



A problemática do nexo de causalidade no Common Law

Julio Alberto Díaz¹

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar um panorama geral da visão do *Common Law* em relação à reparação de danos nesse sistema. A escassa familiaridade dos juristas provenientes dos direitos codificados parece requerer em um mundo globalizado uma maior aproximação entre os dois sistemas. A problemática da causa, elemento fundamental da questão reparatoria, é utilizada na presente ocasião como recurso introdutório do fascinante e complexo sistema do *Common Law*.

Palavras-chave

Responsabilidade civil. Common Law. Causa do dano

ABSTRACT

The present article intends to give a general vision of the Common Law system in relation to compensation of damages. The lack of familiarity of the jurists belonging to codified systems requires in a globalized world a closer approximation between both systems. The problem of the cause, essential element in the matter of compensation, is used in the present occasion as an introductory means to the fascinating and complex system of the Common Law.

Key-words

Torts – Common Law – Cause of damage

1. Causalidade fática

Um requisito que pode ser considerado essencial na indenização, tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual, é que a ação do réu, ou o descumprimento do contrato, tenham sido a causa do dano do autor.

A tradição ensina que o autor deve ser colocado na mesma situação que

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Ottawa (Canadá). Doutor em Direito Civil pela UFMG. Professor da Universidade de Fortaleza.

ele estaria se o contrato tivesse sido cumprido, ou se o ilícito não tivesse sido cometido. Costuma-se indicar, nesse sentido, a estreita correlação existente entre as afirmações anteriores e o “*but for test*”, ou teste de causalidade. Com efeito, através desse raciocínio, submete-se a ação do réu, ou o seu descumprimento contratual, à indagação essencial que determina sua responsabilidade: “a não ser pelo ilícito, ou pelo descumprimento, teria acontecido o dano?” Ou seja, procede-se a comparar os fatos que realmente aconteceram com os que hipoteticamente teriam acontecido sem o ato ou a omissão que se alega ser a causa do dano.

A razão pela qual o problema da causa adquire relevância é que o autor não deve apenas ser compensado, senão que essa compensação terá que ser extraída de um réu em particular, e este não será individualizado só em função de algum reproche moral de caráter geral e abstrato, mas em razão de sua conexão com o dano que foi provocado. O sistema não impõe responsabilidade por atos, ainda que monstruosos ou abomináveis, se não tem como resultado algum dano ao reclamante. A singularização do requisito da causa tem por finalidade evitar que a disputa judicial seja transformada em uma indagatória comparativa geral acerca das qualidades ou condutas morais dos litigantes.

O *but for test* aparece como um elemento excludente da responsabilidade que não possui, contudo, a função oposta. Ou seja, provado o fato de o autor ter sido o causador do dano, não significa, necessariamente, que ele será responsabilizado, pois os juízes ainda terão que determinar se essa causa deve ter conseqüências legais.

O modo de demonstração do nexos causal no âmbito contratual ou extracontratual, basicamente, é o mesmo, porém, a maioria dos casos de relevância é de natureza extracontratual. Isso se deve, provavelmente, ao fato de que o nexos causal é matéria questionável apenas em relação aos danos nas pessoas ou na propriedade e esses, geralmente, são objeto de ações extracontratuais.

O caso mais emblemático de aplicação direta do *but for test* foi o de *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*. Uma pessoa que tinha começado a experimentar dores e a vomitar depois de tomar um chá concorreu ao hospital em procura de ajuda. A pessoa relatou seu problema à enfermeira encarregada na recepção que telefonou para o médico de plantão. Sem maiores preocupações este respondeu que fosse para casa e que consultasse seu próprio médico. O paciente voltou para casa, morrendo poucas horas depois de envenenamento por arsênico.

A negligência do médico era evidente, mas a prova fracassou porque o autor (a viúva da vítima) não conseguiu provar, de acordo com o cálculo de probabilidades, que essa negligência teria sido a causa da morte, já que, ainda que a vítima tivesse sido adequadamente examinada e tratada, muito provavelmente teria sido impossível salvar sua vida ao tempo do seu ingresso

ao hospital.

Um caso de aplicação ainda mais rigorosa do *but for test* provém da jurisprudência caribenha, *Mc Williams v. Sir William Arrol & Co. Ltd.* Um trabalhador da construção morreu como consequência da queda do prédio em que se encontrava trabalhando. Se estivesse usando cinto de segurança a queda não se teria produzido. O réu encontrava-se obrigado por lei a fornecer o equipamento de segurança a todos os operários, e tinha descumprido a sua obrigação. Não obstante, foi inocentado pois conseguiu provar que em outras ocasiões em que o equipamento tinha sido fornecido, o autor nunca se preocupou em usá-lo. A conclusão foi que, ainda que o cinto de segurança tivesse sido provido no dia do acidente, o autor não o teria usado e, em consequência, não se podia afirmar que o descumprimento da obrigação de fornecer o equipamento de segurança tinha sido a causa da morte.

2. O problema das causas múltiplas

O teste do *but for* pode apresentar limitações quando o ilícito ou o descumprimento do contrato é suficiente em si mesmo para produzir o dano, mas há um outro evento adicional, também suficiente em si mesmo como para produzir o dano. A aplicação, nesses casos, do *but for test* traria como consequência o inaceitável resultado que nenhum dos fatos poderia ser considerado *causa* do dano.

Nesses casos, os tribunais têm-se afastado da aplicação automática do teste, e empregado outros raciocínios para decidir que cada um dos fatos em particular foi a causa do dano (ficando a salvo o direito de regresso entre os autores). No passado, a tendência dos juízes era a de responsabilizar o último culpável, mas essa orientação encontrava sua justificativa porque o sistema não permitia a solidariedade entre os causadores de um dano. Hoje, a lei permite a responsabilidade conjunta e, em consequência, não há constrangimento por parte dos tribunais para condenar dois ou mais sujeitos a indenizar a vítima.

Os fatos adicionais suficientes podem ser concorrentes ou sucessivos. O exemplo clássico de eventos concorrentes é o de dois sujeitos que imprudentemente ateiam fogo em locais opostos de uma mata que rodeia uma propriedade. O fogo espalha-se e destrói a casa que se encontrava no meio do fogo. De acordo com o *but for test*, ambos sujeitos poderiam argumentar que a destruição da casa teria acontecido de qualquer maneira, sem a sua participação individual.

Nesses casos, os tribunais têm desenvolvido o que se denominou o *teste do fator substancial* que determina que se as ações de duas pessoas são fatores substanciais na produção de um resultado, a responsabilidade deve recair sobre ambas. Se a ação do réu representa um *fator substancial* na produção do dano, ele não será liberado da responsabilidade, simplesmente porque outras causas

também concorreram para aquele resultado.

Tem-se considerado que a expressão *fator substancial* é suficientemente inteligível como para fornecer uma guia adequada nas instruções ao júri, e que não seria possível, nem conveniente, avançar em maiores explicitações.

Também não seria válido argumentar que a ação não traria resultado danoso a não ser pela ação independente de outra pessoa. Neste sentido, um dos casos mais antigos é o de *Lambton v. Mellish* onde o proprietário de uma casa no condado de Surrey, na Inglaterra, sofria todos os verões o tormento de dois carroséis que se instalavam durante toda a temporada a cem metros de sua propriedade produzindo um barulho intolerável com o som dos órgãos que acompanhavam o entretenimento.

Da prova trazida, resultou evidenciado que os órgãos tocavam incessantemente durante três ou quatro meses do verão, das dez da manhã até as sete da tarde, e que o som por eles produzido era enlouquecedor. O órgão utilizado por Mellish era um pequeno órgão portátil que, em comparação com o de Cox (o outro réu), produzia pouco barulho. O órgão de Cox podia ser ouvido a um quilômetro e meio de distância. Independentemente desta circunstância, ambos réus foram condenados a cessar na perturbação.

Um caso similar de causa múltipla é o de *Corey v. Havener*. Uma pessoa ia conduzindo uma carroça na estrada quando, de repente, aparecem dois rapazes por trás dirigindo motocicletas em alta velocidade e com forte barulho. Na manobra da ultrapassagem, um a cada lado da carroça, espantam o cavalo com o barulho e a gritaria provocando ferimentos no condutor da carroça. O tribunal estabeleceu que ambos motoristas tinham cometido um ilícito e que, tendo ambos contribuído aos ferimentos era suficiente para condenar solidariamente a ambos.

Nas circunstâncias de *Corey v. Havener*, tratava-se de dois agentes que cometeram atos ilícitos, mais uma dificuldade adicional pode surgir no caso em que existam duas causas, mas uma derivada da comissão de um ilícito e outra proveniente de causas desconhecidas. Assim, em *Kingston and Chicago and NW Ry.* faíscas de uma locomotiva deram início a um incêndio que se foi juntar a um outro fogo, de origem desconhecida, que tinha começado a uns mil metros da propriedade do autor e que juntos acabaram por destruí-la completamente.

O tribunal sinalizou duas hipóteses que não coincidiam com os fatos em consideração, e em conseqüência, não entrou na sua análise. A primeira situação seria a de um sujeito que dá início a um fogo que acaba se juntando a outro, fruto de causas naturais, como um raio. A outra é a de um incêndio que se junta a outro de muita maior proporção, como o de um incêndio florestal, e que acaba sendo engolido por este, de modo a que sua identidade é destruída.

Mas, a questão era outra: determinar se a companhia ferroviária, que tinha dado origem ao incêndio proveniente do nordeste, poderia ser eximida

de responsabilidade em razão de que o incêndio proveniente do noroeste não tinha sido identificado, ainda que não existissem razões para acreditar que a causa tivesse sido outra que uma ação humana. Uma resposta afirmativa, na opinião do tribunal, significaria privilegiar o autor de um ato ilícito a expensas da vítima. Quando alguém sofre danos como consequência de um incêndio, provando a origem desse incêndio, e o curso que o fogo percorreu até atingir a propriedade, certamente já estabeleceu a responsabilidade daquele que deu origem ao fogo. Caberia ao réu, afirma o tribunal, provar que em razão da união com outro incêndio de determinadas características, o fogo por ele iniciado não foi a causa próxima do dano.

Outro caso, também antigo, é o de *Crossley & Sons v. Lightowler*, onde foi desconsiderada a defesa de um réu que poluía um rio, e pretendia não ser responsabilizado sob a alegação de que existiam outros agentes poluidores e, em consequência, o autor não teria água em boas condições, ainda que ele não tivesse poluído.

Uma outra possibilidade, é que os *eventos suficientes* não sejam simultâneos, mas sucessivos. Para estas circunstâncias, o *leading case* é *Baker v. Willoughby*. Como consequência de uma ação negligente de Willoughby, o autor sofre uma lesão na sua perna esquerda. Um tempo depois ele resulta vítima de um assalto durante o qual recebe um disparo na mesma perna esquerda que teve que ser amputada. Willoughby argumentava que ele tinha que ser responsabilizado apenas até o dia do assalto, depois disso, sua ação já não mais poderia ser considerada como causa do dano. A Câmara dos Lordes rejeitou a argumentação e decidiu que, em relação aos *eventos suficientes sucessivos*, o *but for test* não devia ser aplicado. Willoughby foi condenado à reparação integral, sem qualquer redução em função do dano posterior. A decisão parece correta se se considera que seria carente de toda lógica, do ponto de vista da lei de danos, que uma vítima que sofre as consequências de dois ilícitos, fique em piores condições que se tivesse sofrido apenas um (o primeiro). Por outro lado, a Câmara considerou que o assaltante, se pudesse ser responsabilizado (ele não tinha sido preso) o seria em relação a uma perna já lesionada, o que iria significar a aceitação do *but for test* em relação ao assaltante.

Quando um dos eventos suficientes é um fato natural e não um ilícito, as decisões parecem se inclinar no sentido de isentar o réu. Em *Jobling v. Associated Dairies Ltd.* a imprudência do réu tinha provocado uma lesão na coluna da vítima pela qual esta só ficaria apta, pelo resto de sua vida, à realização de trabalhos leves. Três anos depois, e antes do julgamento, descobriu-se que ela padecia uma doença na espinha dorsal (mileopatia) não relacionada com o acidente, e desenvolvida depois de sua ocorrência, e que o inabilitava completamente para o trabalho. Os réus alegavam que o desenvolvimento da mileopatia encerrava a sua responsabilidade pelos lucros cessantes derivados da lesão na coluna. O raciocínio era que, aplicando o *but for test* ao ilícito, não se poderia concluir que o autor não teria sofrido a perda dos lucros a não ser pela ação dos réus.

O autor, por sua vez, argumentava que *Baker v. Willoughby* devia ser aplicado por analogia, de modo que a responsabilidade dos réus fosse mantida como se a doença não tivesse existido.

A Câmara dos Lordes pronunciou-se em favor dos réus, com forte crítica a *Baker v. Willoughby*. As razões foram pouco claras, mas a justiça da decisão parece repousar no princípio de que o sistema não aceita indenizações por lesões derivadas de causas naturais ou doenças, mas apenas as produzidas como conseqüência de atos ilícitos. Nesse sentido, a Câmara, que se sentiu a vontade para decidir pelas conseqüências derivadas de dois atos ilícitos, evidenciou uma sensível aversão à possibilidade de estar indenizando por danos não derivados de atos ilícitos.

A conclusão a que se arribou em *Jobling* é completamente inconsistente com *Baker*, e parece indicar que este não mais pode ser visto como autoridade em matéria de danos sucessivos. Porém, parece prematuro afirmar que *Jobling*, agora é.

A Suprema Corte do Canadá também se tem pronunciado em relação a fatos similares em *Sunrise Co. Ltd. et al. v. Ship "Lake Winnipeg"*. Em junho de 1980 o navio *Kalliopi L.* que navegava no rio St. Lawrence cruzou-se com o *Lake Winnipeg*, que vinha na direção contrária. A imprudência da manobra deste, fez com que o *Kalliopi* encalhasse, sofrendo danos. Enquanto era rebocado para uma área de segurança, um segundo acidente, sem qualquer vínculo com o primeiro, fez com que o navio encalhasse novamente sofrendo maiores danos.

Cada um dos acidentes teria obrigado o *Kalliopi L.* a efetuar imediatamente as reparações necessárias. O tempo requerido para concertar os danos ocasionados por ambos acidentes era de 27 dias. O tempo necessário de detenção para a realização das reparações do primeiro acidente sozinho iria demandar os 27 dias, enquanto que as relacionadas com o segundo acidente, se fossem realizadas de maneira independente, teriam demandado apenas 14 dias.

A questão central que se apresentava era determinar quem seria responsável pelos lucros cessantes derivados da detenção por 27 dias do *Kalliopi L.*

A maioria decidiu que a natureza do segundo acidente, se proveniente de ato ilícito, ou não, era irrelevante. Se o primeiro acidente impossibilitava a continuidade da atividade lucrativa do navio e, se o período de detenção necessário excedia o do requerido pelo segundo incidente, a responsabilidade devia ser atribuída integralmente ao causador do primeiro acidente, independentemente de que o segundo tivesse sido provocado pela própria vítima, por culpa de um terceiro, ou por caso fortuito.

O voto da minoria dissidente expressava que a finalidade do direito de danos é recolocar o autor na mesma posição em que ele iria se encontrar de não ser pela conduta negligente do réu, nem mais, nem menos. Após algumas

considerações concluía que como o navio, de qualquer maneira, teria que estar fora de serviço durante o tempo requerido pelo segundo incidente, o autor não teria provado que a detenção, nesse período, foi o resultado do ato do réu causador do primeiro acidente. O princípio adotado pela minoria foi o de que qualquer fato independente, posterior ao ilícito que diminuísse as perdas ocasionadas por aquele, devia ter um reflexo na determinação do *quantum* indenizatório.

Nesse sentido, interpretava que o autor teria direito aos lucros cessantes derivados da detenção do navio por 13 dias, ou seja, os 27 dias que a reparação iria demandar, menos os 14 dias que o navio estaria, de qualquer maneira, fora de serviço devido a causas alheias ao fato do réu.

O voto minoritário sugere também uma outra forma de contabilizar a incidência de fatos posteriores; isto é, o reflexo no *quantum* indenizatório realiza-se através do princípio da distribuição proporcional. Em concordância com essa idéia seria necessário reconhecer a existência de duas causas de detenção do navio, com os conseqüentes lucros cessantes. A pergunta que se formula é o que seria requerido para que o autor voltasse à posição que ele teria se o primeiro acidente não tivesse ocorrido. A resposta, afirma, é a de que apenas 13 dias são atribuíveis à culpa do réu, e este deve suportar a reparação integral desse período. Os outros 14 dias foram usados para reparar os danos causados pela negligência do réu assim como os derivados do incidente posterior. A justiça sugere que a perda derivada desse período seja dividida entre as duas causas de detenção. No final, os réus seriam obrigados a compensar 20 dias de detenção do navio.

3. Incerteza causal

A regra indica que o autor deve sempre provar a causa do dano. Se há um grupo de duas ou mais pessoas, normalmente, não seria suficiente que aquele afirme que um deles foi o sujeito que provocou o dano.

A exceção surge quando todas as pessoas integrantes do grupo praticaram uma conduta negligente em relação à vítima, ainda que apenas um deles tenha causado o dano. Nesses casos, todos serão responsabilizados, a não ser que possam provar que eles não foram os autores. Ou seja, há inversão do ônus probatório.

No Canadá, o *leading case* é *Cook v. Lewis*. No dia 11 de setembro de 1948, o autor encontrava-se caçando com o seu irmão, John Lewis e um amigo, Dennis Fitzgerald, numa área perto da ilha de Vancouver. Era o primeiro dia da temporada de caça e comentava-se que a região estava cheia de caçadores. Os réus, acompanhados por John Wagstaff que na época tinha 16 anos de idade, encontravam-se caçando juntos. Levavam um cachorro que pertencia a

Akenhead e tinham concordado em dividir o produto da caça em proporções iguais.

Cook, Akenhead e Wagstaff andavam praticamente em uma mesma linha, Cook à esquerda, Akenhead no meio, e Wagstaff à direita. O cachorro, que ia poucos metros na frente, de repente ficou parado apontando. Nesse momento, Fitzgerald, que tinha aparecido à esquerda do campo visual de Cook, gritou apontando na direção de um grupo de árvores que se encontravam na frente de Cook e Akenhead onde, naquele momento, encontrava-se o autor. Cook ouviu o grito de Fitzgerald mas não entendeu o que ele disse. Ele achou que Fitzgerald estava chamando a atenção para o fato de que o cachorro estava apontando para alguma coisa. Akenhead disse não ter ouvido o grito de Fitzgerald. Nesse instante, um pequeno bando de quatro ou cinco aves voou a uma curta distância na frente do cachorro. Akenhead disse que ele atirou ao pássaro que se encontrava mais à direita, deixando os outros para Cook. Cook disse que ele atirou a um pássaro que se encontrava bem na sua frente. Eles atiraram simultaneamente. Imediatamente depois ouviu-se um grito saindo das árvores referidas anteriormente, e o autor apareceu. Ele tinha recebido um disparo no rosto que lhe provocou a perda de um olho.

O Juri declarou não ter condições de estabelecer quem tinha efetuado o disparo que provocou o dano, e a maioria da Corte, citando um caso da Suprema Corte da Califórnia (*Summers v. Tice*) determinou que, sendo a conduta de ambos réus negligente, e não existindo meios de provar quem feriu a vítima, ambos deviam responder solidariamente. Caberia a estes, para se eximir de responsabilidade, evidenciar que não foram eles os autores do disparo.

Um passo mais audacioso foi dado pela Suprema Corte de Califórnia em *Sindell v. Abbott Laboratories*. No caso se devia decidir a responsabilidade dos fabricantes de uma droga administrada a mulheres grávidas para evitar abortos espontâneos que continham substâncias cancerígenas. Os efeitos começaram a se manifestar nas filhas adolescentes, cujas mães tinham tomado o remédio e, pelo tempo transcorrido, era impossível determinar qual dos inúmeros laboratórios tinha fabricado a droga causadora do dano.

A solução encontrada pela Corte foi a de responsabilizar cada réu de acordo com o seu grau de participação no mercado (em relação àquela droga) ao tempo dos fatos, a não ser que pudesse provar que não foram eles os causadores do dano.

4. Incremento substancial do risco de dano

Uma significativa decisão da Câmara dos Lordes estabelece a inversão do ônus da prova quando o réu é negligente, e sua negligência incrementa substancialmente o risco de dano.

Em *Mc Ghee v. National Coal Board* o autor contraiu uma dermatite quando era empregado da firma dos réus na limpeza de fornos de tijolos. A prova médica indicava que a causa da doença tinha sido o pó dos tijolos. Os réus não tinham sido negligentes em expor a vítima ao contato com o pó. Isso representava uma inevitável característica da função para a qual tinha sido contratado. Porém, eles tinham violado o dever de cuidado ao não oferecer (o que era comum na época) instalações adequadas para se lavar e tomar banho após o trabalho. Foi provado que o autor voltava de bicicleta a sua casa com o pó de tijolo aderido à sua pele, o que representava um aumento substancial do risco de contrair a doença.

O réu argumentava que não tinha sido provado que a falta de instalações adequadas tinha sido a causa da doença. De fato, a prova médica não era conclusiva no sentido de estabelecer que a vítima não teria contraído a doença se as duchas existissem.

No seu voto, Lord Reid disse que a lei estabelece que o autor deve provar que a culpa do réu causou, ou contribuiu, materialmente para a produção do dano. No caso de existir duas causas independentes é suficiente se uma delas é consequência da negligência do réu. O autor não precisa provar que esta causa, por si só, teria sido suficiente para causar o dano. Finalmente, Lord Reid manifesta não reconhecer qualquer diferença entre dizer que o réu aumentou materialmente o risco do dano e dizer que ele contribuiu materialmente para esse dano.

Lord Wilberforce, por sua vez, após algumas considerações, afirma que a questão central continua sendo a de se a ação do autor deve ser rejeitada, se depois de ter provado a conduta culpável representando um incremento no risco da doença, não consegue provar que esse aumento do risco causou, ou contribuiu materialmente para o aparecimento da doença, quando o empregador não consegue provar o contrário. Seguidamente, declara ser razoável que, quando um sujeito, através de sua conduta negligente, cria um risco, e um dano acontece na área desse risco, a perda deve ser suportada por ele, a não ser que prove que a causa foi outra.

O princípio do risco, enunciado por Lord Wilberforce, apareceu recentemente rejeitado, ainda que a autoridade do caso *Mc Ghee* foi conservada. Em *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, um bebê prematuro, hospitalizado em razão de sua condição, desenvolveu fibroplasia retrolental, uma doença incurável da retina que lhe provocou cegueira em um olho e dano substancial no outro. Os pais processaram o hospital alegando que o dano tinha sido consequência da imperícia na administração do oxigênio. De fato, por um descuido, um cateter tinha sido colocado em uma veia em lugar de em uma artéria, fazendo com que a medição do nível de oxigênio fosse imprecisa, o que conduziu a um excesso na dosagem aplicada.

A prova técnica evidenciava duas possibilidades igualmente aceitáveis. Sabia-se que o excesso de oxigênio por tempo prolongado podia causar

fibroplasia retrolental. Mas, também se sabia que esta doença pode se apresentar em bebês prematuros que sobreviveram sem qualquer ajuda de oxigênio. Existiam provas suficientes que indicavam a correlação entre a fibroplasia retrolental e uma série de outras condições que geralmente apresentam os bebês prematuros, como apnéia, hipercarbia, hemorragia intraventricular, etc. todas elas existentes no caso em discussão. Em síntese, a prova médica sinalizava, pelo menos seis causas potenciais da cegueira, cinco das quais inerentes à própria condição de prematuro.

A Câmara dos Lordes rejeitou a ação considerando que a causa não tinha sido adequadamente provada. Segundo Lord Bridge, *Mc Ghee* não estabelecia uma inversão do ônus. Pelo contrário, naquela circunstância, adotando um critério pragmático a maioria havia concluído que, de fato, a negligência do réu tinha contribuído materialmente na lesão da vítima.

Em *Mc Ghee* não existiam dúvidas acerca de que a dermatite do autor tinha sido causada pelo pó dos tijolos. A única questão que permanecia sem ser respondida era a de se a continuidade da presença do pó na pele como conseqüência da falta de duchas tinha causado, ou contribuído, materialmente para a doença. Em *Wilsher* existia uma série de possíveis agentes provocadores do dano, um dos quais era o excesso de oxigênio. O réu tinha sido negligente na adoção de medidas preventivas contra um desses agentes, mas nada indicava que essa circunstância causou ou contribuiu materialmente à lesão sofrida pela vítima. A negligência em relação a uma das cinco causas possíveis não provava, na opinião da Câmara, qual dessas causas tinha provocado a lesão.

A Suprema Corte do Canadá teve recentemente a oportunidade de reavaliar *Mc Ghee* em *Snell v. Farell*. Tratava-se da ação de uma paciente que tinha perdido a visão de um olho durante uma operação cirúrgica, que a autora afirmava tinha sido praticada com imperícia. A prova, no caso, não era conclusiva, mas a Corte decidiu que era suficiente para condenar o réu.

A impressão que fica é a de que os tribunais tendem a compensar as desvantagens em relação ao acesso aos meios probatórios, seja através do recurso da inversão do ônus, seja através de uma flexibilização nas deduções destinadas a estabelecer o nexo de causalidade a partir das provas existentes.

5. Dano remoto e causa próxima. A extensão da responsabilidade

Depois de ter sido determinado que a conduta do réu foi, de fato, a causa do dano, permanece ainda a questão de se aquele deve responder por este.

As expressões “*causa próxima*” ou “*dano remoto*”, assim como outras fórmulas verbais equivalentes, são geralmente utilizadas pelos tribunais como instrumentos para estabelecer um limite à responsabilidade. A adjetivação “*próxima*” não foi feliz pois ela sugere que o fato que acontece imediatamente antes do dano sofrido pela vítima é sempre escolhido pela lei como a causa

determinante do dano, o que não é verdade.¹

Diferentemente da questão da *causa fática*, a *causa próxima* envolve, muitas vezes, aspectos complexos de julgamento de valores destinados a determinar a fina linha demarcatória entre responsabilidade e isenção.

Para complicar ainda mais o panorama, existe uma crescente disputa acerca da competência do júri e do tribunal. Tradicionalmente, as questões de fato eram deixadas ao júri, enquanto que as legais eram decididas pelos tribunais, mas alguns subterfúgios verbais têm permitido o acesso a estas últimas também ao júri. Assim, em *Barnard v. Carnegie* estabeleceu-se que “a questão do dano remoto é uma questão de fato em relação às circunstâncias de cada caso em particular, razão pela qual, deve ser submetida ao júri”.

A idéia da necessidade de impor limites à responsabilidade apareceu cedo no *Common Law*. Era evidente que os tribunais não poderiam impor responsabilidade por todos os danos derivados de qualquer conduta negligente. O problema consistia em encontrar as razões que justificariam uma determinada extensão, e não outra. Existia coincidência em sinalizar que a responsabilidade não podia ser atribuída para os danos que fossem *remotos*. Afirmava-se, no mesmo sentido, e por uma espécie de simetria semântica, que a conduta negligente devia ser a *causa próxima* do dano. A verbalização apenas dava uma contextualização à questão: a necessidade de uma estreita conexão entre a ação do réu e o dano resultante. Mas, determinar em concreto aquele limite era outra coisa bem diferente.

Em 1920, o dramático caso conhecido como *Re Polemis and Furness, Withy & Co. Ltd.*, deu lugar à discussão da matéria. Um grupo de estivadores enquanto descarregavam, imprudentemente deixaram cair uma prancha de metal no porão do navio. Uma pequena faísca, em contato com os vapores de petróleo que existiam acumulados, provocou uma forte explosão seguida de um incêndio que causou a destruição total do navio. Os réus alegavam que não podiam ser responsabilizados por uma classe de dano que não era previsível.

Lord Bankes, na Câmara de Apelação da Inglaterra, expressou que tendo sido provado que o fogo foi conseqüência da faísca produzida pela queda da prancha, era irrelevante a circunstância de que provocar uma faísca pela queda de uma prancha não era previsível. Sendo a conduta negligente, e sendo o dano resultado direto dessa conduta negligente, a previsibilidade do autor dessa conduta torna-se absolutamente irrelevante. Em conseqüência, concluiu que os danos não foram *remotos*.

Lord Warrington, por sua vez, manifesta que a presença ou ausência de razoável previsibilidade do dano determina a qualificação legal do ato como culpável ou inocente, mas, uma vez que esse ato é considerado culpável, a

¹ WINFIELD. JOLOWICZ. *Winfield & Jolowics on Tort*. London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 209.

resposta a se determinados danos são indenizáveis depende exclusivamente da circunstância de estes serem, ou não, consequência *direta* do ato.

Lord Scrutton, referindo-se à defesa do réu de que o dano seria remoto em relação ao ato negligente por não ser razoavelmente previsível, considerou que para determinar se um ato é negligente, deve-se estabelecer se uma pessoa razoável poderia prever que esse ato iria causar dano. Se a resposta é negativa o ato não constitui negligência. Mas, se o ato poderia causar dano, a circunstância de que o dano que de fato produz não seja exatamente da classe de dano que se poderia esperar é irrelevante, na medida em que esse dano seja diretamente reconduzível ao ato negligente.

Assim, uma vez determinada a condição de negligente do ato, a circunstância de que sua operação exata não fosse previsível, é imaterial. No presente caso, houve negligência na operação de descarga ao deixar cair a prancha que poderia facilmente causar danos, seja às pessoas, à carga, ou ao navio. O fato de ter produzido um resultado inesperado (uma faísca em uma atmosfera carregada de vapor de petróleo que causou um incêndio) não libera a pessoa negligente pelos danos diretamente causados.

Consequências diretas são aquelas que seguem sequencialmente aos efeitos da ação do réu, sem a intervenção de qualquer força externa que opere ativamente com posterioridade. A referência implícita às consequências físicas imediatas parece, necessariamente, vincular a teoria a uma idéia de solução mecânica que desvirtua a essência de decisão política que envolve a questão. Por outro lado, nem sempre é fácil determinar a existência de novas forças intervenientes.

Re Polemis and Furness, Withy & Co. Ltd não merecia sobreviver, e em 1961, no caso conhecido como *The Wagon Mound (nº1)*, finalmente, o princípio do dano direto sucumbiu. Funcionários do navio *Wagon Mound* derramaram descuidadamente óleo no porto de Sidney, na Austrália. O óleo espalhou-se uns duzentos metros até a doca do autor onde estavam se realizando alguns trabalhos de reparação de outros navios. Inicialmente os trabalhos foram suspensos quando o autor percebeu a presença de óleo, mas logo foram reiniciados quando o administrador do autor foi informado pelo réu que não existia perigo, pois o óleo não era inflamável na água.

Dois dias depois, o óleo entrou em combustão provocando danos na doca e em dois navios ancorados no porto. De acordo com as provas existentes, ficou estabelecido que o fogo tinha sido causado por algumas gotas de metal fundido proveniente dos trabalhos de soldadura que caíram sobre uns pedaços de pano que flutuavam na água, e que agiram como pavio para acender o óleo. A perícia técnica também determinava que não era razoável prever que o óleo pudesse queimar na água.

O juiz de primeira instância, em consonância com *Polemis*, determinou a responsabilidade baseado em que o derramamento negligente de óleo, tinha

sido a causa *direta* do fogo. Confirmado na apelação, o caso foi para o Conselho Privado que denegou a ação de responsabilidade.

Em seu memorável voto, Lord Simonds expressou a nova política nestes termos não parece coerente com as atuais idéias de justiça ou moral que por um ato de negligência, ainda que pequena ou venal, que resulta em algum dano previsível trivial, o seu autor deva responder por todas as conseqüências, sem importar quão imprevisíveis ou graves, apenas pelo fato de ser "*diretas*". Constitui um princípio basilar da responsabilidade civil que um sujeito deva ser considerado responsável pelas conseqüências previsíveis de seus atos. Exigir mais dele seria injusto, exigir menos é ignorar que a ordem da civilização requer a observância de um *standard* mínimo de comportamento.

Após outras considerações, Lord Simonds expressa que quando se julga um sujeito pelo que um homem razoável devia prever, está se refletindo a consciência da humanidade, enquanto que o teste das conseqüências "*diretas*" não conduz a nada senão à questão insolúvel e infinita da causalidade.

O novo teste teve uma aceitação razoável na doutrina. Interpretava-se que o princípio estabelecido era mais justo. Com efeito, como a negligência pode consistir em um desvio mínimo do *standard* de conduta devido, de acordo com *Polemis*, ainda assim as suas conseqüências poderiam ser catastróficas, completamente desproporcionadas em relação à gravidade da falta. De qualquer maneira, a dúvida sempre se apresenta pois se trata do conflito de interesses entre uma vítima completamente inocente, e um réu cuja negligência pode até ter criado um risco, mas o dano resultante não se encontra no âmbito do risco previsível. Deve considerar-se esse réu, em relação a esse dano, tão inocente quanto a vítima ou, pelo contrário, deve considerar-se que o risco criado compreende também outros riscos imprevisíveis até um limite mais ou menos impreciso?

Allen Linden tem enfatizado que fazer responsável uma pessoa negligente que coloca a cadeia causal em andamento responsável por toda as conseqüências, ainda as mais imprevisíveis, não é menos ilógico que isentá-la dos resultados inesperados. Com efeito, doutrina o mestre canadense, apesar do fato de que os resultados foram pior do que o esperado, depois de tudo, o réu criou o risco inicial. Se tivesse ele adotado uma conduta acorde com o *standard* devido, não teria havido acidente, nem dano. Essa análise, destaca Linden, apenas enfatiza a idéia de que a eleição do teste a ser aplicado nos casos de proximidade do dano não está baseada em lógica, mas em valores.²

Uma certa uniformidade de critério se apresenta em relação aos danos físicos nas pessoas. Para este tipo de danos, a responsabilidade além do risco criado é de comum aceitação. Assim, um pequeno corte no dedo de uma pessoa, pode derivar para as mais impensadas conseqüências, e ainda assim, a tendência

² LIDEN, Allen. *Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworth, 1988, p. 320.

seria a responsabilização do réu.

Um problema de singular dificuldade apresenta-se nos chamados casos “*egg-shell skull*” (“crânio casca de ovo”, ou “crânio delgado”). Com efeito, uma antiga regra do *Common Law* estabelece que o causador de um dano responde pela vítima nas condições que esta apresenta. Ou seja, não se admite que aquele possa alegar, por exemplo, que esta teria sofrido um dano menor se não estivesse doente do coração, ou que a fratura do crânio não se teria produzido se este não fosse tão frágil.

The Wagon Mound tinha despertado alguma inquietação entre os doutrinadores porque se temia que aquele fosse incompatível com o velho princípio, já que a inusual susceptibilidade não parecia ser *razoavelmente previsível*. Os prognósticos, porém, não se concretizaram. Em *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.*, um trabalhador tinha se queimado no lábio ao ser salpicado por um metal derretido quente, em uma parte da boca em que sua pele tinha tecidos propensos ao desenvolvimento de câncer, doença que acabou lhe causando a morte três anos depois.

Lord Parker, no seu voto, poderia ter invocado *The Wagon Mound*, reafirmar o princípio da previsibilidade como base da responsabilidade, e eliminar para sempre o princípio do “crânio delgado” do âmbito do *Common Law*. Ele preferiu, porém, conservá-lo. No seu voto ele declara que *The Wagon Mound* não teve em mente os casos de “crânio delgado”. No seu raciocínio ele sinaliza que sempre foi regra no *Common Law* que quem pratica uma conduta negligente “deve tomar sua vítima como a encontrar” (“*he must take his victim as he finds him*”), e estabelece não ser necessária a previsibilidade da *extensão*, mas do *tipo* de dano. A negligência considerada foi a de não fornecer máscaras de proteção. A partir daí, a pergunta “não era a de se os empregadores deviam razoavelmente ter previsto que uma queimadura poderia causar câncer, e a morte posterior da vítima. A pergunta era, se esses empregadores poderiam razoavelmente ter previsto o *tipo* de dano sofrido, ou seja, a queimadura. A gravidade, ou o *quantum* do dano que a vítima sofreu como conseqüência da queimadura dependia apenas de suas características pessoais e condição”. Em outras palavras, a decisão estabelece o princípio de que a imprevisível extensão de um tipo de dano previsível é simples questão de grau e, portanto, irrelevante para isentar a responsabilidade.

Finalmente, Lord Parker considerou que se devia fazer uma substancial redução da quantia a ressarcir em função da circunstância de que existia a possibilidade de que a vítima tivesse desenvolvido o câncer de qualquer maneira, ainda sem ter sofrido a queimadura.

No Canadá, a Corte de Apelações de Ontário teve também oportunidade de se pronunciar a respeito. Em *Cotic v. Gray* uma pessoa sofreu graves ferimentos como conseqüência de um acidente de carro devido à negligência do réu. Pouco antes do acidente, a vítima vinha apresentando sintomas de

neurose e depressão que pioraram depois, até o ponto de cometer suicídio 16 meses depois. O réu negava a responsabilidade pela morte baseado em que, ainda que a morte derivada de dano físico no acidente fosse previsível, o suicídio não o era.

A Corte decidiu que o réu devia tomar sua vítima como ela se encontrava, ou seja, uma pessoa psicologicamente vulnerável. De modo que, ainda que a consequência fosse indiscutivelmente imprevisível, mas, a partir do momento em que algum dano pessoal fosse previsível, o princípio do “crânio delgado” opera autonomamente estabelecendo, como questão de política legislativa, a responsabilidade pelo dano associado à peculiar vulnerabilidade da vítima. A alegação de que o suicídio teria quebrado o nexo de causalidade foi rejeitado, não porque o suicídio fosse previsível como a consequência natural do ato do réu, mas porque a política defendida pelo princípio do “crânio delgado” ver-se-ia frustrada se fosse atribuída uma relevância causal à peculiar vulnerabilidade da vítima

6. A previsibilidade da seqüência causal

Uma importante restrição, considerada como um recuo em relação a *The Wagon Mound*, ou um passo em favor das vítimas, surgiu em *Hughes v. Lord Advocate*. Empregados do réu deixaram aberto um poço de inspeção em que tinham estado trabalhando, coberto apenas com uma pequena barraca e rodeada de lâmpadas de óleo. Uma criança de oito anos, brincando com a lâmpada, tropeçou derrubando-a no poço. Imediatamente, seguiu-se uma explosão com chamas de 9 metros de altura que provocaram a queda da criança para dentro do poço, sofrendo graves queimaduras. Duas instâncias tinham negado a responsabilidade baseados no caso *Wagon Mound*. A argumentação era que, apesar de que o dano por queimaduras fosse previsível se a criança tivesse tomado contato com uma das lâmpadas, a seqüência de eventos em que ocorreram os fatos tornaram essas queimaduras não previsíveis. Em outras palavras, a *classe* ou o *tipo* de danos sofrido, não era previsível. A rigor, a inclusão da distinção da *classe* ou *tipo* de danos previsível era uma terminologia que tinha sido incorporada em *The Wagon Mound*. Com efeito, naquela circunstância, o dano que foi considerado previsível era o de tipo ecológico, mas não o de fogo.

A Câmara dos Lordes revogou as decisões anteriores interpretando que apenas a fonte do risco devia ser previsível, mas não os detalhes em particular em que aconteceram os fatos. Houve negligência em deixar aberto o poço sem custódia. Na expressão da Câmara, “uma tentação” para que crianças procurassem brincar nele. Os Lordes expressaram que uma reconhecida fonte de risco (as lâmpadas) provocaram a queimadura pela inesperada explosão, mas que isso não era diferente da *classe* de dano de queimadura por contato direto com a chama da lâmpada. A distinção entre queimadura e explosão que provoca queimadura era muito sutil para ser aceita. O *tipo* de acidente, a queimadura

de uma criança, era razoavelmente previsível, ainda que os meios através dos quais a fonte de risco provocou a consequência fosse imprevisível.

Independentemente da fraseologia empregada, a conclusão de *Hughes v. Lord Advocate* parece ser a de que há uma reaproximação, pela porta dos fundos,