de 1988 – alterou diametralmente o escopo da responsabilidade civil. Antes voltada para a figura do ofensor e baseada na culpa, o objetivo principal passou a ser promover a tutela do direito da vítima do dano. Vale dizer: importa mais tutelar adequada e

e da primazia do interesse público, passando este último a primeiro plano, de sorte a constituir um verdadeiro dogma do séc. XX, inclusive com assento constitucional (MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Vol. 93. Out. 1991, p. 44).

¹³¹ São interessantes, a propósito, as observações de Aguiar Dias a respeito do processo de objetivação da responsabilidade civil, escrevendo ainda na metade do século passado: “A teoria da responsabilidade objetiva (...) [c]orresponde, em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico são seriam reparados pelo critério clássico da culpa” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1960, p. 61).

¹³² Sobre a noção de equilíbrio social como fundamento da alteração de paradigma na responsabilidade civil, sobretudo no que se refere à culpa, v. MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Vol. 93. Out. 1991, p. 29-52.

¹³³ COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 191.

¹³⁴ Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 3ª ed., *passim*.

efetivamente o direito da vítima, inibindo ilícitos e ressarcindo os danos, do que penalizar o ofensor.

O giro paradigmático decorre da compreensão que o direito privado deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana e em acordo com os direitos fundamentais¹³⁵; e de que a responsabilidade civil, nesse passo, deve ser compreendida na perspectiva de que seja capaz de outorgar efetiva e adequada tutela aos direitos; *in casu*, o direito da vítima do dano. Os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva também participam da construção desse novo modelo, colaborando para afastar a responsabilidade civil de sua clássica perspectiva liberal¹³⁶. A máxima sedimentada, a partir dessa interpretação conforme à Constituição, é de que a vítima deve ser ressarcida toda a vez que a ela for causado um dano injusto, seja por conta de uma conduta culposa (considerada como tal através de um *standard* objetivo), seja por conta de uma atividade perigosa, ainda que lícitamente desenvolvida¹³⁷ (isto é, na hipótese de atividade de risco). A própria Constituição, aliás, passou a prever expressamente determinadas hipóteses que, embora específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII; e art. 37, § 6º), deixaram claro o novo rumo a ser trilhado pelo intérprete a partir da nova realidade normativa.

Alguns importantes efeitos de tal giro paradigmático foram sentidos imediatamente na legislação após a promulgação da Constituição. São conhecidas, a propósito, as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor em torno da responsabilidade objetiva do fornecedor e a consolidação, no Código Civil de 2002, da responsabilidade objetiva por fato de terceiro (art. 933), por fato dos animais (art. 936), dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (art. 931), do transportador (art. 734) e, como principal inovação, pelo risco da atividade desempenhada pelo agente (parágrafo único, art. 927). Diante de tal nova realidade, perde a culpa o *status* de principal filtro ou obstáculo para a

¹³⁵ BODIN DE MORAIS, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 3ª ed., p. 111-144.

¹³⁶ A propósito, v. CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, *passim*.

¹³⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 88-89.

reparação civil, a ponto de a doutrina sustentar encontrar-se a responsabilidade civil subjetiva em plano residual comparativamente à objetiva¹³⁸.

O processo de relativização do filtro “culpa” deveria promover maior relevo ao problema do nexo de causalidade¹³⁹. Todavia, talvez por consistir no “mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”¹⁴⁰, pelo que a sua compreensão e demonstração resulta em tarefa de elevada complexidade, é fácil observar as dificuldades da doutrina e dos tribunais ao examinarem o problema. No que se refere à determinação do nexo causal enquanto *fattispecie*, é possível colher das decisões judiciais ausência de uniformidade não apenas a respeito da distinção entre nexo de causalidade e os fatores de atribuição (o risco, notadamente), mas acerca dos critérios de interpretação do nexo de causalidade. Disso resulta, inevitavelmente, a violação do princípio da segurança jurídica, seja na perspectiva do ordenamento jurídico em geral – no sentido de que este, no seu conjunto, deve ser inteligível formal e materialmente – seja no que se refere à aplicação individual e concreta das normas relativas à responsabilidade civil¹⁴¹.

O certo é que, com o ocaso da culpa, o nexo de causalidade tornou-se o principal filtro à reparação civil, a ponto de a doutrina afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade civil objetiva, “acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência do nexo de causalidade”¹⁴². Sendo iniludível a sua importância e, de outra banda, manifestas as dificuldades no tratamento do tema, importa aproximar alguns critérios objetivos destinados à sua compreensão no plano do direito material, vale dizer, em torno da interpretação do nexo de causalidade.

¹³⁸ Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, “[d]e acordo com as previsões do Código Civil de 2002 pode-se dizer que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem de culpa” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva*, apud SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª ed., p. 23, nota 54).

¹³⁹ A propósito, advertia Pontes de Miranda que “[a] conexão causal é da máxima importância quando não se apura a culpa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsói, 3ª ed., 1971, p. 185).

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 84, para quem “sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da *causa*, desponta a sua complexidade maior” (os grifos são do original).

¹⁴¹ Sobre o tema ver, por todos, ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 139-140.

¹⁴² VIOLANTE, Andrea. *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, apud SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª ed., p. 56, nota 5.

2. DEFINIÇÃO

O nexu de causalidade constitui a relação de conexão entre dois eventos: um antecedente, ao qual se lhe atribui a qualificação de “causa”, e outro posterior, ao qual se atribui a qualificação de “efeito” ou, no caso específico da responsabilidade civil, de “dano”. Não constitui, no entanto, simples associação entre estes dois fenômenos, mas *relação* na qual um específico fato (causa) *determina* a sucessão de outro específico fenômeno (efeito). Os eventos “causa” e “efeito” são constituídos por dois ou mais fatos, de modo que tanto a causa pode ser composta de um ou mais eventos quanto o efeito pode ser composto de uma ou mais consequências dessa causa. A *relação* que se estabelece entre estes dois fenômenos é denominada *nexo causal*, *nexo de causalidade*, ou *nexo etiológico*. Ao contrário do fenômeno tido por “causa” e aquele tido por “efeito”, o nexu de causalidade tem por característica não ser um evento empírico observável ou perceptível¹⁴³. Decorre dessa sua particular natureza a sua consideração, pela doutrina, como o elemento mais complexo da responsabilidade civil¹⁴⁴.

Abordar o nexu de causalidade na perspectiva da responsabilidade civil pressupõe reconhecê-lo como “liame obrigatório entre o fato (causa) e o dano (efeito)”¹⁴⁵. Vale sublinhar: “o nexu causal há de ser verificado entre o *fato* e o *dano*, e não sempre entre o devedor e o dano,

¹⁴³ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 113.

¹⁴⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 326; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. V, 2ª ed., 1962, p. 251; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 14.

¹⁴⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 197-198. No mesmo sentido, LOPEZ, Tereza Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 22; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 113; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª ed., p. 12. Na doutrina estrangeira, v. por todos, ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 9ª ed., 2001, p. 554.

porque o ato ilícito não é a única fonte dos deveres de indenizar”¹⁴⁶. Sobretudo, e considerando os fins da abordagem proposta, constitui um dos pressupostos da responsabilidade civil, sendo assim indispensável demonstrá-lo a fim de que seja reconhecida a obrigação de indenizar.

3. A NATUREZA (JURÍDICA) DO NEXO DE CAUSALIDADE

3.1. A noção de causalidade como fenômeno da natureza

A noção de causalidade não se limita aos limites da investigação jurídica. A ideia de que a sucessão de determinado efeito deve-se à ocorrência de determinado acontecimento prévio é, antes de tudo, fenômeno da vida; encerra, sobretudo, problema de natureza epistemológica. Falar em nexo de causalidade supõe reconhecer determinado evento como “causa”, outro como “efeito”, além da existência de uma relação entre estes. Só é possível qualificar determinado evento como “causa” mediante raciocínio lógico, isto é, através de interpretação acerca da relação que se estabelece entre dois eventos, um anterior e o seu respectivo efeito. Tal relação não é de uma simples associação e não possui, portanto, natureza exclusivamente fática, dependendo sempre de significativo grau de reflexão.

Com efeito, a compreensão a respeito da natureza da causalidade, no plano da epistemologia, envolve o desenvolvimento de um processo de fatos que, baseado em determinadas premissas não exatamente fáticas, mas lógicas, torna a investigação do fenômeno da causalidade tarefa de importante grau de complexidade.

A difusa desconfiança a respeito da metafísica que caracterizou o positivismo do século XVIII quase levou à eliminação do conceito de causa na ciência. A partir de Comte, o escopo da ciência foi reduzido à constatação da causalidade como mera regularidade de fenômenos, regularidade que, embora tivesse conotação associativa, não vinha concebida como

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsó, 3ª ed., p. 184. A advertência é fundamental para a distinção nem sempre clara entre nexo de causalidade e nexo de atribuição (imputação), conforme examino *infra* (Parte II, item 3.1.4).

expressão de uma *necessariedade* entre estes. O século XIX não tardou a mudar o modo de considerar a ciência: o neo-positivismo, também conhecido como positivismo lógico ou empirismo lógico, deu vida à concepção que consiste no atribuir às leis científicas a característica de expressar o grau máximo de objetividade e confiança atingível pelo homem. Emerge com força, a partir daí, sobretudo nas obras de autores como Carnap e Hempel, a temática da explicação científica para a causalidade. Nesse contexto é que nasce a concepção do modelo *nomológico-dedutivo*, com o qual a epistemologia contemporânea identifica a explicação causal. Em tal modelo, a relação causal é compreendida como regularidade de acontecimentos. Mas não apenas isso. Agrega-se o fator *necessariedade* como característica da causalidade, no sentido de que os acontecimentos regulares dependam *necessariamente* um do outro na sua cadeira temporal sucessória¹⁴⁷.

Hempel e Oppenheim estabeleceram a pioneira teoria a respeito da causalidade. As posteriores críticas e desenvolvimentos em torno do problema, modo geral, tomam sua concepção como ponto de partida. A teoria acerca do modelo *nomológico-dedutivo da explicação causal*, desenvolvida a partir da obra *Studies in the Logic of Explanation*, publicado em 1948, estabelece o nexo de causalidade como relação entre duas premissas, os *explanans*, e a sua conclusão, o *explanandum*. O *explanandum* é a consequência, isto é, o efeito. Uma das premissas *explanans* é atribuída à “causa”. A outra premissa *explanans* é constituída de uma ou mais “leis de cobertura”, isto é, uma ou mais leis científicas de validade geral. Do cotejo entre tais elementos (*explanans + lei de cobertura = efeito*) é possível deduzir o nexo de causalidade, isto é, a relação entre a causa e o efeito no caso concretamente considerado¹⁴⁸. A inferência é “nomológica” porque é fundada em uma lei (científica) de validade geral, e é “dedutiva” porque tal “lei de cobertura” é, ao menos em princípio, geral, e, portanto, inclui o caso particular que é objeto de consideração: se em todo o caso ocorre que “X” causa “Y”, também, no caso particular, “x” causou “y”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Conforme registra AGAZZI, Evandro. La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli). In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1999, p. 411 e ss.

¹⁴⁸ STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 342-343. Ferrajoli sustenta, de sua vez, a interessante utilização do modelo nomológico-dedutivo da explicação causal não apenas como critério para a compreensão da estrutura da causalidade material, mas como critério de decisão judicial (FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Razão*. Trad. Juarez Tavares et. alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 135-140).

¹⁴⁹ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 114.

Posteriormente, Hempel publicou *Aspects of Scientific Explanation* (1965), obra na qual admite que nem toda explicação científica submete-se ao modelo “nomológico-dedutivo”. Segundo o autor, existem algumas explicações que possuem caráter *probabilístico* ou *indutivo*¹⁵⁰. Descreve a concepção de raciocínio lógico que, grosso modo, estabelece-se à semelhança do modelo “nomológico-dedutivo”; porém, com uma diferença fundamental: ao invés de uma “lei de cobertura” de caráter absoluto, tem-se, enquanto *explanans*, uma lei estatística. Trata-se, assim, do modelo “estatístico-indutivo” e, neste caso, o *explanandum* não mais será fruto de uma lei de validade geral, com contornos absolutos, mas de uma lei estatística, que prevê determinado percentual de chance de que o evento venha a ocorrer. Por tal motivo, tal modelo nomológico-indutivo não implica em, dedutivamente, explicar o *explanandum* – e, por conseguinte, o nexo de causalidade –, mas apenas induzi-lo a partir de estatísticas já realizadas¹⁵¹.

A expressão “lei de cobertura”, para denominar a lei de validade geral inserida no esquema nomológico, explica que o evento a ser explanado, isto é, o *explanandum*, deve ser “coberto” por lei científica com significativo e demonstrado grau de confiabilidade. Isso ocorrerá toda a vez que a lei dispor que “sempre ou quase sempre A é seguido de B”. A “cobertura” falha, por outro lado, se a lei inserida no *explanans* é uma hipótese estatística baixa, média ou mesmo de elevada frequência¹⁵². Tal a razão pela qual Agazzi aduz ser bastante problemática a aplicação do modelo estatístico para a explicação de um nexo de causalidade particular, a não ser que a frequência seja “aproximadíssima a 1”¹⁵³. Nesse mesmo sentido, Frosini alerta que, na ausência de leis universais utilizáveis na explicação causal, pode-se recorrer a leis estatísticas, mas, para que a decisão seja confiável, é necessário que todos os seus componentes estejam dotados de uma probabilidade muito elevada¹⁵⁴.

A reconstrução do nexo de causalidade que liga o evento inicial com o evento final, isto é, do “mecanismo de produção do evento lesivo”, depende, assim, do esquema de probabilidade lógica, ou seja, da prova a ser produzida no caso concreto. Embora não seja

¹⁵⁰ STELLA, Federico. *Il giudice corpuscolariano: la culture delle prove*. Milano Giuffrè, 2005, pp. 6-7.

¹⁵¹ STELLA, Federico. *Il giudice corpuscolariano: la culture della prova*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 1-44.

¹⁵² STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 362.

¹⁵³ AGAZZI, Evandro. La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli). In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1999, p. 401.

¹⁵⁴ FROSINI, Benito. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 124 e ss., apud STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 364-365.

possível reconstruir integralmente a cadeia causal, é possível reconstruí-la satisfatoriamente a partir de seus anéis causais mais relevantes para o reconhecimento do nexos de causalidade. E isso ocorrerá com base na *prova particular*, cuja função será a de dar *concretude* à lei de cobertura no caso. Vale dizer: a lei científica de cobertura informa a regularidade geral na sucessão de eventos e a prova produzida da demanda particular terá a finalidade concretizar a lei de científica de caráter universal, ou seja, de demonstrar que os antecedentes abstratos, listados pela generalização causal, foram concretamente verificados¹⁵⁵. O nexos de causalidade resulta, portanto, do raciocínio que reduz o geral para o concreto: decorre do que as provas demonstram ter ocorrido no caso particular, considerando o que a lei de cobertura determina em abstrato¹⁵⁶.

Imagine-se um fio que está sustentar determinado peso. O limite de resistência do fio é de um quilograma. No caso, o peso que o fio estava a sustentar era de dois quilogramas. O fio se rompeu. Exemplifica-se aí a concretização da lei de cobertura: a lei diz que o fio de cobre, cuja resistência é de um quilograma, rompe-se toda a vez que é superada a sua resistência. No caso, a concretização da lei de cobertura ocorre porque foi demonstrado que, no caso concreto, o peso que o fio teve de suportar era superior a um quilograma¹⁵⁷.

3.2. A indevida distinção entre “causalidade material” e “causalidade jurídica”

A doutrina jurídica, modo geral, costuma utilizar a expressão “causalidade jurídica” para designar a qualificação jurídica que a norma empresta à causalidade, isto é, da “veste jurídica que uma norma atribui a um nexos causal”¹⁵⁸. Em outras palavras, a circunstância de o

¹⁵⁵ STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 416-417.

¹⁵⁶ Conforme afirma WRIGHT, “a demonstração particularista liga uma generalização causal ao caso particular, concretizando os elementos abstratos da generalização, e com isso convertendo uma generalização abstrata em uma generalização concretizada. Sem tal prova particularista não existe base para aplicar a generalização causal ao caso particular” (WRIGHT, Richard. *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*. In: 73 IOWA L.REV. 1001 (1988), p. 1051).

¹⁵⁷ O clássico exemplo é de POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. London: Routledge, 2002, p. 38 e ss.

¹⁵⁸ É o que registra TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 110. De fato, a distinção é realizada na doutrina brasileira por LOPEZ, Tereza Ancona. *Nexos causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23-24; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 97-105; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012, 4ª ed., p. 56. Na doutrina italiana, por todos, CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla*

nexo de causalidade, como fenômeno da vida, estar presente na *fattispecie* abstrata da norma de direito material, serviria para outorgar-lhe relevância jurídica e, portanto, natureza supostamente distinta. Nessa perspectiva, as teorias da equivalência das condições, causalidade adequada, dano direto e imediato, e da imputação objetiva, p. ex., seriam chamadas para explicar qual distinta natureza seria essa, decorrente da mencionada outorga de relevância que o direito emprestaria a tal fenômeno da natureza.

Aludida distinção entre “causalidade material” ou “empírica” e “causalidade jurídica”, no entanto, parece-me equivocada. Embora o nexo de causalidade não tenha natureza absolutamente fática, pois, como se observou *supra*, demanda, para sua aferição, significativo grau de reflexão, o certo é que este se coloca como *fattispecie* da responsabilidade civil no direito brasileiro. Em outros termos: como elemento constante da sintaxe fática para a incidência de norma que dispõe sobre a obrigação de indenizar. A indissociável influência de processo intelectual para aferir o nexo de causalidade não lhe retira, no entanto, a natureza de fenômeno inerente à vida e, por consequência disso, inclusive, de consistir objeto da prova no processo judicial.

Com efeito, pode-se falar em relevância jurídica outorgada pelos textos normativos ao nexo de causalidade simplesmente no sentido de reconhecer o fenômeno como pressuposto da responsabilidade civil, a exemplo do que se reconhece ao dano e à culpa. Não é possível, todavia, atribuir ao nexo de causalidade natureza distinta daquela que o fenômeno possui na realidade da vida, ou seja, em sua perspectiva epistemológica. Pensar o contrário significaria considerar, para efeitos da ordem da vocação hereditária no direito brasileiro (art. 1.829, CC), p. ex., o irmão do falecido como herdeiro preferencial (inciso I). O irmão, entretanto, não ostenta a natureza de “descendente” do *de cuius*, mas de “colateral”. Não é pela relevância jurídica que a norma outorga a determinado fenômeno da vida (no caso, o fato de duas pessoas serem irmãs), no sentido de outorgar-lhe determinado efeito jurídico (no caso, a ordem preferencial dos beneficiários da herança), que este (fenômeno da vida) transforma em sua natureza. Os irmãos na vida também serão irmãos no direito. O mesmo raciocínio serve para rechaçar a distinção entre

condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 158. Na doutrina portuguesa, entre outros, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 52 e ss.

“causalidade material” e “causalidade jurídica”. O fenômeno da causalidade é um só e a sua natureza só pode ser idêntica, qual seja, aquela que se lhe retira da epistemologia¹⁵⁹.

Com base em semelhante convicção, Federico Stella advoga que a compreensão da causalidade dá-se em perspectiva *corpuscolariana*. Segundo a concepção, de notável relevo junto à doutrina europeia que examina o problema do nexa causal¹⁶⁰, a compreensão da causalidade tem origem na sua explicação científica, notadamente nas ciências da natureza. Nessa toada, registra que concepção corpuscolariana da causalidade tem origem na estrutura da física newtoniana, “a qual limitava a causalidade a contatos mecânicos entre objetos, contatos esses expressos através de adequadas leis científicas”, atualmente constituindo “a estrada mestra para compreender a explicação causal penalmente relevante”, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, onde “domina inegavelmente a jurisprudência das Cortes sobre o problema causal”¹⁶¹. Embora registrando a distinção entre causalidade material e jurídica, Taruffo trilha semelhante caminho, ao frisar que o nexa de causalidade material, embora não venha definido nos textos normativos, é pressuposto como premissa à qual as normas fazem implícita referência: “as noções de causalidade material e causalidade jurídica são, portanto, conexas”, na medida em que “a causalidade jurídica implica e pressupõe a causalidade material”¹⁶².

No Brasil, todavia, a doutrina e os tribunais cingem-se a examinar o problema através das aludidas teorias criadas pela doutrina jurídica, omitindo-se assim a qualquer investigação que tenha por base análise de corte científico-epistemológico para o fenômeno. As teorias sobre a causalidade, nesse sentido, constituem os critérios que servem à compreensão do nexa de causalidade pelo sistema da responsabilidade civil brasileiro. Cumpre investigá-las, ainda que

¹⁵⁹ Constitui equívoco sustentar, como faz Ana Perestrelo de Oliveira, a tese da “insustentabilidade de tomar como base de imputação uma causalidade naturalística”, mormente tendo por justificativa, para tanto, as conhecidas dificuldades que giram em torno da sua prova em juízo. Vale dizer: de que “a causalidade naturalística só pode e deve ser exigida se e na medida em que seja justificada, ou seja, na medida em que aquela se assuma como critério valorativamente adequado e juridicamente operacional”, como aduz (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 63 e 69). Mesmo o mais relevante dos motivos não será capaz de mudar a natureza das coisas, de modo que, mesmo diante de dificuldades probatórias, a maçã não se transformará em alface, o copo não passará a ser uma mesa, nem o nexa de causalidade passará a consistir em hipótese de mero risco.

¹⁶⁰ Conforme registram, por todos, TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, p. 104 e ss.; e CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., esp. p. 170-178.

¹⁶¹ STELLA, Federico. *Il giudice corpuscolariano: la culture delle prove*. Milano Giuffrè, 2005, *passim*. A citação encontra-se nas p. 56-61.

¹⁶² TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 113.

sumariamente, a fim de identificar, se possível, alguma proximidade entre estas e aquele que serve à constatação do fenômeno em perspectiva epistemológica, qual seja, o modelo nomológico da explicação causal.

3.3. Os critérios da doutrina jurídica para a aferição do nexo de causalidade

A doutrina denuncia a utilização acrítica pelos tribunais das teorias a respeito do nexo de causalidade¹⁶³. De fato, basta uma singela pesquisa nos precedentes dos principais tribunais brasileiros para perceber a ausência de uniformidade na aplicação dos critérios interpretativos propostos pela doutrina. Nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça, cuja função principal é a de zelar pela uniformidade de sentido e aplicação da legislação federal (art. 105, III, da CRFB), escapa à utilização de teorias que, pelo menos em linha de princípio, supõem-se distintas¹⁶⁴.

Tendo em conta os limites da abordagem que proponho na presente tese, convém examinar criticamente as principais teorias a respeito da relevância do nexo de causalidade para a responsabilidade civil, quais sejam: i) teoria da equivalência dos antecedentes causais (*condicio*

¹⁶³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 122 e ss., com proveitoso exame de jurisprudência, para quem “no Brasil, a verificação do nexo de causalidade é feita de forma intuitiva e atécnica”; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71, para quem as concepções são tratadas “de modo eclético ou atécnico pelas Cortes”; e MULHOLLAND, Caitlín Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 18 e ss., para quem a “completa falta de critérios jurídicos e a atecnia para a definição e pesquisa do nexo causal gerou confusão terminológica e uma miscelânea de decisões que ora adotam como justificativa a teoria da causalidade adequada, ora adotam a teoria do dano direto e imediato, ou até mesmo a teoria da equivalência das condições”. Já para Schreiber, “os tribunais (...) se valem da miríade de teorias exatamente para justificar uma escolha subjetiva, e muitas vezes atécnica, da causa do dano”, ou seja, “com ampla discricionariedade, da causa que, no entendimento do magistrado, melhor assegura proteção à vítima” (SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 158-159).

¹⁶⁴ Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes que fixam a utilização da teoria da causalidade adequada em sua *ratio decidendi*, como no REsp 1185100/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 18/02/2011; e precedentes que fixam a utilização da teoria do dano direto e imediato em sua *ratio decidendi*, como no REsp 1113804/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010. A indistinção, sobretudo entre as concepções da causalidade adequada e do dano direto e imediato é percebida não somente no âmbito do mesmo órgão fracionário como também, por vezes, no seio da mesma decisão, como se pode aferir do que restou decidido no REsp 325.622/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008, onde se lê que “[À] luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato”.

sine qua non); ii) teoria da causalidade adequada; iii) teoria do dano direto e imediato, e vi) teoria da imputação objetiva. Em sequência, procuro aproximar o critério que melhor ilustra o problema do nexo causal na experiência do direito brasileiro.

3.3.1. Teoria da equivalência dos antecedentes causais (*condicio sine qua non*)

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, também denominada “teoria da equivalência das condições”, “teoria objetiva da causalidade” ou, ainda, “teoria da *condicio sine qua non*”, possui sua origem na obra “Über kausalität und derem verantwortund” (“A respeito da causalidade e da responsabilidade dela decorrente”), publicada em 1860, pelo penalista alemão Maximiliano von Buri. Segundo a concepção, considera-se causa todo o fato antecedente sem o qual o resultado não seria verificado. Desse modo, para que surja a responsabilidade, é suficiente que o agente tenha realizado uma condição qualquer do evento. Significa dizer: independentemente do modo como se apresentam em relação à consequência – se mais próximo ou mais distante, se mais direto ou indireto –, todas as condições possuem a mesma relevância de causalidade para o resultado¹⁶⁵.

A *equivalência* decorreria da assertiva de que todo efeito possui uma multiplicidade de condições causais, sendo cada uma delas indispensável para a produção do resultado; a *contrario sensu*, a supressão de uma só delas é suficiente para a supressão do próprio resultado¹⁶⁶. Dito em outras palavras, o fenômeno causal é observado como uma totalidade de múltiplas e equivalentes causas, sendo que a ausência de qualquer uma delas serviria para inibir

¹⁶⁵ Nesse sentido, CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 52-53; Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 9ª ed., 2001, p. 705-706; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35-52; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 68; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155-156; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 138-149; LOPEZ, Tereza Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24-25; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187-191.

¹⁶⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 329; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.

a produção do efeito. Segundo a teoria, a aferição do nexos de causalidade opera-se mediante uma valoração *ex post* em dois sentidos: a conduta é causa do evento apenas se, na ausência desta, o evento não se verificaria (sentido positivo); e a conduta não é causa do evento quando, mesmo na ausência desta, o evento teria igualmente se verificado¹⁶⁷.

A concepção da causalidade *sine qua non* teve notável desenvolvimento na França e na *Common law*, onde é reconhecida pela denominação de *but for test*¹⁶⁸. Influenciou principalmente o direito penal e, por conseguinte, a legislação criminal em diversos países. Nosso Código Penal, p. ex., dispõe, em seu art. 13, que “*O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa*”, sendo que “*Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”, pelo que o Superior Tribunal de Justiça já referendou a sua adoção no sistema brasileiro¹⁶⁹, nada obstante a doutrina ressalve, especialmente quanto ao tema da superveniência de causa relativamente independente, o acolhimento da concepção da causalidade adequada¹⁷⁰.

A indistinção quanto à relevância que as diferentes causas e condições possuem no que se refere à produção do evento é o que fundamenta a principal crítica formulada em face da utilização da concepção no âmbito da responsabilidade civil. Isso porque, ao considerar relevantes todas as possíveis condições do evento, excluindo, desse modo, a possibilidade de considerar qualquer outra circunstância como apta a comprometer a estrutura do nexos causal, o critério não raro pode levar a resultados desastrosos, como aquele que reconhece como causa da morte de determinada pessoa o fato de ela ter nascido ou, se esta foi ferida por revólver, o fato de a arma ter sido fabricada. Assim, a ausência de qualquer óbice a que se considerem causas todas as condições do evento torna indispensável a regressão a todas condições antecedentes, mesmo aquelas que se apresentem distantes, do ponto de vista lógico, do evento danoso. Segundo

¹⁶⁷ CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 53.

¹⁶⁸ CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 54.

¹⁶⁹ Segundo o STJ, “[o] sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO)” (HC 18.206/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 04/12/2001, DJ 04/03/2002, p. 299).

¹⁷⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40-41. Na doutrina penal, nesse sentido, REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2004, p. 254-257.

expressiva doutrina, a concepção, embora seja a que melhor explique a causalidade em termos “lógico-naturalísticos”¹⁷¹, tem sua adaptação às peculiaridades do contexto jurídico algo problemático, porque permitiria a responsabilização solidária de todos os participantes na inteira cadeia de causação de determinado dano, “ainda que a sua participação tenha sido mínima ou quase inexpressiva”¹⁷².

Por outro lado, semelhante crítica pressupõe o nexo de causalidade como *único* pressuposto da responsabilidade civil, olvidando que este constitui apenas *um* dos seus pressupostos, pelo que o dever de indenizar apenas é reconhecido quando se encontram configurados também os demais elementos da *fattispecie*, quais sejam, o dano e o fato de imputação (culpa ou o risco, p. ex.)¹⁷³. Com efeito, a aplicação da teoria tem, por corolário lógico – segundo seus defensores –, a outorga de maior relevo aos fatores de imputação: considerando todos os elementos condicionais como “causas” em sentido jurídico, ao nexo de causalidade não se atribui papel decisivo quanto ao reconhecimento da obrigação de indenizar, deixando-se à culpa e ao risco a função de definir sobre qual agente deve recair a responsabilidade¹⁷⁴. A objeção, no entanto, além de anuviar a distinção entre nexo de causalidade e fatores de imputação (v. *infra*, Parte II, item 3.1.4), deixa sem explicação os casos relativos à responsabilidade civil objetiva, pelo que, nesse aspecto, a crítica permanece hígida¹⁷⁵.

¹⁷¹ CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 53.

¹⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155-156. Como aduz autor, “[A] crítica central deferida à teoria diz respeito à possibilidade de transformação da relação de causalidade em um conceito simplesmente transposto das ciências naturais, quando, na realidade, o nexo causal não é uma definição causal-naturalista, mas, acima de tudo, conceito jurídico” (p. 155). No mesmo sentido, CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48-52; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 141-142; e LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23. Na doutrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Vol. 2. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1986, p. 334. ARCOS VIEIRA, Maria Luisa. *Responsabilidad civil: nexo causal y imputación objectiva en la jurisprudencia*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 27-33, registra ter sido “praticamente abandonada” a doutrina da equivalência das condições na jurisprudência civil espanhola (p. 33).

¹⁷³ CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 55-56.

¹⁷⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. V, 2ª ed., 1962, p. 254-255; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 189; MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 145; e ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 9ª ed., 2001, p. 706.

¹⁷⁵ CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 56.

A doutrina sugere, principalmente com base em tais argumentos, a operação de aferição do nexo de causalidade deveria ocorrer através de duas fases distintas: na primeira, aplicar-se-ia a teoria da *condicio sine qua non* como espécie de critério de base; e, na segunda, aplicar-se-iam os *temperamentos* à peculiar amplitude que ostenta aludida concepção, o que se realizaria mediante a aplicação dos critérios presentes nas demais teorias que orientam a investigação do problema¹⁷⁶.

3.3.2. Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada considera, para a determinação da causa, a probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer. Tal “probabilidade” é realizada abstratamente e constitui produto exclusivo do *id quod plerumque accidit*, isto é, daquilo que normalmente acontece¹⁷⁷. Com efeito, à luz da experiência comum, em reflexão estabelecida abstratamente, examina-se se o fato *provavelmente* foi apto para produzir o resultado¹⁷⁸. Segundo tal concepção, “quanto maior é a probabilidade com que determinada causa se apresente para gerar um dano”, raciocínio que é feito com base na experiência comum, “tanto mais adequada é em relação a esse dano”¹⁷⁹. O fato só deve ser considerado *causa* (adequada) dos danos que constituem consequência *normal, típica, provável* dele¹⁸⁰.

¹⁷⁶ CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 2012, 3ª ed., p. 158.

¹⁷⁷ Assim, SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 68; e MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 150-151.

¹⁷⁸ Para o bem da verdade, à luz das considerações realizadas *supra* (Parte I, item 2.1) a respeito da distinção entre verossimilhança e probabilidade, o juízo de *probabilidade* aqui desenhado, rigorosamente, constitui juízo de *verossimilhança*, na medida em que coteja determinado fato com o *id plerumque accidit* para reconhecer (verossímil ou inverossímil, portanto) a presença do nexo de causalidade. Feita a ressalva, mantereí a expressão *probabilidade* quando do exame da teoria da causalidade adequada, na medida em que toda a doutrina civilista trabalha com a expressão, pelo que a utilização do termo “verossimilhança” colaboraria para desviar a atenção daquilo que realmente interessa aos escopos da tese.

¹⁷⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 65. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 137.

¹⁸⁰ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1996, p. 909.

O processo lógico inferencial da adequação da causa dá-se do seguinte modo: *após* a verificação concreta de determinado processo causal, deve-se formular, em um plano *abstrato*, juízo de probabilidade com cada uma das condições (possíveis causas), de acordo com a experiência comum. Se, após a análise de determinado fato, for possível concluir pela probabilidade na sucessão do evento em termos de relação de causalidade, deve-se reconhecer tal fato como causa adequada¹⁸¹. Tal juízo acerca da idoneidade ou aptidão do fato para causar o dano é denominado, justamente por isso, de juízo de *prognose pós-tuma*¹⁸².

A concepção, inicialmente elaborada pelo filósofo alemão Von Kries no final do século XIX e posteriormente aperfeiçoada por Rümelin, Trager, Enneceerus e Gabriel Marty, tem por objetivo identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual foi a potencialmente apta a produzir os efeitos danosos, independentemente das demais circunstâncias que, no caso concreto, operaram em favor de determinado resultado¹⁸³.

A *previsibilidade* do agente a respeito do dano que a sua conduta poderá causar não importa para a aferição do nexos de causalidade. O juízo de prognose prévia importa tão-somente para a aferição da culpa do agente. A noção de *adequação*, portanto, tem natureza *objetiva*¹⁸⁴, ligando dessa maneira não a qualidade da *conduta do agente*, mas dois *fatos*: a causa e o efeito.

A teoria da causalidade adequada também não ficou imune a críticas. Uma das mais importantes decorre de quando o resultado apresenta uma multiplicidade de causas, tornando-se difícil estabelecer qual delas seria a mais adequada. Diante de tal objeção, a concepção foi aperfeiçoada para adotar uma fórmula negativa, de modo a examinar o problema da *causa inadequada*, ou seja, toda aquela que se revela estranha ou indiferente ao resultado danoso¹⁸⁵. É conhecido, nesse sentido, certo precedente do Tribunal de Stuttgart que aborda o seguinte caso: logo após a guerra, um veículo carregado de escombros roçou levemente em uma parede, derrubando-a sobre um homem que veio a falecer. Examinando a responsabilidade pelo evento, o

¹⁸¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

¹⁸² CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64.

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 67.

¹⁸⁴ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1996, p. 912.

¹⁸⁵ Tal concepção foi seguida, entre outros, por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. 22, p. 184.

tribunal reconheceu que, embora o prédio estivesse em ruínas, o simples contato constituiu causa adequada do evento, porque estava dentro da sua faixa de probabilidade, não se revelando excepcional para que o dano ocorresse¹⁸⁶.

Imagine-se, p. ex., se uma pessoa retém outra ilicitamente, fazendo-a se atrasar e perder o avião. Tal pessoa embarca no voo seguinte e o avião que a levava cai, matando-a. De acordo com a teoria da causalidade adequada, não se pode considerar a retenção indevida como causa da morte, pois normalmente da retenção não resultaria na morte da pessoa; tal evento (dano) foi excepcional: só quando para a verificação do prejuízo tenham concorrido decisivamente circunstâncias *extraordinárias, fortuitas* ou *excepcionais* repugnará considerar o fato como *causa adequada* do dano¹⁸⁷.

Outra sorte de crítica tem fundamento na utilização de juízos baseados na ordem natural das coisas e na experiência comum. Por restar baseada em juízos decorrentes do *id quod plerumque accidit*, a teoria seria carente de elementos que outorgassem maior objetividade e segurança à sua aplicação. Assim, embora tenha o mérito de impor limitação à infinita série dos antecedentes causais (*condicio sine qua non*), a concepção é criticada porque sua base restaria fundada em algo muito fluídico, e que por isso admitiria distinções várias, de natureza subjetiva, e de acordo com o gosto do intérprete¹⁸⁸, abrindo, desse modo, a porta para o cometimento de arbitrariedades.

A utilização de juízos baseados na experiência comum, todavia, pode outorgar – e não raro outorga – razoável grau de segurança ao processo de aferição do nexo de causalidade. Vale lembrar que, na conhecida lição de Stein, as máximas da experiência constituem “*definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes dos fatos concretos julgados no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, para além desses casos, pretendem ter validade para outros*”

¹⁸⁶ LARENTZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, 1959, t. 1, p. 202.

¹⁸⁷ VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1996, p. 910.

¹⁸⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82-83.

novos”¹⁸⁹. Tratam-se, com efeito, de generalizações derivadas do *id quod plerumque accidit*, que extrapolam, assim, da experiência individual; proposições e juízos de conteúdo geral, adquiridos através da experiência das coisas e independente do caso que é objeto de decisão¹⁹⁰. São, ademais, *heterogêneas*, no sentido de que constituem noções que podem decorrer tanto das ciências naturais quanto das ciências humanas; podem ser fruto de generalizações empíricas, regras de senso comum, prevalências de comportamentos, resultados experimentais decorrentes da valorização das condutas humanas, frequências estatísticas etc¹⁹¹.

Com efeito, nada impede a impugnação a respeito das máximas de experiência utilizadas pelo intérprete no raciocínio que leva ao reconhecimento do nexos de causalidade, não retratarem aquilo que normalmente acontece. Nesse caso, o contraditório funciona como garantia contra o arbítrio na fixação da máxima destinada a aferir o nexos de causalidade: devem ser desqualificados da condição de “causa” aqueles eventos que não sejam efetivamente *adequados* para provocar o dano.

Recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no qual se rechaçou demanda indenizatória de seguro obrigatório (DPVAT), por considerar que, estando o veículo parado, este não foi causa do acidente sofrido pelo motorista ilustra bem o problema da utilização das máximas de experiência na compreensão da causalidade adequada. No caso, o motorista, ao tentar sair pela porta, acabou tropeçando e ferindo-se. Segundo o órgão judicial, “o inerte veículo automotor de onde caíra o autor somente fez parte do cenário do infortúnio, não sendo possível apontá-lo como causa adequada (possível e provável) do acidente, tal como não se pode indicar um edifício como causa dos danos sofridos por alguém que dele venha a cair”¹⁹². Note-se que, aludindo a uma máxima de experiência (p. ex., “normalmente o veículo parado não é capaz de causar acidentes”), o tribunal induziu a inexistência do nexos de causalidade entre a participação do veículo e o dano sofrido pela vítima. Em outro julgado, o STJ também apurou, segundo semelhante critério, a inexistência de nexos causal entre a liberação de veículo pela empresa de

¹⁸⁹ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 22.

¹⁹⁰ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970, p. 202.

¹⁹¹ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 174.

¹⁹² REsp 1185100/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 18/02/2011. Extrai-se do relatório: “Narra o autor, ora recorrente, ter sofrido ‘acidente em veículo automotor em seu local de trabalho, no pátio da empregadora MASEAL (...), especificamente em uma ‘carreta juliana’”, acidente esse que consistiu em ‘uma queda ao descer da máquina’, vindo a ‘cair em cima de seu braço e ombro esquerdo’”.

estacionamento, sem a apresentação do correspondente tíquete, para o filho da proprietária e a ocorrência de acidente horas mais tarde¹⁹³. Neste último caso, a experiência comum impede o reconhecimento de um liame necessário entre a liberação do veículo do estacionamento e o acidente ocorrido horas depois, por denotar a presença de circunstância que “interrompeu” a marcha causal (no caso, a conduta dos motoristas nos momentos que antecederam o acidente).

3.3.3. Teoria do dano direto e imediato

A teoria do dano direto e imediato, também conhecida como “teoria do nexos causal direto e imediato” ou “teoria da interrupção do nexos causal”, utiliza como critério para a aferição da causa na responsabilidade apenas o evento que *direta e imediatamente* tenha colaborado para a ocorrência do evento danoso. Tal colaboração direta e imediata, de seu turno, afere-se da noção de “causalidade necessária” ou de “necessariedade da causa”, o que é particularmente relevante nos processos causais complexos em que concorram mais de uma série de condições¹⁹⁴. Em outras palavras: só se reconhece o nexos de causalidade a partir da constatação que o dano é *efeito necessário* de determinado evento¹⁹⁵. No que se refere às expressões “direto” e “imediato”, não se está a tratar, portanto, da distância temporal que a causa possa ter do evento danoso, mas sim da *proximidade lógica* existente entre tais fenômenos.

A concepção possui significativa aceitação no direito brasileiro, tendo, segundo a doutrina, influenciado o legislador dos Códigos Civis de 1916 e 2002¹⁹⁶, além da orientação do

¹⁹³ REsp 325.622/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008: “In casu, revela-se inequívoca a ausência de nexos causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entrega do veículo ao filho da autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente envolvendo o referido veículo horas mais tarde), razão pela qual, não há de se falar em responsabilidade daquela pelos danos materiais e morais advindos do evento danoso”.

¹⁹⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160-161.

¹⁹⁵ Conforme ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 338-342, “as expressões não traduzem duas ideias distintas”, sendo que “[a] expressão direto e imediato significa nexos causal necessário”.

¹⁹⁶ Conforme TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64. Segundo Agostinho Alvim, é a teoria adotada pelo Código de Napoleão, pelo Código Civil francês, pelo Código Civil italiano de 1865 e pelo atual (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 330).

Supremo Tribunal Federal¹⁹⁷. No que se refere à legislação, o art. 403, do Código Civil¹⁹⁸, embora trate da responsabilidade contratual, também sugere a adoção do critério em tema de responsabilidade civil extracontratual, ao dispor que “*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 (...)*”.

Para o bem da verdade, o critério da *necessariedade* entre o evento tido por “causa” e dano assemelha-se àquele proposto pela teoria da causalidade adequada. A noção de *necessariedade* pressupõe juízo baseado na experiência comum e, em sendo assim, não existem diferenças substanciais entre um e outro critério. Nada obstante o prestígio que a teoria do dano direto e imediato alcançou no direito brasileiro, o certo é que, examinadas as suas bases, verifica-se que esta constitui mera variante da teoria da causalidade adequada¹⁹⁹. Ora, reconhecer que determinado evento foi mais determinante para provocar o resultado (dano), nada mais é do que reconhecer ter sido este o mais adequado para que o resultado tivesse ocorrido²⁰⁰. Tal constatação, de certo modo, justifica a cambaleante opção do Superior Tribunal de Justiça ora pela teoria da causalidade adequada, ora pela teoria do dano direto e imediato, como registrei *supra* (Parte II, item 3).

¹⁹⁷ O Supremo Tribunal Federal, no RE n. 130.764-1 PR, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 12.05.1992, consignou que “(...) Em nosso sistema jurídico, como resultado disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras teorias existentes: a da equivalência das condições e da causalidade adequada (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (...) só admite o nexos de causalidade 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. Daí dizer Agostinho Alvim: os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis”.

¹⁹⁸ Tal dispositivo manteve a redação do art. 1.060, do Código Civil anterior, de 1916, pelo que se observa a confirmação da influência da teoria da causalidade próxima inclusive no novo código.

¹⁹⁹ Essa também parece ser a posição de MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 138. No mesmo sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159-160. José Carlos Moreira Alves enxerga distinção que, embora não seja ontológica, se estabelece no “grau de probabilidade, que na subteoria da *necessariedade* exigiria pelo menos a consequência extremamente provável, a traduzir a quase certeza, ao passo que a teoria da causa adequada ficaria apenas em probabilidade menos intensa” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: ANCONA LOPEZ, Teresa. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 250). Entretanto, não me parece existir qualquer justificativa para semelhante distinção.

²⁰⁰ Assim também CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, 3ª ed., p. 62.

A propósito, Agostinho Alvim, ao explicar o critério, exemplifica: “se o comprador, após receber a coisa comprada, verifica que a mesma tem defeito oculto, e, tomando dela, vai ter com o vendedor, a fim de obter outra, e se se dá no caso que, em caminho, é atropelado por um veículo, responderá o vendedor da coisa por este dano? Não responderá”. A razão, segundo ele, “não se prende ao fato de estar distante este dano, da causa primeira (a inexecução da obrigação), e sim à interferência de outra causa”²⁰¹. A solução alvitrada por Agostinho Alvim no âmbito da concepção do dano direto e imediato é praticamente idêntica àquela dada pelo STJ ao caso da liberação, pela empresa de estacionamento, do veículo sem que fosse apresentado o tíquete pelo filho da proprietária: o evento inicial da cadeia de sucessão de eventos deixou de ser “causa” do dano pela interferência de outro que, à luz de um juízo geral baseado no que ordinariamente acontece, adquiriu o *status* de mais *adequado* para a promoção do dano. A conduta daquele que atropelou o comprador, no exemplo de Agostinho Alvim, e daquele motorista que causou o acidente, no exemplo do precedente do STJ, assumiram, a partir da noção de *necessariedade*, a qualidade de “causa” do dano. A suposta diferença entre as concepções, acaso se tenha por existente, ocorre apenas em dimensão de perspectiva: enquanto a teoria do dano direto e imediato outorga relevo ao evento porque este “interrompeu” a cadeia sucessória, de modo a considerá-lo, a partir do momento da interrupção, como “causa”, a teoria da causalidade adequada considera o mesmo evento como “causa”, mas não pelo fato de que este “interrompeu” a “cadeia causal originária”, mas pelo fato de que este deu início a uma nova cadeia causal.

3.3.4. Teoria da imputação objetiva

Outro critério examinado pela doutrina visando a compreender a relevância jurídica outorgada ao nexos de causalidade na responsabilidade civil é o da imputação objetiva. Seu desenvolvimento em sede de teoria do direito deu-se por primeira vez por Karl Larenz, em sua tese de doutorado denominada “Hegel zurechnungslehre und der begriff der objektiven zurechnung” (“A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”), publicada

²⁰¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 342.

em Leipzig no ano de 1927. No âmbito do direito penal vem encontrando maior eco doutrinário em face dos desenvolvimentos promovidos por Claus Roxin e a Günther Jakobs²⁰².

O critério também se baseia na noção de *probabilidade*, mas no sentido *ex ante*. Vale dizer: a concepção considera o *risco* estimado pelo sujeito em provocar o resultado, sendo que tal estimativa é realizada no momento em que o sujeito age. Tendo o evento danoso ocorrido, e considerando-se este decorrência do risco que se estimava, reconhece-se o nexo causal entre a conduta (arriscada) e o dano. Na responsabilidade civil, a concepção dar-se-ia da seguinte forma: ocorrendo determinada conduta criadora de um risco e, posteriormente, a realização desse risco no resultado (dano), é possível reconhecer aludida conduta arriscada como “causa” porquanto induzível o nexo de causalidade entre tal conduta e o dano. No caso da vítima que, ferida pelo autor (quem criou, portanto, o risco através de sua conduta), falece em decorrência de um acidente com a ambulância que o transportava para o hospital, não é possível estabelecer o nexo de causalidade, porque a conduta arriscada não se realizou no resultado, mas foi substituído por outro: o risco de morrer em um acidente de trânsito²⁰³. A pesquisa da causalidade, dessa forma, passa a ser realizada através de uma probabilidade em termos de *previsão do dano*. Embora semelhante previsão deva ser realizada pelo sujeito, a determinação do risco não decore dos conhecimentos subjetivos particulares daquele que realiza a conduta, mas daqueles conhecimentos oriundos da experiência comum, que seriam exigíveis do homem médio e, nessa medida, seriam objetiváveis.

A diferença substancial que existe entre o critério proposto pela teoria da causalidade adequada e aquele apontado pela teoria da imputação objetiva reside no momento de realização do juízo prognóstico: na primeira, o juízo de prognose dá-se posteriormente à ocorrência do evento danoso; na segunda, o juízo de prognose é prévio. Na concepção da causalidade adequada, *após* ocorrido o dano, verifica-se, mediante juízo de *prognose póstuma*, baseado na experiência comum, se determinada conduta se insere como provável causa do dano. Na concepção da imputação objetiva, por outro lado, provoca-se espécie de *retorno* ao momento em que a conduta foi realizada: verifica-se, a partir daí, em juízo de *prognose prévia*, se mediante determinada conduta seria provável (e aí se insere a noção de risco) que o dano viesse a ocorrer.

²⁰² Sobre o tema, ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*.

²⁰³ GRECO, Luis. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8.

Com efeito, Maria Luisa Arcos Vieira registra, na doutrina europeia, a divergência dos autores quanto ao momento no qual deve ser realizado tal juízo de previsibilidade, se *ex ante* (isto é, no momento em que se realiza a ação) ou *ex post* (depois de o evento já ter ocorrido), o que determina, via de consequência, o critério para o *accertamento* donexo causal. À Professora Titular de Direito Civil da Universidade Pública de Navarra parece ser mais razoável aferir a causalidade através de “[u]m juízo de probabilidade *ex ante*”, isto é, “atendendo às circunstâncias concretas que o agente sabia ou poderia saber se corresponderia melhor (considerando assim mesmo a inevitabilidade) com a valoração da culpabilidade própria da fase de imputação objetiva”²⁰⁴.

Não é possível concordar com tal assertiva. Embora a aplicação do critério outorgado pela teoria da imputação objetiva no direito civil tenha sido postulada como mais adequada a responder aos anseios “de plena e integral reparação dos danos e da solidariedade social”²⁰⁵, este não serve, rigorosamente, para aferir onexo de causalidade. Para o bem da verdade, ao prestigiar o juízo de *previsibilidade* do dano, o critério serve ao efeito de aferir a *imputabilidade*, ou seja, o *nexo de imputação*, que consiste em distinto pressuposto de atribuição da responsabilidade civil²⁰⁶. O conhecimento do agente (previsão) a respeito do dano é elemento indissociável da caracterização de sua *conduta*. Onexo de causalidade, por outro lado, é relação que conecta dois fatos, e não *condutas*. Se, p. ex., “[t]oda a culpa que leva à responsabilização civil importa na violação de um *dever de conduta* cujo resultado o autor da ação ou da omissão podia ou devia conhecer e evitar”²⁰⁷, ou seja, deveria *prever*, é evidente que a aplicação da teoria da imputação

²⁰⁴ ARCOS VIEIRA, Maria Luisa. *Responsabilidad civil: nexo causal y imputación objectiva en la jurisprudencia*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 85-86. Semelhante orientação é proposta naqueles “excepcionalísimos” casos inerentes ao que a doutrina denomina “responsabilidade civil agravada”. Segundo Fernando Noronha, “[e]xistem casos em que não se exige umnexo de causalidade adequada entre a atividade do responsável e o dano acontecido: são os casos que alguns designam (inadequadamente) de responsabilidade civil por risco integral (...)”. Trata-se dos casos em que, a exemplo do ocorre com a responsabilidade objetiva comum, tem por fundamento o risco da atividade. Porém, nesta “o risco considerado é bem mais específico”, de modo a que se “prescinda do nexo de causalidade adequada entre o fato do responsável e o dano”, muito embora “em contrapartida exige-se que este guarde *estreita conexão* com a atividade do responsável: não são todos os danos ocorridos que são indenizáveis, serão apenas aqueles considerados *riscos inerentes, característicos ou típicos da atividade* em questão (...)” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2010, p. 667).

²⁰⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 188.

²⁰⁶ Essa também parece ser a posição de Antunes Varela (VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1996, p. 912).

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128. Citando Miguel Reale Jr., a jurista afirma que “[p]ara saber se ocorreu ou não a culpa (negligência), ‘avalia-se

na responsabilidade civil, ao propor o juízo de prognose prévia, funda suas bases na indevida indistinção entre nexos de causalidade e imputação. Não sendo possível, no entanto, confundir os fatores de imputação da responsabilidade – culpa e risco – com o nexo de causalidade, revela-se impossível substituir a noção de causalidade pela de imputação objetiva. O critério proposto pela teoria da imputação objetiva pode servir para a demonstração do nexo de causalidade apenas na hipótese em que o risco apontado alcance frequência aproximadíssima a 1, na forma como explico *infra* (Parte III, item 4.1.2.2).

3.4. O modelo nomológico da explicação causal e sua relação com a teoria da causalidade adequada: proposta de um critério aplicável ao direito brasileiro

O olhar crítico dirigido às principais teorias que emprestam relevância jurídica ao fenômeno do nexo de causalidade permite identificar semelhanças entre aquela que ilustra o modelo geral da explicação causal no plano epistemológico (o modelo nomológico) e a teoria da causalidade adequada. Rigorosamente, a distinção dá-se exclusivamente entre utilização das máximas de experiência enquanto premissa do raciocínio desenvolvido na estrutura inferencial da causalidade adequada, e a utilização de determinada lei de cobertura na condição de premissa (*explanan*) do raciocínio desenvolvido no esquema nomológico da explicação causal.

Vale recordar que o modelo nomológico constitui o critério para a aferição da causalidade no qual a relação causal é compreendida como determinada regularidade de acontecimentos. De sua proposição extrai-se, no entanto, não apenas isso. Agrega-se a *necessidade* como característica da *causalidade*. Vale dizer: que os acontecimentos regulares dependam necessariamente um do outro para que sucedam em cadeia no tempo²⁰⁸. Trata-se, conforme já referido *supra* (Parte II, Capítulo 2), de modelo científico e universal para a explicação do fenômeno da causalidade. O modelo nomológico não constitui, portanto, critério de natureza estritamente jurídica como o é aquele proposto pela teoria da causalidade adequada.

o poder de agir diversamente (...) de acordo com as circunstâncias concretas e a situação dos agentes perante o dever de diligência”, do que se percebe o mesmo método da prognose prévia proposto pelos defensores da aplicação da teoria objetiva na responsabilidade civil.

²⁰⁸ Conforme AGAZZI, Evandro. La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli). In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1999, p. 401.

A adoção das máximas de experiência como premissa de modelo de corte nomológico, no entanto, não é isenta de questionamentos.

A respeito do tema, Federico Stella adverte que em nosso “mundo da cultura científica (...) não há espaço para as máximas da experiência do senso comum; quanto mais que o saber científico e técnico que deve ser utilizado pelo juiz é tão elevado que resulta intraduzível na linguagem comum”. Afirma que as máximas da experiência devem sempre estar subordinadas ao saber científico e que, portanto, “sem a referência de leis ou teorias da ciência nenhuma explicação é possível”. Aduz que “se a explicação ‘familiar’ própria da vida cotidiana não tem como pressuposto tácito um enunciado científico, ou se a generalização do senso comum, alegada para sustentar determinado enunciado causal, não pode ser considerada expressão de uma lei científica – seja porque esta última não existe, seja porque a indeterminação da linguagem ordinária não permite individuá-la e torna-la explícita –, restam ausentes as condições mínimas essenciais para que se possa falar em explicação do evento penalmente relevante”. E arremata salientando que as máximas de experiência são generalizações privadas de controle crítico, o que explica porque várias são consideradas de todo equivocadas e carentes de relevância explicativa²⁰⁹.

Michele Taruffo, de seu turno, aponta dois aspectos problemáticos no que se refere à utilização das máximas da experiência no modelo nomológico da explicação causal. O primeiro, a de que as máximas da experiência são localmente contingentes, isto é, não são reconhecidas como categoria jurídico-probatória para além da doutrina italiana, alemã e espanhola, o que serviria, desde logo, para duvidar da sua utilidade. O segundo, a de que são histórica e culturalmente contingentes. Refere, a propósito, que em muitos casos as máximas da experiência são carentes de qualquer suporte científico ou estatístico, ou seja, são enunciados fundados apenas da experiência. A propósito, questiona: “a experiência de quem é relevante para a elaboração de uma máxima? A do juiz? (...) Se trata da experiência de um ambiente social ou cultural? (...) Quanto tempo é necessário para que a experiência de um grupo social seja consolidada como uma regra geral? (...) Quem é legitimado para formular a máxima?”. As

²⁰⁹ STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 42-46.

interrogações parecem suficientes, segundo Taruffo, para colocar em dúvida o fundamento epistêmico das máximas da experiência e, portanto, tornam “absolutamente problemática a sua adoção como regra de cobertura para a formulação de uma inferência causal”²¹⁰.

O certo é que tanto as leis de cobertura quanto as máximas da experiência constituem juízos gerais. Ao contrário das máximas da experiência, as leis universais de validade geral são diretamente baseadas em experimentos empíricos que, uma vez repetidos e aceitos pela comunidade científica geral, adquirem o *status* de paradigma para casos posteriores. Isso não significa, no entanto, que tais leis científicas sejam absolutamente imutáveis. Novas descobertas científicas podem determinar a revisão dos paradigmas estabelecidos nas leis científicas, na medida em que estes são baseados em convenções estipuladas com base em elementos disponíveis e interpretados à época da sua formulação. A ciência também é suscetível às transformações culturais, a exemplo do que se deu, por exemplo – e justamente –, com os modelos destinados à explicação causal²¹¹. As máximas da experiência também constituem juízos universais, mas nem sempre decorrem de leis científicas. São baseadas na experiência comum, na observação a respeito daquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*). Sua formulação não tem origem certa, nem se encontra diretamente ligada a experimento empírico específico. Por isso é que pode ser determinada pelo contexto cultural no qual se cogita da sua aplicação.

Por isso é que a explicação do nexo de causalidade à luz do critério da causalidade adequada me parece consistir, dessa forma, a concretização, no plano jurídico, do modelo nomológico da explicação causal. A diferença para com o modelo baseado na lei de cobertura residirá exclusivamente no modo pelo qual se alcança o resultado do raciocínio inferencial realizado em um e noutro caso. Na presença de uma lei científica de validade universal que descreva frequência absoluta na associação entre dois eventos, o nexo de causalidade é *deduzido*. Já diante de uma máxima de experiência, será possível afirmar que o nexo de causalidade foi *quase deduzido* nos casos em que esta consistir em vulgarização da lei científica²¹². A noção de

²¹⁰ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, pp. 102-122.

²¹¹ Sobre o debate científico a respeito do fenômeno da causalidade, ver STELLA, Federico. *Il giudice corpuscolariano: la culture delle prove*. Milano Giuffrè, 2005, p. 1-75.

²¹² Esta parece ser a conclusão de Taruffo quando afirma que, quando “as noções da experiência comum correspondem em realidade a leis científicas de caráter universal (...) a inferência que vem formulada com base

que os corpos caem de cima para baixo, p. ex., é resultado não só da experiência, mas também da lei de Newton. Nesses casos, a teoria da causalidade adequada equipara-se ao modelo nomológico geral, o que corrobora a sua condição de mais apta a oferecer respostas ao problema da explicação causal.

Já nos casos em que as máximas da experiência, embora aceitas como tal, não conduzem sequer a vulgarizações de leis científicas, o que não raro sucede por conta da ausência de lei científica, a aferição do nexos de causalidade decorre de processo lógico de corte não mais dedutivo, mas *indutivo*. Vale dizer: o modelo não deixa de ser nomológico, no sentido em que permanece sendo fruto de um paradigma de natureza universal que é próprio do patrimônio cultural do homem e, a exemplo da lei científica, é aceito de modo geral. Entretanto, o resultado obtido a partir do cotejo de tal premissa com os fatos particulares do caso concreto não é deduzido, mas *induzido*. Obviamente que o grau segurança e de confiança existente em semelhante processo lógico reduz-se, por força da redução do grau de confiabilidade emprestado à premissa abstrata do raciocínio lógico. Entretanto, o modelo segue sendo *nomológico*, porque sua premissa abstrata segue tendo natureza normativa de validade geral.

O conhecimento dos fatos – e, para o que aqui interessa, do nexos de causalidade –, caracteriza-se pela instituição de uma relação lógica entre uma série de fatos conhecidos e outros ignorados. A compreensão do fato é conexa, nessa perspectiva, à sua explicação: o fato é explicado porque inserido em um contexto no qual são determinadas as relações lógicas entre diversos elementos. O conhecimento dos fatos, nesse sentido, somente é possível a partir do esquema da explicação nomológica que se pontualiza, sobretudo, através de um modelo probabilístico ou indutivo²¹³.

Salienta Baldassare Pastore, a propósito, que “[a] explicação é vista como uma contextualização que conecta leis, condições e eventos a explicar. Se uma lei é de forma universal, a relação entre condições e o evento pode ser uma dedução, ou seja, uma inferência logicamente necessitada; se a lei é de forma probabilístico-estatística, a relação é de

nessa[s] segue o modelo nomológico-dedutivo descrito por Hempel” (TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 225).

²¹³ Conforme PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 184.

probabilidade lógico-indutiva. O modelo indutivo se vale de generalizações probabilísticas (que toleram exemplos contrários), para a qual a relação entre condições e o *explanandum* não é a implicação dedutiva, mas o suporte *indutivo* que torna mais ou menos provável a derivação”²¹⁴. Dito de outro modo: o modelo de explicação nomológica se articula em um modelo nomológico-dedutivo e um modelo nomológico-indutivo, tudo a depender do enunciado científico ou dos juízos gerais baseados na experiência comum. A probabilidade, enquanto resultado do processo lógico inferencial, configura-se, assim, como *credibilidade de uma certa hipótese relativamente a um certo conjunto de conhecimentos*. Trata-se, portanto, de uma probabilidade que varia de acordo com a variedade de informações disponíveis e que decorre da relação existente entre hipóteses formuladas e estrutura de confirmação. A escolha das hipóteses, que depende em todo o caso de uma atividade imaginativa e inventiva, é orientada a partir de generalizações (máximas de experiência, leis científicas etc.), de cujo grau de probabilidade corresponde ao grau de probabilidade de sua aferição pelo intérprete²¹⁵.

Em semelhante modelo nomológico, a explicação configura-se como operação lógica de composição do fenômeno através da coordenação de tais premissas, que tem por objetivo revelar a submissão do fenômeno a determinado modelo de uniformidade. Isso pressupõe a ideia de um nexos causal que, de seu turno, remete ao problema da fundação do princípio da causalidade, ao problema da justificação das inferências causais e ao problema do método, ou da lógica para aferir a existência do nexos de causa e efeito²¹⁶. Trata-se de modelo geral, razão pela qual Ferrajoli, sugere sua aplicação, inclusive, como critério de correção do raciocínio judicial²¹⁷.

Por tais razões, deve ser lida com cautela a afirmação da doutrina no sentido de estar “fora de cogitação” compreender a causalidade “em sentido naturalístico”, isto é, como

²¹⁴ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 185.

²¹⁵ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 186.

²¹⁶ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 186-187.

²¹⁷ Afirma Ferrajoli que “[o] melhor caminho para se chegar a semelhantes critérios de decisão ou justificação, ainda com adaptações oportunas, é o oferecido pelo modelo nomológico-dedutivo da explicação causal, elaborado por Karl Popper e com maior difusão por Carl G. Hempel e P. Oppenheim” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., p. 135).

“conceito de causa típico das ciências naturais ou da filosofia”²¹⁸. O critério proposto pela teoria da causalidade adequada e do dano direto e imediato representa, nesse sentido, nada mais que a expressão, no plano jurídico, do modelo nomológico da explicação causal na teoria geral do conhecimento. Trata-se, para o bem da verdade, de critério que serve à explicação científica da relação causal aplicada ao contexto específico da responsabilidade civil. O método que toma por premissa noção baseada no *id quod plerumque accidit* para, através de juízo de prognose póstuma, aferir quais os fatos que *provavelmente* causaram o dano nada mais é do que espécie de modelo nomológico – ainda que de caráter indutivo – da explicação causal²¹⁹.

O recurso à ciência, no caso, me parece consistir resposta eficaz à necessidade de certeza que se manifesta não apenas no direito, mas em tantos outros setores da experiência individual e social, isto é, como instrumento de substancial e profunda racionalização do raciocínio relativo ao *accertamento* do nexos de causalidade²²⁰.

²¹⁸ Como registra, p. ex., ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 9ª ed., 2001, p. 705.

²¹⁹ Vale lembrar, com Clóvis do Couto e Silva, que “[a] questão da causalidade, antes de interessar ao direito, foi objeto de profundo estudo relativo à teoria das ciências e em particular foi examinado pelas Ciências Naturais”. Não surpreende, assim, que, “[e]m realidade, quem primeiro mencionou o conceito de causalidade adequada foi o fisiólogo J.V. Kries (1888)” (COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 195).

²²⁰ Assim, mas se referindo à decisão quanto aos fatos em sentido lato, TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. In: *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 3 (2001), p. 91-93.

4. CAUSALIDADE GERAL E CAUSALIDADE ESPECÍFICA: PREMISA DISTINTIVA FUNDAMENTAL

Nem toda a correlação entre eventos consistirá em autêntica relação de causalidade.

A percepção quanto à distinção ontológica existente entre causalidade geral e causalidade específica constitui aspecto crucial do problema do nexo causal no direito civil e no direito penal²²¹. O exame quanto à autêntica natureza do nexo de causalidade e, via de consequência, os limites cognitivos que a sua investigação encontra na responsabilidade civil demanda deixar claro que o fenômeno não se confunde, nem sequer se assemelha, com o que se denomina *causalidade geral*.

Uma correlação entre eventos pode consistir em simples associação, como ocorre, p. ex., com as experiências afeitas à *epidemiologia*, destinadas a examinar a propensão de dois eventos se verificarem juntos em certo número de casos no âmbito de uma determinada população²²². Nesse caso, no entanto, não se está a tratar do nexo de causalidade, mas simples associação, ou seja daquilo que se denomina “causalidade geral”. Quando a relação entre dois eventos se dá em termos de *probabilidade estatística*, isto é, no sentido de que, em sendo verificado determinado fato existe a *probabilidade* de que certo evento venha a ocorrer, está-se, portanto, diante da noção de *causalidade geral*²²³. A causalidade geral é probabilística na perspectiva de que toma por pressuposto uma série de eventos ocorridos no âmbito de determinado grupo ou população de pessoas para aferir o grau de probabilidade (estatística, portanto) de que evento semelhante venha no futuro a ocorrer. A noção de *causalidade geral* resta ligada, assim, à *idoneidade* de que, a partir de determinado acontecimento “A”, venha a acontecer o acontecimento “B”. Em outras palavras: uma vez ocorrido o evento “A”, cogita-se do *risco* de que venha a ocorrer o evento “B”. Trata-se, por assim dizer, de espécie de

²²¹ STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 339.

²²² TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del diritto privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 103.

²²³ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 103-104.

probabilidade ex ante, porque aferida anteriormente ao evento, tomando por base a hipótese de que este venha, no futuro, a acontecer²²⁴.

A causalidade geral, portanto, em nada se relaciona com o nexo causal. Na eloquente expressão de Federico Stella, trata-se de um “*conceito bizarro de causalidade*”²²⁵, matriz de importantes confusões na doutrina e, o que é muito pior, precipita na incorreta aplicação da responsabilidade civil pelos tribunais. A noção de causalidade geral implica em determinada *associação* entre dois eventos, que nada diz sobre a relação de causa e efeito concretamente considerada. Para o bem da verdade, a causalidade geral se assemelha a outro elemento da responsabilidade civil – o fator de imputação denominado *risco* –, e que, portanto, com o nexo de causalidade jamais pode ser confundido²²⁶.

A causalidade específica constitui o autêntico nexo de causalidade. Trata-se de considerar o evento já ocorrido, de modo a examinar a relação de causa e efeito entre um evento (a causa) e outro (o dano), sendo ambos os acontecimentos fenômenos que ocorreram no passado. Ao contrário da causalidade geral, não se examina a probabilidade *ex ante*, isto é, probabilidade de que o evento venha a ocorrer. Em termos probatórios, busca-se examinar se o evento provavelmente ocorreu; ou seja, em juízo de probabilidade *ex post*. O critério de aferição, portanto, é absolutamente distinto. E, sendo distinto o critério, distinta é a relevância que podem eventualmente ter os dados estatísticos que têm por objetivo demonstrar a *probabilidade ex ante* para aferir a existência do nexo de causalidade.

Com efeito, na causalidade específica, o relevo é outorgado às provas particulares da relação concreta existente evento (causa) particular e o dano. Já na causalidade geral, o relevo recairá sobre os dados estatísticos gerais, sendo que os fatos narrados terão por função apenas

²²⁴ Sobre o tema, amplamente, STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 291-430.

²²⁵ STELLA, Federico. *Il giudice corpuscolariano: la culture delle prove*. Milano Giuffrè, 2005, p. 144-145.

²²⁶ Pietro Trimarchi aponta critérios que seriam aptos a superar a incerteza com relação à aferição do nexo de causalidade na responsabilidade civil ambiental: i) a responsabilidade cobriria os danos que, sendo causados pela atividade submetida ao regime da responsabilidade objetiva, são realizações dos riscos aos quais a vítima estava exposta; ii) a responsabilidade cobre de regra os danos ligados aos novos riscos tipicamente criados pela atividade em questão, mas pode ser legislativamente limitada através de uma particular descrição do risco ou dos incidentes; e iii) a responsabilidade não se estende aos eventos danosos não decorrentes do risco (TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e dano*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 72 e ss). Todavia, está-se a confundir nexo de causalidade com a noção de causalidade geral que, nesse caso, confunde-se também nexo de imputação.

servir de critério para seleção da estatística a ser utilizada. O questionamento que se propõe é saber se o enunciado fático relativo ao nexos de causalidade é verdadeiro porque, no caso específico considerando, o efeito Y (dano) decorreu necessariamente do evento X (causa); ou é verdadeiro porque fatos semelhantes ao efeito Y (dano) frequentemente são causados por eventos semelhantes ao evento X (causa) ou, p. ex., o efeito Y é causado em 75% das vezes em que ocorre o evento X?

A partir da aludida distinção é possível tornar absolutamente clara a hipótese de causalidade a que se refere a *fattispecie* substancial da responsabilidade civil e, via de consequência, os respectivos desdobramentos que tal determinação acarreta no contexto do direito processual, sobretudo no específico âmbito do direito probatório. É questão que, por certo, não resta acobertada pelo nebuloso véu que se convencionou denominar “livre convicção do juiz”, porque constitui o elemento fático presente no texto da norma e este, embora tenha implicações jurídicas, não se sujeita a significativas divergências cognitivas. Nessa medida é que são traçados os limites cognitivos do nexos de causalidade no plano jurídico, pelo que é possível conduzir o caminho de intérprete a partir desse primeiro e fundamental critério: o nexos de causalidade não é geral, mas, sim, específico.

O art. 927, do CCB, cláusula geral da responsabilidade civil no direito brasileiro, é, por excelência, a ilustração mais marcante quanto à relação entre a linguagem e a norma, vale dizer, entre o conteúdo semântico do texto e a *fattispecie* substancial da norma, ao dispor que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), *causar* dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Outro exemplo marcante encontra espaço na legislação ambiental: o § 1º, do art. 14, da Lei nº 6938/81, dispõe que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos *causados* ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. Significa dizer: em ambos os casos, bem como naqueles que a legislação positiva a responsabilidade civil no direito brasileiro, para que seja reconhecida a obrigação de reparar, revela-se indispensável aferir a presença do *nexos de causalidade*. O verbo “causar”, nesse sentido, tem conteúdo semântico iniludível: quando o legislador utiliza a expressão, ou qualquer outra que dela decorra, está afirmando a presença do nexos de causalidade, ou seja, de hipótese de “causalidade específica”.

A advertência justifica-se pelo recente giro paradigmático sofrido pela responsabilidade civil, decorrente da constitucionalização do direito privado, e do advento da “sociedade do risco”, movimento que tem proposto o questionamento de tais conceitos²²⁷. Com efeito, a dificuldade na prova da causalidade específica, aliada ao surgimento de novas ambições da responsabilidade civil – não mais voltadas para a condenação do causador do dano, mas à reparação da vítima –, pressionam o intérprete a “flexibilizar” o nexo de causalidade, o que significa não outra coisa senão a pretensão de compreendê-lo como fenômeno distinto daquele que realmente o é.

No afã de conciliar as atuais diretrizes da responsabilidade civil, alguns setores da doutrina propõem que o nexo de causalidade seja compreendido, p. ex., não mais como relação que liga um fato (causa), isto é, a ação ou omissão material de determinado agente, e o seu efeito (dano), mas como relação que se dá entre o fator de atribuição (culpa ou risco) e o dano²²⁸. Tal compreensão decorreria da constatação de que, hodiernamente, “[o] tecido da responsabilidade civil enlaça solidariamente os indivíduos, abrangendo cada vez mais, tornando jurídicas as consequências públicas” e “[p]or razões de solvibilidade e de distribuição de custos”²²⁹. Ainda segundo semelhante vertente doutrinária, ocorreria sorte de “flexibilização” do nexo causal, na medida em que “a responsabilidade civil amplia o catálogo de legitimados passivos”, recaindo em muitos que “não têm nenhuma relação ‘real’ com o fato danoso, já que lhes imputa uma legitimação extraordinária disposta pelo legislador”²³⁰.

O surgimento de novas tecnologias é um dos fatores que compõem esse contexto. Trata-se de fenômeno que não apenas alterou o comportamento das pessoas no seio da sociedade, modificando assim padrões culturais, mas também colaborou sensivelmente para que seus efeitos passassem a ser mais fortemente sentidos em todas as demais áreas do conhecimento humano. Isso sem dúvida influenciou o direito. Sejam propriamente “ciências jovens”, ou

²²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 50-51.

²²⁸ SEQUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 13, nº 52, p. 308. No mesmo sentido, ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACCHIN, Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 448.

²²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 229.

²³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 229.

simplesmente novas especificações de ciências antigas, ganham relevo a epidemiologia, a toxicologia, a medicina do trabalho, a ciência da valorização do risco e a biologia animal, p. ex., sendo tal influência sentida no plano jurídico. Trata-se do que Federico Stella chamou de “choque de modernidade”, e que também determinou, em certa medida, alterações na orientação jurisprudencial em diversos países do mundo ocidental²³¹.

Exemplos disso são os diversos precedentes nos tribunais italianos que, recentemente, examinaram o tema da responsabilidade por exposição a substâncias potencialmente tóxicas²³². Em tais casos, bastou para o reconhecimento da obrigação de indenizar a mera associação estatística entre determinado evento e o dano. Em precedente da Corte Suprema de Cassação italiana, p. ex., restou firmada orientação de que, em tema de doenças profissionais, “*para que exista a relação causal é suficiente que se realize uma condição de trabalho idônea a produzir a doença, da qual decorre o evento, além de que não exista prova que tal doença se associe a ocorrência de fatores excepcionais e/o atípicos*”. Observa-se aí, obviamente, a utilização da causalidade como *idoneidade* para produzir determinado tipo de evento, o que ocorre em substituição à causalidade específica – vale dizer, a condição de trabalho não é apenas idônea a causar, mas efetivamente *causou* o dano –, sendo considerada suficiente, para efeito da condenação penal, a prova do nexo causal formada a partir de dados estatísticos e epidemiológicos²³³.

Mais aderente à autêntica noção de nexo de causalidade situa-se o Superior Tribunal de Justiça no Brasil. No REsp 1113804/RS²³⁴, a colenda Quarta Turma reconheceu que “[a]s estatísticas - muito embora de reconhecida robustez - não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de mortes associadas ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais”. Da motivação do precedente fica evidente o acolhimento da distinção proposta. Refere o STJ que, “[n]a hipótese de doenças neoplásicas ou carcinomas, como ocorreu no caso concreto, não há como se vislumbrar o nexo causal, baseado em uma relação de *necessariedade*, entre o tabagismo e a moléstia desenvolvida

²³¹ STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., pp. 292-293.

²³² STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 245.

²³³ Cass. pen., IV, 2.7.1999, in *Foro it.*, 2000, II, c. 260 ss., apud STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 246.

²³⁴ Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 24/06/2010. Os grifos são meus.

pelo *de cuius*. Isso porque a arte médica está limitada a afirmar a existência de fator de risco entre o fumo e o câncer, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool, carga genética e o modo de vida da pessoa, se sedentária ou estressante. Por exemplo, não se pode concluir, senão mediante a análise casuística, que um motorista alcoolizado foi, só por isso, o causador de um determinado acidente de trânsito, mesmo as estatísticas revelando que o álcool está relacionado com grande parcela das mortes no trânsito. (...) Os dados estatísticos revelam que o câncer de pulmão é a mais grave e fulminante doença associada ao tabagismo, sendo que a maioria dos casos registrados no Brasil (quase 90%) a moléstia se desenvolveu em fumantes (DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 50). Todavia, não há comprovadamente ainda na arte médica uma *causalidade necessária, direta e exclusiva* entre o tabaco e o desenvolvimento do câncer - tal como exigida pelo art. 403 do Código Civil de 2002 - , o que também afasta o dever de indenizar. Isso porque se mostra relevante para o mundo jurídico, no tocante à determinação do nexos causal, o fato de que diversos fumantes notórios nunca desenvolveram qualquer tipo de câncer, ao passo que pessoas de vida saudável - mesmo crianças -, que nunca fumaram, também são acometidas por esse terrível mal. Definitivamente, isso não sugere a inexistência de relação entre o tabaco e o câncer, ou até outras enfermidades, como infarto ou doenças pulmonares crônicas. Na verdade, somente sugere que outras causas que não o cigarro são também, em alguns casos, determinantes para o desenvolvimento do câncer, podendo mesmo consubstanciar-se como causas exclusivas. Diante desse cenário de incertezas - ou certezas apenas estatísticas -, somente se fosse possível, no caso concreto, determinar quão relevante foi o cigarro para o infortúnio que ceifou a vida do ente querido dos autores, ou seja, qual a proporção causal existente entre o tabagismo e o falecimento, poder-se-ia cogitar de se estabelecer um nexos causal juridicamente satisfatório, o que, no caso, somente com o aprimoramento médico e mediante um exame *post mortem* seria possível determinar-se”.

Entretanto, ter fixada a premissa de que a causalidade específica, que pressupõe a noção de *necessariedade*, não se confunde com a causalidade geral, isto é, com a mera frequência de associação entre dois eventos, não significa excluir, absolutamente, a colaboração dos dados estatísticos na aferição do nexos de causalidade. Naqueles casos em que as estatísticas demonstram que a associação entre determinado evento e determinado efeito possui frequência próxima a 100%, revela-se possível praticamente deduzir da aludida associação uma relação de causalidade. Ora, se em 95% dos casos, p. ex., o efeito Y decorre do evento X, é possível *quase*

deduzir que, no caso concreto, o efeito Y tenha sido causado efetivamente pelo evento X. O nexo de causalidade, no caso, embora não possa ser deduzido da estatística, pode ser a partir dela aferido mediante raciocínio indutivo: a altíssima frequência associativa entre os eventos justifica reconhecer como altamente provável que aludida associação constitui uma relação de causalidade (v. *infra*, Parte III, item 4.2.1.1).

Um precedente do Pretor de Torino a respeito da responsabilidade penal por exposição ao amianto tem o condão de expressar, em sua *ratio decidendi*, solução ilustrativa da hipótese. Segundo a motivação da decisão, “o critério do aumento do risco integra o *accertamento* da causalidade, intervindo *ad adiuvandum* na investigação fática do nexo etiológico devida ao juiz: não advém daí uma substituição do *accertamento* da causalidade, mas uma mera integração e, de consequência, não se estende, mas restringe-se, o âmbito da punibilidade”²³⁵. Admite o Tribunal que não é possível confundir o nexo de causalidade com a mera associação estatística entre determinado evento e o dano, ou seja, quando se pode cogitar sobre o *risco*. Porém, reconhece a possibilidade de que a causalidade geral venha a colaborar para o *accertamento* do nexo de causalidade em juízo.

Em semelhante sentido é que as máximas de experiência são chamadas a integrar o *accertamento* da causalidade. Como já examinado *supra*, sua condição de juízo geral pode exercer função semelhante àquela desempenhada pela frequência estatística aproximadíssima a 1, de modo a tornar possível indução do nexo de causalidade a partir do seu alto grau de generalidade. Isso vai depender, no entanto, do grau de consistência da máxima de experiência, cuja aferição pode ser realizada através dos mesmos critérios utilizados para controlar a categoria, isto é, para aferir a própria *existência* das máximas de experiência. Dito de outro modo: ainda que se pressuponha existente a máxima de experiência, é possível cogitar de diferentes graus de confirmação, a exemplo do que ocorre com as leis estatísticas de modo geral.

Um dos critérios que servem à aferição do grau de confirmação da máxima e, por conseguinte, sua aptidão enquanto elemento de *accertamento* do nexo de causalidade é a verificação empírica da confiabilidade das noções da experiência comum em face dos

²³⁵ Pretura di Torino, 9.2.1995, in *Foro it.*, 1996, II, c. 107 ss., c. 124 ss., *apud* STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, 3ª ed., p. 246.

conhecimentos científicos disponíveis²³⁶. Vale dizer: se existe algum suporte científico em torno da máxima de experiência utilizada para apoiar o raciocínio indutivo.

Outro critério decorre da verificação do acatamento intersubjetivo das noções que o juiz pretende usar, o que implica, de parte do intérprete, um “procedimento dinâmico de pesquisa e controle (poder-se-ia dizer: de *trial and error*) destinado a escolher as noções que se mostrem dotadas de suficiente grau de confiabilidade e de grau adequado de aceitação e consenso difuso”²³⁷. Em síntese: primeiro o intérprete deve submeter a um controle crítico as noções que a experiência e o senso comum lhe fornecem para verificar o fundamento de sua aceitabilidade; depois, diante de dúvida a tal respeito (quando são suscitadas impugnações ou sugestões de recursos a outros critérios ou noções diferentes, p. ex.), o intérprete deve aprofundar a sua indagação, indo em busca de noções mais confiáveis e mais solidamente ancoradas na cultura que representa o contexto concreto do problema posto à resolução²³⁸.

Em outros termos: a ideia de normalidade estabelecida pela máxima de experiência não exclui a possibilidade de seu questionamento, isto é, de que esta seja contrariada a partir da hipótese de sua não-normalidade. Não raro pode ocorrer, p. ex., um conflito entre máximas de experiência²³⁹. A contrariedade à máxima da experiência, assim, dependerá da atividade probatória do interessado, mediante a reunião de informações que, pela sua pertinência e precisão, revelam-se idôneas a demonstrar a possibilidade do evento alternativo²⁴⁰.

²³⁶ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. In: *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 3 (2001), p. 90-91.

²³⁷ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. In: *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 3 (2001), p. 91.

²³⁸ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. In: *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 3 (2001), p. 91.

²³⁹ Antonio Carrata ilustra o problema com o exemplo de duas testemunhas que viram o mesmo acidente automobilístico, mas contam versões diametralmente opostas. Uma delas estava alguns metros mais perto do acidente; porém fez o seu relato dias após o relato fornecido pela outra, que o havia realizado imediatamente após o evento. Tem-se aí a máxima de que a pessoa que está mais próxima do evento, no sentido físico, possui melhores condições de precisar a sua dinâmica; de outro lado, tem-se presente também a máxima de que a pessoa que imediatamente forneceu o seu relato torna seu testemunho mais confiável que aquela que o forneceu dias depois (CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa dela prova*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Milão: CEDAM, Gennaio-Marzo 2001, p. 97).

²⁴⁰ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 182.

Importa deixar claro, portanto, que a aplicação da máxima de experiência para aferição da causalidade específica dependerá do seu grau de consistência. Embora presumivelmente elevado, porquanto, por sua própria natureza, “expressam as crenças relativas à realidade natural e social nas quais nós, enquanto membros do gênero humano, fazemos uso confiável no modo como pensamos, falamos e agimos”²⁴¹, pode ter a sua própria condição de máxima de experiência impugnada, ou o seu grau de confirmação inferior ao suficiente para caracterizar, à luz de um juízo de probabilidade lógica, a caracterização da *necessidade típica à configuração da noção de causalidade*.

Seja como for, não é possível substituir o nexos de causalidade pela noção de causalidade geral. Afastadas as hipóteses narradas, que tornam possível a colaboração da frequência estatística aproximadíssima a 1 e das máximas da experiência com grau de confirmação elevado, torna-se impossível assemelhar a mera associação entre eventos com o nexos de causalidade, por conta da ausência do elemento fundamental: a relação de *necessariedade*.

Nada impede, no entanto, que o legislador estabeleça presunções legais em torno do nexos de causalidade, visando a reputá-lo presente em hipóteses nas quais seja extremamente difícil a sua investigação²⁴². O certo é que a opção dependerá sempre do legislador. Se o legislador expressa na *fattispecie* substancial presente no texto da lei a expressão “causa”, ou outra que seja dela derivada, não é possível ao intérprete cogitar outro fenômeno senão o nexos de causalidade, ou seja, a causalidade específica. E, se de nexos de causalidade é que se está a tratar, não é possível interpretá-lo como mera associação entre dois eventos, baseada em determinada frequência de sucessão entre ambos; torna-se imprescindível aferir a relação de *necessariedade* existente entre um e outro, porque isso é da natureza do nexos de causalidade.

²⁴¹ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 181-182.

²⁴² Barbosa Moreira afirma que, no caso das presunções legais, além de juízo ligado ao *id quod plerumque accidit*, outro ponto de contato entre o indício e a presunção é o da excessiva dificuldade em provar a ocorrência do fato que se tem por presumido. Segundo o autor, “muitas vezes se mostra sobremodo árdua – por paradoxal que isso possa afigurar-se, à primeira vista –, a demonstração cabal de que as coisas se passaram *normalmente*, de acordo com o esquema que reúne maiores condições de verossimilhança e, por conseguinte, de probabilidade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. In: *Temas de direito processual*. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª ed., p. 62)

Embora a atividade do intérprete seja a de autêntica reconstrução de sentido do texto – o que impede seja sua atividade reduzida a uma mera descrição do significado previamente existente no dispositivo –, isso não significa dizer que não exista qualquer base de significado preexistente ao processo interpretativo. A interpretação da expressão “causa” e do verbo “causar”, bem como suas decorrências lógicas, não permite compreendê-lo para além ou para aquém do significado do nexo de causalidade.

Falar em “flexibilização” do nexo de causalidade, portanto, exige bastante cautela, porque o processo interpretativo não é isento de limites²⁴³.

Adverte Humberto Ávila, com razão, que “afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há *traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem*”²⁴⁴. Mauro Cappelletti lembra a propósito que “as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo”²⁴⁵. Importa dizer: os textos normativos traçam o conteúdo e os limites da obrigação de indenizar mediante a utilização da expressão “causa” e seus respectivos derivativos gramaticais. Não pode o juiz, portanto, compreender *fattispecie* distinta daquela presente no texto normativo, como que solapando a presença do nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil, sob pena de imiscuir-se indevidamente na função outorgada ao legislador²⁴⁶. Não é outorgada ao intérprete, com efeito, a faculdade de desconsiderar os significados incorporados no uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Se “interpretar é construir a partir de algo” e “por isso significa *reconstruir*”, deve-se atentar para os limites que são impostos não

²⁴³ Com Cappelletti, “o reconhecimento de que é intrínseco a todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 23).

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2009, p. 32-33. Os grifos no texto são meus. Salienta o jurista, nesse sentido, que “as condições de uso da linguagem funcionam como condições dadas da comunicação” (p. 33).

²⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 26.

²⁴⁶ É clara a distinção, nesse passo, entre o juiz “criativo”, no sentido de que a sua atividade de intérprete supõe a outorga de sentido ao texto da lei, e o juiz legislador, figura absolutamente vedada em nosso sistema jurídico. A atividade jurisdicional de “reconstrução da ordem jurídica” possui seus limites restritos aos elementos já constantes no sistema jurídico. Sobre o tema, v. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126-127; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 3ª ed., esp., p. 100-101.

apenas pelo texto legislado, mas, sobretudo, pelos núcleos de sentidos linguísticos preexistentes ao processo interpretativo individual²⁴⁷.

A advertência é de relevo fundamental, especialmente em razão de propostas doutrinárias que apelam para compreensão do nexos de causalidade através do conceito de causalidade geral. Aludindo à insuficiência das regras no sistema de responsabilidade civil para dar efetiva tutela ao direito da vítima do dano, a doutrina propõe interpretação na qual se dê a “efetivação dos princípios do novo Direito de Danos”, de modo a “possibilitar à vítima do dano o ressarcimento das consequências danosas que tenha sofrido, mesmo quando não seja possível a ela realizar prova contundente ou eficaz de que o dano foi resultado de uma determinada conduta ou atividade”. Essa orientação afirma que o “nexo causal, neste novo ambiente da responsabilidade civil, é evidentemente modificado em sua característica originária”, mediante “método que preze a observação estatística e probabilística”, sendo isso justificado pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social²⁴⁸.

São, de fato, contundentes os fundamentos de semelhante proposta. A efetivação dos princípios constitucionais da solidariedade e da reparação integral constitui proposta das mais relevantes a serem incorporadas ao discurso da responsabilidade civil. Nada obstante isso, a solução pela substituição do nexos causalidade pelo conceito de causalidade geral não é adequada, porque não é possível aniquilar a presença do nexos de causalidade enquanto

²⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2009, p. 33-34. A “conclusão trivial”, prossegue o autor, “é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender ‘provisória’ como *permanente*, ‘trinta dias’ como *mais de trinta dias*, ‘todos os recursos’ como *alguns recursos*, ‘ampla defesa’ como *restrita defesa*, ‘manifestação concreta de capacidade econômica’ como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos” (p. 34).

²⁴⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, esp. p. 337-342. Proposta semelhante é defendida por Ana Perestrelo de Oliveira, para quem a “solução dogmática e pragmaticamente correta no campo da imputação dos danos ambientais deve (...) partir do *conceito ou ideia central de risco*”. Segundo a autora, a complexidade da prova do nexos causal, aliada à necessidade de efetiva tutela do meio ambiente e aos influxos sobre o direito civil dos princípios jurídico-ambientais justifica o recurso ao “conceito geral de risco como forma de ‘flexibilizar’ os critérios de determinação do nexos causal”. Em síntese: “Bem longe de se exigir a demonstração de uma causalidade naturalística, exige-se – o que é bem menos – a demonstração da criação/aumento do risco” (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 70-72). Na doutrina nacional, nesse mesmo sentido, admitindo que, “diante de situações de risco (...) a causalidade seja vista de modo especial, ou melhor, que a prova da causalidade não exija os mesmos requisitos dos casos comuns, em que o risco não está presente”, na medida em que a “redução das exigências de prova” se justificaria em face da “necessidade de se viabilizar tutela efetiva dos direitos”, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 207-210.

fattispecie da obrigação de indenizar. Para o bem da verdade, a assimilação entre causalidade específica e causalidade geral não constitui mera proposta de “flexibilização” ou “modificação” do nexo de causalidade, mas sua absoluta aniquilação enquanto pressuposto da responsabilidade civil. Trata-se de proposta que não se pode aceitar, ainda que sob os auspícios de tão valoroso apelo. Se a *fattispecie* substancial é construída a partir da norma cuja previsão considera relevante para a produção de determinado efeito a existência de conexão causal entre dois eventos – como ocorre, inegavelmente, no caso dos arts. 186²⁴⁹ e 927²⁵⁰, do Código Civil brasileiro²⁵¹ –, não será possível descrever a *fattispecie* concreta em termos de um nexo de mera probabilidade (estatística) entre estes dois eventos²⁵². Tratar-se-ia, nesse caso, da descrição de uma realidade que não é aquela prevista pela sintaxe fática da norma que se pretende aplicar.

Não se pode ignorar a força constitutiva dos modelos hermenêuticos como solução de concretização do valor da solidariedade social e da promoção da dignidade da pessoa humana mediante o princípio da reparação integral²⁵³. Também não se pode ignorar a necessidade de se compreender o texto normativo mediante máxima conexão com a realidade, isto é, no sentido de que a interpretação deve restar afinada aos fatos e aos valores inerentes à experiência jurídica

²⁴⁹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e *causar* dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Grifei.

²⁵⁰ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), *causar* dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Grifei.

²⁵¹ A doutrina não controverte a respeito da presença do nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil. V., p. ex., SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. V, 2ª ed., 1962, p. 251, para quem “[u]ma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido”; e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 468, para quem “Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar”. Segundo Cavalieri Filho, o nexo de causalidade é, a rigor, “a primeira questão a ser enfrentada na solução de *qualquer caso* envolvendo a responsabilidade civil” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 45. O grifo é meu). Conforme Raquel Bellini de Oliveira Salles, “Partindo de uma análise da redação do parágrafo único do art. 927, é possível de antemão constatar que a obrigação de indenizar em exame não prescinde, para a sua configuração, do nexo de causalidade, que se traduz no verbo ‘implicar’, isto é, ‘ser causa de’”, o que se aplica também aos casos envolvendo a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163).

²⁵² No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 114.

²⁵³ Proposta de inegável valor teórico extraída da tese de André Rodrigues Corrêa apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS a partir da obra de Miguel Reale, com a orientação da Prof. Dra. Judith Martins-Costa. A tese foi publicada em 2009 (CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009).

contemporânea²⁵⁴. Sabe-se que é devida, ainda de outro lado, a efetivação dos valores constitucionais no sistema de direito privado. Parece-me temerário, todavia, ignorar a existência de certas pautas interpretativas mínimas, sem as quais não se torna possível outorgar segurança jurídica ao direito e, via de consequência, às relações sociais. Vale sublinhar: o modelo hermenêutico adotado, seja este qual for, não pode prescindir de determinados critérios, sob pena de a interpretação restar baseada, exclusivamente, no subjetivismo do intérprete, ainda que este seja repleto de boas intenções²⁵⁵.

A determinação ou determinabilidade da hipótese de incidência da norma, isto é, a sua “tipicidade material”, constitui problema vinculado à segurança jurídica na perspectiva da respectiva interpretação²⁵⁶. Com efeito, para a uma *concepção unívoca do objeto*, a “determinação” significa a capacidade de conhecer o único sentido da norma, e a previsibilidade, a capacidade geral de antecipar o sentido exato das decisões futuras. Nessa hipótese, a segurança jurídica é qualificada como “garantia de que o cidadão possa generalizadamente conhecer e exatamente prever as consequências que serão atribuídas pelo Direito aos seus atos”. Já pela *concepção alternativa do objeto*, a compreensão se apresenta em sentidos diferentes. Pode se dar, assim, através da *concepção indeterminada da interpretação*, que defende a “total ou ampla indeterminação da linguagem constante nas regras, sendo o intérprete, por conseguinte, incapaz tanto de conhecer como de prever o sentido de uma regra jurídica”. Trata-se de concepção extremada, que, “levada às últimas consequências, rejeita a própria ideia de regra jurídica, visto que, não tendo esta sentido algum antes da decisão, somente a decisão judicial tem valor”. Porém, pode-se dar também como uma *concepção tipológica da interpretação*, que “se fundamenta na ideia de que as regras, no lugar de conceitos classificatórios cuja verificação depende da existência de todos os elementos abstratamente previstos ($A = a + b + c$), contêm tipos, isto é, noções valorativas gerais, cuja constatação depende da configuração concreta da

²⁵⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41.

²⁵⁵ Registra Schreiber, a propósito das diversas teorias em torno da “flexibilização” do nexos de causalidade que, embora essas não se confundam, “corroboram sempre a expansão da margem de discricionariedade do juiz na apreciação da relação de causalidade”, o que se explica, em larga medida, “por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação às vítimas de um dano”, ou seja, “com finalidade, ideologicamente legítima, de garantir ao ofendido alguma indenização” (SCHREIBER, Anderson, *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160-161).

²⁵⁶ Sobre o tema, ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 139-160, fonte da qual extraio as considerações que seguem a propósito deste tema específico.

ideia geral – e, portanto, da existência de um ou mais elementos, mas não necessariamente de todos (A = a, b e/ou c)”. Por fim, a concepção alternativa do objeto ainda pode dar-se mediante *concepção determinável da interpretação*, que “se baseia na ideia de que as regras contêm conceitos, no entanto, estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados e em alguma medida determinados (geralmente pela prática jurisprudencial e pelo consenso doutrinário) ou determináveis (individualmente ou pelo contexto normativo e fático do caso). Tais “núcleos de sentido”, prévia e intersubjetivamente fixados, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, “não podem ser ignorados pelo intérprete”²⁵⁷.

As duas últimas concepções da interpretação – *tipológica* e *determinável* – partem do pressuposto comum segundo o qual as normas jurídicas, enquanto vertidas em linguagem, são em alguma medida indeterminadas, razão pela qual são capazes de apresentar sentidos alternativos. Por conta dessa constatação, observa Humberto Ávila, não se alude às expressões “determinação” e “previsibilidade” para ilustrar a capacidade de o cidadão conhecer os sentidos possíveis da norma a que vai obedecer e controlar a concretização pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, mas em termos de “determinabilidade” e “calculabilidade”. *Determinabilidade*, nessa acepção, significa a capacidade de conhecer os sentidos alternativos da norma, e *calculabilidade*, a capacidade de controlar os sentidos alternativos das decisões normativas futuras²⁵⁸. Interpretar a norma, na perspectiva da segurança jurídica, significa, nessa perspectiva, garantir que “o cidadão possa conhecer e calcular as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a atos ou fatos, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se *dentro* daquelas alternativas reduzidas e antecipadas”²⁵⁹.

No que se refere à compreensão da *fattispecie* substancial da obrigação de indenizar, dentre os núcleos de sentido impostos ao intérprete se encontra o texto enquanto realidade dada à luz da interpretação. Vale dizer: o texto aparece como ponto de referência fixo frente à problematidade, arbitrariedade ou no mínimo a pluralidade de possibilidades interpretativas

²⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 146-149.

²⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 149-150.

²⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 150.

que apontam para o texto²⁶⁰. À base de toda a constituição de textos encontra-se, portanto, uma “informação originária”, de modo que seu sentido seja “compreensível univocamente”²⁶¹, o que ocorre, p. ex., quando o texto da lei utiliza-se das expressões “causa” ou “causar”. Ademais, o núcleo de sentido se encontra presente na fixação, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, do critério para a aferição do nexo de causalidade. Como já referido, o nexo causal implica em uma relação de *necessariedade* existente entre determinado evento particular e seu respectivo efeito, sendo assim informado pela teoria *causalidade adequada*, que nada mais é do que a expressão, no plano jurídico, do modelo nomológico da explicação causal.

Em suma: a concretização dos valores constitucionais no sistema de responsabilidade civil deve ocorrer, portanto, mediante o respeito a pautas interpretativas mínimas. Isso inclui a presença do nexo de causalidade, elemento que, pelo menos diante dos textos legislativos que imputam a responsabilidade civil no direito brasileiro, não se faz possível eliminar.

A responsabilidade civil de terceiro, prevista no art. 932, do CC, p. ex., não escapa a tal constatação. Ao afirmar que “[s]ão *também responsáveis pela reparação civil*”, o legislador, ao utilizar-se da locução “também” referiu-se iniludivelmente à disposição contida no art. 927 e, portanto, à exigência do nexo de causalidade. A doutrina de modo geral aponta a norma em questão como hipótese de presunção de culpa, ou seja, da presença de um nexo de atribuição. Penso, todavia, que há mais que uma simples presunção de imputação na disposição em comento, sem qual não haveria falar na obrigação de indenizar: há também a presunção legal do nexo de causalidade.

Como se sabe, a culpa (no caso, a presunção de culpa) não é suficiente para que se dê o reconhecimento da obrigação de indenizar. Torna-se necessário demonstrar a presença do dano e, por óbvio, também o nexo de causalidade. Na hipótese, o nexo de causalidade pode ser abordado através de duas perspectivas (tomo de exemplo a hipótese do inciso I): i) aquele existente entre o ato do menor e o dano; e ii) na perspectiva do pai (terceiro) e o dano. É certo que o pai presumivelmente não foi diligente (presunção de culpa). Mas, além dessa ideia de

²⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Enio Paulo Giachini. 7ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. II, p. 392.

²⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Enio Paulo Giachini. 7ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. II, p. 398.

reprovabilidade à sua conduta, é possível compreender a sua omissão como fato que, necessariamente (causalidade adequada), tenha colaborado para que o dano ocorresse. A distinção entre nexos de causalidade e imputação, nesse caso, embora seja difícil de ser aferida, existe: não tivesse o pai se omitido (fato), o dano não teria ocorrido. Imagine-se o exemplo do pai que deixa as chaves do carro ao alcance do filho menor e este, de sua vez, utiliza o carro sem autorização e provoca um acidente, causando prejuízos. Além de se presumir culposa a conduta do pai, por ter faltado com o seu dever de vigilância, é possível também presumir a existência de um nexo de causalidade entre a sua omissão (fato) e o dano. Aliás, basta examinar as hipóteses previstas nos incisos do art. 932 para confirmar que o legislador constrói a presunção com base no *id plerumque accidit*, ou seja, em torno do critério da *causalidade adequada*. Assim, valendo-se da regra de experiência de que "os pais geralmente colaboram, de alguma maneira, para que o dano causado pelos seus filhos menores venha a ocorrer, ao deixar de inibir os seus impulsos" (inciso I) é possível presumir o nexo de causalidade entre a sua omissão e os danos causados pelos filhos; ou considerando a regra de experiência de que "o patrão colabora com o ato praticado por seu empregado quando este se encontra no exercício do seu trabalho, porque este geralmente atua em cumprimento às suas ordens" (inciso III), é possível presumir o nexo de causalidade entre o fato do patrão e o dano; e assim por diante²⁶². Em outras palavras: ao presumir a responsabilidade do terceiro, o legislador presumiu não apenas a imputação (culpa), mas também o nexo de causalidade entre a omissão e o dano²⁶³.

No que se refere à *fattispecie* substancial da obrigação de indenizar, portanto, é possível ao legislador prever presunções legais em torno do nexo de causalidade, de modo a melhor promover a convicção judicial "sobre fatos que não se podem conhecer facilmente, ou que de ordinário escapam à investigação", na medida em que a presunção tem o condão de

²⁶² Importa sublinhar que, no caso, não há falar em ficção. Pontes de Miranda esclarece que, enquanto "[a] ficção enche de artificial o suporte fático; a presunção legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, o que talvez não aconteceu, ou aconteceu", sendo que "[a] ficção tem no suporte fático elemento de que não se poderia induzir a situação que ela prevê". "Daí", prossegue, "nada se presumir quando se elabora ficção" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsó, 4ª ed., 1974, p. 447).

²⁶³ É semelhante a compreensão de Serpa Lopes ao afirmar que "[n]o caso de culpa presumida, na *responsabilidade complexa*, a presunção não só é atribuível à culpa como igualmente à relação de causalidade". Isso porque o então Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ entende que a responsabilidade complexa "é antípoda da responsabilidade *simples*, dado que, enquanto esta caracteriza uma situação resultante de uma ação direta de uma pessoa ligada à violência ao direito ou ao prejuízo ao patrimônio, por um ato culposos, a responsabilidade *por complexa*, ao contrário, só indiretamente pode ser vinculada ao responsável, em desconformidade com o princípio geral de que só o homem é responsável pelos danos causados diretamente por ele e com o seu fato pessoal" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. V, 2ª ed., 1962, p. 253 e 267).

simplificar a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume²⁶⁴. Trata-se, no entanto, de problema afeito ao plano legislativo. A previsão contida no §6º, 1, da *Umwelthaftungsgesetz*, a Lei de Responsabilidade Civil da Alemanha, a propósito, constitui exemplo marcante disso. No texto, o legislador alemão dispõe que “Se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, uma instalação for apta a causar o dano em causa, presume-se que o dano foi causado por esta instalação”. Os critérios para aferir aludida aptidão são descritos em seguida: “A aptidão para causar o dano num caso concreto determina-se tendo em conta a situação da empresa, o seu modo de funcionamento, a natureza e a concentração dos materiais utilizados e libertados, as condições meteorológicas, o tempo e o lugar em que o dano ocorreu, a natureza do dano, bem como outras condições especiais, que apontem para ou contra a causação do dano”. Nesse caso, o legislador é absolutamente claro ao estipular a presunção do nexo de causalidade: a prova dos fatos indiciários, na sua ótica, é suficiente para concluir pela presença do nexo de causalidade.

Além das presunções legais, o legislador também poderá relativizar o nexo de causalidade enquanto pressuposto da responsabilidade civil, desde que o faça expressamente, como ocorre com o art. 108, VI, da Lei nº 6880/80. Ao dispor que “A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de (...) acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, *sem relação de causa e efeito* com o serviço”²⁶⁵, restou clara a opção do legislador em facilitar o ressarcimento daquele que ingressa no serviço militar mediante a não inclusão do nexo de causalidade na *fattispecie* substancial do texto normativo. Embora o Superior Tribunal de Justiça colecionasse diversos precedentes aduzindo à presença de presunção legal na hipótese²⁶⁶, isso não se revela exato. O texto da lei, quando dispõe “sem relação de causalidade”, é expresso em eliminar a sua consideração para que seja reconhecida a obrigação de indenizar, não havendo cogitar de construção fenomenológica outra senão a mera desnecessidade de demonstrar o nexo causal.

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsó, 4ª ed., 1974, p. 447-448.

²⁶⁵ Grifei.

²⁶⁶ Nesse sentido: “Para a concessão da reforma *ex officio* não se faz necessário que a incapacidade sobrevenha, necessariamente, em consequência de acidente ou doença com relação de causa e efeito com o serviço, sendo suficiente para caracterizar o nexo de causalidade que a doença tenha se manifestado durante a prestação do serviço militar, até porque, por força de lei, ao ingressar nas Forças Armadas, submeteu-se o militar a rigoroso exame de aptidão física, onde nada foi constatado, daí a presunção do liame causal entre a moléstia e o serviço militar. Inteligência do artigo 108 do Estatuto dos Militares” (AgRg no REsp 512.583/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 17/02/2005, DJ 11/04/2005, p. 397).

Em suma, revela-se equivocada qualquer proposta de compreender determinado fenômeno da vida presente na *fattispecie* abstrata do texto normativo – no caso, o nexo causal – por qualquer outro que se apresente mais apto a promover a tutela do direito, por mais por mais importante e valioso que isso seja. Se o texto exige o nexo de causalidade em seu suporte fático, não é possível preenchê-lo mediante a alegação de simples “risco”, ou de uma probabilidade estatística de que possa existir o nexo de causalidade.

5. AS FUNÇÕES DO NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade possui duas funções bem definidas na responsabilidade civil. A primeira é a de autêntico pressuposto da obrigação de indenizar, na medida em que serve para apontar o sujeito ao qual devem ser imputadas as consequências de um evento danoso. A segunda é a de delimitar a extensão do dano a ser ressarcido, servindo, nessa perspectiva, como “medida da obrigação de indenizar”²⁶⁷.

Com efeito, basta examinar a função desempenhada por cada um dos três elementos que compõe a obrigação de ressarcir – o dano, o nexo de causalidade e os fatores de atribuição, quais sejam, a culpa e o risco –, para perceber a distinção entre i) o reconhecimento do dano injusto, cuja função é fazer nascer a obrigação de repará-lo; ii) o nexo causal, que será o elemento de ligação entre o dano e o fato do agente, identificando o evento que foi a causa do evento danoso, tornando possível, por conseguinte, identificar o sujeito que o causou; e iii) os fatores de atribuição – culpa e risco – que cumprem a função de qualificar e individualizar a conduta do agente – culposa ou arriscada – a quem se pretende imputar a obrigação de ressarcir²⁶⁸.

²⁶⁷ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 9ª ed., 2001, p. 554-555. Sobre a dupla função do nexo de causalidade na responsabilidade civil, ver, ainda, ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*. V. IV – La responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1999, p. 317; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153.

²⁶⁸ A lógica recomenda seguir os seguintes passos: primeiro, verifica-se a ocorrência do dano, sem o qual não é possível falar em ressarcimento; depois, investiga-se a relação de causalidade, ou seja, o quê causou tal dano, pelo que se pode indicar qual foi a ação ou omissão que se atribui à causalidade e, via de consequência, qual o sujeito que praticou a conduta; por fim, afere-se a qualidade da conduta daquele que tenha sido responsável pela causação do dano, nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, isto é, pergunta-se “a conduta que causou o dano foi

Trata-se, por primeiro, portanto, de pressuposto da obrigação de indenizar e que, por isso, de regra, não pode ser afastado da responsabilidade civil, “sob pena de esta se transformar em um jogo de azar, numa cega loteria”²⁶⁹. Praticamente não existe controvérsia na doutrina quanto ao ponto: é indispensável aferir a presença do nexo de causalidade a fim de que seja apontado o sujeito a quem se reconhece, em princípio, obrigação de indenizar, ou seja, o sujeito cuja conduta ativa ou omissiva tenha causado o dano²⁷⁰.

Não é possível confundir o nexo de causalidade com os fatores de imputação, isto é, com a *culpa* e o *risco*²⁷¹. A relação de causalidade consiste na relação entre um efeito (no caso, o dano) e determinado evento antecedente, ou seja, aquele que o tenha gerado (e por conta disso qualifica-se como “causa”). Ao lado do nexo de causalidade existem as *razões jurídicas de imputação*²⁷², isto é, o “nexo de atribuição a alguém da conduta devida”²⁷³, que com o nexo de causalidade é inconfundível²⁷⁴.

O direito brasileiro prevê, a propósito, dupla forma de imputação: i) a *imputação subjetiva*, regida pelo princípio da inculpação (requerendo ato culposo no suporte fático da responsabilização); e ii) a *imputação objetiva* (que não requer a culpa), resultante das normas

arriscada? Foi imprudente? Foi negligente? Foi imperita?” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 81).

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133.

²⁷⁰ Nesse sentido, “[p]ode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, 3ª ed., p. 46). “Em se tratando de elemento causal”, registra Caio Mário da Silva Pereira, “cumprido ao lesado, no curso da ação de indenização, prová-lo cumpridamente” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 84). Fernando Noronha, de seu turno, aduz que “[e]m princípio só existe obrigação de reparar os danos que tenham sido causados por fatos da responsabilidade da pessoa obrigada a indenizar, embora estes não tenham de ser necessariamente resultantes da sua atuação: poderão ser fatos de outra pessoa, por quem aquela seja responsável, ou fatos de coisas ou animais pertencentes a esta (...)” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2010, p. 612).

²⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 84, nota 7.

²⁷² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 178.

²⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 84.

²⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 84.

que atribuem a alguém a assunção de um *risco* ou de um *dever de segurança*, ou de *garantia*, ou a responsabilização pela *confiança legitimamente gerada*²⁷⁵.

Pelo nexo de causalidade é possível extrair a existência de relação entre determinado evento e o dano, de modo a qualificar o evento gerador do dano como “causa” do mesmo. Pelo nexo de imputação, de outro lado, é possível qualificar juridicamente como “culposa” ou “arriscada” a ação ou omissão do agente que causou o evento danoso, isto é, na perspectiva de sua *reprovabilidade* pelo sistema jurídico²⁷⁶. A advertência de Pontes de Miranda é das mais relevantes: o nexo de causalidade há de ser verificado entre o *fato* e o *dano*, e não entre o devedor e o dano²⁷⁷.

Dito em outras palavras: a qualificação do evento como “causa” supõe reconhecer a existência do nexo de causalidade. Já reconhecer a conduta que gerou o evento (causa) como “culposa” ou “arriscada” supõe a qualificá-la (a conduta) à luz do sistema jurídico. A conduta “culposa”, por exemplo, é aquela negligente, imprudente ou imperita. A conduta geradora da “causa” pode ser também qualificada por “imprudente”, p. ex., mas nem sempre é isso que ocorre. Da conduta “imprudente” nem sempre resulta o dano, porque nem sempre gera o evento “causa”, caso em que não haveria falar na presença do nexo de causalidade. Ou ainda: a conduta “imprudente” até pode resultar no dano, mas, por não consistir em consequência necessária deste (causalidade adequada), não é possível reconhecê-la como “causa” do dano²⁷⁸.

²⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 88.

²⁷⁶ Isso não significa confundir ilícito com a noção de culpa. Conforme explica Judith Martins-Costa, “convivem, no ordenamento, duas formas de ilicitude: a derivada da noção tradicional, acolhida no art. 186 [CCB], que requer o elemento subjetivo (culpa) e o elemento objetivo (dano); e a noção de *ilicitude por exercício inamissível de posição jurídica* (art. 187), que prescindir do elemento subjetivo e do próprio dano para se configurar, devendo ser completa a partir de conceitos semanticamente abertos, como ‘conduta contrária à boa-fé’, ou ‘ato desviado do fim econômico-social do negócio’. Nesse caso, porém, só haverá obrigação de indenizar, deflagrando-se a eficácia do art. 927, se decorrer dano do exercício inadmissível de posição jurídica” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 127).

²⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsó, 3ª ed., 1971, p. 184. O nexo de causalidade não se estabelece, rigorosamente, entre a “conduta culposa e o risco criado e o dano suportado por alguém”, como registra, p. ex., TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 4ª ed., 2009, p. 358-359. A vinculação entre o nexo de causalidade com “outros pressupostos (ou elementos) do ilícito”, na forma em que registra Guido Alpa (ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*. V. IV – La responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1999, p. 322), significa outorgá-lo distinta natureza, isto é, não a de relação entre dois fatos, mas da relação entre a conduta (culposa ou arriscada, p. ex.) e o dano.

²⁷⁸ Caio Mário endossa exemplo de Serpa Lopes baseado na culpa para diferenciar o nexo de causalidade dos fatores de imputação: “Por serem conceitos distintos, pode haver imputabilidade sem a ocorrência do nexo causal, como no exemplo por ele lembrado, de um indivíduo que fornece a outro um copo de veneno, mas a vítima, antes de lhe

O que se torna importante é distinguir o nexo de causalidade da imputação (nexo de atribuição). Como bem registra Serpa Lopes, são “dois pontos que não se confundem”: diante de um fator de imputação a questão envolve uma *imputatio iuris*, ao passo que, diante do nexo causal está-se diante de um problema de *imputatio facti*²⁷⁹. Dito em outros termos: afirmar que a conduta foi *culposa* ou *arriscada*, conforme o caso diga respeito a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, é problema afeito ao nexo de atribuição (imputação) e não ao nexo de causalidade. Por isso é que nem sempre o sujeito que causou o dano terá a obrigação de indenizar. Conforme demonstram diversos precedentes envolvendo o problema da responsabilidade civil do médico, ainda que presente o nexo de causalidade entre o fato (comissivo ou omissivo) do médico e o dano, exige-se de regra seja demonstrada a culpa para que seja reconhecida a obrigação de indenizar.

A segunda função do nexo causal, não menos importante que a primeira, sucede após o reconhecimento da obrigação de indenizar. Nessa perspectiva, o nexo de causalidade constitui critério para determinar a medida do ressarcimento devido pelo causador do dano à vítima. Evidentemente que, do ponto de vista da vítima, o ressarcimento deve ser integral²⁸⁰; no que concerne à responsabilização do agente, no entanto, há de se investigar o grau da sua colaboração para que o dano viesse a ocorrer, a fim de que a sua participação na tutela ressarcitória ou compensatória esteja em consonância com a extensão do dano por ele efetivamente causado. Pode ocorrer, p. ex., de a vítima ter colaborado parcialmente para que o evento danoso ocorresse. Nesse caso, não será possível atribuir ao outro partícipe a responsabilidade pela integralidade do ressarcimento. A questão a ser aqui respondida é, portanto, a seguinte: “qual foi o grau de colaboração da conduta do agente, em termos de *necessariedade*, para que o dano viesse a ocorrer?”.

sofrer os efeitos, morre de um colapso cardíaco” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 84).

²⁷⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. V, 2ª ed., 1962, p. 252.

²⁸⁰ Sobre o tema, ver, por todos, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

Semelhante função sempre foi outorgada ao elemento “culpa”, pelo que era e continua sendo comum na prática forense o exame do problema da “concorrência de culpas”²⁸¹. Trata-se da aceção de natureza subjetiva da mensuração da responsabilidade pelo ressarcimento que se vale, assim, do “grau de culpa” do agente causador do dano para determinar os limites da indenização. A virada paradigmática sofrida pela responsabilidade civil em torno da sua objetivação outorgou a função da mensuração da obrigação de indenizar ao nexo de causalidade. Assim, não mais a reprovabilidade da conduta do agente é que serve de critério para determinar o *quantum* indenizatório, mas sim o grau de colaboração que este teve para a ocorrência do evento danoso. A “concorrência de culpas” não se revela critério idôneo para, p. ex., determinar a redução da indenização devida a título de ressarcimento. Não é o fato de a atividade desenvolvida pelo sujeito ser mais ou menos arriscada, ou sua conduta ter sido mais ou menos imprudente, p. ex., que serve, rigorosamente, de critério balizador da sua obrigação de indenizar o dano. A culpa ou o risco têm a função de qualificar a conduta do agente. Tal qualificação constitui, em certos casos, elemento presente no *Tatbestand* abstrata do direito material e, por conseguinte, fator de imputação da responsabilidade civil. Todavia, não constitui, rigorosamente, critério para determinar a medida da obrigação de indenizar: a reparação da vítima deve ser, na medida do possível, integral, devendo ser atribuída em face da *existência* da causa e como esta projetou seus efeitos para que o dano viesse a ocorrer (nexo de causalidade), e não a partir da investigação acerca de reprovabilidade da conduta daquele que causou o dano.

É curioso notar, no entanto que, nada obstante o avançado estágio em que se encontrava o processo de fragilização do elemento culpa enquanto filtro da responsabilidade civil, restou mantida a redação do art. 945, do atual Código Civil brasileiro de 2002, no sentido de que “[s]e a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Tudo leva a crer que a redação do texto da lei, nos termos em que acabou editada, decorreu de lapso ao se revisar a terminologia do anteprojeto, cuja tramitação no legislativo federal durou quase quarenta anos. Seja como for, a redação colabora não somente para a confusão que frequentemente se estabelece entre nexo de causalidade e o fator de atribuição *culpa*, mas

²⁸¹ Extrai-se de recente precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, p. ex., exame de “[h]ipótese em que evidenciada a concorrência de culpas: da autora, porque realizou a travessia da pista de rolamento fora da faixa de segurança; da ré, porquanto seu motorista trafegava com velocidade imoderada para o local” (Apelação Cível nº 70046736294, Décima Primeira Câmara Cível, relator: Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, julgado em 19/12/2012).

também no que se refere à função de “medida de reparação” que, bem delineados os conceitos de imputação e nexos de causalidade, deve ser outorgada este último²⁸².

6. OUTROS FENÔMENOS RELACIONADOS AO NEXO DE CAUSALIDADE

6.1. Multiplicidade de causas

A causalidade nem sempre se estabelece em uma única circunstância fática. Aliás, é muito mais comum verificar que o dano é resultado não de uma, mas de uma série de diversos eventos que, em conjunto, colaboram decisivamente para a produção do dano.

A multiplicidade ou concurso de causas pode ser melhor explicada a partir dos conceitos de i) causas complementares (concausas); ii) causas cumulativas (causas concorrentes); e iii) causas alternativas²⁸³.

A ocorrência de *causas complementares*, ou *concausas*, dá-se quando duas ou mais causas concorrem para a produção de um resultado que não teria sido alcançado de forma isolada por nenhuma delas. O fenômeno acontece, portanto, quando o dano é decorrência lógica de diversos fatos que, isoladamente, não teriam eficácia suficiente para causar o dano²⁸⁴. Se cada um, no entanto, provocou situação que o outro agravou, mas somente o último efetivamente causou o dano, porque o primeiro não o poderia determinar, não há concausa²⁸⁵.

²⁸² Com efeito, já advertia Pontes de Miranda que “é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de *compensação de culpas*. Culpas não se compensam. O ato do ofendido é concausa, ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, que tocaria ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsó, 1971, 3ª ed., p. 195). Também no sentido de outorgar aludida função ao nexos de causalidade, SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 166-167.

²⁸³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28.

²⁸⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28.

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsó, 3ª ed., 1971, p. 192.

Na hipótese de *causalidade cumulativa*, ou *causas concorrentes*, pelo contrário, cada uma das distintas causas teria, por si só, força para determinar a produção do dano²⁸⁶. É o caso, no exemplo de Pontes de Miranda, dos salteadores que, ignorando um o que o outro fazia, atiraram sobre o passante: “os tiros atingem a vítima, que morreria com qualquer um dos tiros”²⁸⁷.

Na perspectiva cronológica, tanto as causas complementares (concausas) quanto as causas concorrentes, podem ocorrer de forma simultânea ou sucessiva.

Distinto é o fenômeno da *causalidade alternativa*, pelo qual não é possível definir, dentre os diversos participantes em certo grupo, qual deles efetivamente causou o dano. Vale dizer: sabe-se que o agente que causou o dano faz parte do grupo, mas não se consegue identifica-lo. Não há, no caso, problema de concorrência de causas porque o dano é causado por apenas um determinado integrante do grupo²⁸⁸. O problema é identificar, portanto, dentro aqueles que compõem o grupo, qual deles, pela sua conduta, causou o dano.

6.2. “Interrupção” do nexa causal

Fala-se em *causalidade interrompida*, ou *interrupção do nexa causal*, quando um evento teria provocado realmente determinado efeito, mas a verificação deste efeito foi impedida por outro evento que, de sua vez, o produziu anteriormente²⁸⁹. Nesse caso, o primeiro fato não foi senão a *causa virtual* do resultado, e assim não chegou a causá-lo; o segundo fato, que

²⁸⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29.

²⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsóti, 3ª ed., 1971, p. 192.

²⁸⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

²⁸⁹ PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 28.

realmente provocou o dano, “interrompeu” a primeira série causal e, portanto, constitui autêntica causa deste²⁹⁰.

A expressão “interrupção”, bem como suas derivações, embora inserida na tradição para explicar o fenômeno, não é isenta de críticas. Com efeito, o nexo de causalidade, considerada a sua natureza de peculiar relação que se estabelece entre dois eventos, rigorosamente, não pode ser “interrompido”: ou existe ou não existe.

O nexo de causalidade pressupõe uma relação de *necessariedade* entre dois eventos (causa e efeito). Se determinado evento, no curso da cadeia sucessória de eventos, foi substituído por outro na condição de *necessário* para a realização do efeito, jamais chegou a se transformar propriamente em *causa*, pelo menos à luz de um juízo de *prognose* póstuma, próprio da teoria da causalidade adequada. Nessa perspectiva, não é possível falar em interrupção do nexo causal porque, em perspectiva posterior ao dano, aquele evento cronologicamente anterior jamais chegou a consistir “causa” e, não existindo “causa”, não se revela possível falar na sua “interrupção”. Não é possível interromper o que não existe. O evento que necessariamente originou o efeito constitui a “causa”, e não o anterior. A doutrina refere, a propósito, a tentativa de cunhar expressões mais adequadas ao fenômeno, como “perturbação ou alteração do resultado”, ou “impedimento do resultado”, ou ainda “impedimento do nexo de causalidade” e “impedimento da formação do nexo de causalidade”. Entretanto, a expressão “causalidade interrompida” acabou mantida por estar consagrada “por um longo uso”, como registra Pereira Coelho²⁹¹.

Compreendido criticamente o fenômeno, importa deixar claro que nem sempre a interferência de outro fato durante o *iter* de desenvolvimento da cadeia causal irá consistir em marco interruptivo da causalidade²⁹². Aliás, muito pelo contrário: a interrupção do nexo causal é a exceção²⁹³, na medida em que, à luz do *id quod plerumque accidit*, diversos eventos podem

²⁹⁰ PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 28-29.

²⁹¹ PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 28-29, nota 14.

²⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsó, 3ª ed., 1971, p. 189.

²⁹³ PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 29.

colaborar, simultaneamente ou não, para a produção do efeito. Nesse sentido, a doutrina labora com alguns critérios para determinar, diante da ingerência de duas ou mais causas na produção do efeito danoso, quando haverá propriamente a chamada “interrupção do nexo causal”²⁹⁴. São eles:

- a) a existência de um (virtual) nexo de causalidade entre o primeiro evento da cadeia e o dano;
- b) que o segundo fato – aquele que “interrompeu” o nexo de causalidade – seja independente do primeiro, no sentido de que deste não seja uma consequência necessária;
- c) que o segundo fato tenha provocado o dano independentemente do primeiro, de modo que só o *iter* causal iniciado pelo segundo fato tenha ocasionado o dano verificado.

Imagine-se o caso em que A atropela B (1ª série causal) e B vem a óbito no hospital em virtude de i) suicídio (2ª série causal); ii) erro médico (2ª série causal); ou iii) incêndio que atingiu o nosocômio (2ª série causal). Em tal exemplo, considerando as três hipóteses de resultado, a 2ª série causal “interrompeu” a 1ª série, em virtude de i) fato da própria vítima; ii) fato de terceiro; iii) caso fortuito ou de força maior. É possível verificar do exemplo, pelo menos, duas dimensões do problema: a primeira, no caso de considerar o atropelamento, por si só, como evento determinante para o efeito (morte); a segunda, no caso de considerar que o atropelamento, por si só, *não* fosse evento determinante para a morte, mas apenas para ferimentos sofridos por B.

Pois bem: quando a eficácia causal dos dois eventos, cada um dos quais seria capaz de produzir o efeito só por si, colaborou efetivamente para o dano verificado, tem-se a hipótese de *causalidade cumulativa*, examinada *supra* (Parte II, item 6.1). À luz do exemplo mencionado, trata-se do caso em que o atropelamento levaria à morte. Por outro lado, se a eficácia causal de

²⁹⁴ Trabalho aqui com os critérios propostos por PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 29, nota 13.

um dos eventos não chegou a operar efetivamente no resultado, se o dano, tal como concretamente se verificou, só foi produzido pela eficácia causal do outro, aquele é *causa virtual*, ou *hipotética*, em relação a esse dano. À luz do exemplo narrado, trata-se do caso em que o atropelamento não levou à morte; o que a determinou foi o suicídio, o erro médico, ou o incêndio no hospital: trata-se, neste último caso, de um exemplo de *causalidade interrompida*²⁹⁵. Ou melhor: do surgimento da autêntica cadeia causal do efeito morte.

O que mais importa nesta sede, isto é, muito mais do que aprofundar o exame dos diversos fenômenos que estão ligados ao problema do nexos de causalidade, é registrar a sua existência, de modo a ilustrar como pode se revelar complexa a tarefa do intérprete não apenas no que se refere ao *ascertainment* da causalidade à luz *fattispecie* substancial da obrigação de indenizar, mas, em especial, no que se refere à sua prova em juízo. Guardados os limites desta tese, o fundamental é, portanto, determinar a natureza do nexos de causalidade, sublinhando a importância do critério da *necessariedade* proposto pela teoria da causalidade adequada enquanto expressão, no plano jurídico, do modelo nomológico da explicação causal.

²⁹⁵ PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 25-26. Na nota 9, o autor justifica a utilização do termo “causa hipotética” nada obstante as fundadas críticas dirigidas à expressão: “Se se recear a crítica fácil de que a expressão ‘causa hipotética’ envolve uma contradição nos próprios termos, pois toda a causa é necessariamente real e, se é virtual já não é causa, pode falar-se antes aqui em fato hipotético. Porém, empregaremos de preferência a primeira fórmula. ‘Fato hipotético’ sugere a ideia de um fato não real (não histórico), de um fato que realmente não *teve* lugar, mas apenas *teria* tido lugar se se tivesse verificado certa hipótese, que não se verificou. Ora, a causa virtual, se pode ser um fato hipotético, neste sentido, pode também ser, e é por ventura o mais das vezes, um fato *real*. (...) Para estes casos é mais correto falar-se em *causa* virtual ou hipotética. Trata-se de um fato que em si mesmo foi real, mas cuja eficácia causal em relação àquele dano é puramente hipotética”.

PARTE III - A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Determinadas as bases dogmáticas que informam o conhecimento do nexo de causalidade enquanto elemento da *fattispecie* substancial da obrigação de indenizar, é preciso investigar como se articula a prova do enunciado relativo ao nexo causal em juízo.

Não é função da prova ou do direito probatório qualquer alteração das bases normativas do direito material, ou seja, no sentido de modificar a *fattispecie* substancial predeterminada pelas normas que dispõem a respeito da responsabilidade civil. Ainda que limitada pelo direito material, pelo princípio da demanda, e outros determinismos próprios do processo, as notórias dificuldades que envolvem a demonstração do nexo de causalidade deságuam suas angústias no procedimento probatório.

O problema central a ser examinado pela tese encontra nesta terceira parte a sua questão nevrálgica: diante da natureza não exatamente empírica do enunciado relativo ao nexo causal, importa agora verificar como se faz possível obter a máxima efetividade da sua prova em juízo, de modo a possibilitar o alcance de tutela jurisdicional o mais aderente possível, nessa perspectiva, à noção de justiça material. A peculiaridade do fenômeno impõe sejam delineados alguns critérios objetivos, sejam bem conhecidas as técnicas processuais probatórias disponíveis e seja bem compreendida a sua seara de aplicação, de modo a apontar soluções no sentido de outorgar efetividade à tutela do direito da vítima à luz do princípio da reparação integral e do direito fundamental à adequada e efetiva tutela dos direitos, sem olvidar a indispensável atenção à segurança jurídica.

1. O OBJETO DA PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao exame da prova do nexo de causalidade não escapa uma compreensão fenomenológica elementar; compreensão que pressupõe, a propósito, toda e qualquer investigação probatória concreta ocorrida no processo: a de que não se pode confundir os *atos* com as *alegações de fato*.

No ambiente processual, o objeto de atenção do intérprete não é constituído propriamente pelos fatos, mas pelos enunciados fáticos. Os fatos não alegados, embora tenham ocorrido e até eventualmente possam servir de fundamento da tutela jurisdicional, de regra não integram o objeto do processo e não se submetem ao objeto da prova caso não tenham sido alegados pelas partes.

Os enunciados fáticos que podem ser objeto da prova são constituídos pelos fatos principais e secundários. Os enunciados fáticos principais dizem respeito ao fato constitutivo do direito do autor, razão pela qual só as partes podem trazê-los a juízo, ou seja, “o juiz não pode considerá-lo existente ainda que tivesse razões para tê-lo por existente”²⁹⁶, tendo em conta do princípio da demanda²⁹⁷. Já os enunciados de fatos secundários não se referem propriamente ao fato constitutivo do direito do autor, embora levem, de alguma maneira, ao seu conhecimento. Por tal razão, o conhecimento de tais fatos em juízo, ainda que não alegados, não acarreta violação ao princípio da demanda, nem propriamente exceção à regra de que apenas as alegações fáticas das partes é que se incluem no objeto da prova²⁹⁸.

Seja como for, o certo é que o interesse das partes e do juiz encontra-se voltado apenas e tão-somente para o exame probatório das alegações de fato, e sobre estas recairá o

²⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 94.

²⁹⁷ Sobre a distinção entre princípio da demanda (*Dispositionsmaxime* ou princípio dispositivo em sentido material) e princípio dispositivo (*Verhandlungsmaxime* ou principio della trattazione), v., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Parte Prima. Milano: Giurfrè, 1962, p. 304 e ss.

²⁹⁸ Nesse sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

exame da sua veracidade. Vale dizer: apenas a respeito dos enunciados fáticos é que se pode cogitar de um juízo de verdade; quanto aos fatos, enquanto acontecimento da vida concreta, não há de sequer cogitar da sua veracidade: estes ocorreram ou não ocorreram, isto é, são fenômenos reais de cuja existência ou inexistência não se faz possível questionar²⁹⁹.

O problema da prova do nexo de causalidade se relaciona à demonstração probatória da verdade de um enunciado fático que descreve um nexo de causalidade natural e específico³⁰⁰, embora não empiricamente demonstrável em sua integridade.

O nexo causal pode ser descrito de diversas maneiras e ser expresso em termos diversos: pode-se dizer que “x causou y”, ou que “y pressupõe x como sua causa”, etc. De outro lado, pode haver nexos causais simples e imediatos, como quando se diz que “x é causa direta de y”, pelo que se supõe que entre os dois eventos existe um contato direto no espaço e próximo no tempo, ou pode-se dizer que entre x e y não existe tal relação direta, e assim se torna necessário especificar a cadeia causal que, pelo tramite de várias passagens causais que envolvem diversos elementos intermediários, liga x e y (com uma forma do tipo “x causou k; k causou z; z causou w; w causou y”). Por outro lado ainda, pode ocorrer que se configurem a presença de mais concausas (p. ex.: “x, z, k e w causaram y”), como no caso no qual um evento seja produzido por ato de um ou mais sujeitos. O cumprimento do ônus da alegação ocorrerá, em todo o caso, caso o enunciado fático seja apresentado de forma completa, de modo a se referir a todos os eventos que compõem o esquema das relações causais, e precisa, de modo a determinar e esclarecer todos os eventos que se incorporam ao esquema causal e a sua respectiva função dentro de tal esquema³⁰¹.

Um *enunciado causal* simples, do tipo “x causou y”, é composto de três elementos: i) o evento que se aponta como causa, ii) o evento que se indica como evento ou consequência, e iii) o nexo causal que liga esses dois eventos. No que se refere à prova de tal enunciado, a causa

²⁹⁹ A lição, já clássica em tema de direito probatório, é de SENTIS MELENDO, Santiago. *Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad*. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 462, abr. 1974, p. 13. Assim, a “a expressão ‘provar um fato’ não é mais do que uma elipse, uma forma de dizer provar a hipótese de que os fatos tenham sucedido” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 83). No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2009, p. 57.

³⁰⁰ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 111.

³⁰¹ Assim, TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 111-112.

e o efeito são dois eventos empíricos individuais e específicos (o acelerar o veículo, a queda do vaso de flores, o consumo de determinado medicamento, a ferida, a morte, a destruição de determinada coisa, p. ex.) que podem ser percebidos, verificados, reproduzidos e documentados. A prova de tais acontecimentos em juízo pode dar-se, e não raro dá-se, segundo as regras probatórias ordinárias: na responsabilidade civil, os fatos tidos por “causa” e por efeito (prejuízo) devem ser provados. A diferença ocorre com o terceiro elemento do enunciado causal, ou seja, o nexos causal que conecta x e y³⁰².

Ainda que provado x e provado y, deve ser ainda provada a existência da relação de causalidade entre eles. A prova da mera associação entre os eventos não é capaz de tornar demonstrado o enunciado “x causou y”. Nesse aspecto reside a maior dificuldade probatória: ao contrário do que ocorre com os elementos empíricos x e y, o nexos causal não é um evento empírico observável ou perceptível como todos os demais acontecimentos materiais que compõem o complexo do enunciado causal. Dito em outros termos, a relação entre a causa e o efeito não é, de fato, acontecimento empírico de qualquer modo assimilável aos outros acontecimentos que integram o enunciado do nexos de causalidade, ou seja, aquele se aponta como causa e aquele que se aponta como efeito³⁰³. Diante de tal constatação, o enunciado causal depende não só da utilização das regras probatórias ordinárias, mas de algo mais: de raciocínio lógico que se confunde com a própria construção gnosiológica do fenômeno³⁰⁴.

A relação entre os eventos tidos por causa e dano – o nexos causal –, como já referido *supra* (Parte II, Capítulo 2) constitui enunciado cuja natureza é fortemente marcada pela miscigenação entre fato e direito. Em razão disso, o raciocínio que se desenvolve no sentido de aferir a natureza causal da relação entre dois ou mais eventos segundo a *fattispecie* substancial da norma praticamente identifica-se com aquele destinado a demonstrar o nexos de causalidade em juízo. Vale dizer: o mesmo raciocínio de caráter lógico-inferencial destinado à demonstração do nexos de causalidade enquanto enunciado fático da demanda serve à identificação da própria

³⁰² TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 113.

³⁰³ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 113.

³⁰⁴ Decorre de semelhante percepção a constatação de Serpa Lopes: a relação de causalidade reveste-se “de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo se multiplicam no tempo e no espaço” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. V, 2ª ed., 1962, p. 251).

alegação de fato enquanto *fattispecie* substancial da norma que determina a obrigação de indenizar. Justifica-se aí, p. ex., o recurso às máximas de experiência, categoria típica do raciocínio probatório, no modelo de aferição da causalidade adequada.

No que se refere ao objeto da prova, este terá suas fronteiras delimitadas pelo direito material: será o critério da causalidade adequada que informará o *thema probandum*, afastando especialmente as alegações que, por não restarem afinadas com o *Tatbestand* ou à *fattispecie abstracta* da norma de direito material, não se submetem ao exame do intérprete e, via de consequência, à produção probatória. De modo geral, o objeto da prova é composto apenas das alegações de fato que sejam controvertidas, pertinentes e relevantes³⁰⁵. Além do critério da controvérsia, expressamente ventilado na lei (art. 334, I e II, do CPC), o direito material informará os limites do objeto da prova no caso concreto, dispensando da verificação probatória as alegações impertinentes, ou seja, não concernentes ao mérito, e irrelevantes, isto é, aquelas que não possam influir no julgamento de procedência ou improcedência do pedido³⁰⁶.

No caso do direito brasileiro, a compreensão do nexo de causalidade é determinada pela teoria causalidade adequada, que se vale da utilização do *id quod plerumque accidit* ou de leis científicas de caráter geral para aferir o nexo de causalidade. A prova do nexo de causalidade depende, nesse passo, não apenas da demonstração dos dois fatos empíricos relativos a causa e ao efeito, mas da prova da validade da lei científica ou da validade da máxima da experiência, conforme o caso. A legitimidade da lei científica ou da máxima da experiência que constitui a premissa abstracta do raciocínio desenvolvido visando a demonstração do nexo de causalidade

³⁰⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61-62. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2009, p. 64 e 66-67.

³⁰⁶ Assim, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 242 e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61-62. No que se refere especificamente ao critério da controvérsia existem algumas exceções. Os fatos alegados pela parte e não negados pela outra integram o objeto da prova i) quando a seu respeito não for admissível a confissão, ou seja, quando a demanda versar sobre direitos indisponíveis (arts. 302, I, e 320, II, CPC) e ii) quando faltar documento público indispensável à prova do ato (art. 302, II, e art. 320, III, CPC). Ademais, incluem-se no objeto da prova mesmo diante da incontrovérsia os fatos impossíveis ou mesmo improváveis. Assim, a alegação em torno do “camelo passando pelo fundo de uma agulha” sempre dependerá de prova, porque “o processo não é um negócio combinado em família mas instrumento de exercício de serviço público e o poder de disposição das partes não pode chegar ao ponto de impor abusos à inteligência do juiz”. Conforme DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2009, p. 61-62.

deve ser submetida ao contraditório³⁰⁷. Demonstrada a validade da premissa relacionada ao paradigma geral e objetivo, torna-se possível provar a relação entre a causa e o efeito a partir de raciocínio inferencial que pode ter caráter dedutivo, no caso da lei científica de frequência absoluta, ou caráter indutivo, no caso das máximas de experiência ou da lei estatística de frequência próxima a 1, conforme examino *infra* (Parte III, item 4.1.2.2).

2. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE

Os critérios que o juiz deve observar para realização do juízo de admissibilidade da prova são, para além da existência de controvérsia, os da pertinência e relevância, ou seja, se o fato alegado pela parte encontra-se afinado com a sintaxe fática da norma de direito material e se efetivamente contribuirá para a prestação da tutela jurisdicional. Fora desse quadro, a admissibilidade de “prova incontroversa, impertinente ou irrelevante constitui *diligência inútil* ou *meramente protelatória*, tendo de ser indeferida pelo juiz”³⁰⁸.

Caso a parte tenha alegado fato que sequer corresponde à *fattispecie* substancial prevista na lei, sequer cumpriu com seu ônus de alegação, não havendo, por conseguinte, falar na admissibilidade da prova. Se o fato alegado corresponde à *fattispecie* abstrata e é controvertido, de regra a sua prova é admissível, restando saber se esta contribuirá para o desfecho da causa posta em julgamento. Importa, assim, depois de posta a matéria controvertida, exercer o juízo de pertinência e a relevância da alegação³⁰⁹, mediante o cotejo entre a alegação fática concreta e a sintaxe fática abstrata da norma. Em recente precedente o Superior Tribunal de Justiça decidiu, p. ex., não admitir a prova do nexo de causalidade entre a moléstia desenvolvida pelo fumante e o seu hábito de consumir os cigarros fabricados por determinada indústria fumageira. Na *ratio decidendi* observa-se, com base em orientação já firmada no âmbito do mesmo STJ, a

³⁰⁷ Como assinala Knijnik, sempre é possível afastar uma máxima de experiência oferecendo prova em sentido contrário (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71). Sobre o controle das máximas de experiência em juízo ver, por todos, ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 118-128.

³⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61-62.

³⁰⁹ Especialmente sobre o juízo de relevância da prova, ver TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

consideração do livre-arbítrio do fumante como fenômeno interruptivo do nexo causal, o que tornaria irrelevante a investigação do nexo de causalidade pretendido³¹⁰. Em outras palavras, a prova do nexo de causalidade entre a moléstia e o consumo do cigarro seria irrelevante porque, sendo incontroversa a existência do hábito de fumar, a questão já se resolveria pelo inevitável reconhecimento da interrupção do nexo causal.

Diante do exame em torno dos critérios para a aferição do nexo de causalidade, a prova das alegações de fato deve compreender tão-somente a causalidade particular, ou específica, isto é, aquela que ocorreu no caso concreto. A causalidade geral, embora não constitua o nexo de causalidade, pode contribuir para a formação de presunção judicial do nexo causal nas hipóteses em que a frequência de associação entre os eventos seja próxima a 100%.

Consideradas tais peculiaridades, a admissibilidade de prova com o escopo de provar o nexo de causalidade que não seja apta a demonstrar a causalidade específica é inútil ao fim que se destina e constitui dilação manifestamente indevida do processo, a ilustrar violação do direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB). Em sendo evidente a impossibilidade de se produzir a prova do nexo de causalidade à luz deste ou daquele meio de prova postulado pela parte, o juiz deve inadmitir a prova³¹¹.

Por outro lado, o juiz jamais deve inadmitir a prova por conta de já estar convencido. O juízo inerente ao livre convencimento não se confunde com o juízo de admissibilidade das provas³¹².

³¹⁰ REsp 803.783 /RS, julgado pela Quarta Turma do STJ em 16.04.2013, rel. Min. Raul Araújo.

³¹¹ A impossibilidade de que trato é aquela que se dá em termos absolutos. Em havendo a possibilidade de provar o nexo de causalidade mediante prova indiciária, hipótese na qual os fatos secundários serão objeto da prova, evidentemente a prova deverá ser admitida. Vale lembrar que “também é relevante a prova que versa sobre um fato secundário, portanto não jurídico, do que podem derivar-se logicamente consequências probatórias a respeito do fato principal”, caso em que “a relevância da prova se estabelece segundo um critério lógico que faz referência à possibilidade de formular inferências probatórias desde o fato secundário sobre o que versa a prova até o fato jurídico [principal] que precisa ser provado” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 338-339).

³¹² Conforme KNIJNIK, o juízo de admissibilidade e o juízo de valoração das provas “são planos diversos que devem ser separados com nitidez”. Segundo o autor, “[s]omente depois de afirmada a admissibilidade de uma prova, ou seja, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo julgador e pelas partes, é que se passa à sua avaliação, medida no plano da convicção judicial, e aí sim, à luz do livre convencimento, e não antes” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 71).

A propósito, interessante precedente extrai-se do julgamento da Apelação Cível nº 70011221298 pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ocorrido em 05/05/2005, no qual se examinou agravo retido contra o indeferimento de prova pericial médica visando a demonstrar o nexo de causalidade entre o cigarro, produto que o autor de demanda indenizatória consumiu por vários anos, e os danos causados à sua saúde. Em primeiro grau de jurisdição, o juiz indeferiu a prova, ao fundamento de que “o livre arbítrio na decisão de fumar ou não fumar faz desnecessária ou inútil a prova requerida”. O que se teve, na hipótese, foi autêntica antecipação de juízo de mérito na fase de admissibilidade da prova: pressupondo a existência de livre arbítrio a respeito da decisão de fumar, o fato de o autor ter prosseguido fumando durante anos – o que admite em sua causa de pedir –, representaria hipótese de “interrupção” do nexo de causalidade. Assim foi que o juiz, antecipando juízo de mérito, entendeu por inadmitir a prova pericial, na medida em que já convencido a respeito do resultado da demanda.

Trata-se de equívoco bastante comum nos tribunais brasileiros. Tão comum quanto o fundamento que normalmente acompanha decisões semelhantes, o de que o juiz é o “destinatário da prova” e, sendo a sua convicção “livre” segundo o que dispõe o art. 130 do CPC, teria ele plena liberdade para admitir ou inadmitir a prova segundo a sua consciência³¹³. A propósito, este foi um dos fundamentos pelos quais a maioria do colegiado negou provimento ao agravo retido no precedente comentado: do voto da relatora designada para a lavratura do acórdão colhe-se que “Aqui, o magistrado se valeu do disposto no art. 130 do CPC, porque, em sendo o destinatário da prova, houve por bem dispensar a realização da perícia porque lhe pareceu desnecessário para formar a sua convicção”. Para o bem da verdade, a prova poderia ter sido inadmitida ao fundamento de que não teria o condão de demonstrar o nexo de causalidade, por conta da impossibilidade científica da respectiva prova, p. ex., mas jamais em razão de o juiz já estar convencido ou, simplesmente, com fundamento em seu “livre convencimento”.

³¹³ A propósito, sublinha Alvaro de Oliveira que, mesmo diante de diversos princípios, garantias e técnicas destinadas a coibir o arbítrio do órgão judicial, mostra-se bem possível que este lance mão “de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas despidas de conteúdo, aludindo por exemplo à ‘verdade material’, ‘prova moral’, ‘certeza moral’, ‘prudente apreciação’, ‘íntima convicção’ e expressões similares, autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicarem falsa motivação da decisão tomada e impedirem, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª ed., p. 192-193). No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 409-410.

A inadmissibilidade da prova pelo fato de o juiz já estar convencido a respeito do mérito da causa viola o direito fundamental à prova (art. 5º, XXXV e LVI, da CFRB), que pressupõe outorgar à parte o direito a provar todas as alegações fáticas controvertidas, pertinentes e relevantes, inibindo prejuízos à defesa quando o processo alcançar o grau recursal, onde outro juiz pode ter convicção distinta³¹⁴. Questiona-se: e se, no exemplo dado, o livre-arbítrio do fumante não viesse a ser reconhecido como fato interruptivo do nexo causal pelo tribunal? Nesse caso, obviamente não se poderá ter o nexo de causalidade por provado e, por outro lado, não seria possível rechaçar a pedido do autor sob o fundamento de que não cumpriu o seu ônus probatório. Julgar improcedente o pedido por insuficiência de prova após ter inadmitido a prova adequada ao esclarecimento da alegação de fato ilustra, no mínimo, gravíssima contradição.

Ao contrário do que sugere o clichê doutrinário e jurisprudencial, o destinatário da prova não é o juiz. O destinatário da prova é o processo. A razão chega a ser evidente: considerando a possibilidade de a questão ser examinada pelos órgãos recursais, a prova não se dirige a um juiz especificamente. De outro lado, é inegável que a prova também se dirige às partes, que a respeito dela poderão se manifestar, colaborando intensamente para a sua valoração. Importa jamais esquecer, nesse sentido, a dimensão ativa do contraditório, da qual se retira a constatação de que a formação do juízo de fato depende da efetiva participação das partes³¹⁵.

A admissibilidade da prova constitui, portanto, questão objetiva a ser examinada, mediante a consideração de tais três exclusivos critérios – controvérsia, pertinência e relevância –, não podendo ser inadmitida com fundamento na antecipação da valoração probatória ou, o que é pior, com base na indevida antecipação do juízo de mérito sobre a causa³¹⁶. O princípio do livre

³¹⁴ Nesse sentido, MATTOS, Sérgio Wetzel de. *Devido processo legal e proteção dos direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 215.

³¹⁵ A noção de que “[o] conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos jurisdicionais da efetiva participação das partes” é, aliás, de todo fundamental (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, 2ª ed., p. 283).

³¹⁶ Nesse sentido, TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970, p. 77; TROCKER, Nicòlo. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 522; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19-24; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 2ª ed., p. 145-147; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 443; DALL’ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária*:

convencimento não deve reger o momento de admissão da prova, porquanto os juízos de admissibilidade e de valoração são fenômenos inconfundíveis³¹⁷.

Quanto ao momento para o juízo de admissibilidade da prova do nexo de causalidade, o Código de Processo Civil brasileiro prevê a audiência preliminar (art. 331, do CPC). Em um processo de estrutura cooperativa, o ideal é que as atividades de saneamento e de organização da atividade probatória – entre as quais se coloca o juízo de admissibilidade da prova – sejam realizadas em audiência, ato que propicia um amplo contato e debate oral entre todos aqueles que participam do contraditório³¹⁸. Disposta na fase de saneamento do procedimento comum ordinário, a referida audiência tem por função não apenas promover a conciliação entre as partes, mas especialmente o de pré-excluir eventuais vícios dos atos processuais anteriores e organizar a atividade processual iminente, ou seja, a de natureza probatória³¹⁹. Por essa última função passa não apenas o juízo de admissibilidade da prova do nexo de causalidade, mas também a fixação do *thema probandum*, eventual decisão quanto à dinamização dos ônus probatórios³²⁰, ciência às partes acerca do modelo de constatação a ser empregado (v. *infra*, item 4.1) e, finalmente, a designação das provas a serem imediatamente produzidas.

Fosse levada a sério na praxe dos fóruns e tribunais, tal audiência seria responsável por significativa racionalização da atividade processual. Basta pensar nas etapas de fixação do *thema probandum*, do objeto da prova daí decorrente e do juízo de admissibilidade da prova. A expressa determinação de tais limites da demanda tem por condão inibir o dispêndio inútil de atividade instrutória e, via de consequência, da atividade a ser desempenhada na fase decisória e recursal. Entretanto, seja por razões de política judiciária – como a deficiência do número de

estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93-105; DEMARI, Lisandra. Juízo de relevância da prova. In: KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 171-179.

³¹⁷ MATTOS, Sérgio Wetzel de. *Devido processo legal e proteção dos direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 217.

³¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 2ª ed., p. 132.

³¹⁹ Nesse sentido confira-se SILVA, Paula Costa e. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 213-269. Na doutrina brasileira, por todos, LANES, Júlio César Goulart. *Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

³²⁰ Assim já havia me posicionado em CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 139. No mesmo sentido, MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, mar./abr. 2004, p. 89.

juízes, p. ex. –, seja por conta de equívocos de gestão na administração do processo pelo próprio órgão judicial – por não atentar aos benefícios de médio e longo prazo gerados pela atividade nela desenvolvida –, tal audiência é em larga medida desprestigiada na experiência do processo civil brasileiro.

Nada obstante as virtudes que a oralidade injeta à atividade de saneamento e organização do processo mediante a audiência preliminar, o certo é que o juízo de admissibilidade da prova, assim como as demais questões probatórias³²¹ a serem solucionadas retro e prospectivamente no procedimento, pode ser também realizado através da decisão de saneamento disposta fora dos quadros da estrita oralidade. Mesmo efetivado por escrito, é importante que o juiz atente para todas as importantes funções inerentes ao saneamento e à organização do processo, no que se incluem principalmente as questões probatórias.

3. DA PRODUÇÃO DA PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE

Da complexidade do problema que envolve a natureza do fenômeno relativo ao nexo de causalidade, conforme já referi *supra* (Parte II, Capítulo 2), originam-se as conhecidas dificuldades em torno da sua prova em juízo. Como se disse, o fenômeno não se traduz simplesmente em fato empírico, e depende, por isso, da realização de juízo inferencial a partir de uma lei científica ou de máximas de experiência. A lei científica deve ser necessariamente provada em juízo. Quanto à máxima de experiência, *mutatis mutandis*, vale o mesmo: tanto o debate em torno da sua verdadeira natureza, vale dizer, se efetivamente constitui autêntico juízo decorrente do *id quod plerumque accidit*, quanto o que diz respeito ao seu grau de confirmação para promover o juízo indutivo de probabilidade, constituem temas que dependem da atividade a ser realizada na fase de produção da prova.

³²¹ Sobre as virtudes da oralidade e a atividade de construção do juízo de fato, v., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Parte Prima. Milano: Giuffrè, 1962, esp. p. 15-299.

No que se refere à produção da prova, a maior complexidade da prova relativa ao nexo de causalidade exige das partes e do juiz rigorosa atenção e esforço, sobretudo quanto à observância do direito fundamental ao contraditório.

No que se refere às partes, a sua maior proximidade com as fontes de prova lhes outorga maior responsabilidade com a formação do acervo probatório. Ainda que se questione a amplitude e até mesmo existência de um autêntico dever geral de colaboração das partes na produção da prova, é inegável que a atividade probatória dos sujeitos parciais é a mais importante em termos de colaboração no modo pelo qual será formado o contexto das provas no processo judicial. Uma vez fixado o *thema probandum* e admitidos os meios de prova postulados pelas partes, será das partes a função de apontar e alcançar ao processo as fontes de prova destinadas à demonstração de suas alegações. Diante da notória complexidade que se apresenta a prova do nexo de causalidade, por óbvio é que tal atividade aumenta a sua importância, não apenas no que se refere à dimensão demonstrativa do problema, isto é, na perspectiva material ou empírica da prova, mas também no que se refere à sua dimensão argumentativa, que por óbvio se reforça em razão das distintas fases pelas quais passa a estrutura inferencial do raciocínio probatório, mormente quando esta se revela bastante baseada em máximas de experiência³²².

É certo que, com relação a determinadas fontes de prova, a lei impõe às partes a sua exibição, a exemplo do que dispõe o art. 358, do CPC. Assim, se a parte possui a “obrigação legal” de exibir determinado documento (inciso I), ou se aludiu a documento ou à coisa no processo visando a constituir prova (inciso II), ou, ainda, se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes (inciso III), a lei processual impõe a exibição, desde que isso tenha sido determinado pelo juiz, seja de ofício, seja a requerimento da contraparte. Nada obstante o art. 339, do CPC, aponte para a existência de um dever geral de colaboração das partes ao dispor que “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, e a dicção do art. 14, do CPC, indique deveres às partes relativamente à promoção da verdade no processo, não existem no Brasil normas similares àquelas que gravitam em torno da técnica da *discovery*, presente no processo judicial estadunidense, e que evidenciam autêntico

³²² Sobre a estrutura inferencial do raciocínio probatório e a prova por indução, v. *infra* (Parte III, item 4.1.2).

dever de colaboração das partes em torno da prova judiciária, qual seja, o *duty of disclosure*³²³. No direito brasileiro, a colaboração das partes para com o juiz no que se refere à prova acaba restringindo-se, para além daquela que naturalmente decorre do exercício dos seus ônus probatórios (dimensão subjetiva do ônus da prova), às hipóteses de exibição (art. 358, CPC), apenas se assim restar determinado pelo juiz.

Assim, embora seja possível destacar do modelo cooperativo de processo a existência de deveres de colaboração do juiz para com as partes, especialmente no curso da atividade probatória³²⁴, parece difícil destacar autênticos *deveres* de colaboração das partes para com o juiz em moldes semelhantes³²⁵.

Rigorosamente, a considerar a dicção do art. 359, do CPC, mesmo a desobediência à determinação judicial de exibição implica no descumprimento de um *ônus*. Basta perceber que a consequência pelo descumprimento da ordem de exibição constitui um imperativo de interesse próprio da parte: é sobre ela que irá recair a presunção relativa de veracidade dos fatos que através da fonte de prova não exibida se pretendia demonstrar³²⁶. O mesmo ocorre com a disposição prevista no art. 232, do CCB, com a diferença de que a fonte de prova não constitui documento ou coisa, mas a própria parte. Dito em outras palavras: a parte é estimulada a cumprir

³²³ O *duty of disclosure*, previsto na *Rule 26* das *Federal Rules of Civil Procedure*, constitui uma das normas fundamentais que regulam o processo civil estadunidense, impondo às partes o dever preliminar de comunicar às outras todas as informações relativas às provas que possui.

³²⁴ Sobre o tema v., por todos, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011, *passim*, e, no que se refere especificamente ao tema da prova. p. 138-147. Na doutrina estrangeira ver, por todos, GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 21. Padova: Cedam, 1966. No âmbito do processo civil português, v. SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997, a respeito da recente reforma legislativa na qual se prestigiou em larga medida o modelo cooperativo de processo.

³²⁵ Nesse sentido, YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173-179.

³²⁶ A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. “Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse”, conforme PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 4, p. 217. No mesmo sentido, GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203 e, mais amplamente, MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della prova*. Padova: Cedam, 1966, pp. 59-95, para quem era natural que a noção ônus encontrasse vasto campo de aplicação no processo civil, onde a iniciativa das partes tem notável importância na dinâmica do procedimento, sendo um dos “elementos essenciais da dogmática do processo” e a que se deve o esclarecimento de muitos fenômenos jurídicos. No mesmo sentido, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.] v. 1, p. 393-421, com ampla pesquisa doutrinária, e LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile*. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova: v. 9, n. 1, p. 150-158, 1954, para quem “no processo civil os ônus são mais importantes que as obrigações”.

a determinação judicial de exibição do documento ou de sujeição ao exame pericial por conta da incidência do ônus probatório que decorre da presunção legal construída a partir da conduta da parte, e não por conta da existência de um dever de colaboração. Essa evidente primazia a um imperativo de interesse da própria parte, aliado à inexistência das sanções que, segundo a doutrina, caracterizam a figura do *dever*, é o que justifica a orientação de que as partes não são *obrigadas* a um determinado comportamento em face da prova no processo civil brasileiro³²⁷. É curioso notar, aliás, que o § único do art. 14, do CPC, impõe sanção apenas no caso de descumprimento do dever descrito no inciso V da mesma disposição, conforme parágrafo único do referido dispositivo³²⁸. Embora pudesse a disposição ser interpretada na perspectiva de potencializar a eficácia probatória através da exibição de documento ou coisa, não existe semelhante compreensão pelos tribunais, que tratam o assunto exclusivamente com base nas disposições específicas, tendência que é corroborada, aliás, pela impossibilidade de aplicação de multa de natureza coercitiva³²⁹. O art. 17, CPC, de seu turno, reputa litigante de má-fé aquele que “altera a verdade dos fatos”, a implicar multa no percentual de até 1% do valor da causa (art. 18). Entretanto, também se revela duvidosa a eficácia de suposto *dever*, na medida em que inexistente paradigma de veracidade que tornasse aferível a violação de aludida regra de conduta³³⁰. Vale dizer: não há, na prática, como examinar ter sido violado aludido *dever* de veracidade, o que também é corroborado pela escassez de precedentes em torno da aplicação da multa prevista no art. 18.

³²⁷ Nesse sentido, LENT, Friedrich. *Obblighi e oneri nel processo civile*. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova: v. 9, n. 1, 1954, p. 151; e GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 201.

³²⁸ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

³²⁹ Súmula 372/STJ: "Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória". Embora não constitua sanção, a vedação na aplicação de *astreinte* ilustra a falta de ambição do legislador em agravar a conduta da parte em torno da prova.

³³⁰ Não há como aferir a violação do dever de veracidade sem que haja a fixação prévia de determinado paradigma em torno da verdade, o que somente seria possível caso houvesse a produção preliminar ou antecipada da prova. Nesse sentido, YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 154-159.

Ainda assim, mesmo que se pudesse questionar a existência de um dever de colaboração das partes para com o Estado-juiz em tema de prova³³¹, o certo é que não há falar na existência de um dever de cooperação *entre* as partes³³². Duas razões militam em torno dessa convicção: a primeira, de ordem dogmática, é de que a relação que se estabelece no plano do direito processual é entre as partes e o juiz, e não entre as partes. A relação que se estabelece (ou não) entre as partes é assunto afeito ao direito material. Falar em dever ou ônus, no plano processual, portanto, pressupõe conhecer a dinâmica da “relação de direito processual”, e saber que esta se estabelece entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes. A segunda, de ordem pragmática, decorre da natureza litigiosa do contexto encontrado no processo, que impede o desenvolvimento prático de um modelo de colaboração *entre* os sujeitos parciais do processo.

A colaboração *do juiz para com as partes* no âmbito da prova, por outro lado, não apenas existe no processo civil brasileiro como se revela importante para a adequada formação do juízo de fato. No que se refere à fase de produção da prova, sobretudo dois aspectos sobressaem no que se refere ao problema da prova do nexo de causalidade: o exercício de poderes instrutórios e a rigorosa observância do direito fundamental ao contraditório³³³.

3.1. Os poderes instrutórios do juiz

O art. 131, do CPC, expressamente outorga ao juiz poder quanto ao exercício de poderes instrutórios. Tais poderes compreendem não apenas a produção da prova, inclusive de ofício, mas também a adaptação do procedimento, de modo a aplicar técnicas processuais destinadas a racionalizar e potencializar a atividade probatória. O exercício de tais poderes não implica, respeitados os seus respectivos limites, violação à imparcialidade inerente à função

³³¹ Advogando a existência de deveres de colaboração das partes para com o juiz em tema de prova mediante articulação dos arts. 14, I, 17, I, 18 e 339, do CPC, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 150-151; e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91-92.

³³² Em sentido contrário, FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2005, p. 254-255.

³³³ Sobre as correlações existentes entre o exercício dos poderes probatórios pelo juiz e o contraditório, v. MATTOS, Sergio Luiz Wetzel de. *Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 119-135.

jurisdicional³³⁴. Não há falar, de igual modo, em qualquer contradição ou sobreposição entre a atividade instrutória do juiz com a função desempenhada pelos ônus probatórios³³⁵.

O poder probatório do juiz pode ser exercido oficiosamente, isto é, sem a provocação das partes. Seu exercício é condicionado, todavia, não apenas pelos limites inerentes ao *thema probandum*, mas também à atividade probatória realizada pelas partes e pelo seu respectivo conhecimento acerca dos fatos e das fontes de prova.

No que se refere à adstrição ao tema da prova, importa gizar que os limites quanto à admissibilidade da prova destinam-se não só às partes, mas também ao juiz, de modo que o exercício da sua atividade instrutória é determinado pela controvérsia, pertinência e relevância dos enunciados fáticos.

Ademais, tendo já ocorrido a produção de determinado meio de prova com relação a determinado enunciado fático, mediante requerimento formulado pelas partes não se revela possível, em regra, a *renovação* através do poder probatório outorgado ao juiz, à exceção de relevante motivo. Exemplo marcante encontra-se presente no art. 437, do CPC, que autoriza ao juiz a determinação, inclusive de ofício, “de nova perícia, quando a matéria não lhe [ao juiz] parecer suficientemente esclarecida”. Devem existir, no entanto, fundadas dúvidas quanto ao método ou aos resultados da primeira perícia, que podem decorrer, p. ex., de questão ligada à confiabilidade da pessoa do perito, o que se supõe, em contrapartida, reforço de motivação pelo o juiz visando à justificação a determinação de renovação da prova³³⁶. De modo geral, portanto, é defeso ao juiz determinar a *renovação* de prova validamente já produzida, a menos que existam fundamentos de relevo ligados ao esclarecimento dos fatos para que isso ocorra. Do contrário, não haveria falar em racionalidade da atividade probatória, o que precipitaria, por conseguinte, na violação ao direito fundamental ao processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, CRFB).

³³⁴ Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

³³⁵ No mesmo sentido, BEDAQUE, Luis Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 4ª ed., p. 118-126.

³³⁶ A incerteza da perícia pode decorrer das demais provas produzidas ou dos pareceres dos assistentes técnicos. Antes da segunda perícia, porém, cabe ao juiz tentar esclarecer o conteúdo da perícia já realizada na audiência de instrução, mediante oitiva do perito. De fato, “não há racionalidade em gastar tempo e dinheiro com uma segunda perícia quando basta esclarecer ou complementar a já produzida”, conforme MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 797.

A preclusão das partes a respeito de sua faculdade de produzir prova não constitui limite ao exercício dos poderes probatórios pelo juiz³³⁷. Aliás, legitima-o ainda mais: é a partir do esgotamento do prazo para postular a produção dessa ou daquela prova é que o juiz terá, de regra, maior convicção quanto à prova cuja produção se revela imprescindível para a adequada formação do juízo de fato.

Os limites ao exercício dos poderes instrutórios do juiz encontram-se vinculados, no entanto, ao seu conhecimento sobre os fatos da causa, que é obtido exclusivamente a partir daquilo que é alegado pelas partes. Não pode o juiz, com efeito, valer-se de conhecimentos que transcendam aqueles debatidos nos autos, a menos que estes sejam notórios, sob pena de violação ao princípio da demanda³³⁸. Por corolário lógico, devem restar previamente informadas no processo as fontes de prova sobre as quais incidirá a atividade probatória do juiz³³⁹. Exemplo disso encontra-se pautado no art. 418, do CPC, que autoriza o juiz a ordenar, inclusive de ofício, “a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas”. A vedação tem origem na proibição ao que o juiz valha-se de seu conhecimento privado a respeito dos fatos da causa para julgá-la, no que se inclui o conhecimento técnico que eventualmente possua para resolver determinada questão de fato. No caso de o juiz possuir conhecimento particular sobre qualquer enunciado fático que seja objeto de prova, é de ser presumida a sua parcialidade, na medida em que poderá exercer a função de testemunha (art. 409, I, do CPC), o que configura seu impedimento para jurisdicionar no processo. No caso de possuir conhecimentos técnicos que superem a experiência comum, o juiz não poderá dispensar a realização de prova pericial, conforme determina o art. 335, do CPC, parte final, sob pena de também restar indevidamente comprometida não só a sua imparcialidade, mas também o contraditório.

Tais limites inerentes ao exercício dos poderes instrutórios do juiz não raro acabam mitigados quando o tema envolve a prova do nexo de causalidade. A complexidade da prova inerente à causalidade específica tem estimulado, com frequência, a indevida relativização dos critérios objetivos em tema de poder probatório do órgão judicial. As ações de responsabilidade

³³⁷ BEDAQUE, Luis Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 4ª ed., p. 157.

³³⁸ Nesse mesmo sentido, PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 267-270.

³³⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 270-271.

civil por danos sofridos por pessoas fumantes oferecem ilustrativos exemplos quanto à violação de tais limites. A propósito, no julgamento da Apelação Cível nº 70007090798, pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁴⁰, consta da motivação do acórdão a seguinte passagem:

“Reforço o entendimento a respeito da formação do nexo causal, com as regras de experiência comum que formei na minha vida profissional iniciada, como magistrado, em agosto de 1982, bem como pelos anos vividos em contínua convivência com viciados em cigarro, que iniciou bem antes de ingressar na carreira jurídica. Observei, nestes anos todos, a dependência que causa o tabagismo e as conseqüências na saúde dos usuários, sendo que, na própria família, convivi com fumantes inveterados que consumiam até três maços de cigarro por dia. Observei, em todos esses anos de vida, a preferência que tinham a respeito de determinadas marcas de cigarro e, por isso, não fico admirado com a escolha dos litigantes em acionar esta ou aquela indústria fumageira, pois, conforme o gosto pelo cigarro, somente fumavam outras marcas caso não tivesse disponível para venda a preferida”.

Observa-se na passagem a consideração do conhecimento privado do juiz já na etapa de valoração da prova. De qualquer maneira, tal juízo poderia ser aplicado para determinar o exercício de poderes instrutórios, o que, de qualquer modo, não se pode admitir. As máximas de experiência são, por sua natureza, gerais; jamais particulares. Falar em *“regras de experiência comum que formei na minha vida profissional”* significa contrariar a própria natureza do fenômeno. Trata-se, com efeito, de conhecimento privado do juiz, que não deve fundamentar nem o exercício de poderes instrutórios, nem a valoração do contexto probatório colhido. A razão é simples: o conhecimento privado do juiz, além de alçá-lo à função de testemunha, comprometendo, desse modo, a sua imparcialidade, viola frontalmente o contraditório, na medida em que, estando a informação contida apenas na consciência do juiz, não há espaço para o debate prévio à sua decisão a respeito da *quaestio*, como ocorreu no precedente acima transcrito.

Outro problema comum quanto ao ponto decorre da tomada, enquanto máxima de experiência, dos juízos obtidos a partir de pesquisa realizada pelo juiz em livros de doutrina não-

³⁴⁰ Relator: Des. Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 19/11/2003.

jurídica, de natureza técnica, ou mesmo através de *sites* de busca na *internet*, prática que, aliás, observa-se cada vez mais frequente na atualidade. Com o propósito de motivar seu convencimento pessoal, o juiz procede em aprofundada pesquisa, não raro concluindo, a partir do número de ocorrências encontradas, que ali se estaria diante de autêntica “máxima de experiência”. Todavia, o equívoco é patente: a máxima de experiência supõe o *conhecimento comum* e, portanto, a dispensa de provas, buscas ou pesquisas, mormente as de índole técnica. Quaisquer diligências que se empreendam em torno da justificação da regra de experiência revelam-se paradoxais à sua própria legitimidade enquanto tal. A máxima da experiência, assim como os fatos notórios, constitui categoria que prescinde de prova para ingressar no processo, na medida em que se situa “no patrimônio de noções comuns e pacificamente acolhidas em determinado círculo social, o que pode ser denominado genericamente de cultura em sentido lato”³⁴¹.

Para o bem da verdade, a busca do conhecimento da verdade pelo juiz, através de pesquisas empreendidas na *internet*, por exemplo, revela autêntico ato de produção de prova. Deve ser examinado, como tal, no contexto de nossa sistemática processual.

Nesse sentido, vale mais uma vez válida a advertência: existem limites ao desempenho da atividade probatória oficial. Ainda que não positivados na legislação, a busca pela verdade pode significar o comprometimento da indispensável imparcialidade do juiz. Por vezes, a atividade probatória oficial é tão intensa, mormente em casos tais de pesquisa na *internet*, que o juiz passa, ele mesmo, a ser fonte de prova, o que é defeso por conta da incompatibilidade entre a função de juiz e a de testemunha. Aliás, “[s]e fosse possível ao juiz utilizar-se no processo de suas informações extrajudiciais e de atingir às turvas reservas da memória para trazer fora dos resíduos de observações ocasionais tudo aquilo que porventura se referisse aos fatos da causa, ele, sob as vestes de juiz, executaria na realidade as funções de testemunha; e os perigos de inexata ou incompleta percepção, de arbitrária reprodução, de insciente parcialidade, que são inerentes a toda testemunha, ficariam nesse caso sem corretivo

³⁴¹ CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. In: *Revista di Diritto Processuale Civile*, v. 2, 1925, p. 292. Isso não contradiz, por óbvio, o juízo quanto ao grau de confirmação da máxima de experiência, que pressupõe, antes de mais nada, a própria existência da máxima de experiência.

algum, porque não interviria, para remove-los ou atenuá-los, a avaliação objetiva de pessoa diversa da testemunha”³⁴².

Se, como adverte Friedrich Stein, a distinção estabelece-se a partir do *modo* em que o juiz adquiriu o seu conhecimento, considerando ser “saber oficial” apenas aquele adquirido no exercício da atividade oficial, isto é, aquele obtido a partir das provas efetuadas no processo³⁴³, há de se considerar bastante tênue a linha que separa, nos casos envolvendo as pesquisas oficiosas do juiz, o que se tem por “saber oficial” daquilo que constitui o “saber privado”. A distinção fica ainda mais difícil nas hipóteses em que tais informações são suprimidas do controle pelo contraditório, aparecendo exclusivamente no momento da decisão, como, de regra, vem a ocorrer.

Por outro lado, o direito positivo dispõe ser manifestamente vedado ao juiz dispensar prova pericial, ou esclarecimentos técnicos (art. 435 do CPC), substituindo-a por pesquisa – na *internet*, inclusive – quanto a fatos que exigem conhecimento técnico específico. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, a lei determina que o juiz seja assistido por perito (art. 145 do CPC). A dispensa da prova pericial apenas será possível quando “as partes, na inicial ou contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos”, conforme dispõe o art. 427 do CPC. Fora daí, o recurso ao *auxiliar do juízo* será imprescindível. Diga-se mais: a perícia será devida não apenas porque o perito possui conhecimento científico específico e necessário ao deslinde da dúvida, mas porque a *internet* não se revela, no atual estágio de seu desenvolvimento, segura fonte de prova³⁴⁴. Apenas o perito, aquele que possui conhecimentos técnicos especiais sobre a área de conhecimento estudada, é que poderá auxiliar o órgão judicial no esclarecimento da verdade. Inclusive, se for o caso, para testar a segurança das fontes eletrônicas eventualmente utilizadas pelo juiz.

³⁴² AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 163, v. 1.

³⁴³ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1990, p. 71.

³⁴⁴ Fontes de prova são elementos probatórios que existem antes do processo e com independência a este. Não somente os documentos, mas também as testemunhas e, sobretudo, a própria coisa litigiosa. Já os meios de prova são as atuações judiciais com as quais as fontes se incorporam ao processo. Assim, a “coisa que tem de ser examinada é uma fonte, e seu reconhecimento pelo juiz é um meio”, o mesmo se dizendo da testemunha, que é uma fonte, sendo seu depoimento, um meio e dos documentos, que são considerados “fonte, independentemente de seu caráter de prova pré-constituída”, sendo sua incorporação no processo um meio. Conforme SENTIS MELENDO, Santiago. *Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 462, abr. 1974, p. 15.

Exemplo ilustrativo do problema vem, outra vez, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quando do julgamento dos Embargos Infringentes nº 70028843514³⁴⁵, o voto do relator originário, posteriormente vencido, baseou-se em excerto do site Wikipédia para instruir, já em segundo grau de jurisdição, a sua convicção sobre os fatos da causa. Após transcrever a nota do aludido sítio eletrônico, justifica-se o Desembargador no sentido de que “[a] despeito da possibilidade de se questionar acerca do rigor científico dos conceitos insertos na Wikipédia, por tratar-se de enciclopédia livre da Internet, as anotações bem dão conta sobre a ação decisiva da nicotina como determinante do vício de fumar e os malefícios que o uso contínuo do cigarro traz à saúde do consumidor”. E conclui: “Portanto, inegável que todos têm ciência dos prejuízos decorrentes do consumo do cigarro, os quais são públicos e notórios, e mesmo assim os fumantes persistem em fazer uso tabaco”. Fica evidente que o nexó de causalidade, no caso, foi aferido com fundamento em dados extraídos de pesquisa particular do magistrado realizada na *internet*. Trata-se, no entanto, de solução equivocada, seja por conta do excesso no exercício dos poderes instrutórios, seja por conta da violação ao contraditório, ou ainda por conta da violação que isso representa ao direito fundamental de igualdade entre as partes.

Com efeito, não apenas o juízo de admissibilidade, bem como o resultado da produção da prova através da *internet* deve ser pautado pelo amplo exercício do contraditório. A falta de conhecimento técnico e a insegurança quanto às fontes buscadas são fatores que, naturalmente, estão a incrementar a importância de atentar e bem efetivar o diálogo judiciário. Se o contraditório, por si só, constitui direito fundamental e fator indispensável à aferição de legitimidade da decisão judicial, vale imaginar sua imprescindibilidade no contexto apresentado, em que afloram inseguranças no processo de descobrimento da verdade³⁴⁶.

As dificuldades na produção da prova podem ser solucionadas mediante a aplicação de determinadas técnicas processuais probatórias. Durante a fase instrutória, quando ocorre a produção da prova, o juiz pode determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a dinamização

³⁴⁵ Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, com relatoria do Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, relatora designada para o acórdão Des. Marilene Bonzanini, julgado em 17/12/2010.

³⁴⁶ Em sentido semelhante, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da *Internet*. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a determinação processual do nexó causal e os limites do poder de instrução do juiz. In: ANCONA LOPEZ, Teresa. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 40-41.

do ônus probatório a respeito do nexo de causalidade. Nesse caso, à parte ré seria transferido o ônus de provar a inexistência do nexo de causalidade, razão pela qual a sua atividade instrutória seria modificada à luz da aludida alteração. Algumas considerações a propósito, no entanto, se fazem indispensáveis, visando a inibir os prejuízos que tal técnica processual, acaso aplicada indevidamente, pode ensejar³⁴⁷.

3.2. A dinamização do ônus da prova³⁴⁸

Não se pode mais contestar a existência de dupla função outorgada à regra do ônus da prova prevista no art. 333, do CPC. Ao lado da função objetiva, que disponibiliza ao juiz critério para julgar a causa mesmo diante da insuficiência de prova apta a formar a sua convicção em torno dos fatos alegados pelas partes, a regra que distribui o ônus da prova possui função subjetiva, ou seja, constitui critério destinado a estruturar a atividade probatória das partes na fase instrutória. Não apenas regra dirigida ao juiz, portanto, a ser aplicada na fase decisória, mas regra dirigida às partes, a ser aplicada ao longo da fase probatória do procedimento, que diz respeito ao modo como devem estruturar sua atividade em torno da prova³⁴⁹. Tal modo de

³⁴⁷ Danilo Knijnik afirma que a técnica é perigosíssima, visando justamente a alertar a respeito dos prejuízos que uma inadequada utilização podem causar (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169).

³⁴⁸ Não enxergando qualquer distinção entre “dinamização” e “inversão” do ônus da prova, prefiro aquela denominação, nada obstante reconheça a consagração desta no direito brasileiro, principalmente por conta da alusão que o legislador realiza na mais conhecida disposição legal sobre o tema, presente no texto do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A razão pela preferência é simples: falar em “inversão” sugere a transferência, para a contraparte, de todos os ônus probatórios, isto é, os ônus referentes a todas as alegações de fato relevantes. Sabemos, no entanto, que não é isso o que ocorre. A expressão “dinamização”, além de não sugerir semelhante alusão, tem o condão de expressar como o fenômeno se realiza em juízo. Vale dizer: dinamiza-se a estruturação estática do ônus da prova, permitindo a sua adaptação, mediante a aplicação dos postulados normativos e observância dos direitos fundamentais processuais, às circunstâncias do caso concreto.

³⁴⁹ Examino o tema com maior amplitude em CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-55. Em sentido semelhante, mas dirigindo tal função especialmente ao juiz, sustenta Dinamarco que “o juiz deve estar atento às regras do ônus da prova e ao desempenho de cada uma das partes ao longo de toda a instrução da causa”, pois “[a] regra do diálogo, inerente à garantia constitucional do contraditório em sua feição moderna, integra o chamado *ativismo judicial* e exige que o juiz esclareça as partes sobre os rumos da instrução, conclamando-as a complementar provas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000, 8ª ed., p. 249). De modo geral a doutrina registra a existência da dupla função à regra do ônus da prova. Nesse sentido, BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. In: *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961, p. 17; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4, p. 217; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84; TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 12; MATTOS, Sérgio Luiz

compreender o problema da distribuição dos ônus probatórios prestigia a importância do contraditório para a adequada formação do juízo de fato e para a realização da justiça³⁵⁰. A importância que o exercício do contraditório ostenta para a investigação da verdade torna a estruturação da atividade probatória das partes muito mais do que simples reflexo da função objetiva outorgada ao ônus da prova. Constitui, pelo contrário, função distinta, mormente porque a sua regular aplicação prática tem por efeito minimizar, de regra, as chances de ocorrer a formalização artificial do juízo de fato através da aplicação da regra de julgamento.

No Brasil, assim como em diversos países orientados pelo modelo romano-germânico, o critério de distribuição dos ônus probatórios é expresso na lei³⁵¹. O art. 333, do CPC, determina, por regra geral, que caberá ao autor o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito (inciso I), e ao réu o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. No caso de alegar a presença do nexo de causalidade para efeito de ver reconhecida a responsabilidade civil, ao demandante é outorgado o

Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48-49; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-82; YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56-71; CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317; PELLEGRINI, José Francisco. Do ônus da prova. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 16, jul. 1979, p. 46; MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 114, mar./abr. 1994, p. 75. Na doutrina estrangeira, ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 11-38, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.] v. 1, p. 424-425, LOPEZ MIRÓ, Horácio G. *Probar o sucumbir*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p.35. Contra, por não enxergar sentido no delineamento da função subjetiva, MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 23, e PAULA RAMOS, Vitor de. Direito fundamental à prova. In: *Revista de Processo*, vol. 224/2013, p. 41 e ss.

³⁵⁰ Nada obstante Taruffo reconheça que o contraditório, na condição de um dos “elementos fundamentais do processo civil”, manifeste uma série de implicações, e, entre estas, assume particular importância aquelas que se “vinculam à aquisição e valoração das provas aos efeitos da decisão sobre o fato” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, 2002, p. 411), em estudo mais recente afirma que “o confronto dialético entre as partes não é, de fato um bom método para chegar-se à descoberta da verdade” (TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 171). O contraditório não é o fenômeno que *exclusivamente* define o método, mas isso não significa solapar a sua importância e colaboração para a obtenção da verdade judicial, na medida em que constrange o debate, ao questionamento e estimula a reflexão crítica. Nesse sentido, por exemplo, “o contraditório prévio entre as partes sobre as hipóteses de valoração das provas pode ser um fator relevante de racionalização e controle preventivo da discricionariedade do juiz” (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 407).

³⁵¹ A disposição contida no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro é semelhante àquela disposta no art. 2697 do Código Civil italiano, assim como a que pode ser encontrada no art. 377 do Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina e no art. 342º do Código Civil português. O ordenamento alemão não dispõe de normas específicas acerca dos ônus probatórios, por entender-se que a incorporação dos fatos no processo civil alemão decorre a partir da base do princípio da demanda, do que deriva que o ônus da prova implica em regra abstrata que estabelece a distribuição normativa do risco de esclarecimento dos fatos a ser suportado pelas partes no processo.

ônus de provar a sua existência. Ao réu, não caberá ônus probatório quando negar a existência do nexo de causalidade, mas apenas quando alegar, p. ex., houver ocorrido a interrupção do nexo causal (fato impeditivo) ou a hipótese de concausalidade (fato modificativo). A alegação de que a causalidade está vinculada exclusivamente à vítima do dano, ou seja, ao autor, não impõe ao réu, rigorosamente, ônus probatório de tal alegação. A alegação de que o evento foi provocado exclusivamente pela vítima equivale à defesa direta de mérito, isto é, à negativa de que o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano existiu. Caberá o ônus probatório ao réu em tal sorte de alegação apenas quando o legislador assim o determinar, a exemplo do que ocorre no Código de Defesa do Consumidor (arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II)³⁵². Havendo disposição semelhante, desde que se refira ao nexo de causalidade, estar-se-á diante de outro critério na distribuição dos ônus probatórios.

A regulação expressa da regra geral no art. 333, do CPC, não impede, todavia, que o critério de distribuição dos ônus probatórios venha a ser alterado, seja por determinação do legislador (*ope legis*), seja ato do próprio juiz (*ope judicis*). No primeiro caso, o Código de Defesa do Consumidor constitui exemplo marcante ao positivizar no art. 6º, VIII, o dever de o juiz inverter o ônus da prova diante da hipossuficiência e da verossimilhança das alegações do consumidor. No segundo, é o direito fundamental ao processo justo é o que outorga ao juiz a faculdade de dinamizar a distribuição dos ônus probatórios, o que pode ocorrer mesmo *ex officio*, isto é, sem a provocação da parte interessada. Nesse caso, a dinamização dos ônus probatórios é submetida a aferição de dois pressupostos: i) o de que a prova da alegação seja excessivamente difícil para a parte onerada (*probatio diabolica*); e ii) de que a dificuldade da contraprova pela parte desonerada não ostente semelhante dificuldade³⁵³.

Tais critérios para a dinamização são extraídos do conteúdo do direito fundamental à prova e à igualdade substancial no processo, respectivamente. O direito fundamental à prova

³⁵² No caso, remete-se o leitor à Parte II, item 5, *supra*, onde examino o problema da chamada “concorrência de culpas” e da “culpa exclusiva da vítima”. Na verdade, um problema não ligado à culpa, mas ao nexo de causalidade.

³⁵³ É a tese que invoco substancialmente em CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, esp. p. 71-90. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 3ª ed., p. 337-338. A doutrina argentina, em especial através de Jorge Peyrano, já examina o problema da dinamização do ônus da prova há algumas décadas. No entanto, não se vale da dogmática dos direitos fundamentais para justificar a utilização da técnica, baseando-se substancialmente no princípio da solidariedade, da boa-fé e da colaboração das partes com o juiz, pelo que admitem sua utilização inclusive na sentença. Para revisão da posição argentina, v. PEYRANO, Jorge (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, *passim*.

outorga à parte todos os meios e instrumentos destinados à prova de suas alegações em juízo, desde que não contrários ao direito (art. 5º, LVI, CFRB). Já o direito à igualdade substancial preconiza que as partes devem ser tratadas no processo com isonomia, tendo em conta as peculiares diferenças entre si (art. 125, I, CPC; art. 5º, *caput*, CRFB). Aludidos direitos fundamentais, observados na perspectiva de sua dimensão objetiva, ilustram princípios³⁵⁴ cuja aplicação no caso concreto, mediante a utilização do postulado da razoabilidade³⁵⁵, outorga plena legitimidade à decisão que determina a dinamização: conforma-se a regra legal da distribuição (art. 333, CPC) em prol de promover a eficácia dos princípios constitucionais *in concreto*. Vale lembrar que o próprio legislador previu, com base em critérios semelhantes, a hipótese de modificação do ônus da prova no parágrafo único do mesmo art. 333, embora tenha restringido a sua aplicação para a hipótese de convenção dos ônus probatórios.

Com efeito, se há excessiva dificuldade para a vítima do dano em cumprir com o seu ônus de provar a presença do nexo de causalidade e, aliado a isso, não há semelhante dificuldade pela parte ré em produzir a prova de que o nexo de causalidade inexistiu ou, p. ex., que o dano foi provocado exclusivamente pela vítima, justificada encontra-se a adoção da técnica da dinamização dos ônus probatórios. Transfere-se à parte ré o ônus da prova quanto à inexistência do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado ao autor. Trata-se, como se vê, de técnica probatória destinada a facilitar a produção da prova do nexo de causal: aplicada a dinamização, reestruturam-se as atividades probatórias das partes, permitindo-se que a prova de determinada alegação de fato, antes tida como excessivamente difícil ou até mesmo impossível de ser produzida, seja passível de ser realizada no processo.

O óbice à aplicação da técnica da dinamização encontra-se na ausência do preenchimento dos seus próprios pressupostos de aplicação. Nada justifica dinamizar o ônus

³⁵⁴ Cumprir recordar que os direitos fundamentais têm dupla dimensão: uma *subjéctiva*, que garante *direitos subjéctivos*, e outra *objectiva*, que funda *princípios orientadores do ordenamento jurídico*. Com efeito, “[e]m termos gerais, a dimensão objectiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjéctivos é outorgada função autónoma, que transcende a perspectiva subjéctiva, implicando, além disso, a função o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais” (SARLET; Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 298).

³⁵⁵ Sobre a posição da categoria dos postulados normativos na teoria das normas e o seu conteúdo e função, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2009, *passim*. Justifico a aplicação dos postulados normativos aplicativos na hipótese de dinamização do ônus da prova em CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 124-128.

probatório quando, nada obstante se esteja diante da excessiva dificuldade da parte onerada em produzir a prova, a transferência do ônus implique em *probatio diabolica* reversa. Vale dizer: nada justifica simplesmente transferir a excessiva dificuldade da tarefa de produzir a prova de uma parte para outra. Além de não restar presente, no caso, o pressuposto ligado ao direito fundamental à igualdade substancial, a aplicação da técnica incorreria em violação ao direito fundamental à prova da contraparte. Importa lembrar que, mesmo no âmbito da legislação consumerista, exige-se a aferição da hipossuficiência do consumidor. Assim, se o fornecedor não se revela hipossuficiente em face do consumidor no que se refere à produção da prova – e este é justamente a finalidade da regra prevista no art. 6º, VIII, do CDC –, não tem cabimento dinamizar (ou inverter, como prefere o legislador do CDC)³⁵⁶ – o ônus da prova.

A dinamização do ônus da prova sempre exigirá decisão expressa por parte do juiz e em momento que oportunize a produção da prova pela parte onerada, de modo a não surpreendê-la, o que ilustraria violação à segurança e ao contraditório, e não prejudicá-la, por conseguinte, no exercício de sua posição processual. Por tal razão, sua aplicação jamais deve ocorrer na sentença³⁵⁷, conforme orientação recentemente firmada no Superior Tribunal de Justiça³⁵⁸.

Trata-se de técnica processual que tem por escopo potencializar a efetividade da atividade probatória a partir das peculiaridades do caso concreto. Sua aplicação é excepcional e absolutamente vinculada à aferição da presença dos referidos pressupostos. Aliás, justamente porque a regra que distribui os ônus probatórios constitui a positivação de uma máxima da experiência comum – normalmente as pessoas que alegam os fatos constitutivos do seu direito possuem as melhores condições de demonstrá-los em juízo –, acabam sendo excepcional a seara de sua aplicação. Todavia, um dos efeitos mais marcantes da complexidade da vida contemporânea, ou do “choque de modernidade”, é o progresso tecnológico-científico, que pode proporcionar e frequentemente proporciona àqueles que dispõem de suas ferramentas posição de menor dificuldade e, assim, privilegiada com relação à produção probatória. Por tal razão a

³⁵⁶ Não há diferença ontológica entre inversão e dinamização do ônus da prova. Examine o tema com a devida atenção em CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116-117.

³⁵⁷ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 134-140. Em sentido idêntico: Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

³⁵⁸ “A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas” (REsp 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011).

técnica da dinamização do ônus da prova vem ganhando cada vez mais espaço nos tribunais, ainda que siga conservado seu caráter de exceção.

4. DA VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova liga-se ao convencimento do órgão judicial a respeito da veracidade dos enunciados que compõem o universo fático da demanda. O juízo a respeito dos fatos deve ser realizado, pelo juiz, tendo em conta o contexto probatório produzido e os argumentos deduzidos pelas partes a seu respeito, por força do que determina o direito fundamental ao contraditório³⁵⁹. Trata-se do processo intelectual pelo qual se examina as provas dos enunciados fáticos, de modo a considerá-las em maior ou menos medida ou peso, individualmente e em conjunto, visando ao reconhecimento da veracidade do enunciado fático.

A experiência cultural revela a existência de orientação no sentido da valoração prefixada da prova, ou seja, nos quais o valor de cada espécie de prova é pré-determinada ao convencimento do juiz. Nesse caso, cabe ao órgão judicial tão-somente aplicar o valor já anteriormente conferido e formar o juízo de fato com base na ponderação dos limites postos pela norma. Tal orientação é denominada pela doutrina de “sistema da prova legal” ou “tarifada”. Noutros sistemas observa-se a valoração da prova como atividade intelectual exercida de maneira absolutamente livre pelo órgão judicial, isto é, sem a necessidade de motivar a vinculação a qualquer pauta de natureza racional, lógica ou normativa. A doutrina costuma denominar tal orientação de “sistema da íntima convicção”³⁶⁰.

O nosso sistema processual adotou expressamente em seu art. 131, do CPC, o sistema denominado “livre convencimento motivado” ou “persuasão racional”. Compreende-se a

³⁵⁹ Após a fase de produção da prova é que, de regra, se dá a oportunidade da sua valoração. Isso não quer dizer, no entanto, que a valoração da prova ocorra sempre neste momento. Pode-se dizer, com efeito, que ocorre espécie de valoração *in itinere*, isto é, realizada pelo juiz durante a produção da prova como, por exemplo, a fim de determinar se é necessário ordenar (de ofício ou à requerimento da parte) uma nova prova a respeito de alguma das versões em conflito que não esteja suficientemente esclarecida (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 91).

³⁶⁰ Sobre o tema dos sistemas de valoração da prova, v. na doutrina brasileira, por todos, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. V. I. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1952, p. 325-372.

pela referida acepção que o juiz, embora tenha liberdade para valorar a prova, não o faz em termos absolutos, pois fica vinculado a pautas de natureza lógica e de racionalidade. Trata-se, aliás, de lição corrente na doutrina³⁶¹. Com efeito, se no mundo contemporâneo o método científico, e não a revelação ou a intuição, é que constitui o paradigma de verdade, é razoável que a verdade judicial deva também considerar semelhante método no momento de valorar as provas em juízo³⁶². O problema não se esgota, todavia, no simples anúncio da aludida vinculação do juiz a certas pautas, mas examinar no que se traduzem tais critérios lógicos e racionais acerca da valoração da prova em juízo.

Afinal, quais são os critérios aos quais se encontra o juiz vinculado em sua atividade de valoração da prova?

Para o bem da verdade, existem diversos enfoques a partir dos quais se pode submeter a liberdade de convencimento a critérios racionais de valoração da prova. No entanto, sendo a valoração “um juízo de *aceitabilidade* dos enunciados fáticos em que consistem os resultados probatórios”, e considerando que estes “se consideram *aceitáveis* quando o seu *grau de probabilidade* se estime suficiente”, os critérios de valoração servem para indicar quando “um enunciado fático alcançou um grau de probabilidade suficiente e maior que qualquer outro enunciado alternativo sobre os mesmos fatos”³⁶³, adquire relevo – sobretudo tendo em conta os escopos desta tese –, o problema dos modelos de constatação.

Malgrado a relevância do tema – aspecto de nuclear importância no que diz respeito ao direito fundamental à jurisdição, à prova e, sobretudo, no que se refere à determinação de

³⁶¹ Na doutrina estrangeira, por todos, FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 45-47, para quem “a livre valoração da prova é livre somente no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado da valoração” (p. 45). Na doutrina nacional, por todos, KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15-19.

³⁶² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* - Bases argumentativas de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 161.

³⁶³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho* - Bases argumentativas de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 161. Em outras palavras, “descartada a confiança na obtenção de algum tipo de ‘verdade absoluta’ no processo, e descartada também a concepção de valoração da prova como atividade subjetiva e/ou essencialmente irracional – por incompatível com o objetivo de um modelo cognoscista –, a valoração da prova há de conceber-se como uma atividade racional consistente na eleição da hipótese mais provável entre as diversas reconstruções possíveis dos fatos”.

limites à liberdade do convencimento do juiz –, é rara a doutrina no Brasil a respeito³⁶⁴, o que, como sói deduzir, se reflete na sua pouca utilização na experiência dos tribunais. Embora tenha origem na tradição da *common law*, não há razões que inibam a sua utilização em países orientados pela *civil law*, o que se registra na importância que a doutrina da maioria dos países de tradição romano-germânica credita ao problema³⁶⁵. Pelo contrário: só há razões que a recomendem: o exame quanto aos critérios segundos os quais o juiz deve se basear para estabelecer se o enunciado relativo a determinado enunciado fático recebeu ou não adequada confirmação probatória constitui uma das questões fundamentais do processo civil, circunstância que justifica, de *per se*, o seu enfrentamento a partir das próximas linhas.

4.1. Os modelos de constatação

Os modelos de constatação consistem em *critérios para a fixação do grau de suficiência de prova necessário à formação da convicção do órgão judicial a respeito das alegações fáticas com base natureza do direito material envolvido e como ele se apresenta em juízo*³⁶⁶. Vale dizer: constituem pautas objetivas que irão vincular e estruturar a formação do juízo de fato e, portanto, a convicção do órgão judicial acerca das alegações de fato, tornando-se,

³⁶⁴ Na doutrina nacional, os principais estudos são oriundos do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), e decorrem da ênfase que os professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Danilo Knijnik emprestam ao tema da prova judiciária. Abordando o tema dos modelos de constatação, são frutos desse movimento os seguintes trabalhos: KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: *Separata da Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, jan./fev. 2001; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 153-170; FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, esp. pp. 114-128; CARPES, Artur Thompsen. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. In: ARMELIN, Donaldo (org.). *Tutela cautelar e tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 176-189; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2 – Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, esp. pp. 80-81; CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; e COSTA, Guilherme. *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44-60.

³⁶⁵ Conforme demonstra TARUFFO, Michele. Rethinking standards of proof. In: *51 Am. J. Comp. L.* 663 2003. O tema foi objeto de preocupação de Gerhard Walter que, escrevendo à luz do sistema jurídico alemão, por primeiro identificou a impossibilidade de existir apenas um único modelo de constatação a orientar a convicção do juiz (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985).

³⁶⁶ CLERMONT, Kevin M. A comparative view of standards of proof. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, *passim*.

via de consequência, determinante para o juízo de direito na demanda. A fixação de tais módulos de prova é o que está por trás da natural percepção de que, p. ex., o juiz depende de maiores elementos probatórios para condenar no processo penal do que no processo civil³⁶⁷.

Com efeito, os modelos de constatação servem para orientar o órgão judicial, reduzindo a interferência do subjetivismo na formação do juízo de fato, de sorte a conferir maior segurança ao seu processo lógico de convencimento, proporcionando melhores condições para o controle objetivo da decisão³⁶⁸. Em outras palavras: se a formação do juízo de fato sempre constituiu o capítulo menos seguro na decisão judicial – o juízo de direito sempre contou com mais eficientes critérios hermenêuticos, veja-se o caso da nova teoria das normas e a categoria dos postulados normativos³⁶⁹ –, a adoção prévia e expressa do *standard* probatório, visa a agregar objetividade ao raciocínio do juiz, mediante o elenco de pauta destinada a determinar o grau de prova necessário para a certificação das alegações fáticas e, assim, à aplicação do direito à espécie concreta³⁷⁰.

Trata-se de questão de direito, ligada ao momento de valoração da prova, que deve ser informada às partes antes do início da instrução, a fim de que seja oportunizado o exercício do contraditório ao seu respeito, tornando mais seguro, assim, o procedimento que se desenvolve

³⁶⁷ Expressão da notável distinção de critérios está em que a sentença penal absolutória, tanto no caso em que fundamentada na falta de provas para a condenação quanto na hipótese em que ainda não tenha transitado em julgado, não vincula o juízo cível no julgamento de ação civil reparatória acerca do mesmo fato. Conforme registra o STJ, “O art. 935 do CC consagra, de um lado, a independência entre a jurisdição cível e a penal; de outro, dispõe que não se pode mais questionar a existência do fato, ou sua autoria, quando a questão se encontrar decidida no juízo criminal”, o que consiste em espécie de “autonomia relativa entre essas esferas”. Tal relativização da independência de jurisdições “se justifica em virtude de o direito penal incorporar exigência probatória mais rígida para a solução das questões submetidas a seus ditames, sobretudo em decorrência do princípio da presunção de inocência”. Já o juízo cível é “menos rigoroso do que o criminal no que concerne aos pressupostos da condenação, o que explica a possibilidade de haver decisões aparentemente conflitantes em ambas as esferas”, de modo que “a ação em que se discute a reparação civil somente estará prejudicada na hipótese de a sentença penal absolutória fundamentar-se, em definitivo, na inexistência do fato ou na negativa de autoria” (REsp 1.164.236-MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/2/2013).

³⁶⁸ Clermont aduz, nesse sentido, que os *standards* servem para reduzir os riscos de erro na formação da decisão judicial (CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. In: 33 *Vt. L. Rev.* 469 2008-2009, p. 469).

³⁶⁹ Sobre a teoria das normas, da definição de regras, princípios e os postulados normativos, que constituem “normas que servem à aplicação de outras normas”, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, *passim*.

³⁷⁰ Conforme KNIJNIK, “o direito material e os valores consagrados no ordenamento é que vão ditar o grau de certeza necessário e, via de consequência, o modelo de constatação a ser adotado pelo julgador enquanto questão jurídica prévia à valoração” (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44).

desde a fase de instrução até a de decisão da causa³⁷¹. Trata-se de elemento indispensável, portanto, à caracterização do *direito fundamental ao processo justo*: apenas com o conhecimento prévio das partes acerca do critério a ser utilizado pelo órgão julgador para chegar ao convencimento no que se refere às questões fáticas – e com a oportunidade de o critério constituir objeto de contraditório –, é que se pode projetar uma decisão justa.

É possível perceber a existência de dois modelos de constatação extremos fundamentais: um modelo para o processo civil e outro para o processo penal. Semelhante compreensão constitui, aliás, patrimônio comum daqueles que possuem noções básicas acerca das distinções entre a prova no direito civil e no direito penal, ainda que a partir de elaborações dogmáticas incorretas, em especial no sentido de que no processo penal busca-se a “verdade absoluta” ou “real” e no processo civil busca-se a “verdade relativa” ou meramente “formal”. Embora não se possa falar, mesmo no âmbito do processo penal, no alcance da “verdade absoluta” ou da “verdade real” – porque esta é impossível de ser alcançada –, distinção existe, mas acerca do *grau de convicção do juiz para condenar no processo penal, que é mais elevado, a exigir, via de consequência, contexto probatório mais robusto do que para condenar no processo civil*. Não é, portanto, de se cogitar propriamente quanto à busca de uma verdade mais ou menos “absoluta” ou “real”, pois, no contexto do convencimento do órgão judicial, tudo se resolve em um juízo de maior ou menor probabilidade³⁷²; mas de verificar qual o grau necessário de convencimento judicial quanto aos fatos para que se possa condenar no juízo penal e no juízo cível. Não há como deixar de perceber: a partir da natureza do direito material e, por conseguinte, do grau de restrição ao patrimônio jurídico que poderá ser determinado pela outorga da tutela jurisdicional, oferecem-se critérios diferentes de convicção a respeito dos fatos, a oportunizar modelos de constatação distintos.

O modelo de constatação próprio do processo civil, em cujo âmbito são tratadas questões meramente patrimoniais, é o da *probabilidade preponderante*, e consiste em dar por

³⁷¹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45.

³⁷² Nesse sentido DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000, 8ª ed., p. 238. Daí porque os esquemas de valoração racional da prova são, necessariamente, *probabilísticos* (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 161).

provado o enunciado fático que se apresenta mais provável diante do contexto probatório existente³⁷³.

O modelo de constatação próprio do processo penal, no entanto, é distinto. Consideradas as peculiaridades do direito penal, em especial a de *imputar eventualmente uma pena restritiva de liberdade* ao réu, o convencimento do juiz deverá ser conformado com base em provas mais robustas, aptas a gerar um maior grau de convencimento a respeito da veracidade das alegações de fato. Em outras palavras, o contexto probatório em tais casos deve levar o julgador a superar qualquer *dúvida razoável* que eventualmente possa ter quando da sua convicção a respeito dos fatos³⁷⁴. Permanecendo a dúvida razoável, não poderá haver a condenação no processo penal: tal o critério da *proof beyond reasonable doubt*, que supera aquela dúvida “que levaria um homem prudente a hesitar em dar um passo em assuntos importantes”³⁷⁵. No Brasil, referido *standard* probatório encontra-se vinculado à presunção constitucional relativa de inocência, pelo que o contexto de provas deve superar qualquer dúvida razoável de que o réu é inocente para que seja possível condená-lo.

Há, entretanto, entre tais modelos extremos, um modelo intermediário, aplicável aos chamados *processos civis especiais*. Os valores tratados em tais casos transcendem à dimensão meramente patrimonial, tornando inadequada a utilização do modelo da *preponderância de provas* para a formação do juízo de fato³⁷⁶, sendo exatamente o que sucede nos casos envolvendo as ações de improbidade administrativa, cujos reflexos na pessoa do condenado podem alcançar a perda da sua função pública e a suspensão de seus direitos políticos, por exemplo. Adota-se, portanto, critério intermediário, o da *prova clara e convincente*³⁷⁷, visando a conformar o grau de suficiência de prova para a formação do juízo de fato às peculiaridades do direito material. Não

³⁷³ COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 50; CLERMONT, Kevin M. A comparative view of standards of proof. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, p. 251-253; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37-38.

³⁷⁴ COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 50; CLERMONT, Kevin M. A comparative view of standards of proof. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, p. 251-253; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39-42.

³⁷⁵ ROSENBERG, Irene Merker *et al.*, *apud* KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 40.

³⁷⁶ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37-38.

³⁷⁷ CLERMONT, Kevin M. A comparative view of standards of proof. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, p. 251-253; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

bastará, portanto, a mera preponderância de probabilidade: a probabilidade deverá ser mais intensa, vale dizer, corroborada por um conjunto probatório mais robusto³⁷⁸.

Chegado o momento de valorar a prova, é realizado o cotejo entre o grau de convencimento concreto do juiz e o *standard* probatório fixado. No caso de o convencimento do juiz estar ajustado com o critério do modelo de constatação, o juízo de fato resta substancialmente formalizado. Do contrário, incide a regra de julgamento, ocorrendo a formalização processual do juízo de fato, rechaçando-se assim a pretensão da parte que não cumpriu com o seu ônus probatório. O equívoco na fixação do modelo de constatação ao caso concreto pode resultar na inadequada formação do juízo de fato e, por consequência disso, em injustiça. Assim, p. ex., a condenação no processo penal que ocorra mediante contexto probatório que provoque qualquer dúvida no juiz sobre em torno do cometimento do crime pelo réu; ou a aplicação do art. 333, do CPC, na aceção de regra de julgamento, na hipótese em que o seu enunciado fático é mais provável, diante das provas colhidas, daquele narrado pelo réu em sua defesa.

O erro na aplicação dos critérios ilustrados nos modelos de constatação incide sobre questão de direito e resulta em violação ao direito fundamental à prova e ao processo justo (art. 5º, LIV, LV e LVI, da Constituição).

4.1.1. O modelo da preponderância da probabilidade

O *standard* da preponderância da probabilidade constitui o critério para a valoração da prova subministrado nos processos que envolvem a responsabilidade civil e, portanto, aplica-se à valoração da prova do enunciado fático relativo ao nexos de causalidade. Diante da complexidade que envolve o fenômeno do nexos causal (v. *supra*), não apenas o fato tido como *causa* e o fato tido por *efeito* (dano) se submetem a tal critério de valoração, mas também a prova

³⁷⁸ Trabalho o tema com maior amplitude em CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; e COSTA, Guilherme. *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44-60.

do nexos que relaciona tais acontecimentos empíricos. Serve também para a formação do juízo de fato quanto ao fator de imputação (culpa, risco, etc.).

A *probabilidade* que denomina tal *standard* não se refere à probabilidade como frequência estatística, ou seja, à probabilidade quantitativa, mas ao grau de confirmação lógica que um enunciado recebe sobre a base das provas a que este se refere³⁷⁹.

Existem diversas razões para a inaplicabilidade da probabilidade estatística a um modelo de valoração da prova³⁸⁰, tendo algumas dessas já sido examinadas *supra* (Parte I, item 2.2.1). No que se refere à prova do nexos de causalidade uma razão sobressai: as estatísticas ou os conjuntos numéricos acidentais não podem oferecer a prova particular da causalidade individual, ou seja, a prova dos fatos individuais³⁸¹, pelo que se revela insuficiente para aferir a relação de *necessariedade* eventualmente existente entre dois fatos concretos.

Conforme já afirmei *supra*, a probabilidade quantitativa, ou estatística, mede, através de cálculos matemáticos, a frequência pela qual um determinado evento se produz em uma dada sucessão de acontecimentos. Sob tal perspectiva, essa é uma noção objetiva da probabilidade, pois calcula o número de possibilidades que um sucesso ocorra comparado ao número de possibilidades que não venha a ocorrer³⁸². Todavia, no processo, de modo geral, “não importa determinar a frequência pela qual os homens solteiros maiores de 60 anos, com título universitário e jubilado, matam as suas irmãs, mas se João de fato matou a sua irmã (o que, ainda que seja solteiro, maior de 60 anos, com título universitário e jubilado, é independente daquela frequência)”³⁸³. No que se refere especialmente ao nexos de causalidade, não importa demonstrar

³⁷⁹ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 128.

³⁸⁰ L. Jonathan Cohen registra a existência, de pelo menos, “six difficulties for a pascalian account of judicial probability”, ou seja, seis razões pelas quais a probabilidade quantitativa não se revela adequada para subministrar o problema da prova judiciária (COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 58-120)

³⁸¹ STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 402; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98; TRIMARCHI, Pietro. Per una riforma della responsabilità civile per danno ambientale. In: TRIMARCHI, Pietro (org.). *Per una riforma della responsabilità civile per danno ambientale*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 242.

³⁸² “Quando dizemos que a probabilidade de que saia cara se lançamos uma moeda equilibrada no ar é de $\frac{1}{2}$, o que estamos dizendo é que se o número de lançamentos se repete indefinidamente, a proporção entre o número de caras e o número de coroas será, em geral, tendencialmente de $\frac{1}{2}$ ” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 94).

³⁸³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 99.

o nexo de causalidade geral, ou estatístico, mas o nexo de causalidade específico, particular, vale dizer, do caso concreto.

O exemplo ofertado por L. Jonathan Cohen é ilustrativo: considere-se a hipótese no qual um grupo de 499 pessoas pague entrada para ingressar em um rodeio e que, no entanto, são contados 1000 espectadores, entre os quais se encontra A. Não foram entregues comprovantes de pagamento de ingresso, e não há testemunhas a respeito de quem pagou ou não pagou, nem se A pagou o ingresso ou escalou a cerca. Assim, diante de qualquer critério matemático plausível probabilístico, existe a probabilidade de 501/1000 de que A não tenha pagado a entrada. Podem, em tais circunstâncias, os organizadores do rodeio postular judicialmente a cobrança do valor relativo ao ingresso de A? Se a probabilidade estatística pode fundar o raciocínio do juiz, a resposta deve ser positiva, mormente a partir do *standard* da preponderância da probabilidade. No entanto, não é difícil constatar que o mesmo raciocínio deveria ser aplicável a todos os demais 999 espectadores, de sorte a garantir aos organizadores do rodeio a vitória em todas as demandas a serem propostas, obtendo o ressarcimento de todos eles, inclusive daqueles 499 que pagaram as entradas. Daí decorre a conclusão de que a utilização da probabilidade estatística como critério da probabilidade preponderante é incorreto e deve ser rejeitado³⁸⁴.

Outro exemplo também bastante é o sugerido por Tribe, a partir de demanda julgada pela Suprema Corte estadunidense. Trata-se do “caso dos ônibus azuis”: quando circulava solitária à noite com seu veículo pela estrada, a Sra. Smith foi abalroada por um ônibus, que, prontamente após o acidente, fugiu. Ela só pôde ver a cor do ônibus, que era azul. Durante a instrução processual foi possível provar que 80 dos 100 ônibus azuis que operavam na cidade pertenciam à Companhia de Ônibus Azuis, ao passo que 20 dos 100 ônibus restantes pertenciam à Companhia de Ônibus Vermelhos. Não havia outros ônibus a operar na cidade. Desse modo, a probabilidade estatística de que um ônibus azul pertencesse à Companhia de Ônibus Azuis era de 80%. À falta de qualquer outro elemento de prova indicativa do específico ônibus que causou o acidente, bastaria tal prova estatística para condenar a Companhia de Ônibus Azuis pelos danos causados à Sra. Smith? A mesma conclusão do exemplo anterior vale também neste caso, nada obstante a probabilidade estatística seja maior: não há prova particular acerca do específico veículo que, dentre os oitenta ônibus azuis existentes na cidade, efetivamente causou o acidente.

³⁸⁴ COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 75.

Em suma: a probabilidade estatística nada diz a respeito dos fatos individuais, mas apenas a respeito de frequências³⁸⁵.

A probabilidade quantitativa, em sua versão subjetiva, vale lembrar, pretende racionalizar o convencimento acerca da eventualidade de que um determinado evento se verifique ou tenha se verificado³⁸⁶. Através do teorema de Bayes, equação matemática destinada à sua aferição, a confiabilidade de uma hipótese é demonstrada matematicamente mediante a atribuição inicial *a priori* de um determinado valor algébrico, p. ex., 50%, que reflete o convencimento inicial de quem formula a hipótese (grau subjetivo de adesão à hipótese). A probabilidade eleita *a priori* será posteriormente modificada, diante de novas provas que se apresentem disponíveis no curso da instrução processual, sendo o resultado final uma probabilidade objetiva, p. ex., 80%, ou seja, hipótese supostamente confiável porque baseada em cálculo matemático objetivo (grau de aceitabilidade adquirido pela hipótese). Trata-se de método que, em si, não é propriamente viciado³⁸⁷. O vício de raciocínio está na exigência em usar como premissa da equação um dado estatístico, ou seja, ilustrativo de uma probabilidade *ex ante*, quando se sabe que o objetivo da prova judiciária normalmente é encontrar uma probabilidade *ex post*, o que depende das provas particulares. Vale dizer: os dados estatísticos descrevem simplesmente a distribuição global de eventos de determinada categoria, não oferecendo qualquer informação sobre qualquer caso em particular³⁸⁸. Isso sem falar que quase nunca se dispõe de dados estatísticos aptos a funcionar como premissa da equação e que, na ausência de critérios seguros na sua fixação, conforme já referido *supra* (Parte II, item 2.2.1), não há falar em segurança nos resultados alcançados.

Assim, por restar submetido ao critério da probabilidade quantitativa, o teorema de Bayes pode servir apenas para demonstrar a causalidade geral. Jamais pode servir à prova da

³⁸⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98-99 e 102.

³⁸⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, 2002, p. 169.

³⁸⁷ Conforme registra HAACK, Susan. *Defending Science – within reason. Between scientism and cynism*. New York: Amherst, 2007, p. 75-76.

³⁸⁸ STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 402-403. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 174, e FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 111.

causalidade particular, o que o torna inadequado para provar o nexo de causalidade na responsabilidade civil³⁸⁹.

O modelo da probabilidade lógica ou baconiana, pelo contrário, constitui a base teórica que fundamenta o *standard* da probabilidade prevalente, isto é, o grau de confirmação (*evidencial weight*) que uma hipótese relativa a um fato recebe sobre a base da inferência realizada a partir dos elementos de prova disponíveis³⁹⁰. Em outras palavras: baseia-se na conexão lógica das provas com as normas gerais causais e mede indutivamente o grau de apoio das provas às hipóteses formuladas³⁹¹. Assim, os três elementos que compõem o complexo do nexo causal – a causa, o dano e a relação existente entre estes – devem ser valorados à luz do referido *standard*. Cada meio de prova, a respeito de cada um dos enunciados, terá o seu exame valorativo realizado de forma individual, quando será possível medir a confiabilidade das provas individualmente. Após, em sendo considerada verdadeira esta ou aquela hipótese de fato, ocorre

³⁸⁹ Moreira Alves advoga, com base em semelhantes razões, que “é indispensável a prova inequívoca da relação de causalidade entre o ato de fumar e a doença invocada, sendo insuficiente, para o caso concreto, a associação estatística e genérica, para fins epidemiológicos, da doença com o consumo de cigarros. Com efeito, são multifatoriais as doenças associadas ao tabagismo, pois a habitualidade dele, em si mesma, não é, para o surgimento dessas moléstias, condição necessária (único fator de risco para o desenvolvimento delas) ou suficiente (sempre a elas conduzirá), e isso porque inúmeras pessoas há que contraem doenças com esse fator de risco, apesar de nunca haverem fumado, ao passo que outras existem, também inúmeras, que fumam durante quase toda a vida e não as contraem. Assim sendo, para se afirmar que um dos vários fatores de risco que podem provocá-la foi a causa que as produziu, é necessário que haja prova segura, no caso concreto, de qual desses fatores foi essa causa, máxime em se tratando de doenças cujo desenvolvimento se faz no curso de prolongado período de tempo, o que, em geral, propicia a exposição da pessoa a, pelo menos, alguns desses fatores de risco, sem se levar em conta, ainda, que, em diversas dessas doenças, há fatores dessa natureza cuja identificação ainda não se fez com a necessária segurança. Ora, o que os estudos epidemiológicos, para fins de saúde pública com referência a uma população específica ou a qualquer população, pretendem, genérica e estatisticamente, é demonstrar que uma pessoa exposta a determinado fator de risco tem mais probabilidade de desenvolver certas doenças do que aquela que a esse mesmo fator não está exposta. Não visam esses estudos, evidentemente, a afirmar que esse fator de risco de uma doença multifatorial é o que a causa realmente numa determinada pessoa. Isso só se pode estabelecer, no caso concreto, por meio de prova idônea, e não de meras suposições, da existência real desse nexo de causalidade segundo a teoria seguida pelo ordenamento jurídico, até porque, como já salientado, nem todos os expostos a tal fator de risco contraem essas doenças que, no entanto, são contraídas por muitos que a ele nunca foram expostos (MOREIRA ALVES, José Carlos. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: ANCONA LOPEZ, Teresa. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 251-252). Em sentido idêntico, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In: ANCONA LOPEZ, Teresa. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 478-479.

³⁹⁰ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 129.

³⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

a valoração de forma conjunta, oportunidade em que será possível realizar inferências a partir do valor conferido a cada meio de prova³⁹².

No que se refere especificamente ao enunciado relativo ao nexos causal, isto é, ao elemento que liga a causa e o efeito, importará submetê-lo ao *standard* da preponderância de probabilidade. Isso se dará, por primeiro lugar, através da prova da lei de cobertura ou da confirmação da máxima da experiência, ou seja, a medida abstrata de comparação ao qual o enunciado fático particular se refere; ao depois, com o cotejo entre as provas particulares que envolvem a configuração do nexos de causalidade e tal paradigma geral.

Tendo por pano de fundo semelhante cenário, Michele Taruffo explica que o critério da probabilidade lógica ou prevalente consiste na combinação de duas regras: a regra do “mais provável que não” e a regra da “prevalência relativa” da probabilidade³⁹³. O registro, de fato, auxilia na compreensão de como semelhante pauta de raciocínio se articula na prática.

A regra do “mais provável que não” implica que, a respeito de todo o enunciado fático examinado no processo considere-se, em primeiro lugar, a eventualidade de que seja verdadeiro ou falso³⁹⁴. Entre tais hipóteses, o juiz deve escolher aquela que, com base no contexto probatório disponível, possua grau de confirmação lógica superior ao outro, isto é, de modo a que fosse irracional preferir a hipótese que é menos provável à hipótese diversa. A hipótese positiva deve ser escolhida como alternativa racional quando é logicamente mais provável que a hipótese negativa, ou seja, quando receba das provas disponíveis uma confirmação mais forte; pelo contrário, deve ser descartada quando as provas disponíveis lhe atribuem confirmação mais frágil. Por óbvio, será preferida a hipótese negativa se existem provas contrárias prevalentes ou se existem maiores elementos de prova a confirmar a negativa de existência do fato³⁹⁵.

³⁹² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 125.

³⁹³ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 129.

³⁹⁴ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 130.

³⁹⁵ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 130.

Já a regra da “prevalência relativa” refere-se aos casos em que, para o mesmo fato, existam diversas hipóteses, ou seja, diversos enunciados que narram o fato de modos diversos, sendo que mais de uma hipótese recebeu confirmação positiva das provas produzidas em juízo (vale dizer: superaram o estágio do “mais provável que não”). Neste caso, a regra determina que o juiz escolha como verdadeiro o enunciado que recebeu o grau relativamente mais elevado de confirmação sobre os elementos de prova disponíveis³⁹⁶.

4.1.2. A estrutura inferencial do raciocínio probatório

A confirmação dos enunciados fáticos a partir das provas produzidas depende do raciocínio inferencial que é realizado em juízo. É a partir de tal confirmação que é possível aferir o preenchimento ou não do *standard* probatório eleito. No caso da responsabilidade civil, como examinado, o juízo acerca do nexo de causalidade precisa ser mais provável do que não, isto é, o juiz precisa estar convencido a partir da preponderância da probabilidade quanto à existência do nexo causal entre determinado evento e seu respectivo efeito, qual seja, o dano.

A estrutura inferencial do raciocínio probatório pode ser observada, segundo a doutrina, a partir de dois distintos níveis³⁹⁷.

No primeiro nível, fundamental e mais simples, o raciocínio do juiz envolve o exame das chamadas “provas diretas”, isto é, daquelas provas cujo grau de proximidade para com o *factum probandum* é maior e, assim, exige menos inferências, de modo a envolver menor grau de complexidade.

Importa sublinhar, no entanto – e por aí se justificam as aspas à expressão –, que, rigorosamente, nenhuma prova é direta em relação ao fato a ser provado. Toda e qualquer prova é sempre indireta em determinada medida, porque no raciocínio probatório sempre estará

³⁹⁶ TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, p. 130.

³⁹⁷ As considerações seguintes baseiam-se na doutrina de TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 207-269.

presente, em maior ou menor medida, uma inferência. Em outras palavras, o caminho entre a prova e o fato é sempre mediado por maior ou menor atividade interpretativa. No caso da prova testemunhal, p. ex., só se pode chegar ao *factum probandum* a partir de um juízo de credibilidade sobre a pessoa do depoente (se o depoente é pessoa tem interesse na causa, p. ex., por existir relação de parentesco ou de trabalho com uma das partes; se é pessoa honesta e proba) para concluir sobre aquilo que ele diz ter ocorrido provavelmente ocorreu. A diferença entre os fenômenos correntemente denominados pela doutrina como “prova direta” e “prova indireta” não é ontológica, mas apenas de grau³⁹⁸. Sempre estará presente, em maior ou menor medida, o raciocínio de natureza inferencial³⁹⁹.

O que deve ficar claro é que, no caso desse primeiro nível do raciocínio probatório, o grau de proximidade com o fato a ser provado é maior. A complexidade das inferências a ser realizada pelo juiz é, por conseguinte, menor. Nos casos em que ocorre um juízo sobre um determinado enunciado do tipo “o fato F se verificou desse ou daquele modo”, estabelecendo que tal enunciado é verdadeiro, tal juízo constitui a conclusão de uma inferência que o juiz realiza a respeito de uma prova; porém, trata-se de uma inferência que não é complexa. Por exemplo: o juiz afirma que o enunciado é verdadeiro porque uma testemunha afirmou que o enunciado é verdadeiro. A estrutura da inferência neste nível fundamental é, portanto, a seguinte: a) uma prova confiável diz que o enunciado é verdadeiro; b) as provas confiáveis fornecem informações verdadeiras; c) portanto, o enunciado em questão é verdadeiro com base às provas em questão⁴⁰⁰.

O segundo nível da estrutura inferencial do raciocínio probatório ocorre nas hipóteses em que o grau de proximidade entre a prova e o fato a ser provado é maior. A diferença é que, em tais casos, ocorre a necessidade de laborar mais intensamente com a prova por indução, ou seja, prova consistente em processo lógico através do qual, a partir de um fato conhecido, torna-se possível formar conclusões a respeito da veracidade ou falsidade de um fato desconhecido⁴⁰¹. Decorre daí a advertência de L. Jonathan Cohen, no sentido de que o suporte

³⁹⁸ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25-28.

³⁹⁹ No mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 90.

⁴⁰⁰ TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 220.

⁴⁰¹ TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 221. Embora conhecendo as especificidades, incluo sob a rubrica da indução o raciocínio abduutivo, que outra coisa não senão espécie de raciocínio de corte indutivo. Sobre o tema, v.

indutivo da prova constitui a essência do conceito de probabilidade lógica (“*non-Pascalian type of probability*”)⁴⁰².

A fim de legitimar tal processo lógico que se estabelece visando à confirmação da hipótese fática através das provas a doutrina sugere a adoção do conceito epistemológico geral de *warrant*. Os *warrants* correspondem a “*practical standards or canons of argument*”⁴⁰³, ou seja, constituem modelos gerais de argumentação que se prestam a aferir as conexões instauradas entre uma afirmação hipotética e as provas que confirmem a sua respectiva veracidade⁴⁰⁴. O conceito de *warrant* relaciona-se, assim, aos conceitos de justificação e de confirmação da hipótese fática submetida à prova⁴⁰⁵.

Na perspectiva de semelhante modelo, o primeiro aspecto a considerar diz respeito à *amplitude* e à *qualidade* das provas. A hipótese fática poderá ser mais ou menos confirmada em função das provas que a esta se referem em um dado momento, ou seja, com base no grau de *supportiveness* que as provas outorgam àquela hipótese. Trata-se, com efeito, de estabelecer o *grau de confirmação entre as provas e hipóteses fáticas*. Nesse sentido, alguns critérios podem ser aproximados, segundo a doutrina⁴⁰⁶. Por exemplo:

- a) a relação entre a quantidade e a qualidade das provas efetivamente produzidas e todas as provas possíveis de serem produzidas sugere maior ou menor grau de *supportiveness*;

PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 189-195 e GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 108, para quem “não há (...) diferença entre indução e abdução”, pois “em ambos os casos se trata de argumentos indutivos, pois, em sendo verdadeiras as premissas, a conclusão não deixa ser uma conjuntura”.

⁴⁰² COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 121.

⁴⁰³ TOULMIN, Stephen Edelston. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University, 1958, p. 98.

⁴⁰⁴ Sobre o conceito de *warrant*, v. TOULMIN, Stephen Edelston. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University, 1958; e HAACK, Susan. *Defending Science – within reason. Between scientism and cynism*. New York: Amherst, 2007; sobre a sua aplicação do conceito de *warrant* especificamente em tema de prova judiciária, v. TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 222-224.

⁴⁰⁵ HAACK, Susan. *Defending Science – within reason. Between scientism and cynism*. New York: Amherst, 2007, p. 60.

⁴⁰⁶ TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 223-224.

- b) toda a prova que se acrescenta às outras em torno da mesma hipótese de fato aumenta o grau de confirmação dessa mesma hipótese de fato;
- c) a existência de provas convergentes no mesmo sentido de determinada hipótese de fato aumenta o grau de confirmação dessa mesma hipótese de fato;
- d) a confirmação da hipótese de fato não depende apenas das provas que a esta se referem diretamente, mas também de outros enunciados fáticos que eventualmente lhe deem suporte.

Trata-se de critérios que orientam, válida e confiavelmente, a realização de inferências através a conexão entre as provas e as hipóteses que são objeto de confirmação.

O segundo aspecto toma em consideração o *backing* do *warrant*, isto é, “o fundamento cognoscitivo através do qual a inferência se pode ter por fundada”, de modo a emprestar grau de *confiabilidade* – e, assim, segurança – às conclusões alcançadas. As provas científicas apontam de regra o maior grau de confiabilidade à confirmação. Quando não for possível recorrer às provas científicas, as fontes dos critérios encontram-se baseadas nas noções de senso comum, *background knowledges* e nas máximas de experiência. Taruffo aponta alguns exemplos de situações sobre como isso pode suceder⁴⁰⁷:

- a) quando as noções da experiência comum correspondem na realidade a leis científicas de caráter universal, ou seja, quando constituem vulgarizações de leis científicas, a inferência a ser formulada segue o modelo nomológico-dedutivo descrito por Hempel. A inferência dá-se no sentido de atribuir à sua conclusão um caráter de *certeza dedutiva*. Exemplo disso é a máxima de que os corpos pesados caem de cima para baixo: tal noção constitui não apenas expressão da experiência comum, mas também da lei científica universal de Newton;

⁴⁰⁷ TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 225-227.

- b) outras vezes as noções da experiência comum constituem generalizações não universais, mas caracterizadas por um alto nível de probabilidade, confirmado por um alto grau de frequência estatística. Vale dizer: quando é demonstrado que X produz Y em 98% dos casos, a generalização correspondente funda inferência que segue um modelo *quase* nomológico-dedutivo. As conclusões que daí decorrem são altamente confiáveis, e podem ter caráter de certeza prática, nada obstante não serem própria e verdadeiramente dedutíveis. Exemplo disso são as provas periciais de DNA, destinadas, com bastante frequência, a aferir a relação de paternidade entre dois sujeitos;
- c) em outras oportunidades, as noções de senso comum constituem meras generalizações que exprimem o *id quod plerumque accidit*, ou seja, aquela que se liga à normalidade de determinados acontecimentos ou comportamentos, mas não possuem caráter universal nem quase universal. Em casos tais, a inferência que se pode realizar de um caso particular não possui caráter dedutivo, nem quase dedutivo, mas tão-somente *indutivo*; produzem conclusões que podem ter um grau variável, mas não particularmente elevado, de confiabilidade. Como alerta Taruffo, as noções relativas à “normalidade” podem ser condicionadas por juízos de valor e podem ser falsificáveis por de exemplos contrários, podendo não corresponder aos eventos ou aos comportamentos específicos que o juiz deve examinar. Em tais casos, é conferido um modesto grau de confirmação às conclusões daí decorrentes;
- d) por fim, as noções de experiência comum podem corresponder a generalizações espúrias, configurando na verdade “pseudo-regras” não encontram qualquer fundamento na realidade empírica. Isso ocorre em diversas situações nas quais tais noções expressam preconceitos de natureza das mais diversas, como, p. ex., de raça, religião, e de qualquer outro caráter difundido em certo ambiente social em um dado momento histórico. Tais noções, em realidade, não têm conteúdo cognoscitivo e, portanto, não são

capazes de fundar qualquer inferência que tenha a pretensão de alcançar conclusões confiáveis.

Os exemplos evidenciam que o valor probatório das conclusões a respeito do *factum probandum* nas inferências probatórias por indução é diretamente proporcional ao valor cognoscitivo das noções que são adotadas como critérios para a sua respectiva formulação⁴⁰⁸. No primeiro nível (fundamental) da estrutura do raciocínio probatório, quando a proximidade entre as provas e a hipótese fática objeto de confirmação é maior, a inferência não conduz a maiores problemas. No segundo nível, quando há a necessidade de inferência mais complexa, os critérios se estabelecem, em uma primeira fase, com base na quantidade e na qualidade da prova produzida; na segunda fase, com base na confiabilidade do *backing warrant*, isto é, do paradigma abstrato pelo qual se realizará o cotejo com as provas concretas visando a obter a confirmação da hipótese.

A prova do nexo de causalidade segue o mesmo procedimento nessa estrutura inferencial do raciocínio indutivo. A peculiaridade, no caso, é que raramente a prova da relação causal se esgota na primeira fase do raciocínio inferencial probatório e, portanto, dificilmente é possível aferir sua veracidade com apoio em raciocínio de corte dedutivo. Por ser fenômeno de complexa demonstração empírica, o nexo de causalidade impede que a inferência se dê de forma simples, de modo que, no mais das vezes, a sua prova dá-se através de indução, a ser produzida no segundo nível da estrutura inferencial do raciocínio probatório. Com bastante frequência ocorre a necessidade de se estabelecer o cotejo entre as provas indiciárias e as noções derivadas da experiência comum, a fim de que se possa induzir a existência do nexo de causalidade mediante presunção.

É preciso, por isso, ter bastante clara a função exercida pelas máximas de experiência na estrutura inferencial do raciocínio probatório relativo ao nexo causal. Quando as máximas da experiência não são outra coisa senão a tradução, em termos de senso comum e da cultura média, de leis científicas de caráter geral, incrementa o grau de confiabilidade da prova obtida mediante raciocínio de corte indutivo. Em tais casos, nos quais são apenas vulgarizações das leis

⁴⁰⁸ TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 227.

científicas e assim não contrariam o seu significado original, pode-se praticamente equiparar a máxima da experiência à lei de cobertura da inferência causal⁴⁰⁹ e, assim, enquanto premissa do raciocínio destinado a aferir a causalidade adequada. Por outro lado, nas hipóteses em que a máxima da experiência é formulada equivocadamente, ou quando esta contrarie uma lei de cobertura, não será possível equiparar sua função àquela exercida pelo *explanan* no modelo nomológico da explicação causal e, por conseguinte, àquele que se implica na demonstração da causalidade adequada⁴¹⁰.

Dessa forma, é fundamental que o juiz exerça rigoroso controle sobre o conteúdo e os limites do patrimônio cultural do homem médio quando da utilização da máxima da experiência. Toda vez que haja motivo para duvidar da real consistência e fundamento de determinada regra de origem técnico-científica, tem o juiz o dever de verificar se esta corresponde efetivamente ao conteúdo da ciência ou se essa correspondência, por sua origem, decorre do processo das descobertas científicas⁴¹¹. Em caso negativo, deverá afastar a pretensa regra de experiência enquanto premissa do raciocínio indutivo destinado à aferição da causalidade em juízo. Jamais se pode solapar do horizonte do intérprete a noção de que, para se tratar de verdadeira máxima de experiência, tenha esta natureza comum ou científica, é indispensável que seja aferido o seu caráter geral, porque isso é da natureza da categoria. É indispensável, por outro lado, que esta se insira no patrimônio da cultura média. Caso a regra técnica ou científica a ser aplicada apresente-se de tal forma complexa a ponto de extrapolar o que razoavelmente se entende por cultura média, não se estará diante de autêntica máxima de experiência, mas de regra especializada cujo valor cognitivo não se presta à aplicação a casos ainda não observados e, portanto, seja independente de prova⁴¹². Vale dizer: não se equiparando

⁴⁰⁹ Nesse sentido, TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1, pp. 121-122.

⁴¹⁰ O problema encontra-se, portanto, na aplicação de uma falsa ou incorreta máxima de experiência. É inegável que a transformação do saber científico em saber comum ocorre frequentemente e que tal processo pode ser submetido a manipulações ou arbitrárias simplificações generalizantes do que venha a se entender por “senso comum”. De outro lado, é grande o risco de que uma “pseudo-ciência” venha a ser assimilada ao patrimônio da cultura média (ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104-105).

⁴¹¹ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 104-105.

⁴¹² Conforme Rosito, “[p]ode se concluir, portanto, que mesmo quando se trate de máxima de experiência técnica ou científica, não se exige a produção de prova para que o juiz possa conhecê-la e aplicá-la. A prova somente será necessária quando se tratar de regra técnica ou científica que não seja do domínio da cultura média, quer pela sua complexidade, quer pela sua novidade”, conforme registra ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 106.

ao *status* de máxima, a noção deve sempre ser submetida à prova (art. 335, parte final, CPC), sob pena de ofensa do direito fundamental à prova e ao processo justo (art. 5º, XXXV e LVI, CRFB).

O controle a ser exercido em torno da máxima da experiência jamais prescinde do contraditório. Não é recomendável seja feita a adoção da máxima da experiência, mormente no que se refere à sua importância na estrutura inferencial do raciocínio probatório relativo ao nexo de causalidade, sem que seja oportunizado o diálogo entre o juiz e as partes. Tem-se aqui, em fator exponencial, a importância da função argumentativa da prova. Relativizar o contraditório, neste caso, significa relativizar os critérios destinados a outorgar *confiabilidade* à inferência realizada, tornando inseguros os resultados obtidos ao final do processo interpretativo.

4.1.2.1. A presunção do nexo de causalidade

A conclusão obtida a partir do processo lógico desenvolvido no segundo nível da estrutura do raciocínio probatório é a prova por indução, ou seja, a prova induzida a partir de tal procedimento de natureza inferencial. Trata-se, como se observou, da confirmação em torno da probabilidade lógica de determinada hipótese fática mediante inferência que parte de fato inicialmente ignorado e segue mediante o cotejo entre fatos indiciários conhecidos e a premissa geral e abstrata, no mais das vezes, constituída de uma máxima de experiência. O resultado é a confirmação, ou não, quanto à probabilidade de tal hipótese fática. O enunciado fático positivamente confirmado revela-se, nessas coordenadas, uma *presunção*. Mais especificamente, uma *presunção judicial*, porque construída no processo através de processo interpretativo que se desdobra na estrutura inferencial do raciocínio probatório.

A *presunção* é fenômeno pelo qual se estabelece a probabilidade lógica quanto à veracidade ou não de determinado enunciado fático, “que tem por fundamento um princípio derivado da ordem natural das coisas, isto é, do que comumente acontece, e, pois, suficientemente alicerçada para satisfazer a convicção judicial quanto à existência, ou

inexistência, do fato presumido”⁴¹³. Para que o fato desconhecido possa reputar-se presumido, “não basta apresentar-se como consequência possível ou mais ou menos provável do fato conhecido”, mas que esteja em um “grau de probabilidade tal que induza o convencimento racional que o fato desconhecido tenha realmente ocorrido”, pois é “no grau da relação da inferência, entre o fato conhecido e o desconhecido, que repousa a força demonstrativa deste meio probatório”⁴¹⁴. O fato conhecido denomina-se *indício*. À conclusão de tal percurso intelectual dá-se o nome de *presunção*. O fato indiciário interessa aos contornos do raciocínio judicial, portanto, como instrumento destinado à investigação da hipótese fática incerta. Em suma: parte-se do indício (fato certo, provado ou não objeto de prova - art. 334, CPC), para, mediante inferência lógica baseada normalmente em máximas da experiência, alcançar a *presunção*, que constitui, portanto, *resultado de construção lógica baseada naquilo que normalmente acontece*⁴¹⁵.

As *presunções* podem se dividir em *simples*, também denominadas *judiciais* (*praesumptiones hominis*), e *legais*, também chamadas de *presunções de direito* (*praesumptiones iuris*). A diferença entre as *presunções simples* e as *legais* é que naquelas o raciocínio indutivo é realizado pelo juiz, enquanto nestas o raciocínio judicial é substituído pelo texto da lei. Noutras palavras, é o legislador quem “faz” o raciocínio e estabelece a *presunção*. Em ambos os casos, no entanto, o raciocínio é apoiado em juízos universais, notadamente em máximas da experiência⁴¹⁶. Seja no caso em que é formulada pelo juiz, seja naqueles em que é formulada pelo legislador, as *presunções* constituirão produto desse processo lógico, residindo a diferença em que, no caso das

⁴¹³ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, v. 5, p. 409.

⁴¹⁴ MANZONI, Ignazio. *Potere de accertamento e tutela del contribuente nelle imposte dirette e nell'iva*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 188, KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

⁴¹⁵ No mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 152-153.

⁴¹⁶ Barbosa Moreira afirma que, no caso das *presunções legais*, além de juízo ligado ao *id quod plerumque accidit*, outro ponto de contato entre o indício e a *presunção* é o da excessiva dificuldade em provar a ocorrência do fato que se tem por presumido. Segundo o autor, “muitas vezes se mostra sobremodo árdua – por paradoxal que isso possa afigurar-se, à primeira vista –, a demonstração cabal de que as coisas se passaram *normalmente*, de acordo com o esquema que reúne maiores condições de verossimilhança e, por conseguinte, de probabilidade”. De qualquer modo, tais considerações “só têm relevância quando se pesquisa a *ratio legis*”, o que diz respeito a uma “opção do legislador e, portanto, se inscrevem no plano da política legislativa”, de sorte que a sua relevância é, por assim dizer, “pré-jurídica” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. In: *Temas de direito processual*. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª ed., p. 62). Marina Gascón, em sentido semelhante, aduz que “as *presunções* (...) exercem o fundamental papel de facilitar ao juiz a tarefa de julgar quando o fato resulta difícil de provar” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 140).

presunções judiciais, tal processo é realizado pelo julgador em concreto, ao passo que, nas presunções legais, semelhante processo é realizado pelo legislador em abstrato⁴¹⁷.

Aspecto dos mais relevantes no que se refere ao nexo de causalidade – mormente porque frequentemente não percebido pela doutrina – está relacionado à distinção de natureza existente entre as presunções simples e as legais.

As presunções legais possuem natureza *normativa*. Exercem a função de pressuposto fático de incidência da norma, ou seja, enquanto fenômeno descritivo de sua *fattispecie* abstrata⁴¹⁸. O legislador, ao predispor a presunção – seja ela absoluta, mista ou relativa –, nada mais faz senão “alterar” os pressupostos fáticos para a incidência da norma, tenha esta natureza substancial ou processual. A previsão da presunção pelo legislador *parece* realizar sorte de “alteração” na sintaxe originária do texto normativo, na medida em que não mais exige a incidência de determinado elemento fático para que a norma seja aplicada, sendo este presumido a partir da ocorrência de outro fato (indiciário). Para o bem da verdade, não se trata, rigorosamente, de “alteração”, mas sim da existência de *outra norma* de direito material⁴¹⁹ que, para ser aplicada depende da prova de outra hipótese fática, sendo esta a razão pela qual, diante de uma presunção legal, não há falar na alteração do critério legal de distribuição do ônus da prova.

O art. 322, do CCB, constitui claro exemplo de presunção legal, ao dispor que “Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. Como se vê, o reconhecimento do pagamento do débito pelo do devedor dependerá apenas da prova quanto à quitação da última parcela. Rigorosamente, a quitação da última parcela não demonstra terem sido quitadas as

⁴¹⁷ As presunções legais, por sua vez, ainda podem ser divididas em absolutas (*iuris et de iure*), que não admitem prova em contrário, e relativas (*iuris tantum*), que, por sua vez, admitem prova em contrário. Ainda se alude à espécie das presunções mistas, as quais admitem prova em contrário apenas através de meios tipificados pela própria lei. Sobre o tema, v. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, v. 5, p. 414.

⁴¹⁸ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 196-197. Na doutrina nacional, por todos, ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 95.

⁴¹⁹ Faço referência aqui às presunções legais de *direito material* em razão da proposta temática do presente trabalho, ressaltando, evidentemente, a existência de presunções legais de *direito processual*, cuja natureza (normativa) é a mesma, e que não se confundem com as presunções simples.

anteriores e, por conseguinte, ter havido o adimplemento integral da dívida. Tal circunstância fática – quitação da última parcela –, todavia, é suficiente aos olhos do legislador para gerar presunção de quitação quanto às anteriores, por força do *id quod plerumque accidit*: o ato do credor em receber a última parcela decorre, normalmente, do fato de ele já ter recebido as anteriores. O mais importante é notar que, no caso das presunções legais, é o direito material que outorga relevância jurídica a determinados fatos que, embora não correspondam àqueles que ordinariamente possuem relevo (no caso, para reconhecer a quitação, seria necessário ter ocorrido o pagamento de todas as prestações), consideram-se a estes equivalentes. É o direito material que estabelece a prova da hipótese fática: o pagamento da última prestação equivale ao pagamento de todas as anteriores, por força de presunção legal. O direito processual, de seu turno, acompanha tal lógica ao estipular, no art. 334, IV, do CPC, que não dependem de prova os enunciados fáticos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”, o que se revela, à luz do que dispõe o direito material, uma obviedade: tais provas seriam inadmissíveis porque irrelevantes.

Por ter natureza de direito material, a aplicação das presunções legais não é capaz de promover qualquer modificação na regra de distribuição legal dos ônus probatórios⁴²⁰. Para a incidência da norma prevista no art. 322, do CCB, p. ex., bastará ao réu provar que quitou a última parcela, sendo este, precisamente, o *fato impeditivo* do direito do autor em cobrar as demais. A distribuição do ônus da prova segue articulada em conformidade com os critérios do art. 333, do CPC, seguindo à risca o que determina o direito material.

Outro caso bastante ilustrativo encontra espaço na hipótese de comoriência, disciplinada no art. 8º, do CCB: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”. Para ser reconhecido o falecimento simultâneo, na hipótese de não se poder examinar se um aconteceu antes do outro – como ocorre, com frequência, nos casos de

⁴²⁰ Para Hernando Devis Echandia, “os casos em que existam presunções de lei não constituem nenhuma exceção às regras do ônus da prova, porque o fato presumido não forma parte do pressuposto fático da norma substancial de cuja aplicação se trata; ao passo que os fatos que formam esse pressuposto são os únicos que formam esse pressuposto e por tal motivo deve os provar quem os invoque”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.], v. 2, p. 701-702. No mesmo sentido, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 246-247.

desastres aéreos, p. ex. –, basta que as pessoas tenham falecido na mesma ocasião e que haja dificuldade em aferir a cronologia dos falecimentos.

No que se refere ao nexo de causalidade, a lógica é rigorosamente a mesma. Afirmar a presença de presunção legal do nexo de causalidade significa extrair, do sistema jurídico de direito material, determinados enunciados fáticos que, embora não correspondam exatamente ao fenômeno do nexo de causalidade, uma vez tendo ocorrido conduzem a efeitos idênticos ao nexo de causalidade. Exemplo de presunção legal do nexo de causalidade no direito brasileiro se encontra presente no art. 932, do CCB, que, como já afirmei *supra*, traduz em seu bojo hipóteses de presunção legal de causalidade entre o fato do terceiro e o dano, a partir da máxima da experiência de que, naqueles casos, normalmente a ação ou omissão do terceiro colabora decisivamente para que o dano venha a ocorrer. É o caso, do mesmo modo, das previsões contidas nos arts. 18 e 19, do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual se impõe a responsabilidade solidária a todos os membros da cadeia de fornecimento (fabricante, importador, distribuidor, comerciante, etc.). Neste último caso, basta a inserção do fornecedor na cadeia de fornecimento do produto para que seja passível de ser reconhecida (por presunção) a sua relação de causalidade com as consequências previstas no § 1º do referido dispositivo. Com efeito, é possível perceber que, se todos os fornecedores da cadeia respondem, é porque, uma vez demonstrado que o dano decorre de vício no fornecimento do produto ou serviço, presume-se a relação de causalidade entre a ação ou omissão de todos para que o efeito ocorresse⁴²¹.

Como já referi *supra*, nada obstante o Superior Tribunal de Justiça afirme que do art. 108, VI, da Lei nº 6880/80 seja possível extrair hipótese de presunção legal⁴²², isso não se revela exato: ao prescrever que “A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de (...) acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, *sem relação de causa e efeito* com o serviço”⁴²³, o legislador excluiu o nexo de causalidade na *fattispecie* substancial do texto

⁴²¹ Nesse sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 190.

⁴²² Nesse sentido: “Para a concessão da reforma *ex officio* não se faz necessário que a incapacidade sobrevenha, necessariamente, em consequência de acidente ou doença com relação de causa e efeito com o serviço, sendo suficiente para caracterizar o nexo de causalidade que a doença tenha se manifestado durante a prestação do serviço militar, até porque, por força de lei, ao ingressar nas Forças Armadas, submeteu-se o militar a rigoroso exame de aptidão física, onde nada foi constatado, daí a presunção do liame causal entre a moléstia e o serviço militar. Inteligência do artigo 108 do Estatuto dos Militares” (AgRg no REsp 512.583/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 17/02/2005, DJ 11/04/2005, p. 397).

⁴²³ Grifei.

normativo. Não há, portanto, falar em presunção do nexos de causalidade, porque o texto da lei é expresso ao dispor que a concessão da reforma dar-se-á pela incapacidade (dano) “sem relação de causalidade” com o serviço militar (ação).

As presunções judiciais, de outro lado, possuem natureza distinta das presunções legais. Sua natureza é de autêntico fenômeno probatório, pois constituem o resultado da inferência realizada em torno da demonstração do *factum probandum*⁴²⁴. Nada obstante a sua formulação dê-se de forma mais complexa⁴²⁵, sua natureza ontológica não é distinta das outras provas produzidas no processo⁴²⁶, normalmente denominadas “provas diretas” em razão da sua maior proximidade com o fato a ser provado⁴²⁷. De outro lado, muito embora decorram de juízos gerais (máximas da experiência, p. ex.), não possuem natureza abstrata, sendo construídas no processo a partir da prova particular do caso concreto. Não há falar, neste caso, na presunção como *fattispecie* abstrata da norma, pois ela é construída à luz do caso concreto e, uma vez concluída, serve para a formação do juízo de fato.

O nexos de causalidade, assim, pode ser – e não raro é – demonstrado no processo judicial através de presunção judicial. Não sendo possível a prova do nexos de causalidade através do primeiro nível da estrutura inferencial do raciocínio probatório, o nexos de causalidade será objeto de prova marcada por significativa carga de indução (segundo nível) e, sendo esta bem sucedida, conclui-se pela sua presunção (judicial), o que significa tê-lo por provado em juízo.

⁴²⁴ Ou seja, a presunção simples deve ser compreendida como prova enquanto resultado de atividade lógica, realizada pelo juiz, visando ao conhecimento dos fatos (PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 446).

⁴²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual*. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª ed., p. 58-59.

⁴²⁶ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25-28.

⁴²⁷ Não constitui, a rigor, meio de prova, no sentido de um *instrumento* pelo qual se apresentam em juízo as fontes de prova, a exemplo da prova documental, testemunhal e pericial. Com Barbosa Moreira, “[o] processo mental que, a partir da afirmação do fato *x*, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato *y*, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que se visa a *colher* elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio ‘se ocorreu *x*, deve ter ocorrido *y*’, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis* (...). Em termos sintéticos, poder-se-ia dizer que a prova (documental, testemunha etc.) é um *ponto de partida*, é algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de certo fato, ao passo que a presunção judicial é o *ponto de chegada*, já corresponde ao conhecimento *adquirido*” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual*. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª ed., p. 57. Os grifos constam no original). A presunção judicial, portanto, “[n]ão é fonte de prova, como o documento e a testemunha; nem meio de prova, no sentido de que o é a perícia (...). Decerto, a presunção ministra ao órgão judicial o conhecimento acerca de um fato; mas ela o faz de maneira absolutamente peculiar: mediante raciocínio feito a partir do indício” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “Da prova” no NCC. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2007, 2ª ed., p. 294).

Importa notar, no entanto, que, em se tratando de inferência que produz consequências em torno da validade ou da falsidade da hipótese relativa ao nexos causal, a “força” da inferência, ou seja, o grau de confirmação que esta atribui à conclusão relativa ao *factum probandum* é elemento de fundamental importância no raciocínio probatório⁴²⁸. Com Taruffo, pode-se dizer que “uma presunção é bastante confiável se atribui à conclusão do *factum probandum* uma probabilidade prevalente, ou seja, um grau de confiança maior daquele que resulta atribuível à hipótese contrária”, dependendo o grau de confiança, de seu turno, do “critério que é usado para fundar a inferência do fato conhecido ao fato ignorado”⁴²⁹.

Será importante, dessa forma, não apenas considerar a quantidade e qualidade do acervo probatório específico, mas, fundamentalmente, a confiança inerente à regra de inferência contida na segunda fase do raciocínio inferencial. Vale lembrar que “apenas em hipóteses excepcionais tal critério será constituído de uma lei universal, que atribui à inferência presuntiva um grau de gravidade equivalente à certeza dedutiva da conclusão”. Nos demais casos, “pode-se admitir que se alcance nível de gravidade suficiente, ainda que inferior, quando as inferências encontram-se baseadas em generalizações não espúrias e dotadas de adequado fundamento cognoscitivo, ou seja, máximas de experiência que correspondem ao *id quod plerumque accidit*”⁴³⁰. Nesse caso, o juiz deverá identificar a máxima de experiência utilizada, a fim de que seja possível o controle de sua consistência e afastar eventual arbitrariedade⁴³¹.

A doutrina do direito privado, ao abordar o tema da “presunção da causalidade”, procura valer-se do conceito de *presunção judicial*⁴³². Na proposta, a construção da presunção baseia-se na interpretação sistemática da responsabilidade civil, com especial fundamento no princípio constitucional da solidariedade e no princípio da reparação integral. Caitlin Mulholland

⁴²⁸ TARUFFO, Michele. Le prove per induzione. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 1107.

⁴²⁹ TARUFFO, Michele. Le prove per induzione. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 1107.

⁴³⁰ TARUFFO, Michele. Le prove per induzione. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 1107-108.

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 276.

⁴³² Por todos, MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, esp. p. 195-342, quem refere que “a presunção de causalidade que exploramos neste livro encaixa-se no conceito de presunção de fato, não naquele de presunção legal” (p. 204).

anota, nesse sentido, que “em determinadas situações danosas – como algumas decorrentes de atividades de risco; as geradas por conta de causalidade alternativa; e as geradoras de danos de massa – seja concedida ao magistrado a faculdade de considerar a configuração de um dever reparatório independentemente da prova estrita da existência de um nexo de causalidade ligando o dano à conduta ou atividade desenvolvida”⁴³³. Ocorreria, assim, “um juízo de probabilidade a ser realizado pelo magistrado, admitido em consideração aos princípios informadores do Direito de Danos atual, decorrentes de princípios constitucionais e objetivando a plena reparação do dano injusto”⁴³⁴. A solução do intrincado problema da prova do nexo de causalidade dar-se-ia através de “interpretação constitucional dos princípios do Direito de Danos e da concepção axiológica da teoria das provas”, sendo que “[c]onsiderando-se a opção metodológica solidarista eleita, o instrumento de presunção da causalidade pode ser eficiente – e legítimo – para possibilitar a reparação, que de outra forma não se efetivaria”⁴³⁵. A presunção da causalidade, no caso, “é a denominada *ad hominis*, isto é, aquela que se infere da experiência do que ordinariamente ocorre em situações semelhantes”⁴³⁶. Facultar-se-ia ao juiz “a utilização da presunção da causalidade, a ele cabendo”, com base em determinados critérios, “tomar os fatos como sendo presumivelmente verdadeiros, através da sua análise indutiva”, sendo que “[a] presunção da causalidade é, portanto, um instrumento por meio do qual se permite um juízo probabilístico da causa, levado a cabo durante a instrução do processo”⁴³⁷.

A proposta conclui, em síntese, que a interpretação constitucional-sistemática da responsabilidade civil, mediante um diálogo entre Constituição e legislação, interfira no processo de construção da presunção judicial. Isso fica evidente quando se afirma que “[o] princípio da solidariedade social, associado à cláusula geral de tutela da pessoa, une-se ao princípio da reparação integral dos danos para formar o núcleo duro do paradigma probabilístico da causalidade, afastando o ideal condicionalístico calcado, portanto, na causalidade natural, não jurídica – antes associado à pesquisa da causalidade. Por meio dessa concepção renovada da

⁴³³ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 282-283.

⁴³⁴ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 283.

⁴³⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 284.

⁴³⁶ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 284.

⁴³⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 284.

responsabilidade civil torna-se possível o desenvolvimento e a *construção de uma hipótese de configuração do dever reparatório que se baseie na potencialidade e na probabilidade do risco em relação ao dano*. Em outras palavras, a probabilidade do evento danoso em relação ao seu agente causador será o fator examinado, em determinados casos restritos, para estabelecer a existência de uma obrigação de indenizar. O nexo de causalidade passa a ser investigado, nas hipóteses que serão apontadas, como ligação provável e potencial entre o dano causado e a atividade imputada. *Não mais será indispensável a prova irrefutável da ligação entre o dano e a conduta ou atividade para se configurar o dever reparatório*. Esta prova poderá ser presumida para fins de atribuição da obrigação de indenizar, em favor da vítima”⁴³⁸.

Nada obstante seja louvável a tentativa de fundamentar a efetividade da tutela da vítima a partir dos princípios da solidariedade e da reparação integral, não é possível outorgar validade à proposta de extração de presunções judiciais do nexo de causalidade em termos semelhantes. Conforme observei *supra* (Parte III, item 4.1.2.1), as presunções judiciais são construídas em juízo a partir raciocínio inferencial probatório estruturado em fatos indiciários (secundários) e o seu cotejo com o *backing* do *warrant*, isto é, o fundamento cognoscitivo abstrato através do qual a inferência se pode ter por fundada. Tal fundamento cognoscitivo é composto por uma lei científica de validade geral ou por uma máxima de experiência. Nesta fase do raciocínio probatório, portanto, não há espaço para substituir tais normas de caráter cognoscitivo por normas de caráter jurídico, vale dizer, pelos princípios da solidariedade e da reparação integral, ou por qualquer outra norma ou texto de corte estritamente jurídico. Embora o procedimento probatório seja adaptável ao direito material que é objeto da causa, como se viu a exemplo dos modelos de constatação, isso não implica, absolutamente, em modificar os critérios objetivos que orientam a metodologia do raciocínio inferencial probatório, no qual o apoio se dá através do conceito de *warrant*, cuja natureza é cognoscitiva. A função que o fundamento cognoscitivo utilizado (*backing* do *warrant*) desempenha no raciocínio probatório não se confunde, nem se assemelha, com a função que as normas de direito material – no que se incluem os princípios da solidariedade e da reparação integral, p. ex. –, desempenham no juízo de direito. A aplicação de tais normas de direito material ocorrerá, se for o caso, apenas após o

⁴³⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010, p. 284-285 (Grifei). Proposta semelhante é adotada por Ana Perestrelo de Oliveira, para quem, ao contrário de se “exigir a demonstração de uma causalidade naturalística, exige-se – o que é bem menos – a demonstração da criação/aumento do risco” (OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, *passim*).

resultado obtido a partir do raciocínio inferencial, ou seja, após tenha sido concluído o processo pelo qual restará construída, ou não, a presunção judicial; jamais, no entanto, como premissa do raciocínio inferencial probatório presuntivo. Embora o juízo de fato não seja exclusivamente fático e o juízo de direito não seja exclusivamente jurídico, o fato e a norma exercem funções inconfundíveis na decisão judicial, e este é um exemplo claro de como isso acontece.

Considerado o conteúdo semântico da expressão “causa” e seus derivados, cuja compreensão não permite contornar o conceito denexo de causalidade sem aniquilá-lo de forma absoluta, sob pena violação da segurança, a melhor solução para eventuais crises na tutela efetiva do direito da vítima do dano passa pelo legislador. Trata-se, portanto, de problema de *lege ferenda*, de formulação de novas bases legislativas para o problema do nexo de causalidade na responsabilidade civil, tendo em conta não apenas a notória dificuldade de sua demonstração em muitos casos, mas a necessidade de dar integral reparação à vítima do evento danoso e de prestigiar o princípio da solidariedade social, sem que isso signifique o sacrifício da segurança jurídica⁴³⁹. As presunções legais têm o potencial para servir, nesse sentido, como importante ferramenta normativa. O legislador, quando as estabelece, “costuma levar em conta a grande dificuldade de provar diretamente o fato causador de uma determinada consequência jurídica”⁴⁴⁰, sendo justamente o que, como se tem afirmado, sucede com a prova do nexo de causalidade.

4.1.2.2. A prova estatística no raciocínio probatório do nexo de causalidade

⁴³⁹ No que se refere ao problema da “modernização do direito civil” português, Menezes Cordeiro enfatiza de chofre, logo na introdução da sua obra, que a “modernização deverá incidir sobre as fontes” (MENEZES CORDEIRO, António. *Da modernização do direito civil*. I Vol. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17). Cumpre destacar com Raquel Bellini de Oliveira Salles, no entanto, que “a imprescindibilidade do nexo causal corrobora a ponderação de interesses levada a efeito pelo legislador da cláusula [a autora se refere à cláusula geral da responsabilidade civil objetiva], ponderação esta que tem por fim harmonizar interesses contrapostos, sem que um deles seja por completo desconsiderado. Se, de um lado, a cláusula tutela primordialmente a dignidade da vítima de danos decorrentes de atividade perigosa, afastando a análise de qualquer culpa do agente causador, de outro, também não deixa de tutelar a liberdade daquele que desenvolve a atividade perigosa, impondo-lhe a obrigação de indenizar tão-somente diante de inequívoca relação de causalidade (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 164).

⁴⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

A prova estatística, em regra, não tem o condão de apoiar a prova do nexo de causalidade particular. Como observei *supra*, em sendo o objeto da prova o enunciado fático específico relativo ao nexo de causalidade, qualquer prova que tenha a finalidade de aferir a probabilidade *ex ante*, isto é, em termos estatísticos de que a hipótese *venha a ocorrer*, não serve para demonstrar o nexo de causalidade concreto⁴⁴¹. Rigorosamente, tendo em conta o problema do nexo de causalidade, valer-se da prova da causalidade geral para demonstrar o nexo de causalidade específico significa equivocar-se quanto ao *thema probandum*. Para o bem da verdade, não há confundir o *risco*, ou seja, a *probabilidade estatística* de que determinado evento venha futuramente a ocorrer, com o nexo de causalidade, isto é, a peculiar relação que se estabeleceu, no passado, entre um evento (causa) e o seu efeito (dano).

É possível encontrar, no entanto, exceção a essa regra.

A hipótese é aquela na qual a prova estatística pode apoiar o raciocínio probatório, isto é, quando exerce a função de regra inferencial na estrutura lógica destinada a promover a prova do nexo de causalidade por indução através de raciocínio de corte “quase-dedutivo”. São as hipóteses em que a frequência estatística de sucessão do evento é próxima a 100%. Neste caso, a solução dá-se com base no modelo *quase-dedutivo*, como ocorre, p. ex., com os exames de DNA⁴⁴². Em face do elevadíssimo grau de probabilidade, 98%, p. ex., de que determinado efeito Y suceda toda a vez que determinado evento X ocorra, é possível praticamente deduzir o modo pelo qual se deu a sucessão entre o evento (causa) e o seu efeito (dano) com razoável grau de confiabilidade, de modo a satisfazer o *standard* da preponderância da probabilidade. Conforme registra Agazzi, não se trata, no caso, de uma “simples medida de cautela, mas do fato de que se pode falar de causalidade apenas na presença de um nexo necessário; já o fato de fazer coincidir tal necessidade com uma universalidade não é isento de problemas, mas ao menos esta [hipótese] deve ser assegurada”. Com efeito, se uma lei estatística, justamente por admitir exceções, já indica por si a ausência de *necessariedade*, o mínimo que se pode exigir é que essa

⁴⁴¹ Nesse mesmo sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 71.

⁴⁴² Conforme anota Marina Gascón, muitas provas científicas, como o exame de DNA, possuem natureza estatística e, embora revelem altíssima frequência entre eventos, não podem ser concebidas, em sentido estrito, como “provas dedutivas” GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, 2ª ed., p. 100.

seja “*aproximadíssima*” à universalidade, ou seja, “*que a frequência relativa que essa exprima seja aproximadíssima a 1*”⁴⁴³.

Em síntese, portanto, o nexo de causalidade específico poderá ser demonstrado através de prova estatística tão-somente nos casos em que a frequência estabelecida para o evento seja próxima a 100%. Na hipótese de se demonstrar, p. ex., mediante lei estatística, de que determinada doença de pulmão desenvolve-se em 98% das pessoas que possuem o hábito de fumar, é possível estabelecer a presunção de causalidade entre o hábito de fumar e a doença que atinja o grau de suficiência de prova necessário para o modelo da *preponderância da probabilidade*. Embora não se esteja a tratar da causalidade particular, o alto grau de frequência em termos universais autoriza a utilização da lei estatística como prova do nexo de causalidade específico. Ora, se de cada 100 vezes que a doença surge, em 98 dos casos isso decorre do hábito de fumar, é possível dizer que provavelmente existiu o nexo de causalidade no caso concreto. Frequências estatísticas não tão próximas a 1, no entanto, não são suficientes para preencher o *standard* probatório da responsabilidade civil porque implicam em reduzir drasticamente a probabilidade lógica do evento singularmente considerado. Vale lembrar, a propósito, as lições de Cohen ilustradas no exemplo do *gatecrasher*, conforme examinado *supra* (Parte III, item 4.1.1).

No mais das vezes, a prova estatística cumpre função importante na demonstração do risco da atividade desempenhada pelo agente. Mas aí, como se viu, não se trata de provar o nexo de causalidade específico, vale dizer, o autêntico nexo de causalidade tal qual ilustrado na *fattispecie* abstrata da norma de direito material. O objeto da prova, nesse caso, é a causalidade geral, ou seja, diz respeito à probabilidade *ex ante* e incide, portanto, sobre o risco de que determinada conduta venha, no futuro, a ocasionar um dano.

⁴⁴³ AGAZZI, Evandro. La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli). In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1999, p. 401. Tal é a razão pela qual Taruffo adverte que “a possibilidade de empregar dados estatísticos como provas diretas de acontecimentos singulares é há tempo objeto de discussão, mas prevalece a tendência de reconhecer que isso seja razoável possível apenas em casos muito particulares, e apenas quando existam específicas condições de validade do cálculo estatístico e de referência desse com o caso concreto” (TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 230).

De resto, a estatística não serve, em geral, para aferição da verdade das alegações de fato no processo, a não ser quando a própria frequência estatística em si constitui alegação processual e objeto de prova no processo⁴⁴⁴.

4.2. A articulação do modelo da probabilidade preponderante com o módulo da cognição sumária (técnica da “redução do módulo de prova”)

Diante da *probatio diabolica*, isto é, da excessiva dificuldade ou mesmo impossibilidade na produção da prova do enunciado fático principal, a doutrina tem proposto a aplicação de técnica denominada “redução do módulo probatório”.

Com efeito, em casos peculiares, admitir-se-ia contexto probatório mais rarefeito que aquele minimamente suficiente para a formação da convicção judicial, de sorte a subministrar preenchimento ao modelo de constatação da preponderância da probabilidade. Dessa forma, constatada pelo juiz a *probatio diabolica*, promover-se-ia a adaptação do procedimento às peculiaridades probatórias do caso concreto e ao direito fundamental à prova, na medida em que eventuais vedações, limitações ou restrições excessivas quanto às fontes ou meios de prova podem se caracterizar como aplicação inconstitucional de normas processuais civis, por redundarem na inutilidade da ação judiciária. A finalidade é evitar a “violação oculta” ao direito fundamental de acesso à jurisdição, pois, obstaculizar a prova significa o mesmo que violar disfarçadamente o direito de ação⁴⁴⁵.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dispõe de alguns precedentes importantes em torno da chamada “redução do módulo probatório”. O mais conhecido deles talvez esteja no caso do arrombamento de cofre de segurança em instituição financeira, hipótese em que a prova do que havia dentro do cofre é extremamente difícil⁴⁴⁶. Com mais frequência, no

⁴⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99. No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 196-199; e FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 105-106.

⁴⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, tributário e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 173.

⁴⁴⁶ Apelação Cível nº 70001464676, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator para o acórdão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, julgado em 21/11/2001.

entanto, é possível testemunhar idêntico problema nos casos envolvendo a hipótese de furto de objetos dentro veículos no interior de *shoppings centers*⁴⁴⁷. A aplicação da técnica teria ensejo, pela mesma razão, na hipótese envolvendo o extravio de bagagem quando da prestação do serviço de transporte.

Nesses termos, no entanto, o *standard* probatório, rigorosamente, não se altera. A alteração ocorre com o *módulo da cognição*, no sentido vertical, utilizado pelo juiz, o que determina, por conseguinte, a outorga de maior valor às provas indiciárias. Isso porque não é possível reduzir o modelo da probabilidade preponderante, porque este já é o *standard* probatório mais rarefeito possível para a formação do juízo de fato. Reduzir o módulo de prova da probabilidade prevalente significaria inverter a lógica do critério estabelecido neste *standard* probatório, de modo a considerar mais provável aquilo que não o é. Como a própria denominação do *standard* sugere, no critério da probabilidade preponderante, ou do “mais provável do que não”, uma hipótese fática é privilegiada se a sua probabilidade prevalece sobre as probabilidades de todas as outras hipóteses e, em particular, sobre a probabilidade da hipótese contrária⁴⁴⁸. Reduzir tal modelo seria o mesmo que reduzir a *preponderância*, de modo a, pelo menos, equalizar as probabilidades de uma e outra hipótese, pelo que a solução passaria, inevitavelmente, pelo rechaço da pretensão mediante a aplicação da regra do ônus da prova.

Como afirmei *supra* (Parte III, item 4.1) os modelos de constatação constituem pautas a orientar o grau de suficiência de prova para a formação do juízo de fato baseado nas peculiaridades do direito material envolvido na demanda. Servem para orientar o órgão jurisdicional a respeito do grau mínimo de prova para a formação do seu convencimento quanto aos fatos. Daí ser possível deduzir diferentes modelos de constatação à luz das diferentes necessidades do direito material. Como referido, o grau de suficiência da prova para o convencimento do juiz em um processo civil não é o mesmo em relação aos chamados “processos civis especiais”, nos quais há significativa carga penal, como ocorre, p. ex., nos processos que cuidam de ações de improbidade administrativa.

⁴⁴⁷ Apelação Cível nº 70036601334, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, julgado em 19/08/2010.

⁴⁴⁸ TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 222.

Dessa forma, o que ocorre, de fato, é a articulação entre tais *standards* probatórios e os módulos de cognição no sentido vertical⁴⁴⁹. Estabelecida a natureza da demanda, o que poderia variar é o módulo da cognição no plano vertical – se sumária ou exauriente –, e não o modelo de constatação eleito, porque este pressupõe a situação de direito material que é objeto de exame no processo. Não sendo variável o direito material – mormente após a estabilização da demanda –, não se revela possível variar o *standard* probatório fixado⁴⁵⁰. O problema, portanto, estaria em cogitar a possibilidade de, com esteio na dificuldade probatória, advogar a possibilidade de aceitar julgamento de mérito baseado em juízo de cognição sumária⁴⁵¹.

Argumento razoável, do ponto de vista dogmático, restaria pautado, outra vez, na existência da *probatio diabolica*. Explico: nos casos que envolvem tutelas de urgência, a cognição do órgão judicial, no plano vertical, é sumária. Uma das justificativas para isso é a impossibilidade de se exigir daquele que postula a tutela liminar do seu direito, seja mediante técnica antecipatória, seja através do processo cautelar, robusta produção de prova⁴⁵². Antes de iniciar o processo, ou em seu momento liminar, isto é, muito antes do momento oportuno para a

⁴⁴⁹ Sobre a cognição na perspectiva de seus dois distintos planos, horizontal e vertical (extensão, amplitude) e vertical (profundidade), v. a obra clássica de WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005, 3ª ed., p. 127-143.

⁴⁵⁰ Em sentido contrário ao defendido no texto, ou seja, aduzindo que o fenômeno envolve redução do *standard* probatório, WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985, p. 171-185; 229-260; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, tributário e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46-48; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 169; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81. Embora reconheça “a verossimilhança como modelo de constatação dos fatos da causa” (p. 119) e em “redução do módulo de prova” (p. 122), Flach afirma que “[a] verossimilhança (...) deve ser considerada em relação ao modelo de constatação referencial para a concessão da tutela final” (FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 123), pelo que a sua compreensão se sugere semelhante àquela por mim proposta. Na verdade, é o módulo da cognição sumária que deve ser considerado em relação ao modelo de constatação referencial para a concessão da tutela final. A posição por mim adotada nesta tese contraria e, assim, invalida a que expus em trabalhos anteriores, nos quais não tinha estava bem nítida a natureza do fenômeno (CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100-103; CARPES, Artur Thompson. *Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares*. In: ARMELIN, Donald (org.). *Tutela cautelar e tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 176-189; e CARPES, Artur Thompson. *O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa*. In: In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; e COSTA, Guilherme. *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44-60.

⁴⁵¹ Essa parece ser a tese advogada por Pietro Trimarchi no âmbito da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, quando refere que seja suficiente ao autor, na hipótese de dificuldade probatória do nexo de causalidade, promover a convicção do juiz em torno de uma “elevada probabilidade da relação causal, mesmo sem atingir a certeza” (TRIMARCHI, Pietro. *Per una riforma della responsabilità civile per danno ambientale*. In: TRIMARCHI, Pietro (org.). *Per una riforma della responsabilità civile per danno ambientale*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 243).

⁴⁵² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 107.

produção da prova, encontra-se a parte diante de excessiva dificuldade ou até impossibilidade de produzir a prova a respeito de determinada hipótese de fato. Exigir da parte prova robusta das suas alegações, nessa fase prematura, seria o mesmo que inviabilizar, de forma oculta, a ação judiciária. Daí que, com base em idêntica razão, não seria possível exigir a mesma profundidade de cognição que o juiz teria ao momento de sentenciar. Exigir-se-ia a cognição sumária, isto é, mais rarefeita a respeito dos fatos que tornam tutelável o direito posto em causa. Se um dos principais fundamentos para a sumariedade da cognição das tutelas liminares é a presunção de dificuldade probatória presente na fase inicial do processo, a constatação quanto à manutenção de semelhante dificuldade ao final da instrução justificaria a observância da sumariedade também na fase de valoração da prova.

Obviamente, a articulação entre o modelo da preponderância da probabilidade e o módulo de cognição sumária dependerá do juízo a respeito da excessiva dificuldade ou mesmo da impossibilidade probatória do nexo de causalidade. Tal juízo, também fortemente baseado em máxima de experiência, pressupõe o prévio contraditório, de sorte a possibilitar as partes qualquer impugnação à noção de *probatio diabolica* empregada.

De qualquer modo, solução baseada na fiel e rigorosa atenção ao procedimento da estrutura inferencial do raciocínio probatório, a exemplo do referido *supra* (item 4.1.2), me parece alternativa mais segura no que se refere à formação do juízo de fato. Vale dizer: a proposta outorga critérios mais seguros à promoção da prova por indução, especialmente se observadas as etapas que marcam o procedimento lógico baseado no conceito epistemológico de *warrant*. Por primeiro, o raciocínio estabelece-se visando a apurar a *quantidade* e a *qualidade* das provas indiciárias. Depois, o raciocínio organiza-se visando a aferir o grau de confiabilidade da máxima de experiência ou da lei científica adotada. Assim estruturado o raciocínio probatório, ou seja, fixados tais critérios metodológicos do processo interpretativo, reduz-se a seara de subjetivismo inerente à formação do juízo de fato, outorgando-se maior grau de segurança aos resultados atinentes à veracidade ou à falsidade de um fato desconhecido.

5. DECISÃO QUANTO À PROVA E O JUÍZO DE FATO SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE

A decisão quanto à prova corresponde à formalização do juízo de fato. Constitui a última fase do procedimento probatório, posterior à fase de valoração da prova. Terminada a etapa pela qual o juiz valora a prova e se certifica quanto à suficiência ou não do contexto probatório para efeitos de preencher o *standard* afeito ao caso, cabe ao juiz decidir, justificando a sua escolha em atenção ao direito fundamental de motivação das decisões judiciais. Embora o dever de fundamentação incida sobre toda e qualquer decisão que o juiz tome no processo (p. ex., relativamente ao juízo de admissibilidade da prova, à dinamização do ônus da prova, à produção de determinada prova), minha preocupação, chegada esta fase da presente tese, limita-se à fundamentação do juízo de fato enquanto resultado final da atividade probatória.

Decidir é escolher. No caso da prova, significa escolher entre ter o enunciado fático por verdadeiro ou por não verdadeiro. Considerando o modelo contemporâneo de prova, ter o enunciado fático por verdadeiro significa tê-lo por provável. Especificamente no que se refere ao nexo de causalidade, significa submeter a alegação ao *standard* da probabilidade preponderante, o que implica reconhecer ser mais provável ter existido o nexo causal do que o contrário. Trata-se, com efeito, de critério que, como visto, tem por escopo agregar objetividade ao raciocínio do juiz e, por conseguinte, oportunizar o seu respectivo controle, inibindo eventuais arbitrariedades que possam decorrer no âmbito de sua “livre” convicção.

Nos casos em que não é possível ao juiz atestar a probabilidade preponderante em relação a determinado enunciado fático, deve aplicar a regra do ônus da prova, rechaçando a pretensão daquele que não conseguiu provar a alegação na qual autor ou réu baseava a sua ação ou sua defesa. No caso do autor, isso ocorrerá quando não conseguir provar o enunciado fático constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC). No caso do réu, isso ocorrerá apenas nas hipóteses em que se examine a sua defesa indireta de mérito, ou seja, quando este fundamenta sua defesa com base em enunciados fáticos que impeçam, modifiquem ou extingam o direito do autor (art. 333, II, do CPC). Trata-se da função objetiva da regra do ônus da prova, isto é, uma regra de julgamento, cuja aplicação é devida em face da impossibilidade de o juiz resolver a

demanda mediante o *non liquet*. Vale dizer: sendo uma das finalidades do processo a pacificação social, mediante a eliminação da crise existente no plano do direito material, ao juiz é imposto o dever de julgar, resolvendo a demanda, ainda que ausente a convicção sobre a veracidade dos fatos alegados pelas partes. O ônus da prova, nesse sentido, serve como regra de decisão, outorgando critério ao juiz sobre como proceder em tais casos⁴⁵³.

Embora exerça a função de regra de decisão, a decisão fundada na regra do ônus da prova não dispensa o juiz do dever de fundamentação, que corresponde ao direito fundamental de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB). Com efeito, seja na hipótese de existência, seja na de inexistência de convencimento quanto à preponderância da probabilidade do enunciado fático relativo ao nexo de causalidade, a decisão deve ser fundamentada com base nas provas produzidas. Isso impõe ao juiz em todo caso percorrer, ainda que sumariamente, a estrutura inferencial do raciocínio probatório, em seus dois níveis, especialmente no que se refere à qualidade e quantidade das provas produzidas a respeito dos fatos indiciários e ao grau de confiança estipulado em face do *backing* do *warrant*, isto é, da lei de cobertura ou da máxima de experiência empregada, que devem, assim, não apenas serem registrados, mas também justificados na decisão. O processo lógico que leva à construção das presunções em torno do nexo de causalidade deve ser, dessa forma, apresentado, ainda que sinteticamente⁴⁵⁴.

O dever de motivação das decisões judiciais encontra-se presente, portanto, não apenas no caso do preenchimento do *standard* probatório aplicável ao caso, mas também quando as provas são insuficientes para tanto. Daí decorre a necessidade de o juiz, por óbvio, explicitar o raciocínio valorativo realizado não apenas no que se refere às provas que apoiam a escolha realizada (p. ex., o nexo de causalidade é verdadeiro), mas também no que se refere às provas que apontam em sentido contrário (p. ex., o nexo de causalidade não é verdadeiro). Vale dizer: se as provas contrárias não vêm tomadas em consideração porque são contrárias a uma determinada hipótese, a decisão quanto ao enunciado fático determinado não é adequadamente justificada, na

⁴⁵³ Importa evitar confusão frequentemente realizada pelos tribunais: regra de julgamento é o *ônus da prova* e não a *inversão do ônus da prova*. Qualquer modificação que ocorra no critério ordinário de distribuição do ônus da prova deve anteceder a sua aplicação, outorgando sempre a oportunidade para que a parte onerada cumpra com o ônus probatório que possui. A distinção é importante para evitar construções justificativas tendentes a sustentar que a dinamização do ônus da prova deva ocorrer na sentença, “porque esta constitui regra de julgamento”. Trata-se, como se vê, de vício lógico do discurso: um fenômeno é o ônus da prova; outro, absolutamente distinto, é a modificação de sua estrutura.

⁴⁵⁴ Em sentido semelhante, TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 448.

medida em que restam não examinadas as razões pelas quais tal decisão poderia ser diversa. É indispensável, portanto, que haja o confronto entre provas favoráveis e provas contrárias⁴⁵⁵.

É importante notar que a decisão quanto as provas e, por conseguinte, a formalização do juízo de fato, seja reflexo do cotejo entre o exercício do ônus de alegação, o exercício do ônus da prova e a *fattispecie* substancial presente no texto normativo do direito material. Vale lembrar que o juízo de fato não possui natureza exclusivamente *fática*. Significa dizer: tem por referência, sobretudo, a potencial aplicação da norma de direito material ao caso. Assim, se a norma de direito material prevê, para a sua aplicação concreta, a presença do nexos de causalidade (específico), revela-se necessário, para que isso efetivamente ocorra, que i) seja alegado o nexos de causalidade específico (ônus de alegação); e que ii) seja provado o nexos de causalidade específico (ônus da prova). A alegação de enunciado fático distinto não permite a formação do juízo de fato quanto ao nexos de causalidade específico, logicamente impedindo o reconhecimento da obrigação de indenizar. Por outro lado, a prova de enunciado fático distinto do nexos de causalidade específico, ainda que tenha sido cumprido o ônus de alegação, não permite a formação do juízo de fato quanto ao nexos de causalidade específico, porque descumprido o ônus da prova. Com efeito, a decisão quanto à prova depende do referencial fático presente na norma de direito material. Presente a sintonia entre o ônus da alegação, o ônus da prova – o que supõe a preponderância da probabilidade lógica – e a *fattispecie* abstrata da norma, o nexos de causalidade, ou a sua interrupção, ou qualquer fenômeno ligado à causalidade que seja objeto de apreciação será reconhecido. Do contrário, a decisão submete-se à regra de julgamento (art. 333, do CPC).

Tais aspectos constituem os requisitos mínimos para que se tenha cumprido o dever fundamental de motivação, mediante a exigência de *completezza* do discurso justificativo⁴⁵⁶ e, dessa forma, não podem ser desconsiderados na decisão quanto ao juízo de fato do nexos de causalidade. O anúncio do *iter* lógico-normativo de construção da decisão, além da exposição dos critérios objetivos assinalados, são elementos indispensáveis da motivação. De modo algum, vale notar, a observância de tal percurso contraria as exigências de brevidade e de clareza do

⁴⁵⁵ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: *Revista Genesis de Direito Processual Civil*, nº 31. Curitiba: Genesis, p. 680-681. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 266-268.

⁴⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 451.

discurso do juiz. Pelo contrário: implica no abandono do uso de motivações excessivas, a exemplo do emprego de *obiter dicta* e de divagações doutrinárias, optando-se por um modelo de motivação mais sintético e linear⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 452.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da exposição, torna-se possível tecer algumas considerações de fecho, de natureza conclusiva, acerca do problema da prova do nexo de causalidade de causalidade na responsabilidade civil.

Examinar o problema da prova judiciária pressupõe considerar sua condição de fenômeno intimamente vinculado à cultura do homem e, por conseguinte, suscetível a mudanças de perspectiva. Desde a Antiguidade, as práticas probatórias se alteraram em decorrência de mudanças ocorridas, sobretudo, nos planos social, ético, e lógico. Percorrendo a história, é possível distinguir três modelos de prova, que encerram três modos distintos de investigação e concepção da verdade: os modelos clássico, moderno e contemporâneo de prova.

O modelo clássico caracteriza-se pela busca de uma verdade provável, ou seja, uma verdade possível diante da lógica do seu tempo, baseada no argumento, no diálogo, e na tópica retórica. Pressupõe, ainda, a consciência do ser humano em torno de sua falibilidade. Nesse modelo, marcado fortemente pelo contraditório e reforçado pela ideia de isonomia entre juiz e partes, a verdade era extraída do *consenso* entre os sujeitos processuais.

O modelo moderno, de sua vez, caracteriza-se pela busca de uma verdade absoluta. Tal concepção de verdade decorre do desenvolvimento das ciências da natureza, sobretudo da matemática, da física e da química, o que se projetou na prova judiciária através da convicção em torno da sua função substancialmente demonstrativa. A busca da pureza dos objetos a partir dos experimentos promove a lógica de corte apodídico nas investigações probatórias. O valor do diálogo relativiza-se; prestigia-se o conhecimento baseado nas descobertas empíricas. Um dos efeitos mais marcantes desse modelo é a cisão absoluta entre fato e direito, o que impulsiona sejam as práticas probatórias exercidas fora do ambiente processual.

O modelo contemporâneo de prova rompe com o modelo demonstrativo que lhe antecedeu pela retomada do valor do diálogo nas práticas probatórias. A prova judiciária, por

consequente, retoma a sua função argumentativa, muito embora sem abdicar da sua importante função demonstrativa. O escopo da concepção contemporânea é a verdade provável, mas não enquanto fruto do consenso entre os sujeitos processuais, mas como *produto das descobertas empíricas submetidas ao crivo do contraditório judicial*.

A verdade, nessas condicionantes, afere-se em termos de probabilidade. Reconhecida a impossibilidade de se reproduzir, na seara probatória, o retrato de perfeita correspondência com a realidade, o ideal encontra esteio em viés de maior ou menor aproximação com semelhante hipótese, e isso ocorre através do fenômeno da probabilidade.

A probabilidade não se confunde com a verossimilhança. A verossimilhança constitui juízo decorrente do cotejo entre o enunciado fático particular e o *id quod plerumque accidit*. A probabilidade constitui juízo do qual depende, necessariamente, o exame das provas produzidas em torno do enunciado fático particular e o exame de sua correspondência com a realidade. Isso não exclui, absolutamente, a eventual influência, em maior ou menor medida, dos juízos de verossimilhança na construção dos juízos de probabilidade.

Substancialmente, é possível distinguir pelo menos duas dimensões da probabilidade: a quantitativa e a lógica.

A probabilidade quantitativa, ou pascaliana, é de índole estatística. A partir de características dos fenômenos do mundo real, indica a frequência com que determinado tipo de fato se verifica dentro de uma classe ou série de fenômenos. Em outras palavras, mede o número de possibilidades, em termos estatísticos, isto é, de *mathematical calculus of chance*, de que determinado evento ocorra. A racionalização do convencimento sobre a probabilidade quantitativa dá-se através do teorema de Bayes, cálculo matemático que compreende tanto o grau subjetivo de adesão a uma hipótese de fato como o grau de aceitabilidade que esta adquire sobre a base da frequência relativa dos eventos da classe na qual se inclui o evento que se pretende conhecer.

A probabilidade lógica, ou baconiana, baseia-se nos elementos de confirmação disponíveis com relação a determinado enunciado fático concreto, através da adoção de critérios

para graduação do suporte indutivo. A probabilidade, assim, constitui a generalização da noção de “*provabilidade*” (*provability*). A probabilidade lógica equivale ao grau de confirmação obtido através dos elementos probatórios, ou seja, na conexão lógica com as provas através de regras (causais) gerais, pelo que se torna possível aferir o grau de apoio (indutivo) que as provas proporcionam à hipótese concreta.

A concepção da probabilidade quantitativa não se revela adequada para expressar a verdade judiciária, sobretudo por desconsiderar os elementos probatórios que apontam para a confirmação do enunciado fático particular do caso concreto. A frequência estatística pode dizer quantas vezes deve se verificar determinado fato durante certo período de tempo à luz um dado contexto, mas nada diz a respeito do caso particular, ou seja, sobre a probabilidade de que o enunciado fático tenha efetivamente ocorrido. Já a probabilidade lógica possui a virtude de reunir três elementos fundamentais no processo de aferição da verdade e para a adequada formação do juízo de fato: a consideração de elementos probatórios concretos (as provas produzidas a respeito das alegações fáticas específicas do caso); a consideração de elementos probatórios abstratos (as máximas da experiência, as noções de senso comum e leis científicas); e, por fim, a equalização de tais elementos, sobretudo através de sua racionalização através de processo indutivo, no qual o contraditório sempre cumpre papel relevante.

O reconhecimento da obrigação de indenizar envolve, de regra, a demonstração de três elementos fundamentais: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. A experiência histórica revela que o desenvolvimento da responsabilidade civil é marcado, inicialmente, pela força da noção de culpa, o que é fruto da vinculação entre liberdade e responsabilidade, herança da Revolução Francesa. O fenômeno da constitucionalização dos direitos, sobretudo em face das diretrizes normativas relacionadas à tutela da dignidade da pessoa humana e aos princípios da solidariedade e da reparação integral, provocou, no entanto, alteração do foco de atenção do intérprete. Passou-se a preferir a tutela do direito da vítima à punibilidade do ofensor. Entre os efeitos da nova realidade encontra-se a relativização do elemento culpa enquanto filtro da responsabilidade civil. Em decorrência disso, cresceu a importância do nexo de causalidade enquanto pressuposto da obrigação de indenizar: em muitos casos, passou a ser o nexo causal o único filtro para o seu reconhecimento em juízo.

O nexo de causalidade constitui a relação de conexão entre dois eventos fáticos: um antecedente, ao qual se atribui a qualificação de “causa”, e outro posterior, ao qual se atribui a qualificação de “efeito” (dano). Não constitui simples associação entre esses dois fenômenos, mas *relação* na qual um específico fato (causa) *determina necessariamente* a sucessão de outro específico fenômeno (efeito). Ao contrário do fenômeno tido por “causa” e aquele tido por “efeito”, o nexo de causalidade tem por característica não ser um evento empírico observável ou perceptível. Decorre dessa sua particular natureza a sua consideração como o elemento mais complexo da responsabilidade civil.

O nexo de causalidade não constitui fenômeno de importância apenas para o direito. Muito antes disso, constitui objeto de exames científicos, especialmente no ramo da epistemologia, por onde se erigiu o modelo nomológico da explicação causal, critério destinado a explicar o nexo causal em sentido geral. No âmbito jurídico, existem diversas teorias cujo escopo é explicar o fenômeno na perspectiva de sua relevância para o direito. A doutrina aponta as teorias i) da equivalência das condições; ii) da causalidade adequada; iii) do dano direto e imediato, e iv) da imputação objetiva, como aquelas que informam os mais relevantes critérios para a aferição da causalidade jurídica.

A teoria da causalidade adequada se revela a mais ajustada a justificar o fenômeno no plano jurídico, não apenas a partir do exame do direito positivo, mas porque importa no retrato do modelo nomológico científico da explicação causal. Segundo a concepção, quanto maior é a probabilidade com que determinada causa se apresente para gerar um dano, raciocínio que é feito com base em máxima de experiência ou em lei científica, tanto mais adequada é em relação a esse dano. O fato só deve ser considerado *causa* (adequada) dos danos que constituem consequência *normal, típica, provável* dele, ou seja, decorre de juízo baseado no *id quod plerumque accidit*. A teoria do dano direto e imediato, que advoga o critério de que o nexo de causalidade apenas se estabelece quando presente a condição de *necessariedade* entre um evento e outro, não difere ontologicamente da teoria da causalidade adequada, não sendo outra coisa senão uma variante desta, na medida em que noção de *necessariedade* pressupõe juízo baseado na experiência comum.

Distinção que se revela imprescindível, mormente porque baseia a maior parcela de confusões em torno do nexos de causalidade, dá-se entre os fenômenos da “causalidade específica” e da “causalidade geral”.

Quando a relação entre dois eventos se dá em termos de probabilidade estatística (quantitativa), isto é, no sentido de que, em sendo verificado determinado fato existe a probabilidade de que certo evento venha a ocorrer, está-se diante da noção de causalidade geral. A causalidade geral é probabilística na perspectiva de que toma por pressuposto uma série de eventos ocorridos no âmbito de determinado grupo ou população de pessoas para aferir o grau de probabilidade (estatística, portanto) de que evento semelhante venha no futuro a ocorrer. Trata-se, segundo a doutrina, de conceito *bizarro* da causalidade.

A causalidade específica, de seu turno, cuida de examinar a relação de causa e efeito entre um evento (a causa) e outro (o dano), sendo ambos os acontecimentos fenômenos que ocorreram no passado. Ao contrário da causalidade geral, não se examina a probabilidade *ex ante*, isto é, probabilidade de que o evento venha a ocorrer, mas examina se o evento provavelmente (probabilidade lógica) ocorreu. Trata-se, portanto, do autêntico nexos de causalidade.

O nexos de causalidade possui duas funções bem definidas na responsabilidade civil. A primeira é a de autêntico pressuposto da obrigação de indenizar, na medida em que serve para apontar o sujeito ao qual devem ser imputadas as consequências de um evento danoso. A segunda é a de delimitar a extensão do dano a ser ressarcido, servindo, nessa perspectiva, como “medida da obrigação de indenizar”.

Os fenômenos da concorrência de causas e da interrupção do nexos causal servem para explicar particularidades relacionadas à aplicação prática da causalidade. Ilustram, nesse sentido, algumas das dificuldades que giram em torno da demonstração do fenômeno em juízo. Não elidem, para o seu reconhecimento, a consideração dos critérios para aferição do nexos de causalidade.

A natureza não exatamente empírica do enunciado relativo ao nexo causal determina o interesse na investigação do problema da sua prova em juízo, no sentido de obter sua máxima efetividade e possibilitar o alcance de tutela jurisdicional o mais aderente possível da noção de justiça material. A peculiaridade do fenômeno impõe sejam delineados critérios objetivos em tema de prova judiciária. Impõe, ainda, sejam bem conhecidas as técnicas processuais probatórias disponíveis e seja bem compreendida a sua respectiva seara de aplicação, de modo a que sejam apontadas soluções visando a outorgar efetividade à tutela do direito da vítima, tendo em conta o princípio da reparação integral e o direito fundamental à adequada e efetiva tutela dos direitos.

A relação entre os eventos tidos por causa e dano – o nexo causal – constitui enunciado cuja natureza é fortemente marcada pela miscigenação entre fato e direito. Em razão disso, o raciocínio que se desenvolve no sentido de aferir a natureza causal da relação entre dois ou mais eventos segundo a *fattispecie* substancial da norma praticamente identifica-se com aquele destinado a demonstrar o nexo de causalidade em juízo. O mesmo raciocínio de caráter lógico-inferencial destinado à demonstração do nexo de causalidade enquanto enunciado fático da demanda serve à identificação da própria alegação de fato enquanto *fattispecie* substancial da norma que determina a obrigação de indenizar. Justifica-se aí, p. ex., o recurso às máximas de experiência, categoria típica do raciocínio probatório, no modelo de aferição da causalidade adequada.

No que se refere ao objeto da prova, este terá suas fronteiras delimitadas pelo direito material: será o critério da causalidade adequada que informará o *thema probandum*, afastando especialmente as alegações que, por não restarem afinadas com o *Tatbestand* ou à *fattispecie abstracta* da norma de direito material, não se submetem ao exame do intérprete e, via de consequência, à produção probatória. Além do critério da incontrovérsia, expressamente ventilado na lei (art. 334, I e II, do CPC), o direito material informará os limites do objeto da prova no caso concreto, dispensando da verificação probatória as alegações impertinentes, ou seja, não concernentes ao mérito, e irrelevantes, isto é, aquelas que não possam influir no julgamento de procedência ou improcedência do pedido.

No que se refere à admissibilidade da prova, os critérios de que o intérprete deve se valer são, além da existência de controvérsia, os da pertinência e relevância, ou seja, se o fato alegado pela parte encontra-se afinado com a sintaxe fática da norma de direito material e se efetivamente contribuirá para a prestação da tutela jurisdicional. Significa dizer: diante do exame em torno dos critérios para a aferição do nexo de causalidade, a prova das alegações de fato deve compreender tão-somente a causalidade particular, ou específica, isto é, aquela que ocorreu no caso concreto. A causalidade geral, embora não constitua o nexo de causalidade, pode contribuir para a formação de presunção judicial do nexo causal nas hipóteses em que a frequência de associação entre os eventos seja bastante próxima a 100%. Considerando que não raro o resultado da prova estatística apenas será conhecido após a sua produção, seu juízo de admissibilidade deve ser, de regra, positivo.

Da complexidade do problema que envolve o fenômeno relativo ao nexo de causalidade originam-se as dificuldades em torno da sua produção probatória em juízo. O fenômeno depende da realização de juízo inferencial a partir de uma lei científica ou de máximas de experiência. A lei científica deve ser necessariamente provada em juízo, dependendo normalmente da prova pericial. Quanto à máxima de experiência, *mutatis mutandis*, vale o mesmo: tanto o debate em torno da sua verdadeira natureza, vale dizer, se efetivamente constitui autêntico juízo decorrente do *id quod plerumque accidit*, quanto o que diz respeito ao seu grau de confirmação para promover o juízo indutivo de probabilidade, constituem temas que dependem da atividade a ser realizada já na fase da produção da prova.

A maior complexidade da prova relativa ao nexo de causalidade exige das partes e do juiz rigorosa atenção e esforço, sobretudo quanto à observância do direito fundamental ao contraditório. No que se refere às partes, a sua maior proximidade com as fontes de prova lhes outorga maior responsabilidade com a formação do acervo probatório. Se isso não significa reconhecer a existência de deveres em torno da prova, a colaboração dá-se baseada na dimensão subjetiva do ônus da prova, que implica na organização da atividade probatória das partes fundada no seu interesse em provar determinado enunciado fático. Já a colaboração do juiz em torno da prova é ilustrada no exercício de seus poderes instrutórios e na possibilidade de adotar determinadas técnicas probatórias. Dentre as mais importantes está a técnica da dinamização do

ônus da prova, destinada a potencializar a produção da prova mediante o deslocamento do ônus probatório à parte que tem melhores condições de produzi-la.

A valoração da prova vincula-se ao convencimento do juiz a respeito da veracidade dos enunciados que compõem o universo fático da demanda. O juízo a respeito dos fatos deve ser realizado tendo em conta o contexto probatório produzido e os argumentos deduzidos pelas partes a seu respeito, por força do que determina o direito fundamental ao contraditório. O nosso sistema processual adotou o sistema do “livre convencimento motivado” ou da “persuasão racional” (art. 131, CPC), o qual outorga liberdade ao juiz para valorar a prova, porém liberdade que não se dá em termos absolutos, pois vinculada a critérios de lógica e de racionalidade.

Existem diversos enfoques a partir dos quais se pode submeter a liberdade de convencimento a critérios racionais. Sendo a valoração um juízo de aceitabilidade dos enunciados fáticos em que consistem os resultados probatórios, e considerando que estes se consideram aceitáveis quando o seu *grau de probabilidade* se estime suficiente, os modelos de constatação adquirem relevo, porque servem para indicar quando um enunciado fático alcançou um grau de probabilidade suficiente e maior que qualquer outro enunciado alternativo sobre os mesmos fatos.

Os modelos de constatação consistem em critérios para a fixação do grau de suficiência de prova necessário à formação da convicção do órgão judicial a respeito das alegações fáticas com base na natureza do direito material envolvido e como ele se apresenta em juízo. Existem dois modelos de constatação extremos fundamentais: um modelo para o processo civil (preponderância da probabilidade) e outro para o processo penal (prova acima da dúvida razoável). Existe ainda, entre estes, um modelo intermediário, que é afeito aos processos civis especiais (prova clara e convincente).

O *standard* da preponderância da probabilidade constitui o critério para a valoração da prova subministrado aos processos que envolvem a responsabilidade civil e, portanto, aplica-se ao enunciado fático relativo aonexo de causalidade. A probabilidade que denomina tal *standard* não se refere à probabilidade como frequência estatística, ou seja, à probabilidade quantitativa, mas ao grau de confirmação lógica que um enunciado recebe sobre a base das

provas a que este se refere. Com efeito, as estatísticas ou os conjuntos numéricos acidentais, por não oferecer a prova particular da causalidade individual, ou seja, a prova dos fatos individuais, se revelam insuficientes para aferir a relação de *necessariedade* eventualmente existente entre dois fatos concretos.

A confirmação dos enunciados fáticos mediante o critério da probabilidade prevalente dá-se a partir das provas produzidas e isso depende do raciocínio inferencial que é realizado em juízo. A estrutura inferencial do raciocínio probatório pode ser observada na perspectiva de dois distintos níveis. No primeiro, fundamental e mais simples, o raciocínio do juiz envolve o exame das chamadas “provas diretas”, isto é, daquelas provas cujo grau de proximidade para com o *factum probandum* é maior, exige menos inferências e, por conseguinte, envolve menor complexidade. Nas hipóteses em que o grau de proximidade entre a prova e o fato a ser provado é *menor* passa-se ao segundo nível da estrutura inferencial do raciocínio probatório. A diferença é que, em tais casos, torna-se necessário laborar mais intensamente com a prova por indução, ou seja, prova consistente em processo lógico através do qual, a partir de um fato conhecido, torna-se possível formar conclusões a respeito da veracidade ou falsidade de um fato desconhecido, qual seja, o fato (*rectius*: alegação de fato) cuja veracidade é objeto de exame probatório principal.

Tal processo lógico que se estabelece visando à confirmação da hipótese fática através das provas sugere a adoção do conceito epistemológico geral de *warrant*. Os *warrants* constituem modelos gerais de argumentação que se prestam a aferir as conexões instauradas entre uma afirmação hipotética e as provas que confirmem a sua respectiva veracidade. Na perspectiva de semelhante modelo, o primeiro aspecto a considerar diz respeito à *amplitude* e à *qualidade* das provas. O segundo aspecto toma em consideração o *backing* do *warrant*, isto é, o fundamento cognoscitivo através do qual a inferência se pode ter por fundada, de modo a emprestar grau de *confiabilidade* – e, assim, segurança – às conclusões alcançadas.

A prova do nexo de causalidade segue semelhante procedimento. A peculiaridade é que raramente a prova da relação causal se esgota na primeira fase do raciocínio inferencial probatório e, portanto, dificilmente é possível aferir sua veracidade com apoio em raciocínio de corte dedutivo ou quase-dedutivo. Por ser fenômeno de complexa demonstração empírica, o

nexo de causalidade impede que a inferência se dê de forma simples, de modo que, no mais das vezes, a sua prova dá-se através de indução, a ser produzida no segundo nível da estrutura inferencial do raciocínio probatório. Vale dizer: ocorre a necessidade de se estabelecer o cotejo entre as provas indiciárias e as noções derivadas da experiência comum, a fim de que se possa induzir a existência do nexo de causalidade mediante presunção.

A conclusão obtida a partir do processo lógico desenvolvido no segundo nível da estrutura do raciocínio probatório é a prova por indução, ou seja, a prova induzida a partir de tal procedimento de natureza inferencial. Trata-se da confirmação em torno da probabilidade lógica de determinada hipótese fática inicialmente ignorada mediante inferência que parte de fato indiciário e segue mediante o seu cotejo com premissa geral e abstrata, no mais das vezes, constituída de uma máxima de experiência. O enunciado fático positivamente confirmado revela-se, nessas coordenadas, uma *presunção*. Mais especificamente, uma *presunção judicial*, porque construída no processo através de processo interpretativo que se desdobra na estrutura inferencial do raciocínio probatório.

A presunção é fenômeno pelo qual se estabelece a probabilidade lógica quanto à veracidade de determinado enunciado fático. Possui fundamento em um princípio derivado da ordem natural das coisas, isto é, do que comumente acontece, e, pois, suficientemente alicerçada para satisfazer a convicção judicial quanto à existência, ou inexistência, do fato presumido. Podem ser legais ou judiciais. As presunções legais possuem natureza *normativa* e exercem a função de pressuposto fático de incidência da norma, ou seja, enquanto fenômeno descritivo de sua *fattispecie* abstrata. As presunções judiciais possuem natureza de autêntico fenômeno probatório, pois constituem o resultado da inferência realizada em torno da demonstração do *factum probandum* e, muito embora decorram de juízos gerais (máximas da experiência, p. ex.), não possuem natureza abstrata, sendo construídas no processo a partir da prova particular do caso concreto.

O nexo de causalidade pode ser constatado através de presunção legal, hipótese na qual é construído pelo legislador, e através de presunção judicial, quando sua construção ocorre durante o processo, tendo em conta o percurso do intérprete pela estrutura inferencial do raciocínio probatório.

A prova estatística, de regra, não tem o condão de apoiar a prova do nexo de causalidade particular. Em sendo o objeto da prova o enunciado fático específico relativo ao nexo de causalidade, qualquer prova que tenha a finalidade de aferir a probabilidade *ex ante*, isto é, em termos estatísticos de que a hipótese venha a ocorrer, não serve para demonstrar o nexo de causalidade concreto. É possível encontrar, no entanto, exceção a essa regra: trata-se da hipótese na qual a frequência estatística de sucessão do evento é próxima a 100%. Nesse caso, a solução dá-se com base no modelo *quase-dedutivo*, como ocorre, p. ex., com os exames de DNA. Se uma lei estatística, justamente por admitir exceções, já indica por si a ausência de *necessariedade* (necessária correlação entre os eventos), o mínimo que se pode exigir é que frequência seja aproximadíssima à universalidade, ou seja, que a frequência relativa que essa exprima seja aproximadíssima a 1.

A técnica da “redução do módulo probatório” tem sido proposta pela doutrina como alternativa à formalização do juízo de fato mediante a aplicação regra do ônus da prova quando presente a *probatio diabolica*, isto é, a excessiva dificuldade ou mesmo a impossibilidade na produção da prova do enunciado fático principal. Trata-se não propriamente de redução do *standard* probatório, mas de redução do módulo de cognição no sentido vertical. A convicção segue sendo realizada mediante juízo de preponderância de probabilidade; porém, este ocorre em articulação com o módulo de cognição sumária. A adoção da técnica pressupõe juízo prévio a respeito da excessiva dificuldade ou mesmo da impossibilidade probatória do nexo de causalidade, o que envolveria a utilização de máxima de experiência e o exercício do contraditório.

A decisão quanto à prova corresponde à formalização do juízo de fato, e constitui a última fase do procedimento probatório, que é posterior à fase de valoração da prova. Terminada a etapa pela qual o juiz valora a prova e se certifica quanto à suficiência ou não do contexto probatório para efeitos de preencher o *standard* afeito ao caso, cabe ao juiz decidir sobre a prova, motivando a sua escolha em atenção ao direito fundamental de motivação das decisões judiciais. Ter o enunciado fático relativo ao nexo de causalidade por verdadeiro significa tê-lo por mais provável do que não.

Seja na hipótese de existência, seja na de inexistência de convencimento quanto à preponderância da probabilidade do enunciado fático relativo ao nexo de causalidade, a decisão deve ser fundamentada com base nas provas produzidas. Isso impõe ao juiz em todo caso percorrer, ainda que sumariamente, a estrutura inferencial do raciocínio probatório, em seus dois níveis, especialmente no que se refere à qualidade e quantidade das provas produzidas a respeito dos fatos indiciários e ao grau de confiança estipulado em face do *backing* do *warrant*, isto é, da lei de cobertura ou da máxima de experiência empregada. O processo lógico que leva à construção das presunções em torno do nexo de causalidade deve ser, dessa forma, anunciado, ainda que sinteticamente. Tais aspectos, sobretudo, constituem os requisitos mínimos para que se tenha cumprido o dever fundamental de motivação, mediante a exigência de *completezza* do discurso justificativo e, dessa forma, não podem ser desconsiderados no juízo de fato do nexo de causalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAZZI, Evandro. La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli). In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1999.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 1960.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 6ª ed., 1979.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In: ANCONA LOPEZ, Teresa. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 9ª ed., 2001.

ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*. V. IV – La responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1999.

ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACCHIN, Edson (org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. V. I. São Paulo: Max Limonad, 2ª ed., 1952.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. V. V. São Paulo: Max Limonad, 3ª ed., 1968.

ARCOS VIEIRA, Maria Luisa. *Responsabilidad civil: nexos causal y imputación objectiva en la jurisprudencia*. Navarra: Aranzadi, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2009.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.) *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARBORA MOREIRA, José Carlos. Anotações sobre o título “Da prova” no NCC. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual*. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEDAQUE, Luis Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BODIN DE MORAIS, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed., 2010.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. In: *Revista de Direito Processual Civil*, v. 4, jul./dez. 1961.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, v. 2, p. 125-126, 1939.

CALAMANDREI, Piero. Massime di esperienza in cassazione. Rigetto del ricorso a favore del recorrente. In: *Rivista de Diritto Processuale Civile*. Vol. 2, 1927.

CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. In: *Revista di Diritto Processuale Civile*, v. 2, 1925.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1972, Vol. 5.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPECCHI, Marco. *Il nesso di causalità: dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam, 3^a ed., 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Parte Prima*. Milano: Giurffrè, 1962.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARPES, Artur Thompsen. Direito fundamental ao processo justo: notas sobre os modelos de constatação nas decisões liminares. In: ARMELIN, Donald (org.). *Tutela cautelar e tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nas ações de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; e COSTA, Guilherme. *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARRATA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Milão: CEDAM, Gennaio-Marzo, 2001.

CARSETTI, Arturo. Verità, decisione razionale e teoria della complessità. In: *Quaderni della Rivista Trimestrale di Procedura Civile*. Vol. 8. Milano: Giuffrè, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema da juridicidade. Coimbra: Almedina, Tomo I, 1967.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2003.

CLERMONT, Kevin M. A comparative view of standards of proof. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50.

CLERMONT, Kevin M. Standards of proof revisited. In: *33 Vt. L. Rev.* 469, 2008-2009.

COHEN, Jonathan L. *The probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Guilherme Recena. *Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do São Paulo. São Paulo, 2011.

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

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

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DEMARI, Lisandra. Juízo de relevância da prova. In: KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor P. De Zavallía, [s.d.] v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da *Internet*. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a determinação processual do nexo causal e os limites do poder de instrução do juiz. In: ANCONA LOPEZ, Teresa. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Juarez Tavares *et. alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Enio Paulo Giachini. 7ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, v. II.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho - Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2ª ed., 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto de prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1972.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo judiciarius medioevale. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. 43, parte II, 1988.

GIULIANI, Alessandro. Prova. I – Prova in generale. a) Filosofia del Diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988, v. 38.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 21. Padova: Cedam, 1966.

GRECO, Luis. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HAACK, Susan. *Defending Science – within reason. Between scientism and cynism*. New York: Amherst, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos júzcos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: *Separata da Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 353, jan./fev. 2001.

KNIJNIK, Danilo. *Recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LANES, Júlio César Goulart. *Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LARENTZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, t. 1, 1959.

LENT, Friedrich. Obblighi e oneri nel processo civile. In: *Rivista de Diritto Processuale*, Padova: v. 9, n. 1.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LOPEZ MIRÓ, Horácio G. *Probar o sucumbir*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

LOPEZ, Tereza Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. Vol. V. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Vol. 93. Out. 1991.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MATTOS, Sergio Luiz Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATTOS, Sérgio Wetzel de. *Devido processo legal e proteção dos direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, mar./abr. 2004.

MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das obrigações*. Vol. 2. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1986.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961.

MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della prova*. Padova: Cedam, 1966.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2011.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: ANCONA LOPEZ, Teresa. *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco; aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2010.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007.

PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996.

PAULA RAMOS, Vitor de. Direito fundamental à prova. In: *Revista de Processo*, vol. 224/2013.

PELLEGRINI, José Francisco. Do ónus da prova. PELLEGRINI, José Francisco. Do ónus da prova. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 16, jul. 1979.

PEREIRA COELHO, Francisco Manoel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEYRANO, Jorge (dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PICARDI, Nicola. *Do júzo ao processo*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *Introdução ao Code Louis (Ordennance Civile, 1667)*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsóí, 4ª ed., 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Borsóí, 3ª ed., 1971.

POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. London: Routledge, 2002.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2004.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed., 2010.

SARLET; Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão*. Introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 4ª ed., 2012.

SCHREIBER, Anderson, *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SENTIS MELENDO, Santiago. Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 462, abr. 1974.

SEQUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 13.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Vol. V, 2ª ed., 1962.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Paula Costa e. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. In: *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 338, 1997.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. Milano: Giuffrè, 2003.

STELLA, Federico. *Il giudice corpuscolariano: la culture delle prove*. Milano: Giuffrè, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: Método, 4ª ed., 2009.

TARUFFO, Michele. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria. In: *Quaderni della Rivista Trimestrale di Procedura Civile*. Vol. 8. Milano: Giuffrè, 2005.

TARUFFO, Michele. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. In: *Sui confini — Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: *Revista Genesis de Direito Processual Civil*, n° 31. Curitiba: Genesis.

TARUFFO, Michele. La prova del nesso causale. In: *Rivista critica del Diritto Privato*. Napoli: Jovene, 2006, Ano XXIV, n. 1.

TARUFFO, Michele *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012.

TARUFFO, Michele. Le prove per induzione. In: TARUFFO, Michele (org.). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 2012.

TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 2, 1990.

TARUFFO, Michele. Rethinking standards of proof. In: *51 Am. J. Comp. L.* 663 2003.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiênciã e ciênciã no raciocínio do juiz. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. In: *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 3 (2001).

TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TOULMIN, Stephen Edelston. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University, 1958.

TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967.

TRIMARCHI, Pietro. Per una riforma della responsabilità civile per danno ambientale. In: TRIMARCHI, Pietro (org.). *Per una riforma della responsabilità civile per danno ambientale*. Milano: Giuffrè, 1994.

TROCKER, Nicòlo. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

VARELA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1996.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Trad. Thomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 3ª ed., 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WRIGHT, Richard. *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*. In: 73 IOWA L.REV. 1001 (1988).

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 31, jan./mar. 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.