

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Clarissa Teixeira Gonçalves Severo

A PROVA DO NEXO CAUSAL

Porto Alegre
2015

CLARISSA TEIXEIRA GONÇALVES SEVERO

A PROVA DO NEXO CAUSAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre

2015

CLARISSA TEIXEIRA GONÇALVES SEVERO

A PROVA DO NEXO CAUSAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Apresentada em 04 de maio de 2015.

Orientador:

Professor Doutor Daniel Francisco Mitidiero

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto o estudo do instituto da prova do nexo causal na Responsabilidade Civil através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Pretende-se abordar de forma ampla a questão do nexo de causalidade, suas teorias e aplicabilidade na seara da responsabilidade civil no direito brasileiro. A complexidade temática, bem como a riqueza doutrinária e a multiplicidade das decisões judiciais afastam qualquer pretensão de esgotar o tema, multifacetado de per si.

Palavras Chaves: Prova, Nexo Causal, Processo Civil, Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

Introdução	6
1 - RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO NA ORDEM JURIDICA CIVIL	8
2 - NEXO CAUSAL NA ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.1 Nexo De Causalidade.....	13
2.1.1 Concausas.....	19
2.1.2 Jurisprudência Sobre Nexo De Causalidade	21
2.2 Excludentes Do Nexo Causal	23
2.2.1 Culpa Exclusiva Da Vítima.....	23
2.2.2 Fato De Terceiro	24
2.2.3 Caso Fortuito E Força Maior.....	24
3 - A PROVA	25
3.1 O Ônus Da Prova	29
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
Referências Bibliográficas	35

Introdução

A interação dogmática necessária, quem sabe insuperável, que há entre o direito material e o direito processual, apontando que o relacionamento é estreito entre essas disciplinas jurídicas uma vez que este último serve para a realização, com justiça, daquele, permitindo concluir-se que a interação do direito material e do direito processual se trata, pois, de uma interação finalística. Razão pela qual se optou pela presente pesquisa como maneira de demonstrar tal interação a fim de se perquirir o modo pelo qual ocorre a prova do nexo causal.

Para tanto foi utilizado como método de abordagem a forma dedutiva através da qual se partiu de uma premissa maior para estabelecer premissa menor a fim de tentar demonstrar a maneira pela qual o instituto da prova e do nexo causal ocorrem no processo civil brasileiro. Já o método procedimental, por sua vez, ocorreu através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Direito e processo *complementam-se* – há uma relação de profunda *interdependência* entre direito e processo. O direito processual é essencial ao direito material, assim como o direito material é igualmente fundamental ao direito processual. Certo, sem o direito material, o processo civil simplesmente não teria função alguma: sem o direito processual, contudo, o direito material não conseguiria superar eventuais crises na sua realização. Tem razão a doutrina em afirmar que a importância do direito processual está em que da sua existência depende a existência mesmo – em termos de efetividade – do direito material. O direito sem o processo não pode alcançar os seus escopos – não é direito, em suma.

Constitui ponto pacífico na doutrina contemporânea que o processo estrutura-se a partir do direito material e trabalha com o direito material para produção de seus resultados.

A ligação entre os dois campos dá-se, outrossim, pela, ou afirmação realizada pelo demandante da existência do direito que diz lhe pertencer e da lesão causada em decorrência do ilícito, ou da possibilidade de lesão, na hipótese de tutela preventiva.

Trata-se, pois, do fato jurídico do qual se pretende extrair a consequência jurídica consubstanciada no pedido. O direito material, assim entendido, incide como componente da situação a legitimar tantos os atos das partes quanto os do ofício judicial.

Portanto, a interação das disciplinas determina a interação dos seus institutos estruturantes respectivos, por conclusão mínima de lógica, institutos esses que dinamicamente evoluem e reciprocamente influenciam-se, não havendo, portanto desconexidade no esforço acadêmico de tratar um instituto tipicamente de direito material – a responsabilidade civil - no bojo disciplinar de uma especialização de processo civil, tanto mais quando o enfoque essencial é referenciado à prova - instituto eminentemente processual – do nexos causal como um pressuposto da incidência do suporte fático abstratamente descrito na norma material, e apto a produzir a eficácia de indenização do dano a vir a ser reconhecido na sentença, na qual serão escoimadas de qualquer incerteza as questões relativas à norma de adequação objetiva, à estruturação do procedimento e do próprio processo, à conformação do direito material que se pretende tutelar em juízo; às legitimações para agir no processo, com especial destaque para a conformação de situações legitimantes à qualidade de parte; à tutela jurisdicional; às técnicas processuais que visam à execução ou à efetivação instrumental do processo para a realização do direito material.

1 - RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO NA ORDEM JURIDICA CIVIL

Sérgio Cavalieri Filho¹ preleciona que a noção de reponsabilidade civil está atrelada à noção de ressarcibilidade do prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico precedente. Assim a responsabilidade civil pressupõe um dever jurídico violado e o dano daí decorrente, bem como a relação de causalidade necessária entre eles. Não importa se o dever jurídico precedente está abrigado em contrato ou não; o dano deve ser indenizado. Esse é o axioma da responsabilidade civil. Como corolário dele, tem-se que, como assenta o referido autor, sem dever jurídico precedente violado e sem identificação de quem o descumpriu, não há responsabilidade civil.

Têm-se, aqui, já alguns conceitos convergentes ao instituto da responsabilidade civil, ainda que sejam comuns à teoria geral do direito civil especificamente, e aplicáveis a todos os seus institutos. A regra jurídica, o fato por ela previsto, e a incidência, derivada da ocorrência do fato previsto mais os efeitos por ela regulados.²

A regra jurídica é o fato criador do mundo jurídico descrevendo abstratamente os fatos da vida que ela desejou ordenar ou distribuir, regra cuja eficácia é o surgimento de relações jurídicas e fatos jurídicos derivadas da ocorrência, no mundo fenomênico, dos fatos descritos abstratamente.

Pontes de Miranda expressa que

é essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, a) a elaboração da regra jurídica (fato político), b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), c) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre, e) o fato jurídico, que daí resulta, f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos.³

Assim, tendo por suposto que a norma jurídica impõe o dever, a obrigação passiva universal de não lesar ninguém ("*neminem laedere*") (suporte fático abstrato)

¹ Filho, Sergio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. Editora Atlas. São Paulo. 8ª edição. 2008. p 2.

² Miranda, Pontes. Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio, 3ª ed., 1970, v. 1, § 1., p. 4.

³ Ibidem.

sob a sanção da eficácia de indenizar, será necessário perquirir, no mundo dos fatos, a ocorrência do fato lesivo + o seu autor (suporte fático concreto) para a irradiação da eficácia da imputabilidade do agente. Ainda que, a nosso ver, ato lesivo contenha a noção de ilicitude, neste particular Cavalieri preleciona que “a responsabilidade subjetiva não decorre apenas da prática de uma conduta, nem do simples fato lesivo. Exige, ainda, conduta culpável, isto é, reprovável, passível de um juízo de censura. Essa censurabilidade, por sua vez, depende da capacidade psíquica de entendimento e autodeterminação do agente, o que nos leva à imputabilidade.”

O fundamento desse instituto se desenvolve através dos séculos, e, nesse desenvolver-se, se expressa e se recompõe segundo as formas e as configurações que o jurídico determina, mas que se insere em o emaranhado das relações onde se embriam as instâncias do social, do psicológico e, principalmente, dos valores morais de uma época⁴.

Ensina Pontes de Miranda:

O sistema jurídico contém regras jurídicas; e essas se formulam com os conceitos jurídicos. Tem-se de estudar o fático, isto é, as relações humanas e os fatos, a que elas se referem, para se saber qual o suporte fático, isto é, aquilo sobre que elas incidem, apontados por elas. Aí é que se exerce a função esclarecedora, discriminativa, crítica, retocadora, da pesquisa jurídica. O conceito de suporte fático tem de ser guardado pelos que querem entender as leis e as operações de interpretação e de julgamento. (...) O valor do método etnológico assenta em que precisamos conhecer as instituições jurídicas em seu berço, mesmo em seus nascedouros, ou para distinguirmos dos outros processos sociais de adaptação o direito, ou para podermos escalonar, no tempo as formas que o direito foi assumindo. Só assim poderemos datar o que apareceu no momento próprio e o que apareceu em momento impróprio (regressões, prematuridade legislativas). Com o método etnológico e o histórico-comparativo, podemos alcançar a discriminação das fases, na evolução social (método sociológico científico ou faseológico), que foi sempre o seguido em nossas obras, quer de sociologia, quer de dogmática jurídica.

O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi. Não se poderia situar no tempo, na evolução jurídica, cada enunciado do sistema lógico; nem se colheria o que estava na psique dos elaboradores da lei,

⁴ MARTINS COSTA, Judith, Os Fundamentos da Responsabilidade Civil, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, Ano 15, outubro 1991, vol. 93, p. 29-52.

porque estava no ambiente social (e continuou a estar), e se supôs incluso nos textos, ou entre os textos; nem se poderiam fixar certos conceitos, nem se determinariam certas categorias, que têm os seus limites marcados pelos fios históricos.⁵

Segundo esses doutrinadores, ressarcir o dano causado poderia assentar-se numa das máximas informadoras do Direito na sua evolução, mas de forte carga ética: “*neminem laedere*” (não fazer mal a ninguém). Através desse enunciado, ficava evidenciado o dever geral de não prejudicar a ninguém, que até hoje se constitui em objeto do ideal de convivência social e justiça institucionalizada. Portanto, o fundamento da responsabilidade civil seria – e é – a conduta humana. Essa regra, entretanto, já estaria permeada pela noção de “culpa”, esta na acepção da “*injuria datum*”, ainda que nela também esteja presente por força da evolução a noção de equilíbrio, conceito anteriormente incorporado à noção romana de responsabilidade civil⁶. Modernamente, se aceita que conduta humana “vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados”⁷

Na sequência dessa doutrina, o primitivo sentido de “responsabilidade”, portanto anteriormente à sedimentação do princípio “*neminem laeder*” e, estaria no conceito grego de *epicikia*, cujo significado adentrado na cultura jurídica romana era o de equilíbrio, harmonia, relação harmoniosa entre o todo e as partes. *Epicikia* foi conceitualmente recepcionada como *aequalitas*, de onde proviera, por sua vez, o conceito de equidade. Equidade foi um conceito decisivo na vida do direito romano e do Direito em si porque permitiu chegar-se à noção de justiça como equilíbrio, justiça distributiva voltada a um critério de equivalência de prestações (“*suum cuique tribuere*”). Admite-se também como dilucidador do conceito de equidade, e com

⁵ PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. 1, Prefácio, XI-XVII.

⁶ Costa, Judite Martins. Obra citada.p.34.

⁷ Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, Editora Saraiva, São Paulo, 13ª ed., 2001, v. 7, p 93.

predisponente da ideia original de responsabilidade, outro conceito: *responsum*, que seria derivado do verbo *respondere*.

Seguindo a evolução histórica e dogmática do instituto na visão dessa autorizada doutrina chega-se em que *responsum* e *respondere* são vinculados ao instituto da *sponsio*, instituição cardeal do direito romano arcaico atinente a uma das cerimônias da *stipulatio*, através da qual o *sponsor*, o futuro devedor, respondendo ao futuro credor – o stipulant – ficava vinculado a uma determinada obrigação cujo símbolo era o *responsor*, ou caução.

Na *stipulatio*, no contrato, havia uma *sponsio*, promessa solene de cumprir a obrigação caso não o fizesse o devedor; essa a função jurídica do *sponsor*, garante, fiador, era de garantia do devedor, não o devedor; e o objeto da obrigação era a *sponsum*, a prestação da obrigação a ser por ele, *sponsor*, entregue, caso o devedor direto inadimplisse. É por isso que não ficou clara a atribuição da função de garantia da obrigação ao *responsor*, uma vez que a mesma era obrigação própria do fiador – o *sponsor*.

De qualquer modo a afirmação doutrinária é de que *responsor* seria a fonte etimológica direta de “responsável” e que levaria, desde então, o conceito de garantia de acontecimentos futuros, compreensão que perdurou até a Europa do século XVII.

Notável nessa evolução é a percepção de que a *epicikia*, irradiadora do significado de equilíbrio, harmonia, relação harmoniosa entre o todo e as partes presidia o sistema de reparação de danos, sem ressonância da ideia da culpa. E isso por uma razão simples: a função da justiça é restabelecer o equilíbrio sempre que ele for fraudado não importando se proveio ou não da culpa. Não se buscava um culpado, mas um responsável pelo fato do desequilíbrio. Nessa doutrina, essa seria a objetivação máxima do conceito de responsabilidade.

Do direito romano, com os matizes conceituais helênicos já apontados, originase e evolui a ideia da culpa.

O *ius civile* atribuía a determinados atos ilícitos o efeito de fazer surgir uma *obligatio* entre aquele que teria cometido um ato ilícito e aquele que teria sido lesado, em virtude do qual o primeiro estava obrigado a pagar uma *poena*, consistente em uma soma de dinheiro, ao segundo⁸.

Os delitos privados não eram punidos nesta época somente com penas pecuniárias. A pena era, em primeiro lugar, aflitiva(*a vindicta*), mas já na época monárquica a determinação da mesma não era mais deixada ao livre arbítrio da pessoa ofendida. Já se movia em evolução a consciência social e o Direito.

Cumprir mencionar, ainda, que a *lex Aquilia*, de caráter penal, só podia ser intentada pelo proprietário da coisa que sofrera o dano. A condenação do ofensor implicava no pagamento do valor do prejuízo causado, que abrangia o *lucrum cessans* e o *damnum emergens*.

Somente mais tarde, através de reelaboração dos textos romanos realizada pelo Direito comum, é que se chegou ao princípio geral moderno, desconhecido pelos romanos, de que qualquer um que, por culpa sua, causa dano a outrem, fica obrigado a ressarcir-lo.

Procurou-se, assim, traçar os principais contornos do tratamento jurídico dado pelos romanos aos casos de danos físicos ou morais causados a outrem. Pelo exposto, verifica-se que os juristas elaboraram uma refinada casuística relacionada a tais situações, que mereceu atenção desde os tempos da Lei das XII Tábuas, sofrendo uma grande evolução devida principalmente ao trabalho dos pretores, no período clássico.

⁸ Fattori, Sara Correa. A responsabilidade pela reparação do dano no Direito Romano. Revistas PGE, nº3. São Paulo.

2 - NEXO CAUSAL NA ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com o dicionário Caldas Aulete da Língua Portuguesa⁹ temos que nexo – 1. ligação entre duas ou mais coisas; vínculo. 2. Conexão lógica entre fatos, idéias, etc; coerência. O mesmo sentido é encontrado no Dicionário Aurélio¹⁰.

Em latim, a palavra nexo tem sentido polissêmico, ainda que seja possível perceber a coincidência semântica entre vários modos de emprego na língua falada através de várias geografias por onde dominou o Império Romano, conforme podemos encontrar no Dicionário Escolar Latim Português, do Pe. H. Koehler S.J.¹¹:

Nexum, i n. (necto) aquisição, compra; direito de adquirir, direito de alhear; título de propriedade; posse temporária de alguma coisa.

1) *nexus, i m. (necto)*¹² devedor insolvente, praticamente escravo do credor até pagar as suas dívidas com o seu trabalho.

2) *nexus, us m.* enlace, enlaçamento; obrigação (de pagar), compromisso; escravidão motivada por insolvência; qualquer obrigação

A remissão à palavra *necto* ajunta-se à coincidência semântica acima referida: refere-se ao verbo *nectere* – atar, entrelaçar; prender, lançar na prisão, lançar alguém em ferros por dívidas não pagas (*aliquem ob aes alienum nectere*).

2.1 Nexo De Causalidade

A relação de causalidade entre a conduta humana (ação ou omissão do agente) e o dano compõe o suporte fático da incidência apta a produzir a obrigação de indenizar. No direito civil brasileiro, o verbo **causar** soa como aperfeiçoador da

⁹ Dicionário Caldas Aulete da Língua Portuguesa. 1ª edição. Editora Lexikon, 2007.

¹⁰ Aurélio Dicionário da Língua Portuguesa. Editora Positivo. 8ª edição. 2010.

¹¹ Op. cit. p. 534-535.

¹² Op. cit., p. 530.

obrigação de indenizar: se existir dano, mas se a sua causa não estiver correlacionado ao comportamento do agente, não se aperfeiçoa a relação de causalidade e, por consequência, a obrigação de indenizar; não se implementou o *nexus* (n.2, acima). Nexa de causalidade é, pois, o enlaçamento, o liame entre a conduta e o dano.

Suportado em lição por ele mesmo atribuída a Serpa Lopes, Cavalieri reafirma o entendimento de que o nexa causal diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de uma pessoa; é um problema de *imputatio facti*, não sendo, então, o nexa causal, segundo tal ótica, um conceito jurídico, mas decorrente de leis naturais, um elemento referencial entre a conduta e o resultado, através do qual somente é possível concluir-se quem foi o causador do dano. ¹³

Várias regras jurídicas são exemplificativas disso no nosso ordenamento positivo.

No Código Civil o artigo 186 prevê que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e *causar* dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito. O artigo 188 do referido código institui que não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente; e o parágrafo único prevê que no caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Nas hipóteses deste artigo 188, há o nexa de causalidade e o dano, mas a ilicitude é excluída pelas dirimentes expressamente elencadas na lei, consequentemente impedindo o nascimento da obrigação de indenizar. É outro o suporte fático exigido pelo artigo citado.

¹³ Op. cit., p. 45.

O artigo 403 fixa a regra segundo a qual ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. Boa parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que ela é a posituação da *teoria da causalidade direta e imediata* pela qual se considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula (nexo) diretamente ao dano, excluindo outra causa sucessiva. Ainda que topicamente se localize em sede de responsabilidade contratual (*inexecução*), está consolidado esse mesmo entendimento em matéria de responsabilidade extracontratual.¹⁴

Também o artigo 927, do mesmo Código, estatui que aquele que causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Seguindo, prevê o artigo 944 que a indenização mede-se pela extensão do dano e o parágrafo único determina que se houver excessiva ***desproporção entre a gravidade da culpa e o dano***, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

No artigo 945 tem-se: caso ***a vítima tiver concorrido*** culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto ***com a do autor do dano***.

Reforça essa exegese, em sede constitucional, o disposto no § 6º do art.37, da **Constituição Federal**, ao dispor que as *pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*.

A Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – estabelece que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o

¹⁴ Cavalieri, Sérgio Filho, op. cit., p. 50.

importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos **causados** aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

O art. 14 dessa mesma lei estabelece que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos **causados** aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Doutrinariamente, há uma aceitação geral no sentido de que os elementos básicos, ou pressupostos da responsabilidade civil, são a conduta humana (comissiva ou omissiva), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.¹⁵

Dentre esses doutrinadores, chega-se a afirmar que o nexo causal, pela função de entrelaçar o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva), pela sua importância deve ser o primeiro pressuposto sobre o qual deve o estudioso se debruçar em matéria de responsabilidade civil. “A lógica está em que o dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexo causal entre ele e o seu causador ou responsável, ou ainda, como diz de forma atualíssima Savatier, “um dano só produz responsabilidade quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado.¹⁶ Assim, afirmam também que “o estudo do nexo causal toma contornos de grande importância, principalmente porque, pela teoria do risco, o pressuposto da responsabilização encontra-se centrado no dano e no nexo causal, provas que incumbe à vítima demonstrar. Não se esqueça que em sede de responsabilidade objetiva a vítima, embora não precise provar a culpa do agente,

¹⁵ Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil. Saraiva, São Paulo, 2003, v. 3, p. 29; Cavalieri, Sérgio Filho, op. cit. p.45.

¹⁶ Melo, Nehemias Domingos, Da Culpa e do Risco – Como Fundamentos da Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, São Paulo, 2ª ed., revista, atualizada e aumentada, 2012, p.178-179.

deverá, obrigatoriamente, provar o dano e o nexo de causalidade que ligue o evento danoso ao responsável pela atividade.”

Mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, ainda assim não se prescinde do nexo de causalidade, porque só se pode falar em dano indenizável quando exista uma relação de causa e efeito entre o descumprimento da obrigação e o prejuízo sofrido pelo credor.

Cavaliere afirma textualmente: “A rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado. O Código Penal, que tem norma expressa sobre o nexo causal (art.13), é muito claro ao dizer: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.” Vale dizer, ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano.”¹⁷

A doutrina consultada dá à questão relativa ao nexo de causalidade a eminência da seguinte síntese: a matéria é complexa, embora pareça de fácil compreensão. Com efeito, a complexidade conceitual e as nuances de enquadramento jurídico e fático evoluem desde quando o resultado decorre de fato simples, porque aí a causalidade se evidencia de maneira direta entre fato e dano, até quando o resultado é produzido por causalidade múltipla, pela ocorrência de uma cadeia de condições e circunstâncias concorrendo para o evento danoso, porque aí é preciso a identificação dentre elas de qual é a *causa real* do resultado. Aponta-se, ainda, a ocorrência de concausas. *Quando* deve ser considerada a ação ou a omissão de um agente como **causa** de um prejuízo? Com que *critério* é possível considerar-se necessariamente a imputação do dano ao seu autor? A *culpa grave*, necessária e suficiente para gerar o dano, exclui a *concorrência de culpas*?

¹⁷ Op. cit. p. 45.

Algumas teorias foram sendo estruturadas para equacionar essas questões e melhor explicar o método de aferir-se o *nexo de causalidade*. Três delas são principalmente referidas: a da causalidade adequada, a da equivalência dos antecedentes e a dos danos diretos e imediatos¹⁸.

Por força da regra insculpida no art. 403, do Código Civil¹⁹, citado, conclui-se que o direito positivo material brasileiro adotou a teoria da causalidade adequada, embora sem que o referido artigo se refira expressamente ao nexos causal, quando trata das perdas e danos, na parte em que se refere a “*efeito dela direto e imediato*”, elegendo-a como a causa mais diretamente ligada ao evento segundo o curso natural e ordinário das coisas. Por essa teoria, na multiplicidade dos fatores causais, deve-se salientar aquele que normalmente pode ser o centro do nexos de causalidade, expurgando-se aqueles outros que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria, seriam, portanto, expurgados os fatores inadequados para a ocorrência do dano.

A teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da equivalência das condições, ou teoria da *conditio sine qua non* tem o argumento central de atribuir a toda e qualquer circunstância concorrente à produção do dano a qualidade de causa, levando ao cabo admitir que são equivalentes e que, suprimida uma, o dano não se verificaria.

A crítica que é dirigida a essa concepção é a de que ela conduz a uma exasperação da causalidade e uma regressão infinita do nexos causal. O exemplo relatado pela doutrina é eloquente: a vítima de um atropelamento teria de ser indenizada não somente por quem dirigisse um veículo imprudentemente, mas pelo vendedor do automóvel, pelo seu fabricante, pelo fornecedor da matéria-prima, e assim por diante, o que conduz ao absurdo.

¹⁸ Melo, Nehemias Domingos, op. cit., p. 179.; Neto, Martinho Garcez, Prática da Responsabilidade Civil, p. 28; e As concausas e a causalidade, RF, vol. 89, p.51, *apud* Melo, Nehemias Domingos, op. cit., p. 181.

¹⁹ Art. 403 - Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

A teoria dos danos diretos e imediatos, ou teoria da relação causal imediata é sintetizada na construção de Arruda Alvim segundo a qual “é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.”²⁰

Na análise do nexo de causalidade a doutrina tem se voltado ao estudo das *concausas*.

2.1.1 Concausas

Concausa seria outra causa, ou circunstância, preexistente, superveniente ou concomitante à causa principal que contribuiria para o agravamento do resultado danoso indenizável, mas que não teria o condão de ilidir o nexo causal do ato praticado pelo agente principal.

Assim, a concausa preexistente ainda que concorra para o agravamento do resultado lesivo jamais quebrará o nexo de causalidade direta. Do mesmo modo, a concausa concomitante e a concausa superveniente embora concorrentes para o agravamento da situação da vítima ou da extensão do dano em nada beneficiam ao agente responsável pelo dano.

Somente em situações especialíssimas a concausa concomitante ou concausa superveniente poderá ter a relevância de quebrar o nexo causal entre o evento primeiro e aquele desencadeado, de forma autônoma, posteriormente ao evento final.

A rigor essa possibilidade reside na circunstância de que o dano seja produzido exclusivamente pela causa superveniente ou concomitante, ainda que o resultado danoso pudesse derivar do fato preexistente, por exemplo, quando, então, haveria a interrupção do nexo causal. Ora, a nosso ver, nessa hipótese cogitada pela doutrina, a causa superveniente é que seria “a causa” do evento danoso e não “concausa”.

²⁰ Melo, Nehemias Domingos, op. cit., p. 181.

São oferecidos exemplos que melhor esclarecem os conceitos acima.

Concausa preexistente: diabético que venha sofrer acidente por mordida de animal tendo de se submeter à cirurgia em razão das feridas em decorrência falece de seus problemas de saúde. A doença é causa preexistente e causa concorrente para o evento morte, mesmo assim não exclui a responsabilidade do detentor do animal, na medida em que a vítima não teria sido submetida à cirurgia se não tivesse ocorrido o acidente.

Concausa concomitante ou superveniente: vítima transportada para um hospital falece em virtude de uma epidemia de gripe, de um incêndio, de um acidente operatório, ou imperícia médica. Aqui haverá conexão adequada e o autor do evento culposos terá que responder pelo dano que causou.

Concausa concomitante ou superveniente apta a quebrar o nexo causal: alguém sofre acidente de trânsito de menor gravidade, com escoriações leves, e é levado a um hospital para realizar curativos, e lá estando vem a morrer em decorrência de um aneurisma cerebral. O acidente em nada contribuiu para a *causa mortis*. O motorista que causou o acidente tem a sua responsabilidade limitada somente pelas lesões provocadas e, jamais pela morte, cuja causa foi totalmente independente do evento danoso.

Como já mencionado, o nexo causal é indispensável para a responsabilização do agente ao qual se imputa a causa do dano (responsabilidade subjetiva), ou do agente responsável pela atividade lesionadora (responsabilidade objetiva), apontando esse como axioma da responsabilidade civil; como corolário, mesmo que haja envolvimento do agente em evento danoso, se não lhe deu causa, estará isento do dever de reparar o dano.

2.1.2 Jurisprudência Sobre Nexo De Causalidade

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÔNUS DA PROVA. Ainda que se trate de responsabilidade objetiva da empresa de ônibus, cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, especialmente o nexo de causalidade entre o agir do demandado e o resultado apontado, o dano e sua extensão. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059233643, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 05/11/2014) - grifei

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Tratando-se de responsabilidade objetiva, a identificação do dever indenizatório prescinde da aferição de culpa na ação ou omissão do agente ou na prestação do serviço pelo ente de direito público. Cabe ao lesado comprovar a existência do dano e o nexo causal, interligando este e a atividade desenvolvida pelo agente público, ônus do qual a autora não se desincumbiu. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059165449, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 11/02/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÔNUS DA PROVA. O autor sustenta a culpa do motorista demandado pelo sinistro narrado nos autos, porém não comprova suas alegações, o que se impunha a teor do disposto no art. 333, I, do CPC. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059208546, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 05/11/2014)

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO DE ÔNIBUS NA TRASEIRA DO AUTOMÓVEL DO AUTOR. INEXISTÊNCIA DE CULPA DA RÉ. MANOBRA DE CONVERSÃO À DIREITA QUE NÃO ATENTOU A TRÁFEGO DE ÔNIBUS NA PISTA DA DIREITA. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. DIREITO NÃO CARACTERIZADO. O autor não logrou comprovar, ônus que lhe competia, a teor do

disposto no art. 333, I, do CPC, que a culpa do acidente ocorreu por ato do motorista do veículo da ré. Com efeito, a prova colhida no feito, em especial a testemunhal (fls. 30-33) e documental (fls. 37-39), demonstra que a colisão do ônibus da ré na traseira do veículo do autor se deu em razão deste ter realizado manobra de conversão à direita, sentido Avenida Protásio Alves/Centro, quando aquele estava a trafegar na pista da direita. Ou seja, restando suficientemente demonstrado que foi a manobra efetuada pelo autor que deu causa à ocorrência do sinistro, pois "cortou a frente" do coletivo, não há se falar em presunção de culpa em razão da colisão traseira. Nesse passo, inexistindo culpa da ré no caso em comento, impõe-se a improcedência da demandada, na linha do assentado pelo Juízo a quo. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71004527321, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Bernd, Julgado em 06/11/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. NEXO CAUSAL. PROVA. NECESSIDADE. Para impor a alguém o dever de indenizar, a responsabilidade civil reclama que o dano sofrido pela vítima decorra da conduta do agente. Entre a conduta e o dano, é imprescindível que exista uma relação de causa e efeito. É o chamado nexo causal, elemento indispensável para configuração da responsabilidade civil. Caso em que o autor não comprovou que os danos reclamados decorrem da conduta do réu. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70057619009, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 07/05/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Situação em que o autor não comprovou o nexo causal entre o agir do motorista da demandada e a mencionada queda da bicicleta, imprescindível para responsabilizar a ré pelo evento. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70051297174, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 04/09/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. O autor não comprovou o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação ou omissão do ente público, o que afasta o dever de indenizar. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70052312394, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 04/09/2013)

2.2 Excludentes Do Nexo Causal

A doutrina reconhece três hipóteses de isenção de responsabilidade mesmo em face do evento danoso: **culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior**. Nessa circunstância, mesmo havendo participação do agente, não haverá a sua imputabilidade por que estará rompido o nexo de causalidade.

2.2.1 Culpa Exclusiva Da Vítima

Se o agente não contribuiu para a ocorrência do evento, tendo sido tão somente o instrumento pelo qual o mal se materializou, não se implementa o nexo desse resultado lesivo e a ação praticada.

O Código Civil vigente trata dessa excludente no artigo 936 quando se refere à responsabilidade do possuidor de animal, que se eximirá do dever de indenizar pelos danos por ele causados quando prove culpa exclusiva da vítima ou força maior. Este é um exemplo de quebra do nexo de causalidade entre o evento e a conduta do agente.

Assim também é em face da responsabilidade objetiva em que somente é necessária a comprovação do dano e do nexo de causalidade, dispensada a verificação da culpa, para responsabilização do agente causador do dano. Há casos de leis que admitem expressamente a excludente da culpa: Lei 8078/90, artigo 12, §3º, inciso III e artigo 14, §3º, inciso II; Lei das Estradas de Ferro – Decreto 2681/12, artigo 17, inciso II, a Lei que regula as atividades nucleares – Lei 6453/77, artigo 6º, e o próprio artigo 936 do Código Civil já citado.

É intuitivo que se a vítima é quem provocou o evento danoso, tendo o agente sido tão-somente o instrumento pelo qual o dano se materializou, não há que se falar em indenização.

2.2.2 Fato De Terceiro

O fato de terceiro é o evento em que nem a vítima nem o agente deram causa a sua ocorrência. Assemelha-se ao caso fortuito e a força maior em face da sua imprevisibilidade e inevitabilidade, elementos excludentes do dever indenizatório por que desfazem o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo.

Apesar de tal premissa é entendimento consolidado da Corte Suprema que nos casos de contrato de transporte, o fato de terceiro não elide a culpa²¹. Todavia mesmo em face de dano causado a um passageiro no interior de um ônibus, como uma bala perdida, tal fato é imprevisível e alheio à vontade do transportador caracterizando-o como fato de terceiro; nesses casos a jurisprudência e a doutrina têm chamado de fortuito externo.

2.2.3 Caso Fortuito E Força Maior

Aqui se dá a exclusão da responsabilidade subjetiva quanto objetiva. Caso fortuito está diretamente relacionado a eventos alheios a vontade das partes: greves, motins, guerras, dentre outros. Já a força maior decorre de eventos naturais: raios, inundações, terremotos.

O Código Civil engloba a disciplina dos ditos eventos no artigo 393, parágrafo único: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

²¹ Sumula 187 STF: A responsabilidade contratual do transportador pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro contra o qual tem ação regressiva.

Tais eventos tem a marca de serem inevitáveis e irresistíveis a qualquer esforço humano, excluindo a culpabilidade que imputaria a responsabilidade, visto ser impossível, em tais hipóteses, cogitar-se dolo ou culpa.

3 - A PROVA

Foi referido, antes, o magistério de Pontes de Miranda²² sobre o fenômeno da incidência da norma no direito positivo como pressuposto do direito subjetivo material ou do direito subjetivo processual, este quando angularizada a relação processual. Essa seria uma das técnicas próprias do Direito “que visam à execução ou à efetivação dos direitos”. Daí a afirmação do grande jurista de que

Tem-se de estudar o fático, isto é, as relações humanas e os fatos, a que elas [as regras jurídicas] se referem, para se saber qual o suporte fático, isto é, aquilo sobre que elas incidem, apontados por elas. Aí é que se exerce a função esclarecedora, discriminativa, crítica, retocadora, da pesquisa jurídica. O conceito de suporte fático tem de ser guardado pelos que querem entender as leis e as operações de interpretação e de julgamento.

Toda a operação de julgamento, pois, se resume na identificação do suporte fático, isto é, das relações humanas e dos fatos, do *fático*, para aquilatar se há ou não há a incidência do suporte fático abstratamente descrito na norma jurídica apontada, consubstanciando o direito subjetivo material a ser desvelado e tutelado no processo. Assim, o processo através das suas próprias e específicas regras regula o procedimento na sua busca de reconstituição das relações humanas e dos fatos subjacentes à relação jurídica processual para dar clareza ao órgão judiciário do Estado acerca da norma jurídica incidente e modular a sua eficácia (*sum cuique tribuere*) na sentença.

O esforço do processo é a reconstituição do fático, e demonstrar ao juiz racionalmente como essa reconstituição corresponde à realidade ocorrida. A partir daí, a tutela é mera decorrência da aplicação do sistema, com seus princípios, normas, regras, costume, etc. Todavia não se pode olvidar que essa reconstituição racional do

²² Nota 7, *supra*.

fenômeno subjacente à causa de pedir produzirá uma verdade processual (*quod non est in autos non est in mundo* - Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, *atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos*, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento, na dimensão permitida naqueles autos, e essa, ainda que devesse ser, e que se espera, finalisticamente, que seja, poderá ser, ou não, correspondente à verdade ontológica.

O esforço de reconstituição do fático é desenvolvido pela atividade probatória seja das relações humanas, seja dos fatos que ensejaram a lide. Realizar essa reconstituição com alto índice de reprodução fotográfica – a dizer-se, com a maior fidelidade à verdade fenomênica ocorrida - que produza a certeza no espírito do juiz é o direito e o dever das partes. Perquirir sobre essa correspondência é o maior dever do juiz, enquanto operador do direito (funcionário público em atividade própria do Estado), e enquanto liame institucional entre os jurisdicionados e o Estado na sua função de titular da garantia de acesso à justiça e de obrigação de mantenedor do Estado democrático de direito.

A *prova* é, portanto, mecanismo técnico-jurídico exigido pela incidência e operadora da eficácia da norma jurídica.

Essa regra do artigo 332²³, do CPC evidencia a afirmação, mais no sentido finalístico da prova, e menos no sentido enunciativo do pré-requisito ético, pois a ninguém seria dado supor que pudessem servir à demonstração da verdade fática de qualquer processo “meios ilegais” ou “moralmente ilegítimos”, tanto mais quando caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, como se prevê no artigo 130 do Código de Processo Civil.

²³ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa

Tem-se admitido doutrinariamente que são legais e moralmente aceitas as chamadas provas diretas, as quais dão ao juiz o conhecimento mais exato acerca dos fatos, e as provas indiretas, ou provas indiciárias, por meio das quais chega ao conhecimento do juiz um fato ainda não relacionado aos fatos da causa por meio do qual ele poderá concluir pela veracidade dos fatos tratados no processo. Também as provas causais, que são obtidas e constituídas durante a instrução processual, e as provas pré-constituídas, cuja existência é pré-processual. Por outro lado, dispensa-se a prova nas hipóteses elencadas no artigo 334 do Código de Processo Civil:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Vale o destaque, relativamente ao inciso IV desse artigo, para as hipóteses da revelia (Art.319, CPC), e da presunção de paternidade do réu que recusa realizar exame de DNA (Art. 2º-A, Lei n.º 8650/92, com a redação dada pela Lei n.º 12.004/09), onde não se trata de dispensa de prova, mas de presunção *juris tantum* de veracidade dos fatos. Fora dessas hipóteses, todos os fatos e todas as circunstâncias, o *fático*, a que alude Pontes de Miranda, precisam ser provadas.

Adotado pelo processo civil brasileiro, o sistema da persuasão racional das partes sobre o livre convencimento do juiz, que sempre será motivado (Art. 93, IX, CF) engloba um subsistema de controle desse convencimento o qual, embora já consagrado pela irreverência popular, não é um convencimento imperial oriundo do “direito divino”, medievalesco e pré-republicano, e ele deve vir dentro do balizamento do Art.131, CPC, de onde resultará a adequação dos fatos provados nos autos com o conhecimento expresso sobre eles pela decisão do juiz. Se aí não houver congruência não haverá decisão jurídica, nem justa, bem como não será válida. O requisito de

validade radica na indicação objetiva dos motivos, assentados na prova dos autos, que lhe formaram o convencimento.

Mesmo na tutela antecipatória e na tutela cautelar, onde há, na visão de Marinoni e Arenhart²⁴, não uma limitação da participação das partes, mas na verdade uma limitação da possibilidade de produzir prova, é requestado esse arejamento suposto na Constituição de 1988. A convicção de probabilidade ou verossimilhança não prescinde de prova, ainda que ela possa ser moderadamente restrita, mas só até o ponto de coadunar-se com a tutela cautelar e com a de urgência. Nesse particular, parece que não se adequa à construção constitucional brasileira atual a teoria da verossimilhança preponderante.

Deve se ter em conta que a existência de lei processual anterior ou posterior ao texto constitucional deve se conformar à matriz constitucional naquele prevista. Derivada do estado autoritário plasmado na Constituição de 1937, a hermenêutica processual brasileira adquiriu um vezo igualmente autoritário na abordagem e avaliação da questão probatória, e até mesmo do processo, reservando a ambos uma sacralidade específica e restrita ao juiz, apesar das três décadas da estrutura desenhada pela Constituição Cidadã a serviço das garantias do indivíduo.

Nessa visão, são muito arraigadas as convicções de que a prova se destina ao juiz, de que quem tem a regência da prova é apenas o juiz, de que as partes têm de limitar-se à prova que o juiz consente, reduzindo o princípio do contraditório a uma concessão judicial, concessão judicial meramente formal de oportunidade de contradizer a fala da parte *ex adverso*, praticamente com a seguinte significação: como a prova é minha [do juiz], diga o que quiseres, eu decidirei o que quiser; faça de conta que falas, que eu farei de conta que te escuto, estamos justificados, quanto ao princípio do contraditório, e do devido processo legal. A decisão é sempre uma surpresa.

²⁴ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz. Processo de Conhecimento – Curso de Processo Civil. 7ª ed. Editora RT. São Paulo. p. 465.

Todavia, ontologicamente, smj, a prova não é do juiz, a prova é do processo, e nessa afirmação não há descuido com o princípio do juiz natural, porque os juízes são promovidos, removidos e substituídos dentro da rotina normal da dinâmica funcional do órgão judiciário, e outros juízes lhes tomam o lugar, porque as partes têm direito a uma duração razoável do processo, e as provas permanecem no processo para a decisão.

Releitura atualizada do princípio “*audiatur et altera pars*” apontam que o princípio do contraditório materializa, de acordo com a matriz constitucional atual, a impossibilidade de qualquer decisão oriunda de autoridade pública e que atinja a esfera de interesse do cidadão ser adotada legitimamente sem que tenha sido antecedida de ampla oportunidade de o interessado influir eficazmente na sua elaboração.

O princípio do contraditório passou a ser percebido como o direito de influência e de participação (real e efetiva) das partes na formação da decisão, não mais restrito ao mero asseguramento da marcha dialética do processo e da visão estática da igualdade formal das partes. Influenciar, e participar, são a incorporação material do princípio participativo do contraditório de acordo com a conformação da atual Constituição. É a garantia da não surpresa na decisão.

3.1 O Ônus Da Prova

Prova pode significar *os instrumentos* de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise (prova documental, prova pericial). Pode significar *o procedimento* através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juiz. Pode significar a *atividade lógica* celebrada pelo juiz para a percepção dos fatos.²⁵ Adiante, Marinoni/Arenhart propõem interessante quadro de conceitos doutrinários sobre a prova e destacam:

²⁵ *Idem ib.*, p.262-3, 266.

Carlos Lesssona: provar significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhes certeza do seu modo preciso de ser.

Liebman: provar significa evidenciar os meios que servem para dar conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de *um fato específico*.

Giovanni Verde: provar significa evidenciar todos aqueles instrumentos na base dos quais se podem fixar a hipótese à qual a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos, restabelecendo, assim, a verdade dos fatos e suportar a consequência jurídica pretendida.

Couture: a prova civil se assemelha à prova matemática: é uma operação de verificação da exatidão ou erro de outra operação anterior.

Concluem os referidos professores, que a ideia quase unânime de toda a doutrina é a de que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou à verificação desse fato, gerando no juiz uma convicção de “certeza” da sua ocorrência.

O artigo 333 do Código de Processo Civil organiza a participação probatória dos fatos da lide distribuindo-a entre os agentes processuais: o ônus da prova cabe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito; o ônus da prova cabe ao réu quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Há um aceso debate na doutrina sobre a função e os destinatários da distribuição do ônus da prova. O ônus da prova, então, destina-se à parte que pretende ser beneficiada pelos efeitos de uma norma, cabendo-lhe evidenciar os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, não lhe cabendo incursionar sobre os que impedem a aplicação dessa mesma norma, que será atribuição da outra parte.

Nesse embate, essa concepção de distribuição do ônus seria destinada ao juiz como regra de decisão. Se o juiz estiver em dúvida como os fatos se passaram usaria a regra da distribuição do ônus da prova para se livrar do estado de dúvida, assim ou o autor não logrou provar o fato constitutivo do seu direito, ou o réu não logrou demonstrar o fato impeditivo.

Esse sistema, com toda a vênia dos ilustrados pensadores que sobre ele se debruçaram, parece um tanto engessador da atividade de convencimento racional.

Como acima relatado, os juristas são acordes no sentido de que provar significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe certeza do seu modo preciso de ser, mediante a *atividade lógica* por ele celebrada. Assim é que se chega ao *fático* referido por Pontes de Miranda. Ora, o objetivo da atividade probatória é chegar ao *fático* e uma vez descortinado esse, desvelado esse, chega-se ao objetivo teleológico do processo: a incidência do suporte fático abstratamente descrito na norma e a irradiação dos seus efeitos, resolvendo o mérito. Não importa quem aportou o conhecimento que eliminou a incerteza do juiz, nem a sua atividade lógica pode ser seletiva em razão da prova ter sido feita pelo autor ou pelo réu. O fenômeno epistemológico é incontrolável depois de percebido e pouco importa o sujeito que lhe serviu de móvel.

Percebe-se então que, smj, o legislador brasileiro do novo Código de Processo Civil propõe a solução que supera o que nos parece engessamento decorrente da concepção atualmente debatida sobre a divisão do ônus da prova, enquanto regra de decisão. A solução está veiculada pelo artigo 371, do NCPC:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Nada obsta que se conforme o convencimento e certeza a partir de uma prova indiciária, p. ex., surgida na sustentação feita pela parte adversa, nem que ela deva ser ignorada por esse fato.

Conforme prevê o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova pode ocorrer no 2º grau de jurisdição, desde que o consumidor seja hipossuficiente – *ape iudis*.

Como já demonstrado na presente pesquisa, a responsabilidade civil objetiva a inversão do ônus da prova na alegação da culpa. Essa inversão se permeia através do papel do legislador – *ope legis*.

A fim de se determinar uma decisão justa, importante que o magistrado tenha clara a noção de correta interpretação da regra jurídica prevista no artigo 333²⁶ do Código de Processo Civil, além de uma apuração adequada dos fatos relevantes do caso e principalmente o emprego de um procedimento justo e válido para se chegar a uma decisão.

Dessa forma, as partes devem demonstrar os pressupostos fáticos da norma a qual se refere o direito posto em lide que lhes é favorável, ou seja, a cada um cabe demonstrar ao magistrado a norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito.

Ademais, a exigência estabelecida à parte de provar direito que lhe assiste, na hipótese de hipossuficiência de elementos aptos à formação de juízo quanto aos enunciados de fato pode levá-la à sucumbência na demanda judicial.

Diferentemente do que se percebe o ônus não é dever. O ônus não implica em prejuízo a situação jurídica alheia. O dever, por outro lado, sim. Quando existe o “dever” em uma relação jurídica entre duas pessoas, caso uma descumpra a sua parte,

²⁶ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto a fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

a outra será prejudicada. No caso do ônus, quando há o descumprimento deste, o prejuízo não se direciona ao terceiro, mas sim a própria parte onerada.

A função objetiva do ônus da prova diz respeito ao critério de julgamento a ser utilizado pelo órgão judicial diante da insurgência de prova apta a formar o seu convencimento – que se torna a regra de julgamento. Dessa forma, o magistrado julga improcedente a demanda caso aquele que possuía o ônus, mas não cumpriu com o seu dever.

Já a função subjetiva do ônus da prova se refere à estruturação da atividade probatória das partes no processo. É uma regra que pauta a organização das atividades das partes em torno da prova, independentemente do exercício do poder instrutório do juiz.

No caso da dinamização do ônus da prova, estamos diante de uma técnica processual na qual se prevê a distribuição do ônus da prova tal como prevista originariamente na legislação processual – artigo 333 do Código de Processo Civil. Decorre apenas de previsão legal – *ope legis*.

O artigo 5º, incisos XXXV e LVI da Constituição Federal determinam o direito fundamental à prova, no caso a vedação à *probatio diabólica*, em que se impede a produção de determinada prova excessivamente difícil, razão pela qual pode o juiz decretar a dinamização daquela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da pesquisa demonstrou que o nexo de causalidade é elemento indispensável no contexto do instituto da responsabilidade civil, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, impondo que a responsabilidade civil tenha por objetivo proteger a vítima do dano injusto, e não mais através da técnica de sancionar comportamentos negligentes. O conceito do nexo causal está inserido no sistema jurídico brasileiro através da norma insculpida no artigo 403 do Código Civil, da qual decorre a sua dupla função: determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso e verificar a extensão do dano indenizável.

A presente pesquisa ensejou também a percepção do debate travado no campo da responsabilidade civil que o nexo causal cumpre uma dupla função: primeiro - permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso; segundo - é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, uma vez que serve como medida da indenização pleiteada.

Ademais, permitiu a constatação de que a medida da responsabilidade anteriormente era determinada pela culpa e não pela causalidade. Tal concepção afirma que é a existência do nexo de causalidade o elemento preponderante para a determinação da extensão do dano indenizável, e não a gravidade ou o peso da culpa.

Referências Bibliográficas

Costa, Judith Martins. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil in Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. Ano XV, outubro 1991, Vol. 93.pagina 29-52.

Dicionario Aurelio da Lingua Portuguesa. Editora Positivo, 8ª edição. Curitiba. 2010.

Dicionario Caldas Aulete da Lingua Portuguesa. Editora Lexikon. Rio de Janeiro. 2007.

Dinamarco, Candido Rangel. Nova Era do Processo Civil. Editora Malheiros. 3ª edição. São Paulo. 2009.

Fatorri, Sara Correa, A responsabilidade pela reparação do dano no direito romano. <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev9.htm>

Filho, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Atlas.2008.

Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*. Volume III, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

Khoehler, Henrique. Dicionario Escolar Latino-Portugues. Editora Globo. Porto Alegre. 7ª edição. 1957.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz. Processo de Conhecimento – Curso de Processo Civil. Volume II. Editora RT, 7ª Edição, São Paulo. 2008

Miranda, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I, 3ª Edição, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1970.

Nehemias, Domingos de Melo. Da Culpa e do Risco – Como Fundamentos da Responsabilidade Civil. 2ª edição. Editora Atlas, São Paulo. 2012.

Oliveira, Alvaro de Oliveira; Mitidiero, Daniel. Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. Vol. 1. 2ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2012.

Silva, Ovidio A. Baptista da; Gomes, Fabio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. Editora RT. 4ª edição. São Paulo. 2006.

Vade Mecum Saraiva. Editora Saraiva.16ª edição. 2013.