



CAUSALIDADE ALTERNATIVA INCERTA E RESPONSABILIDADE AMBIENTAL: UMA REFLEXÃO A PROPÓSITO DO AC. TRL DE 10-9-2019 (Proc. nº922/15.4T8VFX.L1-7)

UNCERTAIN ALTERNATIVE CAUSALITY AND ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY: A reflection on AC. TRL OF 9/10/2019 (Proc. No. 922/15.4T8VFX.L1-7)

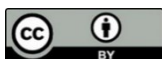
Mafalda Miranda Barbosa

Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0578-4249>

E-mail: romeuthome@hotmail.com

Trabalho enviado em 16 de dezembro de 2022 e aceito em 26 de fevereiro de 2023



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.02. Dossiê, 2023, p. 1145 - 1172

Mafalda Miranda Barbosa

DOI: 10.12957/rqi.2023. 71918

RESUMO

Contra uma sociedade empresária que produz, importa, exporta e comercializa adubos, e cuja principal unidade fabril se localiza no concelho de Vila Franca de Xira, foi proposta uma ação de responsabilidade civil por danos, na sequência da contaminação de uma pessoa com a bactéria do legionário. O caso concretamente decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, lidando com danos causados a um sujeito por meio da lesão de uma componente ambiental, envolve problemas dogmáticos complexos e particularmente interessantes. O trabalho tem como objetivo analisar a existência de caminhos de fundamentação que, caso percorridos pelo tribunal, poderiam conduzir a uma decisão procedente relativamente aos intentos do lesado. A análise dos fundamentos aplicáveis ao caso concreto em tela tem como intuito contribuir para o amadurecimento dos institutos da responsabilidade civil decorrente de dano ao meio ambiente e à saúde humana.

Palavras-chave: Responsabilidade; Contaminação; Meio Ambiente; Causalidade.

SUMMARY

Against a company that produces, imports, exports and markets fertilizers, and whose main manufacturing unit is located in the municipality of Vila Franca de Xira, a civil liability action was filed for damages, following the contamination of a person with the bacteria of legionary. The case judged by the Court of Appeal of Lisbon, related to damage caused to a person through damage to an environmental component, involves complex and particularly interesting dogmatic problems. The article aims to analyze the existence of reasoning paths that, if followed by the court, could lead to a valid decision regarding the intentions of the injured party. The analysis of the arguments applicable to the specific case is intended to contribute to the maturity of civil liability institutes resulting from damage to the environment and human health.

Keywords: Responsibility; Contamination; Environment; Causality.

INTRODUÇÃO

Contra a sociedade ADP, S.A., sociedade que produz, importa, exporta e comercializa adubos, e cuja principal unidade fabril se localiza no concelho de Vila Franca de Xira, foi proposta uma ação de responsabilidade civil por danos, na sequência da contaminação do senhor A com a bactéria do legionário.

Na verdade, entre os dias 7 e 21 de novembro de 2014, ocorreu um surto de *Legionella* com incidência na área geográfica do Município de Vila Franca de Xira e municípios limítrofes, tendo, em 21 de novembro 2014, a Direção Geral da Saúde (DGS) e o Instituto Nacional de Saúde (INS), Dr. Ricardo Jorge, emitido um comunicado conjunto onde se referia que o dito surto já provocara 336 casos de infeção e 10 mortes. Conforme se podia ler no comunicado, “as análises conduzidas pelo Instituto Nacional de Saúde, Dr. Ricardo Jorge, confirmam que o isolamento por cultura de uma estirpe de *Legionella* (...) em amostras de água de torres de arrefecimento apresenta um perfil molecular semelhante ao das estirpes clínicas, obtidas em doentes com pneumonia devida, comprovadamente, à doença dos legionários. Nestes termos foi identificada uma fonte emissora de aerossóis contaminados”. Mais se referia que “os trabalhos de investigação realizados permitiram excluir outras fontes potenciais, tais como água de consumo, grandes superfícies comerciais e sistemas de ar condicionado”.

Em 15 de dezembro de 2014, as autoridades na matéria comunicaram que teria sido, ainda, detetada a presença da bactéria *Legionella* nalgumas torres de refrigeração das fábricas das sociedades Solvay Portugal – Produtos Químicos, S.A. (sociedade que se dedica à indústria e comércio de produtos químicos e seus derivados, com unidade fabril, em Póvoa de Santa Iria) e SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas S.A. (sociedade que tem unidade fabril na área de Vialonga e se dedica à importação, exportação, exploração, produção, preparação, fabrico e comercialização de malte, cerveja, sidras, vinhos e bebidas espirituosas, refrigerantes, águas minerais, águas de nascente e de mesa e seus derivado. Quer a sociedade ADP, quer as sociedades Solvay e SCC, foram alvo de investigação, tendo inclusive visto suspensa a atividade de algumas das suas torres de refrigeração, nas respetivas unidades fabris, como medida de precaução imposta pelas autoridades públicas. De notar que é usual a presença de bactéria *Legionella* nas torres de refrigeração das unidades fabris ou industriais, inexistindo à data do surto em questão, legislação quanto aos limites máximos da sua presença ou concentração nas torres de refrigeração, mas apenas “recomendações” ou “boas práticas”.

O senhor A, com 63 anos de idade, deu entrada no Centro Hospitalar de Lisboa, Hospital de São José, no dia 9 de novembro de 2014, com sintomatologia de “insuficiência respiratória aguda”, mostrando-se, desde o anterior dia 6, indisposto, com dores no corpo, febre alta, dificuldade em respirar, e desde a véspera, desorientado, com dificuldade em articular frases. No serviço de urgência, foi-lhe diagnosticado choque séptico, pneumonia Legionella, fibrilação articular, e com diagnóstico (secundário) de doença isquémica crónica do coração SOE, doença pulmonar obstrutiva SOE, obesidade mórbida e estridor. Contudo, não foi concretamente identificada a estirpe clínica da pneumonia Legionella. Em virtude desta situação, determinante de um internamento prolongado e doloroso e de uma recuperação não menos difícil, no regresso a casa e à vida profissional, o sujeito sofreu diversos danos (patrimoniais e não patrimoniais).

A sociedade ADP e as demais sociedades Rés cumpriam à data todas as licenças aplicáveis, incluindo, a licença ambiental. Além disso, havia contratado uma empresa de gestão de água das torres de refrigeração, especializada e devidamente credenciada, desde 2014, para garantir a adequação manutenção das mesmas e a monitorização dos controlos regulares que a ADP efetuava.

De acordo com a DGS e o INS, a fonte emissora da Legionella foi identificada como uma das torres de refrigeração da fábrica da ADP.

A ação proposta fundou-se em responsabilidade civil extracontratual, tendo o tribunal de 1ª instância considerado que não havia dúvidas que a lesão invocada pelo autor – contração da doença dos legionários em dado período – teve origem num bem operado pela ré. A questão central passaria, portanto, pela desvelação da ilicitude e da culpa. O lesado invocou, no sentido da afirmação da ilicitude, que a ré violou disposições legais de proteção de interesses alheios, constantes do DL 79/2006, de 4 de abril, e da publicação «Prevenção e controlo de Legionella nos sistemas de água»; já no tocante à culpa, mobilizou o artigo 493º/2 CC, sustentando para tanto que a atividade exercida pela ré deve ser qualificada como perigosa para efeitos de desencadear a presunção consagrada na norma.

Em face das alegações, o Tribunal da Relação de Lisboa veio considerar que das regras contidas no documento intitulado «Prevenção e controlo de Legionella nos sistemas de água» “não resultam obrigações nem deveres de agir, apenas recomendações mais ou menos vagas”. Por seu turno, “no que respeita ao DL 79/2006, os edifícios industriais destinados a atividades de produção estão isentos dos requisitos do regulamento aprovado pelo diploma em causa”, dirigindo -se as suas normas “aos projetos de sistemas de climatização, aos limites de consumo de energia, às condições de manutenção dos sistemas de climatização, às condições de monitorização e de auditoria de funcionamento dos edifícios em termos dos consumos de energia e da qualidade do ar interior, e à

formação profissional dos técnicos responsáveis pelo projeto, instalação e manutenção dos sistemas de climatização”. Ou seja, as normas visam proteger a “saúde e bem-estar dos ocupantes dos edifícios”, tanto que, “sempre que a atmosfera exterior é referida, é-o apenas no sentido de garantir que a poluição externa não afeta a qualidade do ar interior. Apenas a qualidade do ar interior (QAI) é objeto de normas destinadas a garanti-la, nomeadamente, as que impõem auditorias. A área de proteção das normas deste diploma respeita ao bem-estar das pessoas que habitam ou trabalham nos imóveis por ele abrangidos”. Mais acrescenta que “o DL nº79/2006 foi revogado pelo DL nº118/2013, de 20 de agosto”, tendo “o diploma de 2013, vigente à data dos factos, aprov[ado] o Sistema de Certificação Energética dos Edifícios, o Regulamento de Desempenho Energético dos Edifícios de Habitação e o Regulamento de Desempenho Energético dos Edifícios de Comércio e Serviços, e transp[osto] a Diretiva 2010/31/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 2010, relativa ao desempenho energético dos edifícios. O seu objeto, de acordo com o artigo 1.º, consistia em assegurar e promover a melhoria do desempenho energético dos edifícios através do Sistema Certificação Energética dos Edifícios (SCE), que integra o Regulamento de Desempenho Energético dos Edifícios de Habitação (REH), e o Regulamento de Desempenho Energético dos Edifícios de Comércio e Serviços (RECS)”. Contudo, “o diploma não continha qualquer disposição dirigida ao controlo da Legionella”. De facto, “apenas com a Lei 52/2018, de 20 de agosto, se estabeleceu um regime de prevenção e controlo da doença dos legionários, aplicando-se em todos os setores de atividade, e se introduziram alterações no DL nº118/2013, com o mesmo propósito”.

Conclui, assim, o Tribunal da Relação de Lisboa que, “no caso dos autos, a ré não incorreu em comportamento ativo gerador do dano”, podendo, “quanto muito, concluir[-se] que por certo foi omitida a limpeza necessária a que não se gerasse a concentração de bactérias que se gerou. Porém, não havia norma que impusesse a limpeza com determinados requisitos. A possível omissão apenas daria lugar à obrigação de reparar os danos se, para além da verificação dos outros requisitos legais, houvesse, por força da lei, o dever de praticar o ato omitido (artigo 486º do CC). No caso, ao tempo, não havia tal disposição legal”. Nessa medida, “está (...) afastada a responsabilidade por violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios (por inexistência, à data, de disposição legal destinada à prevenção de emissões de Legionella para a atmosfera a partir de edifícios industriais)”.

Já no que se refere à invocação do artigo 493º/2 CC, o Tribunal da Relação de Lisboa ordena o seu caminho de fundamentação judicativa em dois níveis. Por um lado, considera que, ao tratar-se de uma mera presunção de culpa, a sua relevância no caso seria nula pela falta de prova da ilicitude, conforme explicitado. Admite, embora, que há autores, entre os quais nós próprios, na

senda de Menezes Cordeiro, nos inserimos, que olham para o artigo 493º/2 CC no sentido da consagração da *faute* napoleónica e, portanto, da possibilidade de por via da preterição de deveres no tráfego, que se presume, se chegar, igualmente, a uma presunção de ilicitude. Assim sendo, seria possível alicerçar uma pretensão indemnizatória procedente, tudo dependendo do estabelecimento de um nexo de imputação (outrora entendido como causalidade), que teria de ser considerado. Simplesmente, e por outro lado, o Tribunal da Relação de Lisboa acaba por, reconhecendo a divergência na doutrina, não tomar posição sobre ela, uma vez que considera que não se verifica o pressuposto da assimilação do âmbito de relevância do caso pelo âmbito de relevância hipotético da norma em questão. Mais concretamente, entende o coletivo não se estar diante de uma atividade perigosa. Conforme se pode ler no aresto, “para que a norma operasse seria imprescindível que a atividade que esteve na origem do surto de *Legionella* se reconduzisse ao conceito de atividade perigosa e (...) não se reconduz”.

Na verdade, tendo em conta que a atividade perigosa é, para estes efeitos, aquela que envolve uma probabilidade elevada de causar danos a terceiros, implicando uma acentuação dos riscos, e que a probabilidade de uma pessoa contrair uma pneumonia causada por esta bactéria é de 1 em 100.000 (ou seja, cerca de 0,000862%), o tribunal de recurso considera que “difícilmente se poderá entender que uma das atividades potencialmente geradoras de concentrações elevadas de bactéria – o funcionamento e manutenção de torres de arrefecimento – seja uma atividade perigosa”. Mais sustenta que “o que está em causa não é a perigosidade da atividade (quer seja esta a atividade industrial da ré que usa torres de arrefecimento, quer seja a atividade de manutenção das torres), mas o perigo que pode decorrer de uma deficiente utilização ou manutenção dos equipamentos. O perigo advirá da prática de um ilícito por omissão e não da atividade em si”.

O recurso mostrou-se, assim, improcedente, confirmando a decisão do tribunal de 1ª instância.

1. OS PROBLEMAS DOGMÁTICOS DO CASO CONCRETO

O caso concretamente decidido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, lidando com danos causados a um sujeito por meio da lesão de uma componente ambiental, envolve problemas dogmáticos complexos e particularmente interessantes.

Desde logo, está em causa a desvelação da ilicitude, enquanto filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes. Na verdade, o modelo delitual português, à semelhança do alemão, estrutura-se em torno de duas categorias autónomas: à culpa tem de se associar a ilicitude, constatável por via da violação de direitos absolutos, a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios ou da verificação de uma situação de abuso do direito.



No que respeita à responsabilidade civil ambiental, descontando as hipóteses de responsabilidade objetiva, de acordo com o artigo 8º DL nº147/2008, de 29 de julho, “quem, com dolo ou mera culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa”, entendendo a doutrina que, embora não se especifique a natureza dos interesses alheios referidos na norma, estes devem ser interpretados enquanto interesses objeto de proteção por uma norma legal, numa clara aproximação dos dois sistemas (geral e especial).

Concluiu o Tribunal de recurso que, em face da inexistência de disposições legais de proteção de interesses alheios, não seria possível desvelar a ilicitude, alicerçando-se, para tanto, no afastamento da hipótese ressarcitória prevista no artigo 493º/2 CC. A definição de atividade perigosa, para efeitos deste nº2 do artigo 493º, não é oferecida pelo legislador, cabendo ao julgador concretizar o conceito em face dos casos *decidendi*. A perigosidade de uma atividade deve aferir-se segundo as regras da experiência: é perigosa uma atividade que, segundo aquelas regras, envolve uma grande propensão de ocorrência de danos, devendo a perigosidade ser entendida objetivamente, deixando-se de lado meros temores pessoais de uma potencial vítima, e porque todos os comportamentos, atuações e objetos são potencialmente perigosos, ser por referência às circunstâncias do caso *decidendum*. A experiência jurisprudencial tem densificado a noção, oferecendo exemplos de atividades caracterizadas pela sua perigosidade¹.

Se alguns autores sustentam que em causa está uma simples presunção de culpa, outros admitem que o preceito integra, igualmente, uma presunção de causalidade²; e outros ainda, como Menezes Cordeiro, vão ao ponto de considerar que coenvolve, igualmente, uma presunção de ilicitude, traduzindo-se na penetração do modelo da *faute* no nosso ordenamento jurídico (CORDEIRO, 1997)³. Na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, há que se tratar de um especial perigo – um risco que ultrapasse o limiar da normalidade.

¹ Cf. Acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de Junho de 1995, *Colectânea de Jurisprudência*, 1995, tomo III, 127; Acórdão da Relação de Lisboa de 4 de Abril de 1989, *Colectânea de Jurisprudência*, 1989, Tomo III, 119; Acórdão de 4 de Novembro de 1990, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº400, 715; Acórdão da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 2001 [www.dgsi.pt]; Acórdão Relação de Lisboa de 30 de Maio de 1996 [www.dgsi.pt]; Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de Novembro de 1993 [www.dgsi.pt]; Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Março de 1999; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro de 1976, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº254, 185; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 1978, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº273,260

² Henrique Sousa ANTUNES, *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*, UCPE, Lisboa, 2000, 270 s., considerando que ali se consagra uma presunção de culpa e de causalidade; Ana Maria Taveira da Fonseca, “Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios e outras obras”, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, 126 s., falando de uma presunção de culpa, de causalidade e de ilicitude. Sobre o ponto, veja-se, ainda, Brandão PROENÇA, “Balizas Perigosas e responsabilidade civil – Ac. do STJ de 26.2.2006, Proc. 3834/05”, *Cadernos de Direito Privado*, nº17, 2007, 32 s.

Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adotar todas as medidas de cuidado para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a atuar em contravenção com um princípio da precaução ou prevenção – civilisticamente compreendido –, permitindo desvelar o abuso do direito (a liberdade de atuação do sujeito é exercida em contradição com o fundamento normativo da própria normatividade). Portanto, o artigo 493º/2 CC consagra a *faute* e implica que a dita causalidade seja entendida no sentido da previsibilidade (os danos em atenção aos quais previsivelmente a pessoa deveria ter conformado a sua conduta no respeito ao seu semelhante são os danos indemnizáveis). Ao presumir-se a culpa presume-se a violação dos deveres que, atenta a situação em que surgem, não podem senão compreendidos por referência a um abuso de uma liberdade. Isto permite que se conexione o disposto no artigo 493º CC com a ilicitude assente num modelo híbrido. Tal não obsta a que possa haver, porém, violação de um direito absoluto. É, por isso, possível convocar o preceito no sentido de presumir a culpa e, concomitantemente, presumir a imputação objetiva. Não se trata de uma dupla possibilidade interpretativa da norma, mas da faculdade reconhecida ao lesado de mobilizar simbioticamente mais do que um fundamento para alicerçar a sua pretensão indemnizatória. Se tal é permitido no quadro do concurso de modalidades de responsabilidade civil, deve também ser autorizado quando concorram modalidades de ilicitude delitual. Assim, e neste caso, a restrição da hipótese ressarcitória à verificação de uma lesão do direito absoluto autorizaria a que o preenchimento da responsabilidade fosse para além dos danos previsíveis.

Por seu turno, o facto de uma atividade não poder ser considerada perigosa não obsta a que, constatando-se a lesão de um direito absoluto, não se possa por essa via desvelar a ilicitude, exigindo-se, porém, que se comprove a ligação entre tal violação e a conduta (ativa ou omissiva) do pretendo lesante, dando-se resposta ao problema da chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade. Para tanto, seria imprescindível que se provasse a edificação de uma esfera de responsabilidade (no sentido da *liability*), resultado da conversão de uma primitiva esfera de responsabilidade (pelo outro, ou seja, no sentido da *role responsibility*), para o que seria relevantíssima a constatação da preterição de deveres no tráfego, os quais, uma vez postos em causa, serviriam, ainda, para alicerçar o próprio juízo de culpa, sem que esta se possa confundir com aquela causalidade de que se falava, quer porque a última não pressupõe um juízo de censura ético-jurídica, quer porque a indagação dita causal pressupõe, ainda, um confronto da esfera de risco cujos contornos externos se desenham com outras esferas de risco (risco geral da vida, risco do lesado e risco de atuação de terceiros).

Se esta construção⁴, imposta metodologicamente por uma adequada compreensão do direito, nos permite extrair importantes consequências, inclusivamente em matéria de ónus da prova, há que sublinhar que ela só é viável a partir da constatação da preterição dos deveres no tráfego a que se alude. Ora, esse parece ser um dos pontos controversos do caso *decidendum*, a implicar, inclusivamente, que se questione se a contratação de um terceiro para fazer a manutenção e proceder à vigilância das torres de refrigeração é ou não suficiente para dar por cumprido o dever, numa resposta que se nos afigura, se formulada em abstrato, negativa.

A este propósito, sublinhem-se dois aspetos particularmente relevantes. Em primeiro lugar, o facto de não existir uma disposição legal de proteção de interesses alheios, como constatou o tribunal de recurso, a impor um específico dever neste âmbito não significa que ele não possa emergir. De facto, contra o que era pressuposto pelo pensamento positivista, não são só as normas legais as fontes dos deveres de ação, podendo estes resultar do próprio sentido da responsabilidade ínsito à pessoa (e não ao indivíduo) que estrutura o ordenamento jurídico. Em segundo lugar, as exigências comunicadas pelo modelo delitual consagrado no artigo 493º/2 CC afiguram-se superiores às que decorrem em geral do artigo 483º CC. Com efeito, não só, estando em causa uma atividade perigosa, se presume a culpa (a par da ilicitude e a causalidade), como a prova exoneratória se mostra particularmente difícil, exigindo-se que o pretense lesante mostre que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

Nessa medida, dependendo da prova efetivamente produzida, parece haver caminhos de fundamentação que, sendo percorridos pelo tribunal, poderiam conduzir a uma decisão procedente relativamente aos intentos do lesado.

2. O problema não equacionado pelo tribunal (e não emergente do caso concreto): a causalidade alternativa incerta

Adequadamente compreendidos os contornos do problema na sua conformação dogmática, percebemos que a procedência do recurso implicaria a prova da culpa do lesante e bem assim o estabelecimento do nexo de causalidade (compreendido como imputação objetiva), imprescindível para se poder considerar que a doença configura uma violação da integridade física do sujeito.

⁴ Cf., para outros desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013, cap. 8.

Supondo que estes requisitos se poderiam provar, tornar-se-ia procedente a pretensão indemnizatória.

Por outro lado, recordando-se que, nos autos, se provou que a doença foi provocada pela bactéria do legionário que foi expelida pela torre de refrigeração da sociedade 1, mas que ela existia também na torre de refrigeração da fábrica pertencente à sociedade 2, ainda que numa concentração que não permitiria provocar qualquer dano à saúde, somos levados a recordar que, caso os níveis de concentração da referida bactéria na segunda torre de refrigeração fossem superiores, mostrando-se aptos a provocar a doença, se poderia – desde que provada a preterição dos deveres no tráfego, alicerçadora de um juízo de censura, por um lado, e dos contornos externos de uma esfera de risco, apta a fundar a imputação objetiva – colocar um complexo problema, qual seja o da causalidade alternativa incerta.

O problema não se colocou, pelos motivos explicados, mas a sua importância teórico-prática justifica que, sobre ele, se tenham alguns esclarecimentos.

A causalidade alternativa incerta é problematizada sempre que nos confrontamos com duas potenciais causas da lesão, não sendo possível determinar, em concreto, qual delas causou efetivamente o dano. Mais especificamente, existindo uma concentração da bactéria do legionário apta a gerar o contágio em ambas as torres de refrigeração, como seria possível determinar qual das torres expeliu o micro-organismo que provocou a doença ao concreto lesado?

O problema tem vindo a receber respostas diversas nos vários ordenamentos jurídicos, embora, em Portugal, os autores se mostrem ainda renitentes em conceder uma indemnização ao lesado nestas circunstâncias: falharia a analogia com o artigo 497º CC e sairia frustrada qualquer tentativa de estabelecimento da relação causal⁵. Não cremos, contudo, ter de ficar presos a esta visão

⁵ Veja-se, afirmando a impossibilidade de se aplicar o artigo 497º CC a situações como a que chamamos à colação, Menezes CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDUL, 2001, 416 s.; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84, Março 1959, 97 s. (note-se que o autor, ponderando a possibilidade de acolhimento, entre nós, de uma solução como a do § 830 BGB, remete a questão para a análise do instituto da responsabilidade civil – assim, cf. nota 250 e Vaz SERRA, “Responsabilidade contratual e extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, 1959, 107 s., negando a aplicação, entre nós, da solução prevista no § 830 BGB) e Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 24.

Em sentido contrário, cf. Calvão da SILVA, “Causalidade alternativa. L’arrêt DES”, *European Review of Private Law*, 2, 1994, 465 s., aderindo a uma formulação negativa da causalidade adequada, e sustentando que cada lesante deve ser responsabilizado, bastando para isso que se prove que ambos os autores foram prováveis responsáveis. Para tanto, invoca a inversão do ónus da prova quando se adira àquela formulação negativa, bastando ao lesado provar a condicionalidade. Mais concretamente bastará ao lesado provar que uma qualquer causa, ou melhor um dos comportamentos de um dos produtores, é *conditio sine qua non*. Cada uma dessas condições é presumida como causa adequada do dano (“le dommage est la conséquence normale, typique, probable du DES défectueux” – *op. cit.*, *loc. cit.*), pelo que “o autor da lesão deve ilidir essa presunção, demonstrando circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou irregulares” que tenham influenciado a situação. Determinada a capacidade abstracta, entende-se que o lesado pode utilizá-la para estabelecer a sua presunção, a probabilidade séria que aquele ou

do problema. Vários, aliás, têm sido os caminhos apontados – nos diversos ordenamentos jurídicos – para tentar solucionar o problema, com base na percepção da injustiça que é conceder um benefício ao lesante, não o responsabilizando, porque outro poderia ter causado o dano⁶.

aqueles produtores sejam os responsáveis. Mais especificamente, “pode-se mesmo dizer que o agente do dano não é verdadeiramente um desconhecido”; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 654, nota 1859; Carneiro da FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 107, nota 125.

Para maiores desenvolvimentos, com uma construção sistemática alicerçada numa outra perspectiva causal, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. 11.

⁶ Cf., no quadro do ordenamento jurídico alemão, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1994, 578 s.; DEUTSCH, “Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht”, *Juristenzeitung*, 1972, 105 s.; Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 185, Heft 6, 1985, 506 s.; BREHM, “Zur Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 35, Heft 3, 1980, 585 s.; ASSMANN, “Multikausale Schäden im deutschem Haftungsrecht”, *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten* (FENYES/WEYERS, hrgs.), 1988, 99 s.; Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 16, heft 5/6, 1961, 148 s.; Thomas MEHRING, *Beteiligung und Rechtswidrigkeit bei § 830 I 2 BGB. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung der Fälle von Anteilszweifeln und Opfermehrheiten*, Duncker und Humblot, Berlin, 2003; Tobias MÜLLER, *Wahrscheinlichkeitshaftung von Alternativtättern, Ein Beitrag zur Dogmatik des § 830 BGB*, Peter Lange, Frankfurt am Main, 2001; DEUBNER, “Zur Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristisch Schulung*, 62, 383 s.; TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 228 s.; Ingeborg PUPPE, “Zurechnung bei mehreren Beteiligten”, *Jura*, 1998, 21 s.; Klaus VIEWEG, “Schadensersatzrecht” /J. Von Staudinger *Kommentar zum BGB*, 13. Auflage Neubearbeitung, De Gruyter, Berlin, 2005, 398 s.; Christina EBERL-BORGES, “§830 BGB und Gefährdungshaftung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 196, Heft 5, 1996, 491 s.; HEINZE, “Zur dogmatischen Struktur des § 830 I/2 BGB”, *Versicherungsrecht*, 73, 1081 s.; BAUER, “Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung”, *Juristenzeitung*, 71, 4 s.; Brigitte KEUK, “Die Solidarhaftung der Nebentäter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 168, 1968, Heft 2, 175 s.; Gerhard RIES, “Zur Haftung der Nebentäter nach § 830 und § 840 BGB”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 177, Heft 6, 1977, 543 s.; Oliver BERG, “La pluralité de responsables en droit allemand”, www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267950_oberg.pdf; Thomas WECKERLE, *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, Karlsruher, Göttingen, 1974. Com grande importância para o tema, no quadro austríaco, cf. BYDLINSKI, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristische Blätter*, 1959, 1 s.; ID., “Mittäterschaft im Schadensrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 158, 1959, 410 s.; ID., “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26 April 1979*, Otto Sandrock (hrsgs.), De Gruyter, Berlin, New York, 1979, 3 s.

Lidando com o problema dos danos causados por um membro não identificado de um grupo de pessoas determinadas, no ordenamento jurídico francês, cf. Hassen ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1958, 516 s., considerando que a solução de responsabilização nestes termos implica um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna. Na verdade, só estes requisitos permitiriam falar de um germen de personalidade moral – cf. Geneviève VINEY/Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 236 s.. O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade coletiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos coautores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective/faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commun*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexo causal”. Por isso, adiantam ser necessário perscrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela atuação simultânea dos

Desde logo, encontramos posições que apresentam uma índole processual, entre as quais a que se vem a edificar em torno do conceito de *evidentiary damage*.⁷ Segundo ela, o lesante seria responsável pela indeterminação factual do caso, sendo-lhe imputável tal incerteza, pelo que, verdadeiramente, o dano a ressarcir seria aquele e não o que resultasse da lesão experimentada. A doutrina seria, na ótica dos seus arautos, defensável quer do ponto de vista da prevenção, uma vez que aumentariam os incentivos para que se diminuísse o dano direto, quer do ponto de vista da justiça comutativa, já que os danos probatórios violam a autonomia da vítima, restringindo o direito de demandar judicialmente o autor de um ato ilícito e danoso. O seu âmbito de aplicação seria, contudo, mais vasto do que o âmbito de relevância dos casos que têm subjacentes a si hipóteses de causalidade alternativa incerta e a sua intencionalidade mostrar-se-ia dissonante dos quadros de referência do nosso ordenamento jurídico, não podendo ser tal proposta acolhida. Na verdade, não só ficaríamos sem suporte normativo para o fazer, dado que o artigo 344º/2 CC não autoriza uma interpretação tão ampla que legitime o ressarcimento dos *evidentiary damages*, como no plano dos fundamentos falharia o sustentáculo alicerçador⁸. É que uma coisa é procurar escorar uma solução facilitadora da correspondência entre o dever ser e o ser na assunção de uma esfera de responsabilidade que convoca o conceito de Pessoa, outra diversa é assentar o nosso juízo numa ideia meramente adjetiva, embora colorida com preocupações atinentes ao justo. Acresce que a indemnização arbitrada seria sempre proporcional e assentaria em dados probabilísticos, o que pode

lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. p. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efetivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efetiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todos os outros são exonerados.

Cf., a este propósito, e com referência preferencial ao ordenamento jurídico francês, Florence G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005., 367 s.

⁷ A este ensejo, cf. Ariel PORAT/Alex STEIN, *Tort Liability under uncertainty*, Oxford University Press, New York, 2001, 160 s.; ID., “Indeterminate causation and apportionment of damage: an essay on Holtby, Allen and Fairchild”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23, 4, 2003, 667 s.; ID., „Liability for uncertainty: Making evidential damage actionable“, *Cardozo Law Review*, 18, 1997, 1891 s. O *evidential damage* pode ser o resultado do mesmo ato ilícito que causou ou pode ter causado o dano direto; ou pode ser produto de um distinto ato ilícito, que pode, inclusivamente, não ser concomitante – cf., uma vez mais, *Tort Liability*, 163-164: um carro é conduzido pelo lesado; uma carrinha aproxima-se na direção oposta. Soltando-se um pneu, que vai embater no primeiro veículo, este fica profundamente danificado, tendo de ser arranjado numa garagem especializada para o efeito. Os mecânicos deitam, então, fora algumas peças que eram essenciais à produção da prova em juízo, causando deste modo um *evidentiary damage*, que é igual, em magnitude, ao dano físico do lesado (cf. p. 165). Simplesmente, aí, o dano que se indemnizaria já não seria o que resulta da ofensa da componente ambiental, mas o dano probatório, ou seja, o prejuízo que ocorreria por os putativos lesantes terem obstado, com a sua ação alternativa, à prova do nexo de causalidade que se procurava erigir.

⁸ Considerando que a doutrina do *evidentiary damage* não pode ser transposta para o nosso ordenamento jurídico por constituir uma “extensão dificilmente justificável da responsabilidade”, dado não ser possível aplicar a estas situações o artigo 344º/2 CC, cf. Patrícia Cordeiro da COSTA, *O dano da perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, 2010, policopiado, 99.

não corresponder à solução materialmente adequada, deixando por ressarcir danos que deveriam ser compensados.

Em segundo lugar, é possível descortinar-se uma posição que apresenta uma índole dogmática-conceitual e se constrói com base numa ideia próxima à de uma personalidade coletiva de facto. Podendo um dano resultar do comportamento de um ou outro sujeito, haveria de indagar-se se é ou não possível falar de um grupo determinado no seio do qual aquele avultaria. A indeterminação diria, portanto, unicamente respeito aos sujeitos e não ao meio onde eles atuaram e a construção dogmática implicaria um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna⁹. Verdadeiramente, não se enfrenta aqui a questão da causalidade, que é contornada. Além disso, ficaríamos restringidos, na mobilização prático do critério, aos casos em que existe uma comprovada estabilidade e coerência interna. É também evidente um apego a uma concepção tradicional do problema da imputação, que não podemos deixar de pôr em dúvida.

A solução não andaria, contudo, longe de uma certa hermenêutica do § 830 BGB, preceito que, no ordenamento jurídico alemão, vem dar resposta aos casos de causalidade alternativa incerta. Trata-se, não obstante, em todas essas interpretações da afirmação de uma posição de índole dogmático-normativa, pela direta assimilação que se opera entre o problema concreto que a mobiliza e uma norma do sistema. Para lá das clivagens entre os autores, a maioria aponta no sentido de se exigir que todos os elementos do *Tatbestand* delitual estejam preenchidos em relação a cada um dos pretensos lesantes, pelo que a incerteza residiria, apenas, na eficácia causal dos comportamentos¹⁰. A grande diferença passaria pela conformação do grupo, que agora poderia ser fortuito, excluindo-se, contudo, e também, a possibilidade de se defender uma solução análoga quando uma das causas alternativas não fosse uma conduta humana e ilícita. Em termos doutrinários, a construção mostrar-se-ia, igualmente, díspar, pois se, aqui, hermeneuticamente se procura aceder aos casos passíveis de assimilação pela intencionalidade da norma que dispõe como solução a solidariedade obrigacional entre todos os participantes, ali, haveria que perscrutar a própria

⁹ Cf., novamente, Hassen ABERKANE, “Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes”, 516 s. Rememorem-se, também, as palavras de Geneviève VINEY/Patrice JOURDAIN, *Traité. Les conditions*, 236 s.

¹⁰ Cf., *inter alia*, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, 566 s.; Bettina WEIBER, “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?”, *Juristenzeitung*, 53, Heft 5, 1998, 230 s.; Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 185, Heft 6, 1985, 505 s.; Gernhuber, “Haftung bei alternativer Kausalität”, *Juristenzeitung*, 16, heft 5/6, 1961, 151; Alguns autores entendem que apenas se tem de verificar a culpa do comportamento do participante (LARENZ, CANARIS), enquanto outros sustentam que também a ilicitude se há-de verificar (TRAEGER). Sistematizando o ponto, *vide*, uma vez mais, JOACHIM GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 148 s.

intencionalidade da obrigação *in solidum*, para sermos fiéis à terminologia dos ordenamentos onde se lança mão da ideia de *faute collective* ou de responsabilidade dos membros indeterminados que atuam no seio de um grupo determinado.

Mas as diferenças não devem ser sobrevalorizadas. Na verdade, se, na Alemanha, o que estava em causa era a interpretação da noção de participante para efeitos do citado artigo, as preocupações com a extensão arbitrária de uma norma que é excecional determinariam que se estabelecesse uma forma de equiparação entre o *Mittäter* e o *Teilnehmer*: exigia-se uma relação subjetiva entre os dois sujeitos e o *ihre gemeinsame* seria o fundamento da solidariedade¹¹.

A interpretação do § 830 I/2 BGB estaria, não obstante, longe de colher unanimidade. Mesmo quando nem todos os participantes são responsáveis, isto é, para além dos casos em que apenas há desconhecimento da legitimidade passiva, pode entender-se que o preceito assimila o âmbito de relevância do caso e que se aplica quando ao comportamento humano se liga, como possível causa do dano, o acaso (*Zufall*), ou seja, um facto natural, ou o próprio comportamento do lesado¹².

Em causa estaria uma responsabilidade pela causalidade possível. Muitos viam-na como “um critério tão vago que sozinho não consegue legitimar a inversão do ónus da prova”, pelo que teria de ser “complementado através de uma suplementar relação entre o comportamento e o dano – tal complemento é estabelecido, pela lei, através da noção de participante/*Begriff der Beteiligung*”¹³, pelo que se teria de olhar para uma *aumentada forma de causalidade possível*. Ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele. Para tanto, e porque em geral não é possível asseverar quando é que ela existe, elaboram-se diversos critérios a partir de grupos de casos: nexo temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; grau de perigo para os bens jurídicos – quanto mais elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da referida aptidão; conformidade danosa da conduta – *Schadenskonformität der Handlungen*¹⁴.

Outros viram na concreta aptidão do comportamento para gerar o dano uma porta aberta para se questionar em que medida § 830 I/2 BGB se poderia aplicar quando o concurso alternativo incerto ocorresse entre uma conduta humana e o acaso ou o comportamento do lesado. Particularmente importante a este ensejo revela-se o pensamento de Bydlinski¹⁵. A analogia com as

¹¹ Cf. Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität”, 512

¹² LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 574

¹³ LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 574

¹⁴ Novamente, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 575, que aqui acompanhamos de muito perto.

¹⁵ Cf. BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, 412 s., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 12 s. Cf.,

ainda, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 77 s. e 87; “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, 30 s. [defendendo uma responsabilidade repartida e baseada em probabilidades]; “Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen”, *Festschrift für Gerhard Frotz*, Wien, 1993, 3 s. (considerando que a causalidade alternativa também é chamada a depor quando uma das causas se situa na esfera de risco do lesado, para o que convoca o § 1304 ABGB). Bydlinski procura determinar qual a importância do conceito de causalidade ao nível da responsabilidade civil, para o que analisa o papel que ao requisito cabe no seio de hipóteses de coautoria. Tendo em conta que o conteúdo mínimo da relação de causalidade aceite pela doutrina e jurisprudência se vem a traduzir pela fórmula da *conditio sine qua non*, o insigne jurista percorre uma série de situações para determinar se nelas se cumpre ou não o requisito, pese embora não se duvide que fundam uma pretensão indemnizatória. Assim, se há casos de coautoria que não se revelam particularmente problemáticos, porque a causalidade dos participantes não é duvidosa (pense-se no exemplo do ladrão que desvia uma cerca enquanto o outro entra), outros haverá em que o decurso causal para o dano não foi tornado claro. É por referência a tais âmbitos de relevância concreta que se fala de uma causalidade possível, mas não provada – cf. p. 413. A doutrina maioritária resolve tais problemas com apelo a uma ideia de atuação conjunta (e inclusivamente a uma vontade conjunta que se tornou atuante, como no caso em que dois ladrões entram numa casa e, enquanto um furta ouro, o outro furta prata, sendo ambos responsáveis pela totalidade do dano causado). Só que – pergunta o autor – “efetivamente o comportamento de cada agente foi condição sem a qual para o surgimento do dano?”. Ora, diz-nos Bydlinski, “sem a sua participação, o resultado danoso teria sido, em muitos casos, o mesmo. Seria diferente se o agente não tivesse agido sem a participação dos outros dois. Mas isto não resulta da vontade conjunta, antes devendo ser tratado ao nível dos factos. Parece, pois, que falha aqui o requisito da causalidade”. Noutras situações, em que se denota uma participação passiva (*untätig Teilnahme* – pense-se no caso em que um ladrão arromba uma casa, enquanto outro fica à porta a vigiar para garantir que não é surpreendido), Bydlinski, apoiando-se na doutrina mais antiga de Rumpf, depõe no sentido da falha na causalidade (cf. p. 414), rejeitando, assim, a teoria da causalidade assente na condição não determinante (*nicht-entscheidenden Bedingung*) como raiz explicativa da solução legal. Segundo esta posição, o resultado sempre surgiria sem a condição, mas nele operar-se-ia uma significativa transformação. Assim, não estaria arredado do horizonte problemático a causalidade do comportamento passivo do ladrão que ficou à porta. Só se este não soubesse absolutamente nada da vigilância do outro se poderia dizer que ambos não tinham atuado conjuntamente, exonerando-se a responsabilidade do cúmplice. Como bem nota Bydlinski (cf. p. 415), o pensamento da condição não essencial mostra-se improcedente. Pedindo de empréstimo as palavras do jurista, “segundo esta teoria, o resultado lesivo deve ser, em qualquer caso, influenciado de alguma forma pelo evento (...). Este pode ser descrito com mais ou menos precisão. (...) Quando o evento é descrito com inclusão de certas especificidades, alarga-se o círculo de circunstâncias e a causalidade pode ser afirmada”. Quer isto dizer que, não só quanto muito a influência há de ter sido meramente psicológica, como os mesmíssimos argumentos que levam os autores a duvidar da bondade da configuração do resultado em concreto, enquanto expediente salvífico da *conditio sine qua non*, podem ser aqui chamados à colação. Acresce que o impacto da causalidade psicológica pode nem conseguir ser calculado em termos determinísticos para, com base nela, se sustentar logicisticamente a solução solidarística. Conclui, portanto, Bydlinski que “a responsabilidade não se apoia na causalidade provada existente, mas na incerteza da situação causal” (cf. p. 416), para mais à frente afirmar que “a simples suspeita de causalidade, a mera possibilidade de existir tal nexo, é de relevar no quadro da multiplicidade de agentes. E ela é suficiente, em combinação com o grau de negligência no caso de causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, para sustentar a indemnização”. Assim, a perspectiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente ação conjunta de vários agentes” é substituída por outro ponto de vista, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O problema que a doutrina tradicional não consegue descortinar à lupa da sua visão é o de saber se a ação conjunta que fundamentou a indemnização de cada participante também conduz, ou não, a uma responsabilidade com base numa causalidade não provada (cf. p. 418). Em rigor, o traçado legal não nos permite aplacar as dúvidas, na medida em que o § 830 I/1 BGB apenas nos fala de uma multiplicidade de agentes que, através de uma ação conjunta, causaram um dano. As diversas ações são aí tomadas como uma ação causadora do dano (*einerschadensursächlichen Handlung*), não interessando perguntar qual a relação que cada uma individualmente estabelece com o dano. De acordo com o quadro normativo, é possível responsabilizar uma pessoa quando, não se tendo demonstrado a causalidade do seu comportamento relativamente a um dado dano, ela actuou conjuntamente, sendo, portanto, abrangida pelo conceito de *Mittäter*. Também no caso do § 830 I/2 BGB existe, em consonância com um certo ponto de vista, uma causalidade presumida (causalidade apenas possível). Mais do que isso, Bydlinski adverte que há situações em que não existe causalidade e relativamente às quais não deixa de ser procedente um dever de ressarcir os prejuízos (como nas situações de responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos – cf. p. 419). Na verdade, são conhecidas as hipóteses em que a pessoa não é responsabilizada porque adotou um comportamento causalmente relevante em face do dano, mas em virtude de uma causalidade da sua própria

esfera. A *eigenen Ursächlichkeit* seria substituída pela *Kausalität der Sphäre*. Só que aí, segundo esclarece o autor, engloba-se a problemática da responsabilidade sem culpa própria, ou seja, de uma responsabilidade por ato alheio ou pelos danos causados por coisas. Ao invés, quando lidamos com a figura dos coautores ou dos cúmplices, estamos em contacto com uma responsabilidade que tem no seu seio a culpa pessoal do agente. “O coautor, e o responsável nos termos da causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB, deve responder não pelo comportamento de outrem, mas pelo seu comportamento”, ou seja, “ele responde não porque outro, mas porque ele mesmo atuou de forma culposa”, não sendo possível estabelecer o paralelo entre esta responsabilidade e aquela que se erige a partir de uma esfera que se controla. Do mesmo modo, não podemos encontrar na especial perigosidade que pode resultar da associação de várias pessoas em torno da perpetração do ilícito um fundamento para uma responsabilidade que não assente na causalidade – cf. p. 421. Mais continua Bydlinski. No seu percurso de investigação, afasta outros fundamentos para a solução plasmada no § 830 BGB. Diz-nos, então, “que não é correto pensar que cada coautor deseja a ação dos restantes, devendo por isso responder por ela. Quem quer ou aprova uma ação alheia não pode, por isso, ser obrigado a indemnizar. E quem não quer a produção de um dano através de outra pessoa, mas esteve no local da ação e, podendo obviar a ele, omitiu os seus deveres, pode, em certas circunstâncias, ser responsável pela omissão”. Cf., igualmente, p. 425 e ss. Bydlinski propõe-se aí investigar a relação entre os dois casos, nos quais a mera possibilidade causal é suficiente (coautoria do § 830 I/1 e causalidade alternativa do § 830 I/2 BGB) e os normais casos de responsabilidade em que há necessidade de demonstrar a causalidade. Nesse ensejo, frisa que, enquanto nos casos de coautoria (*Mittäterhaftung*), podemos estar defronte de acções distantes, no caso da causalidade alternativa, só devemos integrar nos participantes os comportamentos que se mostrem adequados ao dano (*schadensadäquat*). Assim, no famoso caso dos atiradores que ferem uma pessoa com o disparo resultante de uma das armas (sem que se consiga identificar qual), dificilmente poderá ser demandado aquele que emprestou uma das armas a um dos atiradores furtivos. Se bem que tenha atuado de modo culposos e possivelmente causal, sendo o comportamento menos perigoso, ele foi menos adequado à produção do dano. Defendem algumas vozes que o conceito de participação numa ação ilícita conjunta (*Teilnahme an einer gemeinschaftlichen unerlaubten Handlung*) implica a presença de um agente doloso, restringindo-se a doutrina do § 830 I/1 BGB à atuação conjunta dolosa. Bydlinski serve-se deste dado para ponderar a relação entre os elementos subjetivos e objetivos no quadro da construção delitual. Pergunta, por isso, “por que razão é que nos casos de *Mittäterschaft* e de *alternativen Ursächlichkeit* é suficiente a causalidade possível, quando nos casos de severa culpa e grande perigosidade é necessário prová-la? Por que razão são estas situações tratadas de forma tão diferente?” (p. 426). A diferença não pode ser encontrada no fundamento da responsabilidade quando ela se ancora num comportamento que se situa próximo de um de outro pretendo lesante, de um acontecimento accidental ou de um co-autor. O cerne da questão que justifica a clivagem só pode residir na necessidade de rejeitar lucros para o lesado (*Gewinnabwehrfunktion*): ele só pode ser colocado na situação em que estaria se não tivesse havido a lesão, pelo que o risco de um dano accidental recai sobre si. Tendo em conta dois grupos de casos (um em que cada participante coloca, sem dúvida, uma necessária condição para o dano conjunto; outro em que a afirmação da causalidade do indivíduo apenas se pode apoiar numa ação conjunta consciente e, por isso, na influência psicológica de outros participantes), Bydlinski sustenta que, no primeiro grupo, não se mobiliza nenhuma regra especial (§ 840 BGB), sendo irrelevante saber se a atuação foi dolosa ou negligente, enquanto que, relativamente ao segundo, se aventa a necessidade de existir uma ação consciente conjunta, que seria o fundamento para a responsabilidade de cada participante pelo dano total. Simplesmente, segundo o autor, esta visão é incorreta, devendo-se perspetivar o problema sob a ótica da suspeita de causalidade. Em suma, “em conjunto com a severidade da culpa que o ordenamento jurídico faz recair sobre aqueles que em conjunto prosseguem finalidades ilícitas, justifica-se que todos os participantes possam ser considerados responsáveis, sem que haja uma análise mais profunda da sua causalidade para o dano”.

Cf., a este ensejo, Erwin DEUTSCH, “Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität? – Bemerkungen zum schadensrechtlichen Aspekt des Urteils des Hessischen V.G.H. v. 16 November 1965”, *Juristenzeitung*, 1966, 556 s. Considerando que a adequação surge como uma correcção do critério da condicionalidade *sine qua non*, Deutsch afirma, em diálogo com Bydlinski, que o último autor citado “junta a adequação e a causalidade num todo comunicante, no qual a diminuição de um será compensada pelo aumento do outro”, tornando, assim, viável falar de causalidade possível no seio da causalidade alternativa. Salientando tratar-se de “um pensamento atrativo, a ditar uma solução, em atenção à proporção de perigosidade, quando não seja possível responder com segurança que aquele foi um resultado da conduta, Deutsch aduz, porém, que não se pode aceitá-lo como fundamento geral do direito delitual (cf. p. 557). É que, e chamando à colação o pensamento de Roxin do aumento do risco, Deutsch sustenta que, porque no mundo civilístico não nos orientamos por um ideário preventivo, não é possível solucionar por essa via o problema.

V., também, LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 570 e 572. Questionando se em apreço estará a previsão de uma presunção de causalidade e considerando que se consagra apenas uma inversão do ónus da prova e não uma imputação totalmente livre da conduta, não se tratando de um específico fundamento para a pretensão. Refira-se

que os autores vêm afirmar que “a causalidade possível é um critério tão vago que sozinho não consegue legitimar a inversão do ônus da prova. Ela deve ser complementada através de uma suplementar relação entre o comportamento e o dano – tal complemento é estabelecido, pela lei, através da noção de participante/*Begriff der Beteiligung*”. Falam, então – cf. p. 574, de uma *aumentada forma de causalidade possível*. Ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano ou, melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele. Para tanto, e porque em geral não é possível asseverar quando é que ela existe, elaboram-se diversos critérios a partir de grupos de casos: nexo temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; grau de perigo para os bens jurídicos – quanto mais elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da referida aptidão; conformidade danosa da conduta – *Schadenskonformität der Handlungen*; cf. p. 575.

A consideração da concreta aptidão para a produção do dano abre, como referido, a porta a uma leitura mais ampla do § 830 I/2 BGB. Mesmo quando nem todos os participantes são responsáveis, isto é, para além dos casos em que apenas há desconhecimento da legitimidade passiva, entende-se que o preceito assimila o âmbito de relevância do caso, viabilizando, ademais, que se questione acerca da sua aplicabilidade quando ao comportamento humano se liga, como possível causa do dano, o acaso (*Zufall*), ou seja, um facto natural, ou o próprio comportamento do lesado. Dando testemunho disso, cf. LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 579.

Sobre o último aspeto focado, cf. Peter GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung : zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Beck, München, 1979, 120. O autor retira da participação em rixa um argumento no sentido de, no âmbito da interpretação do § 830 I/2 BGB, se aliviar o encargo probatório do lesado. Defende, ainda, a repartição do dano mediante a aplicação analógica do § 830 I/2 e 254 BGB aos casos em que não se sabe se o lesado pode ou não ter causado o seu próprio dano.

Cf., também, e em sentido contrário, MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht*, Band II, *Besonderer Teil*, 15. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2010, 428, defendendo que o § 830 I/2 BGB só se pode aplicar quando não há qualquer dúvida em relação ao direito à indemnização. Igualmente, v. Theo BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität...”, 512. O autor ensina que o § 830 I/2 BGB assimila duas situações distintas: a) casos em que não é certo qual dos participantes causou o dano, sendo, porém, seguro que só há um causador; b) casos em que é certo que todos os participantes colocaram uma causa para o resultado e que cada uma foi apropriada para a produção do dano total, não se sabendo qual parte deste dano global deve ser reconduzida a cada participante individual. Englobaria, assim, as situações de *alternativ Kausalität* e de *unaufgeklärte Kumulativ Kausalität* (causalidade alternativa e causalidade cumulativa incerta). Fundamental é, neste contexto, a interpretação do conceito de participante. Segundo o ensinamento do autor, “o carácter excepcional da previsão do § 830 I/2 BGB e o receio que uma ampla interpretação pudesse conduzir a uma arbitrária extensão levaram a que o conceito de participação fosse interpretação de uma forma limitada que não era justificada nem pelo sentido da letra da lei, nem pela finalidade da norma”. A tentativa de restrição levou a que se estabelecesse uma forma de correspondência entre o coautor e o participante – *Mittätern* e *Teilnehmer*. Teria de haver um conjunto subjetivo entre os dois agentes alternativos, isto é, exigia-se uma relação subjetiva entre os dois sujeitos e o *ihre gemeinsame* seria o fundamento da solidariedade. O pressuposto seria, posteriormente, substituído por outro: exigência de um *objektiv gemeinsame Gefährdung*, um nexo real que permita que a acção fosse vista como um único acontecimento. A posição hoje dominante na doutrina vem sustentar, contra a posição do BGH, tida como resquício das soluções predispostas pelo *Reichsgericht*, que são participantes todos aqueles que tenham causado possivelmente o dano, ou seja, que possam ter causado o dano.

V., ainda, p. 528 s., onde se equaciona o problema da concorrência entre o comportamento do lesante e um evento natural ou accidental. Diz-nos o autor que, em todos os casos em que a jurisprudência decidiu pela aplicação do § 830 I/2 BGB, estava em causa a dúvida sobre qual dos diversos agentes causou integralmente o dano ou qual o grau de contribuição de cada um deles para a produção daquele. Em face do problema há duas perspectivas dialogantes: ou a) se entende que o preceito só deve ser mobilizado quando a responsabilidade é certa no fundamento, não se correndo o risco de imputar o dano a nenhum inocente; ou b) se entende que o legislador aceitou que também deve responder o agente que possivelmente nenhum dano causou. Cf. p. 539 e ss., para uma análise de argumentos que depõem no sentido da atenuação da prova concedida pelo § 830 I/2 BGB nos casos em que a concorrência se verifica entre um comportamento humano e uma causa natural.

Acompanhe-se, também, o ensinamento de Joachim GERNHUBER, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 148 s. Falando de uma *möglicher Kausalität*, o autor procura oferecer uma interpretação do conceito de participante, com que se tem de lidar no âmbito do § 830 I/2 BGB. Relativamente aos seus limites, avultam três posições distintas: ao lado de autores que exigem a ilicitude do comportamento do participante (cf. TRAEGER, *Kausalbegriff*, 285 s.), surgem outros que se bastam com a culpa (cf. LARENZ/CANARIS, *op. cit.*, *loc. cit.*). Para uma terceira via interpretativa, não seria requisito exigível a ilicitude e/ou a culpa do comportamento do participante. Assim, verificado o concurso alternativo incerto de uma ação que não fosse culposa e ilícita, isentar-se-ia de

situações de causalidade cumulativa determinaria a defesa desta posição, assente numa forma de causalidade potencial. A posição pode agora considerar-se de índole dogmático-sistemática, já que alicerçada numa analogia intrassistemática que convoca uma forma de sobredeterminação causal com a qual encontra semelhanças suficientes para lá das diferenças. Ainda que se prove que duas ou mais pessoas causaram conjuntamente o dano, restam sempre dúvidas acerca da real contribuição de cada uma delas para o surgimento daquele. Dado este passo, torna-se plausível também sustentar a operacionalidade do regime da solidariedade quando a concorrência causal se joga entre um comportamento ilícito e culposo (atribuível ao pretenso lesante) e um facto natural ou outro qualquer evento que se situe na esfera de responsabilidade do lesado. A perspetiva que olhava para o problema do ponto de vista da “consciente ação conjunta de vários agentes” é substituída por outro prisma, a culminar na ideia de que recai sobre cada participante uma suspeita de causalidade. O défice probatório seria, então, compensado por uma maior exigência em termos de adequação e poderia redundar numa solução indemnizatória que atendesse à proporção da perigosidade do comportamento¹⁶.

responsabilidade, excecionalmente, aquele que se comportou justificadamente, aplicando-se aos restantes o citado preceito do BGB – cf. p.150. De forma adjacente a esta problemática, emerge outra, qual seja a de saber se o § 830 I/2 BGB deve ou não aplicar-se quando em causa está uma possível auto-lesão do próprio lesado (exemplo disso é a situação em que, num jogo infantil, se atiravam pedras), sustentando a doutrina que neste caso se deve mobilizar o § 254 BGB (e não o § 830 I/2, encontrando-se aqui um argumento para negar a responsabilidade). Note-se que o “velho espírito” do preceito foi posto em causa numa decisão do OLG Celle, comentada pelo autor (cf. p. 151), nos termos da qual, apesar da possível auto-lesão do lesado, deu-se provimento a uma pretensão indemnizatória, reduzida segundo o § 254 BGB, contra os outros participantes numa luta de pedras. Como *ratio* da decisão, diz-nos Gernhuber, que encontramos a entrada em cena, no quadro do direito privado, do pensamento do Estado Social (*Sozialstaatlichkeit*).

Acerca do pensamento de BYDLINSKI, cf., entre nós, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 694, considerando que “Bydlinski reúne os elementos da adequação e da perigosidade num sistema móvel, no qual a descida de um é equilibrada pela subida de outro. Se existir verdadeiramente causalidade provada do dano, é suficiente para a responsabilidade uma perigosidade muito reduzida; se em contrapartida houver adequação aumentada, ou seja, perigosidade significativa concreta, a causalidade do prejuízo pode ficar reduzida a uma causalidade meramente potencial/possível, sem excluir a responsabilidade” e que “há responsabilidade por causalidade possível na causalidade alternativa. É uma ideia atraente encontrar na medida da perigosidade. Uma compensação pelo facto de se dever responder pelas consequências incertas de determinada ação. A indemnização do prejuízo e a prevenção ficam ligadas entre si de maneira razoável (a medida da perigosidade proibida determina a razão da imputação do prejuízo incertamente causado)”. E mais à frente aduz que “a doutrina da Bydlinski consegue iluminar a zona crepuscular e uma causalidade possível, mesmo sem desenvolver um princípio geral no direito da responsabilidade civil”.

¹⁶ Cf., novamente, Cf. BYDLINSKI, “Mittäterschaft im Schadensrecht”, 412 s., falando de uma causalidade possível e da libertação do lesado da sempre dilemática prova do requisito responsabilizatório. Para uma análise dos critérios concretizadores dessa possível causalidade, veja-se, do autor, “Haftung bei alternativer Kausalität”, 12 s.; *Probleme der Schadensverursachung*, 77 e 87 (propondo a aplicação do preceito quando o concurso se verifica entre a conduta do pretenso lesante e um facto natural ou a conduta do lesado); “Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität”, 30 s. [defendendo uma responsabilidade repartida e baseada em probabilidades].

Aceitando como boa a percepção das semelhanças com outras situações onde, em rigor, a prova da causalidade decai, a inexistência, entre nós, de uma norma como o § 830 I/2 BGB implica um esforço de fundamentação suplementar, que se cumpre na pressuposição metodologicamente fundada de uma esfera de responsabilidade erigida a montante, que se atualiza no momento da preterição dos deveres de conduta para com o nosso semelhante. A perspectiva por nós defendida, viabilizando a condenação solidária dos agentes na hipótese de causalidade alternativa incerta, comunga de uma índole sistemático-teleonomológica. Na verdade, contra aquela que parece ser a opinião ainda majoritária na doutrina, entendemos ser possível a condenação solidária dos lesantes.

Nos termos do artigo 497º CC, prevê-se a responsabilidade solidária para o caso de pluralidade de responsáveis. Havendo duas ações e dois agentes que preencham os pressupostos delituais, não será difícil concluir pela assimilação do caso pela intencionalidade problemática do preceito. Hipóteses haverá, porém, em que a pluralidade dá lugar à unicidade. Aí, a aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável. Abre-se, então, a porta a que nas hipóteses de causalidade alternativa incerta, porque dois ou mais sujeitos titulam uma esfera de responsabilidade, eles sejam considerados solidariamente responsáveis, exceto se, de acordo com o esquema imputacional por nós delineado, um deles vier provar qual a real causa do dano. E se assim nos questionarmos sobre o eventual sacrifício da comutatividade, a fazer anunciar uma responsabilidade pelo pôr em perigo, haveremos de concluir que ele é apenas aparente: na gestão de riscos faz-se impender sobre o pretenso lesante a dificuldade de prova do que tradicionalmente era entendido por nexos de causalidade. Se parece ser a pluralidade de responsáveis a justificar a aproximação das situações, ela não se alicerça exclusivamente na existência de mais do que um comportamento naturalisticamente causador do dano. Situações há em que o comportamento é apenas um, sendo por ele responsável mais do que um sujeito. Ora, nestas ninguém duvida que o artigo 497º CC seja aplicável e, não obstante, do ponto de vista do

real só um é o comportamento, embora polarizado em dois sujeitos. Do mesmo modo, no quadro da causalidade conjunta e cumulativa, desconhece-se, muitas vezes, qual o real contributo de cada um dos agentes responsáveis pelo dano gerado, e, não obstante, a solução da solidariedade entre aqueles continua a ser aceite. A pluralidade a que aí se assiste tem raízes mais fundas, entroncando na liberdade humana que, convocadora da responsabilidade, vai erigir cada polo de autonomia no centro gerador de uma conduta, enquanto requisito do ressarcimento. A ser assim, isso significa, por um lado, que, ao nível da realização concreta do direito, os factos não são tomados como meros dados empíricos, mas que sobre eles derramamos, numa dialética de pendor valorativo, a axiologia determinante do seu recorte; e por outro, que aquilo que tradicionalmente pretendia ver-se resolvido com a condicionalidade *sine qua non* não só se afigura irrealizável por essa via, como se mostra falho de sentido. A simples constatação de que os factos se não oferecem como neutrais é de molde a tornar perceptível que só na analogia que se estabelece pelo ir e vir dialético entre eles e o sistema podemos captar o seu âmbito. Ora, isto permite-nos concluir, e voltando agora ao artigo 497º CC, que o que releva não é o número de comportamentos com efeito causal em termos naturalísticos, mas o número de esferas de risco que, com potencial de alicerçar a responsabilidade – tida como atualização positiva da liberdade pessoal –, convergem para um mesmo resultado¹⁷. O cotejo delas torna-se, então, imprescindível, em nada distando estas situações daquelas outras que avultam na pretensa singularidade do acontecer. Se o epicentro da imputação se encontra na edificação da referida esfera de risco/responsabilidade e se mergulharmos nos fundamentos da previsão da obrigação solidária a este nível, veremos como a solução dos nossos problemas se torna mais clara¹⁸.

Importa, porém, olhar mais detidamente para alguns problemas patenteados ao nível da causalidade incerta. Designadamente, cremos ser relevante ponderar duas questões particulares. Desde logo, se a causalidade é incerta/indeterminada, quais as fronteiras do círculo de solidariedade obrigacional? Cremos que a resposta a tal inquietação é duplamente balizada. Assim, só podem ser considerados “participantes” no evento lesivo aqueles que assumem e/ou incrementam, ou seja que titulam, uma esfera de risco, a partir da qual se joga a imputação; em segundo lugar, aquela edifica-se tendo em conta, em concreto, uma específica lesão de um determinado bem jurídico protegido. Maiores problemas se levantam, por isso, nas hipóteses em que a esfera de responsabilidade se

¹⁷ Note-se que, em primeira linha, o preceito não nos vem resolver o problema com que lidamos: a interpretação que dele se faz é uma decorrência do modo como compreendemos a questão imputacional e solucionamos o primeiro segmento de indagação dita causal. O que não obsta a que, olhando para o artigo, não possamos, pela mobilização de uma série de argumentos, extrair conclusões que amparem a nossa perspetiva.

¹⁸ Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, caps. 8 e 11, e *Responsabilidade civil: Novas perspetivas em matéria de nexa de causalidade*, Príncipe, 2014

define em abstrato – v.g. nas situações de responsabilidade objetiva¹⁹. Se o critério para a solução por nós aceite não é encontrado na intencionalidade processual²⁰ do problema e se não se colhe de nenhuma norma legal, então ficamos livres da densificação dogmática de um grupo que se cria em torno de uma incerteza dita causal.

¹⁹ Pense-se, por isso, no problema debatido entre Zipursky e Geistfeld – cf. Benjamin C. ZIPURSKY, “Evidence, unfairness and market-share liability: a comment on Geistfeld”, *University of Pennsylvania Law Review*, 156, 126 s. Poder-se-ia avançar que o menor desvalor de conduta há de ser compensado por uma maior exigência ao nível imputacional, exigindo-se a atualização em concreto da esfera de risco abstratamente desenhada. Repare-se, contudo, que aqui o que cerne do problema parece ser outro: não se trata de saber quem, dentro de um grupo determinado, lesou o proprietário, mas de indagar quem interveio no acidente. Não é a alternância entre agentes que potencia a dúvida imputacional, mas sim o perfeito desconhecimento do que ocorreu que torna a situação dilemática.

Pense-se, por exemplo, na seguinte situação. A tem o seu automóvel estacionado e ao lado dele B parou outro de uma diferente cor. Quando entra no veículo, A apercebe-se que o mesmo foi danificado. Será que o facto de B estacionar no lugar paralelo ao do carro amolgado é suficiente para estabelecer a imputação? A esfera de responsabilidade não se edifica pela preterição de quaisquer deveres de cuidado em relação ao outro, mas pela detenção da direcção efectiva do veículo. Simplesmente, há-de ser comprovada a participação no acidente. Até porque estamos num domínio onde o condutor lesado também titula uma mesmíssima esfera de risco. De outro modo, a imputação objectiva desconheceria limitação.

Tal não se confunde com a necessidade de provar que quer a real causa do dano, quer que o comportamento do pretenso lesante foram *conditio sine qua non* do dano. Apresentados os elementos que forneçam ao julgador o desenho concreto do que ocorreu – ou seja, o evento lesivo – basta a pertinência funcional do dano à esfera de responsabilidade delineada para que o juízo seja afirmativo. Só que aqui, por estarmos no quadro da responsabilidade objetiva, não qualificamos o evento lesivo como a simples lesão do direito subjetivo absoluto, tendo de se apresentar o próprio acidente como elemento perturbador que faz actualizar a esfera de responsabilidade previamente assumida.

²⁰ Cf., novamente, Mark A. GEISTFELD, “The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability”, 447 s.

Além disso, importa questionar em que medida a solução da responsabilização com base numa causalidade potencial é ou não aplicável às hipóteses em que a dúvida probatória resulta do concurso entre o comportamento do pretense lesante e uma causa natural²¹⁻²².

Partindo do caso concreto, para o relevarmos à luz do dever-ser, considerámos ser a edificação da esfera de risco e não a descoberta da causa real que justifica a imputação, o que não obsta a que o lesante, que assim assume o risco de uma quase presunção que sobre si recai, possa vir a mostrar que nenhuma intervenção teve na produção da lesão. Com isto, conseguimos que situações em que o direito à indemnização decairia pela falência do *but-for test* sejam

²¹ De notar que, numa situação concreta, é possível que, para além do concurso de duas condutas ou atividades humanas, concorre para a produção do dano uma causa natural, aumentando o grau de incerteza.

A complexidade dos problemas pode também agigantar-se quando a incerteza em relação ao lesante é acompanhada da incerteza em relação à vítima. Em rigor, esta incerteza do lado do lesado redundará na incerteza causal, uma vez que o que está em causa é saber se o putativo lesante gerou o dano ou se este teve origem noutra tipo de causas, designadamente naturais.

Para uma consciencialização das especificidades denotadas pelos famosos casos de danos em massa, cf. THEO BODEWIG, “Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden”, 543: neles a relação unidimensional entre lesados e lesantes (*eindimensionale Beziehung zwischen Geschädigten und Tätern*) é substituída por uma relação pluridimensional (*mehrdimensional*), na sua dupla incerteza – para cada lesado surgem muitos alternativos lesantes (*alternativ mehrere Täter*); para cada agente surgem muitos alternativos lesados (*alternativ mehrere Geschädigte*). Ou seja, há que ter em conta que, em muitos casos, a *alternative Täterschaft* do § 830 I/2 BGB se torna mais complexa através de uma *alternative Opferschaft* (relativa às vítimas). Não sendo também este o ponto por nós indiciado, não deixa de ser importante a consulta da obra que se cita.

Veja-se, ainda, Pier Giuseppe MONATERI, “I mass tort: dalla rc al contratto politico”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1/2003, 13 s. (considerando que o grande problema dos *mass torts* passa pela própria estrutura do caso que abandona o esquema típico de referência em que A causa um dano a B sobre o seu património, dando origem a uma relação muito longa, muito dispersa, na qual é difícil reconduzir ao lesante as eventuais consequências que o autor invoca em juízo. Acresce que o dano é difuso, podendo tratar-se de um dano à própria sociedade no seu complexo, havendo muitos pequenos danos fragmentados por diversos sujeitos. Situando-se “fora da pré-compreensão normal ínsita ao modelo de responsabilidade”, estes casos apresentam, segundo o ensinamento do autor, quatro características essenciais: difusão do dano, descompactação da contiguidade temporal entre a ação do lesante e o dano da vítima, problematidade essencial do nexo causal, normal incapacidade do património do lesante para fazer frente à responsabilidade. Para MONATERI, a responsabilidade civil pode, de facto, não ser o melhor remédio, do ponto de vista da eficiência, para gerir uma situação como esta. Refira-se que, contra o que testemunham muitos autores, e contra aquilo que foi por nós explicitado *ab initio*, o jurista italiano considera que raramente o nexo de causalidade surge dilemático, pelo que esta seria uma particularidade dos *mass torts*, onde a problematidade do pressuposto se agiganta. Veja-se, igualmente, p. 16, onde se apresenta a tipologia dos *mass torts* na doutrina americana: eventos singulares que causam simultaneamente múltiplas vítimas (como desastres aéreos); lesões *a catena*, nos quais um simples produto causa, com um arco temporal dilatado, um dano a uma pluralidade de sujeitos distantes e não conexos entre si; incidentes que causam um dano a pessoas ou coisas numa determinada área.

²² Assim, “se a toxicidade de dejetos poluentes de uma indústria aumenta a taxa de cânceros na população, uma defeituosidade é estabelecida, tanto como o prejuízo e o nexo de causalidade. Todavia, ao nível do nexo de causalidade, se é certo que a causalidade causou os atentados, cada atentado individualmente não é causado de maneira certa pela defeituosidade, já que certas doenças provêm de outros fatores.” – cf. Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité*, 430. O autor chama à colação a teoria da vítima indeterminada, mas considera que ela não respeita os princípios da causalidade. Segundo ela, se há 110 vítimas numa relação de 100, isto significa que só 9% do número total das vítimas deve a sua doença à exposição. Por isso, devem ser indemnizadas as vítimas em 9% do seu prejuízo, correspondente à probabilidade da doença ter resultado da referida exposição. Em oposição a esta doutrina, Quézel-Ambrunaz sustenta que, “em situações em que a vítima é indeterminada, o juiz deve olhar para a questão da certeza do nexo causal relativamente a cada vítima com ajuda dos elementos de prova de que dispõe, mas não pode, em caso algum, apenas atribuir uma indemnização parcial”.

salvaguardadas, relegando-se para os putativos lesantes o encargo de identificar a verdadeira autoria da violação.

A posição aqui defendida, potenciadora de soluções muito importantes na prática judicativa, é tributária do modo como compreendemos o problema causal, ou melhor dizendo, imputacional. Recordemos, por isso, o modelo por nós proposto e já anunciado nas páginas antecedentes.

A responsabilidade deixa, tal como a concebemos, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas a ser compreendida do ponto de vista ético-axiológico²³. Esta é uma exigência metodológica: na interpretação que se faça de uma norma ou instituto jurídico, haveremos de a remeter para o caso e para os princípios normativos em que se louva. Ora, o princípio com que nos confrontamos é o princípio da responsabilidade, a chamar à colação a ideia de pessoa livre e responsável, absolutamente diversa do indivíduo dessolidário e solipsista. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado (deveres no tráfego). Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do

²³ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzida. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventuais. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo* e, ainda que na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume esta seja mais ampla que o círculo definido pela culpa, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente, entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo, com o que se exclui a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior.

Num segundo momento, haveremos de operar com esta esfera de risco um cotejo com outras esferas de risco, abrindo-se o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos. Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido, confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

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

de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo.

A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido. Igualmente relevante serão os *critérios da autoridade e do défice informacional*. Significa isto que, naquelas situações em que exista um dever de informação que é preterido, o risco que correria por conta do lesado pode ser avocado pelo lesante, que assim se torna responsável por ele. É o que sucede, por exemplo, na hipótese da responsabilidade por violação das regras do consentimento informado, mas é também o que ocorre quando o intermediário financeiro viola os seus deveres de informação, condicionando com isso a aquisição de um produto financeiro por parte do investidor, o que se vem a revelar um investimento desastroso. Os critérios mostram-se, igualmente, relevantes nas hipóteses de difusão de informação por pessoas notoriamente conhecidas ou influentes numa área de atividade.

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

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso²⁴.

²⁴ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. 8.

As consequências do entendimento proposto são claras. Para além das vantagens na obtenção de uma resposta que se procura que seja normativamente fundada e materialmente justa, elas projetam-se em sede de repartição do ónus da prova (entendendo-se, a partir daqui, que o lesado tem de provar a ocorrência do evento lesivo e o envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano. Mas não mais. Na verdade, ao ser tratada como uma questão imputacional, a causalidade passar a ser compreendida como uma questão normativa, dependente, portanto, de um juízo do julgador) e em matéria do que anteriormente era entendido por condicionalidade. Na verdade, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, redunda ele na pura *conditio sine qua non*, ou aproxime-nos ele de um *but-for test* ou de um *NESS-test* de que fala a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica. Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível, com todas as consequências que compreendemos quando lidamos com hipóteses de causalidade alternativa incerta.

CONCLUSÃO

O caso decidido pelo Ac. TRL de 10-9-2019 (Proc. nº922/15.4T8VFX.L1-7)²⁵ não permitiu a problematização da causalidade alternativa incerta, pela prova efetiva da falta de causalidade entre a presença da bactéria do legionário numa das torres de refrigeração e a doença que ocorreu. Importa, contudo, sublinhar que, caso o nível de concentração fosse apto a gerar a infeção – ou seja, caso se se cumprisse o requisito da idoneidade do meio a que fizemos referência – a questão teria de se equacionar. Sem que isso obstasse a que o proprietário da segunda torre pudesse, em concreto, provar que não causou o dano ou oferecer a prova da efetiva causa da infeção. Concretizando-se esta hipótese, deixaria de haver responsabilidade solidária, impondo-se a obrigação indemnizatória apenas a um dos sujeitos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Henrique Sousa. **Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz**, UCPE, Lisboa, 2000, p. 270.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Princípia, 2013.

²⁵ Relatora: Hígina Castelo

FONSECA Ana Maria Taveira da. **Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edifícios e outras obras, Novas Tendências da Responsabilidade Civil**. Almedina, Coimbra, 2007, p. 126 s.

CORDEIRO, Menezes. **Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais**. Lisboa: Lex, 1997, p. 469.

PROENÇA, Brandão. **Balizas Perigosas e responsabilidade civil** – Ac. do STJ de 26.2.2006, Proc. 3834/05”, Cadernos de Direito Privado, nº17, 2007, p. 32.

SILVA, Calvão da. Causalidade alternativa. **L’arrêt DES**. *European Review of Private Law*, 2, 1994, p. 465.

Sobre a autora:

Mafalda Miranda Barbosa

Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, FDUC. Professora Associada.

Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0578-4249>

E-mail: romeuthome@hotmail.com