



PROFECIA, PREDIÇÃO E CAUSALIDADE: ANÁLISE DE UMA TRAJETÓRIA DA INDENIZABILIDADE E SEUS EFEITOS NA CONCEPÇÃO DE DANOS MORAIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Francisco Cardozo Oliveira¹

Resumo:

O artigo faz uma análise da trajetória de compreensão da causalidade e seus efeitos nos fundamentos do direito de indenização por danos morais no direito civil brasileiro. Recupera-se o papel que a causalidade desempenha na explicação do mundo e na ciência, seu caráter profético e de predição, e os desdobramentos no direito. Busca-se investigar o modo como a questão da causalidade está confrontada com os fundamentos do direito à indenização por danos morais e, ao mesmo tempo, produz efeitos na estrutura e na forma de compreensão da responsabilidade civil no contexto da realidade social e econômica brasileira.

Palavras-chave: causalidade; responsabilidade civil; indenização; danos morais; quantificação.

PROPHECY, PREDICTION AND CAUSALITY: ANALYSIS OF A TRAJECTORY OF INDEMNITY AND THEIR EFFECTS ON THE CONCEPTION OF MORAL DAMAGES IN BRAZILIAN CIVIL LAW

Abstract:

The article makes an analysis of the trajectory of understanding causality and its effects on the grounds of the right to indemnification for moral damages in Brazilian civil law. It recouped the role that causality plays in explaining the world and in scientific reflection, its predictive and prophetic character, and the unfolding of law. It seeks to investigate how the question of causality is confronted with the fundamentals of the right to compensation for moral damages and, at the same time, has effects on the structure and understanding of civil responsibility in the context of Brazilian social and economic reality.

Keywords: causality; civil responsibility; indemnity; moral damages; quantification.

INTRODUÇÃO

A causalidade constitui elemento determinante do modo como o direito avalia comportamentos na vida social e atribui efeitos jurídicos. Pode-se afirmar, inclusive,

¹ Pós-Doutor pela UFSC, Doutor em Direito pela UFPR, Professor do Mestrado do UNICURITIBA, Juiz de direito no Tribunal de Justiça do Paraná



que a questão da causalidade constitui elemento estrutural do ordenamento jurídico da modernidade.

O estudo da causalidade surge na dogmática integrado aos fundamentos dos institutos jurídicos; o problema da causa, nesse contexto, ganha relevo apenas quando associado aos contratos, à responsabilidade civil, a imputação de culpa ou dolo ou mesmo à configuração do crime. Resulta negligenciado o papel que a causalidade desempenha na configuração dos direitos e das obrigações e que acaba sendo determinante para a atribuição de efeitos jurídicos.

Em face desse contexto, a proposta da análise é a de tratar da relevância da causalidade na formação dos direitos e das obrigações e, ao mesmo tempo, revelar o modo como no direito se observou um desdobramento dogmático da compreensão das causas que, para além do campo jurídico, desde sempre esteve atrelado aos destinos da humanidade no mundo. Nesse sentido, discute-se o fato da causalidade contemplar uma determinante de explicação dos fenômenos no mundo, e de operar a transição entre o profético, o místico e o campo da ciência. Essa transição carrega paradoxos porque o profético não deixa de continuar a influenciar a explicação das causalidades no mundo, enquanto a ciência encontra dificuldades para lidar com a complexidade das causas dos fenômenos da natureza e da vida de relação em sociedade e corre o risco de guiar-se pelo irracional.

O direito não escapa a esse paradoxo da causalidade; a consolidação do direito moderno teve que confrontar o profético e o místico e afirmar a objetividade científica. O quanto o esforço de construção dogmática conseguiu esconjurar o profético e o místico e sustentar uma racionalidade de causas e efeitos no ordenamento jurídico permanece necessitado de delimitação.

O artigo tem por objetivo dar conta dessa trajetória da causalidade, com seus efeitos no campo jurídico, tendo em perspectiva os reflexos na estrutura de fundamentos do direito à indenização por danos morais.

O problema está estruturado em torno da indagação acerca do alcance da relação entre a trajetória da causalidade e o ordenamento jurídico, e seus efeitos na concepção de indenização por danos morais no direito brasileiro.

Para dar conta da análise que o problema suscita o artigo está estruturado em três partes; a primeira delas se dedica a tratar da causalidade como explicação do mundo e da vida e traçar o caminho que leva da profecia à ciência; não pode ser negligenciado



nesta parte o quanto a arte pode contribuir para esclarecer o papel da causalidade na formação da consciência do homem ao longo da história. A segunda parte tem um corte epistemológico mais dogmático, voltado para a análise da racionalidade das causas no direito, em especial no direito civil, naquilo que diga respeito à responsabilidade civil, sem contudo deixar de lado que o problema da causalidade também afeta os direitos difusos, como o da tutela do meio ambiente, e o direito penal. No final, a análise converge para tratar dos limites da causalidade em face do direito a indenização por danos morais de modo a permitir indicar o quanto o problema da causa pode ter ganho objetividade ou ter permanecido imerso nas brumas da incerteza e do inalcançável a colocar em xeque o discurso da cientificidade e da técnica jurídica.

Adota-se o método dialético e crítico, que ganha sentido no desenvolvimento da análise, apoiado em pesquisa bibliográfica.

1. A CAUSALIDADE NA EXPLICAÇÃO DO MUNDO E DA VIDA: O CAMINHO DA PROFECIA À CIÊNCIA

O problema das causas sempre esteve presente na construção da socialidade. Os riscos, as incertezas e os perigos da natureza confrontaram o homem com a necessidade de relacionar causas e efeitos de modo a alcançar a compreensão do tempo, estabelecer o sentido do passado e do futuro e proteger a vida e a comunidade. A causalidade, desse modo, está ligada a uma compreensão do mundo e da vida em sociedade dado que, a partir da relação entre causa e efeito, se torna viável elaborar valores e sentidos para a ação, condutas e comportamentos humanos.

A relação entre causas e efeitos desempenha papel importante na consolidação da modernidade, tomada como ponto de partida para a análise, na medida em que é nesse contexto que se desenvolve o embate entre formas predominantes de compreensão do mundo: uma de natureza profética, mística e mágica, e outra de natureza racional, reflexiva e existencial; do confronto entre essas duas perspectivas de explicação das causalidades emergem os fundamentos que, no campo jurídico, permitem estruturar titularidades de direitos e proteção à pessoa.

1.1 A causalidade entre profecias do fim do mundo e predição do futuro: o nascimento da ciência moderna e seus efeitos no direito



Na visão cristã o futuro é o fim do mundo. “*Houve relâmpagos, estrondos, trovões e um violento terremoto, tão violento como nunca houve igual desde a criação dos seres humanos*” (João, 16-18). De acordo com Reinhart Koselleck, somente quando a escatologia do apocalipse começa a operar um efeito desintegrador, o fim do mundo não pode mais ser visto como futuro; ou seja, o futuro não está mais situado no fim dos tempos e conseqüentemente na possibilidade de salvação; começa a observar-se o adiamento do fim do mundo cada vez mais para um futuro distante para o que contribuiu, segundo Reinhart Koselleck, as predições da astrologia cuja influencia, na explicação dos destinos da humanidade, apenas declinou com a afirmação da ciência no Século XVIII. Somente com a luta contra profecias políticas e religiosas é que o Estado se apropriou do monopólio da manipulação do futuro. Transformaram-se as previsões de cristãos crentes e as profecias em ação política e, desse modo, de acordo com Reinhart Koselleck, se tornou possível estabelecer uma relação entre passado, presente e futuro e a ideia de progresso, representada pela tríade Antiguidade, Idade Média e Idade Moderna (2006, p. 21-39); o futuro passou a ser visto como sinônimo de felicidade e não de fim dos tempos.

Em torno das profecias e predições articulavam-se relações de causalidade na explicação do modo como os fenômenos naturais influenciavam a vida das pessoas e as comunidades. Associar-se o fim do mundo a aparição de monstros, catástrofes, dor e sofrimento implicava assumir que uma vida sem regras e desmedida era a causa daqueles efeitos malignos que poderiam materializar-se no futuro do fim dos tempos. Era necessário, desse modo, compreender o modo como o universo conspirava contra a humanidade de forma a interferir na relação de causalidade que podia conduzir a toda espécie de sofrimento e de aniquilamento da vida. Enquanto a Igreja invoca milagres para salvar o mundo, a astrologia elabora predições e traçava o caminho a ser seguido para evitar infortúnios.

Era necessário explicar as leis que regem o mundo e o modo como estão implicadas as causalidades de que derivam eventos benéficos ou sinistros. Coube a Martin Lutero, segundo Aby Warburg, travar a luta entre a obstinação da prática astrológica de subordinar os eventos históricos à causalidade mitológica. Diz ele que, enquanto Martin Lutero aceitava a natureza místico-transcendental do evento cosmológico do prodígio natural tornado possível pela onipotência de Deus, os astrólogos utilizavam a astrologia antiga como proteção contra os infortúnios do destino



terreno determinado pelas conjunções cósmicas (2013, p. 515-621). Tratava-se de assegurar que os eventos encadeados na história não resultassem em guerra e destruição e, ao mesmo tempo, assegurar o sucesso da missão eclesiástica revolucionária a ser desencadeada por Martin Lutero.

Estava em jogo o domínio das causalidades determinantes dos eventos na história. Na batalha explicativa do mundo que oscilava entre predições astrológicas e a espera de prodígios e milagres, segundo Aby Warburg, revela-se um paradoxo: na astrologia a matemática, o instrumento mais refinado do pensamento abstrato, é instrumentalizado para a compreensão da harmonia do universo, ao mesmo tempo, o sistema de linhas e quadros matemáticos, é tomado pelo temor supersticioso e atávico das designações dos astros; os números surgem como demônios aterradores. Para Aby Warburg em torno desse embate se articulavam os elementos da liberdade de pensamento da modernidade europeia (2013, p. 515-621).

Na esteira das premissas estabelecidas por Aby Warburg, é possível sustentar que o confronto em torno da causalidade, de compreensão dos efeitos e das causas dos fenômenos e sua influência nos destinos da humanidade, acabou sendo determinante para o exercício da reflexão; do ponto de vista do direito, permitiu construir as bases de uma racionalidade de causas capaz de dar suporte ao sistema de normas gerais e abstratas; permitiu também fixar os elementos básicos da ciência moderna e, em torno dela, da dogmática jurídica da modernidade que, como lembra Paolo Grossi, a partir do Século XIV, operou a lenta e progressiva oposição entre um mundo de individualidades inseridas na vida de relação e uma individualidade isolada, que deu ensejo à formulação da ideia de direito subjetivo (2014, p. 45-105). Deixou de fazer sentido uma explicação de causas e efeitos na perspectiva dos destinos da vida comunitária.

1.2 Ciência, matemática e a racionalidade de causa e efeito: o confronto com a racionalidade hermenêutica do direito

A lógica matemática que serviu para demonstrar a causalidade entre os astros e os destinos da humanidade, abriu caminho para consolidar os pressupostos científicos de explicação causal dos fenômenos da natureza. O surgimento da ciência moderna guarda relação com as práticas de predição, de mística e magia na transição entre Idade Média e Idade Moderna. A ciência ocupou o lugar do místico no objetivo de estabelecer a



causalidade dos fenômenos da natureza. Convém observar o modo como o pensamento científico moderno articula a relação entre causa e efeito e os reflexos dessa articulação na forma como elaborados os fundamentos do direito.

Na *Crítica da razão pura* Kant formula o princípio da causalidade que constitui o fundamento da explicação científica dos fenômenos: dar as causas é explicar ao mesmo tempo os efeitos. Patrícia Kauark-Leite chama a atenção para o fato de que, no pensamento de Kant, o princípio da causalidade se desdobra em duas perspectivas: uma relacionada a causalidade empírica, o modo como percebida a alteração dos fenômenos no tempo; e a outra regulada pela razão que determina o modo como são elaboradas a teoria e as leis científicas (2014, p. 183-199). Disso decorre que o problema da causalidade, do ponto de vista do conhecimento científico, não se restringe a observação empírica de causas e efeitos; a causalidade exige considerar também o modo como a reflexão, a partir da experiência da causalidade, produz a síntese e formula a lei que permite compreender o modo como está articulada a realidade. Assim, a causalidade estrutura o conhecimento da natureza e, ao mesmo tempo, estrutura a reflexão que permite formular a lei de explicação do funcionamento da natureza. Mas esse processo não pode ser visto de forma abstrata sem levar em conta o que Hegel propõe, nos termos de uma consciência fenomenológica, que implica a experiência do universal e do singular. Como diz Jurgen Habermas, a identidade da consciência cognoscente, assim como a objetividade dos objetos do conhecimento, se formam apenas na linguagem que elabora a síntese do eu e da natureza (2014, p. 35-74) Nessa perspectiva, a causalidade estrutura uma relação de causa e efeito que é mediada pela linguagem situada no mundo e que coloca em evidência a irredutibilidade da compreensão do sentido da ação e do comportamento.

Na construção da ciência jurídica, a causalidade ao mesmo tempo em que permite compreender a relação empírica entre causa e efeito na realidade de ações, comportamentos e condutas, e nas formas de interação social, serve para fundamentar o modo como o sistema jurídico, mediante a construção conceitual e dogmática, estrutura o sentido e a titularidade de direitos e obrigações. Daí que no direito a causalidade não se esgota na defesa positivista de relações causais, como pretendido pela modernidade; exige considerar também o quanto a causalidade evolui a compreensão hermenêutica de sentido.





2. A RACIONALIDADE CAUSAL NO DIREITO E SEUS LIMITES NO DIREITO INDENIZATÓRIO

No direito indenizatório se manifesta o modo como o direito incorpora o princípio da causalidade: de relação empírica de causa e efeito e o seu desdobramento dialético de elaboração reflexiva, em que a causalidade permite reconhecer existente o direito à indenização. Essa questão pode ser vista em três momentos na dogmática do direito contemporâneo: nos fundamentos do direito indenizatório; nos direitos difusos, em especial na tutela do meio ambiente, e no direito penal.

2.1 A causalidade no direito penal

De acordo com o art. 13 do Código Penal brasileiro, *considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*; a lei brasileira adotou a teoria da *conditio sine qua non*. Para Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a causalidade permite determinar o limite da responsabilidade penal (2006, p. 406-408).

A causalidade no direito penal é central para estabelecer a relação entre a ação do agente e o resultado querido que acarreta a sanção; a definição da autoria e mesmo do delito gira em torno da relação de causalidade.

A relevância da causalidade no direito penal reside em fornecer elementos para permitir imputar uma conduta ou um comportamento a uma determinada pessoa. Nesse sentido, a causalidade contempla uma complexidade que não se esgota no âmbito da teoria da condição ou teoria da equivalência das condições. Como dizem Paul Bockelmann e Klaus Volk no direito penal não opera apenas um nexo científico-natural, entre determinados eventos, para dar conta da relação entre causa e efeito; interessa identificar o caráter significativo da causa para o resultado, mediante critérios jurídicos (2007, p. 77-86). Verifica-se, portanto, que a causalidade no direito penal, na relação entre causa e resultado, contempla uma dimensão normativa, de modo a estabelecer a causa que deve ser juridicamente relevante para a imputação de uma conduta a uma pessoa. A teoria da equivalência ou da condição, segundo Paul Bockelmann e Klaus Volk operam no paradigma da noção causal da física clássica, que observa a relação entre a causa e o efeito nos fenômenos no mundo; trata-se, portanto, de uma explicação mecânico-causal dos desdobramentos dos fenômenos e consequentemente do comportamento e da conduta humana; contudo, dizem eles, é

preciso considerar que causar algo pode não significar operar mudanças por intermédio de forças físicas e que uma causa pode estar em relação de legalidade com um efeito, o que conduz à possibilidade de uma imputação objetiva, exterior à causalidade (2007, p. 77-86).

Nos crimes de infração de dever em que, como assinala Silvina Bacigalupo, o ato de descumprimento do dever pode não estar dirigido para a realização do resultado, mas pode, inclusive, incluir a ação de outro que produz a lesão (2007, p. 57, 85 e 121). Nos crimes de infração de dever ganha relevância uma espécie de dever extrapenal daquele que assume a posição de garante; a ação ou a omissão do agente deve ser mensurada a partir de obrigação que não surge diretamente de norma de caráter estritamente penal; a norma penal apenas sanciona o dever de cuidado criado por normas de outra natureza. Como lembra Francisco de Assis Toledo, nos crimes comissivos por omissão a causalidade não é fática, mas jurídica (1991, p. 117).

Na relação entre autoria e participação também emerge a questão da causalidade que Claus Roxin busca solução mediante a teoria do domínio do fato; sustenta-se que somente pode ser responsabilizado aquele que tem domínio do fato (2000); o problema está em estabelecer o modo como a causalidade estrutura o domínio do fato, seja do ponto de vista normativo, seja do ponto de vista da situação físico-naturalística.

No direito penal, portanto, não se estabelece um nexos de causalidade restrito a uma relação físico-mecânica de causa e efeito; opera-se também a construção de um nexos de causalidade normativa, em que a relação entre causa e efeito surge mediada por critérios de legalidade de modo a permitir formas de imputação objetiva, em que a responsabilização penal pode recair sobre quem não tenha praticado a violência ou a lesão. Deve-se considerar, todavia, que o distanciamento entre causalidade física e causalidade normativa, no direito penal, contempla o risco de ampliar formas abstratas de construção da relação entre causa e efeito e de potencializar o aumento de formas de punição.

2.2 Proteção do meio ambiente e causalidade

A proteção do meio ambiente ampliou no ordenamento jurídico a compreensão de relações de causalidade.



A natureza transformada em objeto de apropriação mercantil constitui uma das marcas da modernidade; mas essa forma de ação humana provoca degradação ambiental; na atual realidade pós-moderna existe o risco de que a prática de exploração de recursos naturais possa provocar catástrofes; configura-se, portanto, uma complexidade de riscos para a preservação do meio ambiente e da própria vida na terra que se desdobra em exigências de tutela jurídica.

A proposta da modernidade de um desenvolvimento científico e tecnológico voltado para o domínio da natureza, uma vez instrumentalizada para fins mercantis, acaba ela própria pondo em risco a preservação do meio ambiente. O incremento de tecnologia e de conhecimento científico, paradoxalmente, aumenta as incertezas e dificulta a tomada de decisões no âmbito do sistema jurídico acerca de problemas ambientais que envolvam interesses difusos; conforme assinala José Esteve Pardo, a ciência acaba sendo fonte de incertezas porque ela alimenta o incremento da tecnologia e, ao mesmo tempo, não dispõe de meios para controlar seus efeitos para o meio ambiente (2009, p. 54-55). As incertezas produzidas pela tecnologia e pela ciência atuam em paralelo a ampliação de formas de mercantilização da natureza e da vida; prepondera a lógica econômica ao invés da prevenção de riscos ambientais. A questão do aquecimento global, na medida em que implica limitar de certo modo o crescimento da atividade econômica, é contestada por especulações científicas.

De acordo com Ulrich Beck os princípios da precaução e da prevenção resultam ineficazes na solução de crises ecológicas (1997).

A regulação dos riscos ambientais mediada pelo princípio da precaução ou da prevenção introduz no campo jurídico uma racionalidade causal que implica considerar não apenas o que ocorreu no passado e se verifica no presente, mas também o que pode resultar no futuro; o princípio da precaução, desse modo, introduz uma dinâmica de relação de causalidade em que as causas se verificam no presente mas os efeitos se produzirão no futuro. O progresso, nesse contexto, a exemplo da noção profética do fim de mundo, está sempre adiado na pós-modernidade. Em torno dessa questão Enrique Leff assinala que a razão cartesiana e a física newtoniana fundaram uma racionalidade mecanicista que não alcança a relação entre as condições ecológicas e os limites postos para a produção econômica, de modo que a economia passou a operar no círculo abstrato de preços de mercado, sem dar conta de suas bases materiais (2006, p. 225). Essa crítica também pode ser aplicada à compreensão do princípio da precaução que,

na tutela do meio ambiente, opera a relação entre causa e efeito por meio de critérios abstratos rodeados de incertezas traduzidas do plano científico para o plano jurídico.

A relação entre causa e efeito, na tutela do meio ambiente, também extrapola os limites físicos e naturais e se subordina a elementos normativos, com a agravante de estarem endereçados para um futuro que, a rigor, não pode ser alcançado desde o presente, na exata medida em que a sociedade de massas estreita os horizontes de reflexão aferrada à instantaneidade superficial do momento criado pela racionalidade imagética.

2.3 O nexó de causalidade no direito indenizatório

A complexidade derivada de riscos e incertezas na sociedade pós-moderna repercute efeitos nos fundamentos do direito indenizatório e da responsabilidade civil. A oscilação entre um paradigma de responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, e uma responsabilização objetiva, que abre uma dimensão de tutela preventiva, potencializa incertezas dado que, nos casos de eventos catastróficos, não é possível estabelecer de forma objetiva o que resulta de atos imputáveis a pessoas, bem como de bens atingidos a determinar indenização. Exemplo dessa situação de incerteza se observa no caso do incêndio da Boate Kiss, em Santa Maria, no Brasil, ocorrido em janeiro de 2013, que provocou a morte de mais de duzentas pessoas, em que evidenciadas as dúvidas acerca da imputação de condutas, do alcance de regras de segurança e dos limites objetivos e subjetivos de deveres de cuidado e proteção (2013).

José Esteve Pardo afirma que, em face de um acidente ou do controle de emissões de poluentes, já não é mais possível estabelecer com exatidão relação de causa e efeito; diz ele que, em face desse dilema, procura-se reconfigurar o direito indenizatório com base em normas técnicas, com sua própria lógica e racionalidade interna, alheia ao sistema jurídico; trata-se de definir e estabelecer os limites de atuação profissional, de modo a determinar que prestação seria exigível em uma situação específica; em outra perspectiva, assimila-se a norma técnica como forma de mensuração de qualidade que servem para avaliar produtos e serviços no mercado; as normas técnicas também ganham espaço na questão da segurança, no contexto em que já não é mais possível eliminar o risco de acidentes, mas regular, dentro do possível, a potencialidade dos danos (1999). As premissas sustentadas por Miguel Kfoury Neto, em torno da responsabilidade do profissional de medicina no Brasil, podem ser enquadradas



nesse contexto de assimilação pelo ordenamento jurídico brasileiro de elementos de normas técnicas; diz ele que o profissional de medicina deve atuar com o cuidado, perícia e conhecimentos compatíveis para o desempenho do que seria razoável esperar de um médico prudente (2002, p. 33-35); aplicar-se-ia ao médico, na sua visão, as regras da arte da medicina e, nesse sentido, ele está de acordo com o que afirma José Esteve Pardo, de trânsito dos fundamentos de responsabilização no direito em busca de apoio na *lex artis*.

A adoção de fundamentos de normas técnicas na regulação de danos na área de direitos do consumidor se verifica a partir de um dever de qualidade de produtos e serviços mensurado, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, pela regra do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de segurança e qualidade que possam ser legitimamente esperadas. No direito de consumo, portanto, não existe uma garantia de segurança total que não pode ser assegurada em face dos riscos inerentes à exploração mercantil de artefatos tecnológicos nos mercados. A questão da segurança e da qualidade de produtos e serviços nos mercados permanece envolta em incertezas que não diminuem em face de uma responsabilização de natureza objetiva; o que havia de incerteza e subjetividade em torno da mensuração da culpa, transfere-se no direito de consumo para uma incerteza em relação a objetividade de segurança e qualidade de produtos e serviços.

O salto do direito indenizatório de busca de fundamentação em normas técnicas, como bem lembra José Esteve Pardo, não reduz incertezas, porque a tecnologia está sujeita a constante abertura e a incorporação de inovações que reduzem a solidez científica que possa estar implicada na relação de causalidade que se estabeleça a partir delas (1999).

Observa-se, portanto, que o trânsito de fundamentos entre responsabilização subjetiva e objetiva, no direito de danos, em que pese a pretensão de reduzir as incertezas em torno da relação de causalidade, acaba em verdade por potencializar riscos e dúvidas. Na atual configuração da sociedade pós-moderna, a causalidade que antes dependia de uma observação empírica de causas e efeitos na realidade, é reduzida a uma mensuração abstrata de imputação, que tem uma dimensão legalista e conceitual, incapaz de alcançar a complexidade de causas e efeitos envolvidos na tutela de danos; às incertezas da realidade do mundo se contrapõe uma relação abstrata de causas e efeitos.

3. OS LIMITES DA CAUSALIDADE E A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O Código Civil brasileiro, em matéria de responsabilização, desdobra relações de causalidade, conforme se observa do disposto nos arts. 186 e 944, mas não ignora as dificuldades de imputar direito e obrigações decorrentes de danos; o art. 186 obriga a indenizar aquele que por ação ou omissão, negligência ou imprudência, viola direito e causa danos; o artigo 944 afirma que a indenização se mede pela extensão do dano; a compreensão dessas regras envolve necessariamente o estabelecimento de um nexo de causalidade que se desdobra em duas dimensões; a que se estabelece entre ação danosa e danos causados; e a que se refere à relação entre os prejuízos decorrentes dos danos e a quantificação monetária da indenização devida. Não pode ser negligenciado o que afirma Eugênio Facchini Neto no sentido de que, no Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil, em razão da atual configuração da sociedade e dos riscos implicados, fez um inclinação para preservar a indenização de danos, deixando de lado a individualização do responsável pela ação danosa; diz ele que o Código Civil atrelou a indenização a extensão do dano, sem fazer indagação acerca do elemento subjetivo (dolo ou culpa), ao mesmo tempo em que mitigou o critério objetivo pela regra de prudência do § único do mesmo art. 944 (2003, p. 151-198).

De todo modo, ainda que aceita a opção do Código Civil pela mensuração da indenização a partir dos danos, apoiada em critérios de responsabilização objetiva, ela não está livre de assimilar relações de causalidade.

A esta altura, convém fixar o modo como as relações de causalidade operam efeitos na regulação do direito de danos e o quanto na trajetória dos fundamentos da responsabilidade civil elas confrontam fantasmas de profecias e predições. Essa questão pode ser vista desde uma perspectiva mais ampla de abstração das relações de causalidade e seus reflexos nos fundamentos da responsabilidade civil; e, de uma perspectiva mais específica e casuística, para o que interessa para análise, da questão da causalidade na indenização por danos morais.

3.1 Causalidade e os fundamentos da responsabilidade civil na atualidade: o retorno dos fantasmas



Consolidou-se no pensamento jurídico tradicional o entendimento de que a configuração da responsabilidade civil exigia a demonstração da ação culposa, o nexo de causalidade e o dano. Nesse contexto, de modo específico, o nexo de causalidade no direito de indenização pode ser intuito desde as regras dos arts 403 e 942 do Código Civil. Na doutrina, o indicativo é o de que o Código Civil, em termos de nexo de causalidade, teria adotado a teoria da causalidade direta e imediata a determinar que a indenização somente é devida, na medida em que possível estabelecer relação direta e imediata entre danos. Na visão tradicional o nexo de causalidade permite imputar o dano a alguém e, ao mesmo tempo, mensurar a extensão dos danos. Assim, o nexo de causalidade devia permitir estabelecer limites para a imputação de ação danosa, assim como para a fixação do montante da indenização devida.

Mas essa visão de nexo de causalidade perdeu viabilidade. Para Anderson Schreiber ocorreu o que ele denomina de flexibilização do nexo causal, mediante a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil; ele sustenta que, apesar da importância, a jurisprudência tem se recusado a tratar do nexo de causalidade fazendo referência a inúmeras teorias para justificar uma escolha subjetiva e discricionária que melhor asseguraria a proteção da vítima; o nexo de causalidade resulta presumido; essa prática jurisprudencial, de acordo com Anderson Schreiber, deu margem na doutrina a formulação de teorias sobre causalidade flexível, causalidade virtual e causalidade moral que corroboram a margem de discricionariedade do juiz na avaliação da relação de causalidade; o objetivo de flexibilização do nexo de causalidade estaria na orientação ideológica dos tribunais de assegurar à vítima alguma forma de indenização, mediante ênfase na questão do dano (2013, p. 151-172). Na mesma direção Gustavo Tepedino, depois de examinar os vários aspectos da teoria da causalidade adequada e imediata, assentada no direito civil brasileiro, ressalta que continua sendo necessário investigar o nexo de causalidade para estabelecer o dever de indenizar, de modo a estabelecer o alcance do evento danoso (2002, p. 7-18).

A inclinação da atenção da jurisprudência para o dano reforça a premissa antes referida por Eugênio Facchini Neto de que os fundamentos da responsabilidade civil colocam ênfase no problema do dano. Essa circunstância, contudo, não pode significar ignorar as relações de causalidade que configuram o direito à indenização e que, inclusive, envolvem a própria extensão do dano, conforme previsto na regra do art. 944, do Código Civil.

A elisão no exame do nexo de causalidade, que pode ter sido facilitada pelo aumento de formas de responsabilização objetiva, de maneira mais ampla, decorre da complexidade de efeitos e causas que podem emergir em torno de uma situação danosa. No âmbito dos direitos do consumidor ou mesmo dos danos aos direitos à personalidade podem emergir causalidades complexas e paradoxais de difícil mensuração para a solução do caso concreto. Pense-se, por exemplo, na situação de defeitos técnicos em um veículo adquirido por um consumidor de que resultou acidente; dada a complexidade de tecnologias presentes nos veículos pode resultar difícil estabelecer se o defeito surgiu de uso inadequado do produto, de deficiência de fabricação ou da utilização de materiais de baixa qualidade; acaba sendo mais fácil elidir o nexo de causalidade e sustentar a responsabilização direta e objetiva, no pressuposto de que o dano ocorrido não pode permanecer sem reparação. Em torno desse exemplo gravita uma compreensão difusa de que a realidade tecnológica da sociedade de consumo de massa implementa riscos incomensuráveis que atingem a pessoa, cujos efeitos nocivos se manifestam na realidade no momento em que se consolida um dano. É nesse sentido que se estrutura a premissa de socialização de riscos e de deveres de indenizar.

Assim, nos fundamentos do direito de danos, a questão do nexo de causalidade perdeu a dimensão conceitual e dogmática que havia sido construída pelo direito moderno e passou a girar em torno de uma forma de explicação das causas e efeitos que se manifestam no mundo pleno de riscos e de ameaças inescrutáveis; a responsabilidade civil voltou a ser assombrada pelos fantasmas de profecias e predições.

3.2 Causalidade na indenização por danos morais: o reprimido que retorna e o alívio da reparação pecuniária

Talvez resida na indenização por danos morais a demonstração mais inequívoca de elisão de relações de causalidade no direito indenizatório. Na visão de Anderson Schreiber, a indenização por danos morais se insere na dinâmica de expansão do dano ressarcível, o que coloca em evidência a necessidade de elaborar critérios de seleção dos interesses dignos de tutela por meio da responsabilidade civil (2013, p. 151-172)). Na medida em que a relação de causalidade perdeu seu sentido objetivo, ampliaram-se as oportunidades de tutela de que resultou um esforço de argumentação no sentido de identificar situação de danos indenizáveis. Nessa perspectiva, o próprio Anderson



Schreiber afirma que as dificuldades de quantificação da indenização por danos morais revela uma contradição na realidade brasileira que, apesar de reconhecer a natureza extrapatrimonial do dano, insiste em repará-lo de forma exclusivamente patrimonial, por meio de indenização em dinheiro (2013, p. 151-172).

Com efeito, no contexto de afirmação do direito a indenização por danos morais configura-se uma relação em que, ao encobrimento da causalidade, liga-se uma forma de indenização do dano em dinheiro.

Quando a indenização por danos morais ainda sofria restrições por parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, conforme refere Judith Martins-Costa, o fundamento para negar o direito à indenização residia na premissa de que o preço da dor era incomensurável e não podia ser reduzido a valores monetários (2002, p. 408-446). Consolidado o reconhecimento do direito à indenização por danos morais, na perspectiva de tutela dos direitos da personalidade, a questão da redução da reparação a expressão monetária ganhou outro sentido: o de que a excessiva monetarização dos danos morais pode potencializar sofrimento, ao invés de operar como meio de compensação da dor.

Na perspectiva da tutela dos direitos da personalidade é necessário considerar que a dinâmica de individualização da pessoa envolve a presença do outro e, conseqüentemente, uma luta por reconhecimento de direitos, no sentido do preconizado por Artur Canabrava Rodrigues e Francisco Cardozo Oliveira (2015, p. 328-348). A indenização por danos morais, nesse contexto, para além de uma expressão monetária pode não ser suficiente para resgatar o papel do outro na formação da personalidade da pessoa; pode, inclusive, ocorrer o contrário, de a expressão monetária por danos morais reforçar o isolamento individualista e, com isso, potencializar formas de sofrimento. Como lembra Christoph Turcke a indenização, tomada como troca, não é o equivalente em dinheiro, mas um modo de reconciliação com o outro; o substituto para o dano sofrido, diz ele, permanece sempre uma aproximação puramente gradual e com isso quantitativa; a indenização somente é bem sucedida quando aceita como postulado de justiça da reparação que envolve vítima e agressor (2010, p. 217).

Na medida em que as relações de causalidade perderam sentido objetivo na indenização por danos morais e operou-se a redução quantitativa da reparação a expressão monetária, a casuística tem evidenciado os limites colocados para a responsabilização. Como afirma Niklas Luhmann é o caso que torna visível os limites



da norma (2016, p. 343); assim, é necessário verificar em que medida o caso pode implicar os limites da quantificação dos danos morais reduzida a expressão monetária e, ao mesmo tempo, servir para resgatar o sentido das relações de causalidade.

Recentemente, o STF no RE n.º 580252-MS reconheceu o direito do preso à indenização em razão do tempo de permanência da pessoa em situação degradante, durante o cumprimento de pena privativa de liberdade. A decisão reafirmou o compromisso da jurisprudência do STF com a premissa de responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica das pessoas que estão sob custódia.

A partir deste precedente, a 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento da Apelação Cível n.º 1453684-1, decidiu sobre o direito a indenização por danos morais da pessoa que acabou presa e permaneceu na prisão, pela prática do crime de latrocínio, depois de operada a prescrição. No debate ficaram evidenciados os limites da relação de causalidade; enquanto o Relator e a maioria negou o direito à indenização porque entendeu que não fazia sentido indenizar por danos morais quem havia cometido crime de latrocínio, a minoria defendeu o reconhecimento do direito à indenização que pudesse superar no autor da demanda a desumanidade que está na essência de um humanismo unilateral, individualista e de isolamento provocado pelo desejo e pela posse do dinheiro; nesse sentido, admitiu-se que a única maneira de assegurar que a indenização pudesse compensar o sofrimento provocado pela prisão ilegal seria alargar o nexo de causalidade para admitir que o sofrimento do autor não podia ser visto dissociado do sofrimento provocado para a vítima e seus herdeiros; seria o caso então de resgatar os interesses da vítima e seus herdeiros como o outro que compartilha a existência comum no mundo; afirmou-se que a indenização por danos morais passa a contemplar um compromisso fraterno entre autor e parentes da vítima traduzível no campo jurídico por meio de uma condição suspensiva dando-se relevo ao resgate da normatividade do princípio da fraternidade, na esteira do que vem sendo defendido por Josiane Rose Petry Veronese, no sentido de construção harmoniosa da vida social, de valorização da humanidade e de uma reconstrução metodológica que possa alcançar a aplicação do direito (2011, p. 109-132). Assim, condicionou-se o recebimento da indenização por danos morais a que o autor da demanda procurasse antes indenizar os herdeiros da vítima.

O exame do caso evidencia que na indenização por danos morais, embora possa ocorrer a tradução monetária, não é necessário que as relações de causalidade



permaneçam restritas a operar o retorno do reprimido e dar o alívio aos sintomas mediante reparação em dinheiro.

CONCLUSÃO

Colocou-se o problema de investigar o alcance da relação entre a trajetória da causalidade e o ordenamento jurídico e seus efeitos na concepção de indenização por danos morais no direito brasileiro.

O percurso da análise indicou que a construção de relações de causalidade opera em dois níveis, tomados seus efeitos no direito: o da relação empírica entre causa e efeito, que coloca em evidência o problema do fático em face da norma e da normatividade; e no da relação da causalidade mediada pela linguagem, regulada pela razão e pela reflexão, e estruturada pela lei, pelo conceito e pela sistematização dos institutos jurídicos. Em termos de direito indenizatório, para além da questão de responsabilização subjetiva ou objetiva, perdeu sentido a causalidade empírica em função de uma mensuração abstrata de imputação, que não alcança a complexidade de causas e efeitos envolvidos na tutela de danos. Ao final, em relação à indenização por danos morais, verificou-se que a perda de sentido objetivo das relações de causalidade conduziu a gradativa redução quantitativa da reparação à expressão monetária, com os riscos de reforço do individualismo e de potencialização do sofrimento, a pretexto de minorá-lo.

Uma síntese crítica autoriza indicar que a análise levada a efeito conduz a duas vertentes de enfrentamento do problema: uma linha de concepção abstrata de relações de causalidade, dominada pela premissa de uma realidade social e econômica enredada em riscos incomensuráveis e inescrutáveis; e uma outra linha de concepção material de relações de causalidade, que aponta para a compreensão dos desdobramentos da socialidade implicados na normatividade da norma, disposta a enfrentar, de forma efetiva, os desafios da virada hermenêutica. Não seria o caso de indicar agora o melhor caminho a ser seguido, porque a crítica pressupõe uma análise que não tenha a pretensão de aprisionar o curso da história e da vida.

De algum modo, na atualidade brasileira, o reprimido opera o seu retorno. O surrealismo, diz Hal Foster, pretendeu enfrentar o problema do retorno do reprimido de



maneira sinistra na forma do simulacro (2008). Existe o risco do retorno dos fantasmas de profecias e predições que assombram as relações de causalidade; o resgate das relações de causalidade na indenização por danos morais precisa confrontar esses fantasmas para encontrar os limites de indenizabilidade; e para isso, basta atentar para os elementos objetivos do modo como organizada a sociedade e os sofrimentos que ela engendra.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Silvina. **Autoría e participación en delitos de infracción de deber** – una investigación aplicable al derecho penal de los negocios. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona, Paidós, 1997.
- BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal** – parte geral. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 151-198.
- FOSTER, Hal. **Belleza compulsiva**. 1.^a Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2008.
- GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.
- HABERMAS, Jurgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- KAUARK-LEITE, Patrícia. Ciência empírica, causalidade e razão suficiente em Kant. **Revista do Centro de Pesquisas e Estudos Kantianos Valério Rohden**. Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências – UNESP, São Paulo, vol 2, n.º 2, 2014, p. 183-199.
- KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova** – presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. Responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.



KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado** – contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Editora Contraponto/Editora PUC-Rio, 2006.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental a reapropriação social da natureza**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos a pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In MARTINS-COSTA, Judith (Org). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 p. 408-446).

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Fukushima, Daca e Santa Maria: administração de riscos e o discurso de proteção dos direitos da pessoa e da cidadania na realidade socioeconômica contemporânea. In GUNTHER, Luiz Eduardo; SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de (Coord.); BUSNARDO, Juliana Cristina; SANTOS, Willians Franklin Lira dos (Org.). **Tragédia de Santa Maria** – uma visão multidisciplinar. Curitiba: Instituto Memória, 2013, p. 120-140.

PARDO, José Esteve. **Técnica, riesgo y derecho** – tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1999.

_____ **El desconcierto del Leviatán – Política e derecho ante las incertidumbres de la ciencia**. Madrid: Macial Pons, 2009.

RODRIGUES, Artur Canabrava; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. O abandono afetivo no direito das famílias à luz da teoria do reconhecimento. **Revista Jurídica – Unicuritiba**. Curitiba, vol. 1, n.º 32, 2015, p. 328-348.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Jurídica**. Junho de 2002, n.º 296, p. 7-18.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

TURCKE, Christoph. **Sociedade excitada** – filosofia da sensação. Campinas: Unicamp, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A academia e a fraternidade – um novo paradigma na formação dos operadores do direito. In Veronese, Josiane Rose Petry; Oliveira, Olga



Maria B. Aguiar de (Org). Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2011, p. 109-132.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. vol 1, 2006.

WARBURG, Aby. **A renovação da Antiguidade pagã** – contribuições científico-culturais para a história do Renascimento europeu. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2013.