



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Soares da Costa

O nexo de causalidade na responsabilidade civil do produtor



Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Rita Soares da Costa

O nexo de causalidade na responsabilidade civil do produtor

Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Terminada esta investigação, cumpre deixar um agradecimento a todos os que contribuíram e me apoiaram ao longo deste caminho.

Gostaria de deixar um sincero agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor Nuno Manuel Pinto Oliveira, por toda a disponibilidade, pelo incentivo, pelas sugestões e conselhos, cruciais no desenvolvimento deste estudo.

Aos meus pais e aos meus irmãos, por o apoio incondicional, pela (muita) paciência e incentivo que sempre me proporcionaram. Obrigada por estarem sempre presentes, por acreditarem sempre em mim e por me terem ensinado a nunca desistir.

Ao João, por todo o companheirismo e compreensão.

Por fim, ao meu avô Adélio, que sempre será a minha maior inspiração. A ti dedico este trabalho.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

O nexo de causalidade na responsabilidade civil do produtor

RESUMO

O nexo de causalidade afigura-se como um dos requisitos mais complexos ao nível da responsabilidade civil. A problemática torna-se tanto mais grave quando estão em causa danos provocados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação no mercado de produtos tóxicos os quais, geralmente, constituem danos graves e em massa – podendo assumir a designação de *toxic torts*. Tradicionalmente entendida, a causalidade não oferece uma solução adequada para as especificidades dos danos provocados por produtos tóxicos. Torna-se, pois, imperativo fazer uma releitura crítica da categoria, enfrentando os problemas dogmáticos e probatórios gerados pelo requisito causal, de forma a encontrar uma solução normativamente fundada e materialmente justa para os problemas cada vez mais complexos, característicos da hodierna sociedade industrial e tecnológica, que envolvem danos tóxicos. Assim, a presente dissertação tem como objetivo responder à seguinte questão: como deve ser tratado o nexo de causalidade quando estão em causa *toxic torts*?

Palavras-Chave: causalidade; causalidade possível ou provável; responsabilidade civil do produtor; toxic torts.

The causal link in the producer's civil liability

ABSTRACT

The causal link appears to be one of the most complex requirements in terms of civil liability. The problem becomes even more serious when it comes to damage caused to the health and safety of consumers, through the placing on the market of toxic products which, generally, constitute serious and mass damage – and may be called *toxic torts*. Traditionally, causation does not provide an adequate solution to the specifics of toxic torts. Therefore, it is imperative to critically reread the category, facing the dogmatic and evidential problems generated by the causal requirement, in order to find a normatively based and materially fair solution to the increasingly complex problems, characteristic of today's industrial and technological society, which involve toxic damage. Thus, this dissertation aims to answer the following question: how should causation be treated when *toxic torts* are at issue?

Keywords: causation; possible or probable causation; product liability; toxic torts.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	vii
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	ix
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA: ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR	3
1.1. Mudança de paradigmas do direito da responsabilidade civil: em especial, a responsabilidade objetiva do produtor	3
1.1.1. O Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro: alguns apontamentos.....	6
1.2. O nexo de causalidade como elemento da responsabilidade civil	8
1.2.1. A transposição para o problema jurídico: breve referência à teoria da equivalência das condições ou teoria da condição	9
1.2.2. A teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação	11
1.2.3. Alguns apontamentos sobre a teoria do escopo da norma violada e sobre as teorias do risco	15
CAPÍTULO II – O PROBLEMA DA CAUSALIDADE NOS TOXIC TORTS	19
2.1. A incerteza causal nos toxic torts	19
2.1.1. O efeito das especificidades dos produtos tóxicos na prova do nexo de causalidade	22
2.1.2. Da dificuldade ou impossibilidade de identificação do concreto produtor	25
2.1.3. Breve síntese conclusiva. A necessidade de (re)ponderação da causalidade nos toxic torts.....	31
2.2. A prova do nexo de causalidade no ordenamento jurídico português	32
2.2.1. A «prudente convicção» do julgador: entre a verdade e a probabilidade	32
2.2.2. A proibição de <i>non liquet</i> : os critérios de decisão do julgador em caso de incerteza	35

CAPÍTULO III – O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA DE 21 DE JUNHO DE 2017	38
3.1. A matéria de facto: o problema da causalidade entre a administração da vacina contra a hepatite B e o aparecimento de esclerose múltipla	38
3.2. A prova indireta do nexo de causalidade: em especial, o princípio da efetividade.....	41
3.3. As críticas apontadas: uma decisão indiferente à ciência?	46
3.4. Tentativas de superação das dificuldades probatórias relativas ao nexo de causalidade.	49
CAPÍTULO IV – Uma solução possível para a problemática da «causalidade tóxica»	53
4.1. O sistema de responsabilidade civil como «sistema móvel»	53
4.2. O elemento <i>adequação</i> e o elemento <i>condicionalidade</i> no quadro de um sistema móvel	56
4.3. Regulamentação legal: o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho	62
4.4. Os requisitos da <i>adequação abstrata</i> e da <i>probabilidade concreta</i> aplicados ao caso decidido no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de junho de 2017	64
4.5. O problema da multiplicidade de produtores: em especial, a responsabilidade solidária	66
CONCLUSÃO	74
BIBLIOGRAFIA.....	76

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil austríaco)
AMG	Arzneimittelgesetz (Lei alemã relativa aos medicamentos)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
CEE	Comunidade Económica Europeia
Cfr.	Conferir, confrontar
coord.	Coordenação
CPC	Código de Processo Civil
ed.	Edição
In	Em
i.e.	Isto é
n.º/n.ºs	Número/números
ob. cit.	Obra citada
PETL	Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil
p. ex.	Por exemplo
p./pp.	Página/páginas
proc.	Processo
ss	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume
Vs.	Versus

INTRODUÇÃO

A questão da responsabilidade civil do produtor decorrente de produtos defeituosos configura, atualmente, um dos grandes desafios impostos ao direito civil em geral e ao sistema da responsabilidade civil em particular. Esta problemática assume particular relevância quando estão em causa *toxic torts* – o termo designa danos em série causados, p. ex., ao ambiente, à saúde e segurança dos trabalhadores ou dos consumidores, através da exposição a substâncias tóxicas¹. Efetivamente, na atual sociedade, caracterizada pela incerteza, complexidade e risco surgem, cada vez mais, casos complexos que podem envolver uma pluralidade de causas e interação entre diversos fatores de risco, tornando-se difícil – senão mesmo impossível – para o lesado provar, de forma absoluta e certa, que determinado facto provocou certo dano. Aliás, na maior parte dos casos que envolvem danos tóxicos surge a dificuldade de demonstrar eficazmente a conexão causal. Sendo certo que não se pode prescindir do nexo de causalidade, não podemos ficar indiferentes ao facto de, nestas situações, o lesado se encontrar numa posição excessivamente onerosa quanto à prova do requisito responsabilizatório.

Com efeito, é necessário e urgente repensar, neste âmbito, a problemática da causalidade uma vez que as dificuldades que surgem nesta matéria põem em causa, na prática, a própria operacionalidade do sistema de responsabilidade civil. Assim, o escopo desta investigação será tentar encontrar uma possível solução que, nos casos de responsabilidade civil do produtor por danos causados à saúde e segurança do consumidor, através da colocação em circulação de produtos tóxicos, ofereça uma adequada tutela ao lesado/consumidor, a parte débil da relação de consumo e, desta forma, configure um equilíbrio na distribuição de riscos entre produtor e consumidor.

Num primeiro momento, e de modo a contextualizar a problemática em questão, torna-se importante fazer uma breve abordagem acerca do regime da responsabilidade civil do produtor e analisar a forma como deve ser aferido o requisito causal no âmbito da responsabilidade civil em geral que, como veremos, não colhe unanimidade. Posteriormente, importa centrar a nossa atenção nas especificidades das demandas de responsabilidade do produtor que envolvem produtos tóxicos e que tornam a prova do nexo de causalidade uma verdadeira prova diabólica. Neste ponto, também se torna essencial fazer alguns apontamentos sobre a lógica interna do sistema probatório português e aferir da possibilidade de uma eventual flexibilização da prova do

¹ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade". *Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades – Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, n.º 4, Vol. II (2019): 395-408, p. 400.

requisito causal. Segue então o momento de analisar o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de junho de 2017, no proc. C621/15, que mereceu a nossa especial atenção. Trata-se de um caso que bem demonstra as dificuldades com que o lesado se depara na prova da relação causal entre o defeito de um produto tóxico e o dano. A análise minuciosa deste acórdão e o raciocínio que o Tribunal de Justiça da União Europeia levou em consideração será fundamental e poderá contribuir para interpretar o direito português em matéria de causalidade.

Traçado todo este caminho, pensamos estar nas condições de desenvolver uma possível solução para o problema da causalidade nos toxic torts no ordenamento jurídico português, designadamente nos casos de responsabilidade do produtor por danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos. Na esperança de se obter uma solução que se mostre justa e adequada, tornar-se-á importante pensar a questão ao nível legislativo, de forma a garantir a certeza e segurança jurídicas na matéria em questão.

CAPÍTULO I – APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA: ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRODUTOR

1.1. Mudança de paradigmas do direito da responsabilidade civil: em especial, a responsabilidade objetiva do produtor

O instituto da responsabilidade civil, na prossecução de uma finalidade de reparação e de prevenção reconheceu, ao longo do século XX, uma expansão do seu âmbito de atuação com vista a tutelar novos interesses reconhecidos pela ordem jurídica, de que constituem exemplo máximo os interesses dos consumidores, que se apresentavam como a parte mais débil na relação de consumo².

Efetivamente, o processo de industrialização vivido ao longo do século XX determinou o aparecimento de significativas transformações no processo produtivo, sendo apontadas como características da moderna e desenvolvida sociedade industrial a «automação, a produção em série e a distribuição em cadeia de produtos³». O novo modelo de produção massificada vulgarizou a circulação no mercado de produtos cada vez mais complexos, com alta probabilidade de defeitos causadores de danos – danos esses que não são isolados mas «em massa» ou «em série», capazes de afetar um número indeterminável de pessoas, na sua maioria estranhas ao processo de produção. Face ao aumento da quantidade e complexidade dos produtos bem como do próprio sistema produtivo, o risco técnico tornou-se «omnipresente⁴» e assumiu «uma maior amplitude⁵», seja através da produção em série, alastrando-se por toda a série, seja por meio do amplo número de consumidores atingidos, circunstâncias essas que levaram a que o consumidor tivesse menos aptidão e capacidade para detetar o defeito ou o perigo no produto – acentua-se, desta forma, o desequilíbrio informacional entre os dois agentes económicos (produtor e consumidor). Por outro lado, a cisão entre a produção e o comércio e a desfuncionalização deste distanciaram o produtor do consumidor final, o qual deixou de estar numa relação direta e pessoal com aquele: temos, ao invés, «relações indiretas, mediadas por um ou mais sujeitos revendedores, simples intermediários ou elos de ligação da cadeia de distribuição⁶».

² Sousa, Susana Maria Aires de. “A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o *Topos* Causal em Direito Penal (Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor)”. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 109. De facto, e como veremos, durante o século XX, conjuga-se um conjunto de circunstâncias favoráveis à erosão do princípio da culpa, que constituiu fundamento indispensável da responsabilidade clássica dominante no século XIX «sendo a ausência da sua prova sinónimo, não de responsabilidade objetiva, mas de não-responsabilidade» – *Ibidem*, p. 110.

³ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, pp. 14 e ss.

⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁵ Sousa, Susana Maria Aires de. “A Responsabilidade Criminal pelo Produto ...”, *ob. cit.*, p. 96.

⁶ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, p. 22.

Neste contexto de produção e consumo em massa, com produtos cada vez mais complexos e com consumidores mais indefesos, a probabilidade de «acidentes generalizados, anónimos e não raro inevitáveis» aumentou consideravelmente⁷. A «era do acidente», como lhe denominou Calvão da Silva⁸, gerou uma acrescida consciência social acerca da necessidade de defesa do consumidor e do seu direito à indemnização. Procura-se, agora, assegurar uma proteção idónea da vítima, desvalorizando-se, por um lado, a finalidade sancionatória da responsabilidade civil e, por outro lado, questiona-se a (in)suficiência do tradicional critério da culpa, por deixar irreparáveis muitos danos – os «danos anónimos» e os «danos inevitáveis⁹». Paralelamente, pode também dizer-se que o princípio da culpa foi fortemente influenciado pelo *ethos* do Estado Social de Direito, alargando-se progressivamente a responsabilidade objetiva e intensificando-se a necessidade de proteção do consumidor pelos danos que derivam de produtos defeituosos¹⁰.

Com efeito, constata-se que a responsabilidade subjetiva se tornou desajustada a esta nova realidade social, pelo facto de a ilicitude e a culpa, enquanto elementos constitutivos de responsabilidade, serem de difícil ou até impossível demonstração, deixando irreparáveis muitos dos danos verificados e não se assegurando, desta forma, uma proteção adequada do lesado/consumidor¹¹. Note-se que, como nos dá conta Nuno Pinto Oliveira, a atenção do direito da

⁷ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., p. 21

⁸ *Ibidem*, p. 104. Relembre-se, a título exemplificativo, o caso da *Talidomida*, um sedativo utilizado entre 1958 e 1962, que provocou malformações a milhares de crianças, após as suas mães terem ingerido o medicamento durante a gestação. Nos Estados Unidos assumiu especial relevância os casos *MER-29*, um medicamento contra o colesterol que provocou graves defeitos visuais a milhares de pessoas, ou ainda os casos relacionados com a *vacina Salk*, contra a poliomielite, usada na Califórnia que, por ser portadora de vírus, causou doenças a crianças. Na França, em 1972, podemos referir o caso do *talco Morhange* que, devido a um erro de fabrico, provocou uma intoxicação em centenas de crianças. Sobre estes casos, de forma mais desenvolvida, *ibidem*, pp. 122 e ss.

⁹ Expressões utilizadas por Calvão da Silva, *ibidem*, p. 104.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 100-101. A evolução da responsabilidade civil, ao longo do século XX, também foi impulsionada pela mudança de paradigma das funções reconhecidas ao novo Estado Social e de previdência. De facto, as ordens jurídicas tendem a conformar-se com os valores sociais dominantes, expressando, assim, o sistema económico dominante. O sistema de mercado do século XIX é expressão de uma ideologia liberalista – que era hostil à proteção do consumidor –, assente na ideia de um mercado autorregulado, com capacidade de estabilizar-se, pertencente à esfera privada da vida e na ideia de um Estado não intervencionista, restrito à realização do direito privado. Efetivamente, partiu-se do pressuposto que a própria dinâmica interna do mercado, caracterizada pela igualdade de forças entre todos os envolvidos, se manteria estável ao longo do tempo, satisfazendo as expectativas individuais de todos que nele participavam, de modo que bastava ao Estado uma função meramente instrumental, baseada na promoção negativa dos direitos individuais (Estado guarda-noturno). Este paradigma entra, definitivamente, em crise com a progressiva afirmação, ao longo do século XX, de um Estado de Direito Social e economicamente interventivo. Na verdade, as transformações económicas e comerciais e o declínio do mercado competitivo puseram em causa a distribuição equitativa do poder que, segundo o liberalismo clássico, existia ali, acentuando-se as desigualdades e injustiças nas relações de consumo. Como menciona Calvão da Silva, «[e]m vez de dois sujeitos livres e iguais a pugnarem por relações contratuais equilibradas, temos agora dois *partenaires* de desigual estatuto económico, social, cultural, formativo e informativo» – *Ibidem*, p. 37. Assim, para combater as profundas desigualdades verificadas, sobretudo as graves ofensas à dignidade humana dos trabalhadores por conta de outrem e, desta forma, preservar a justiça social e bem-estar social, o Estado, impregnado por uma ideia de justiça distributiva e solidariedade social, passou de «espetador a ator» passando a intervir ativamente na ordem social. Podemos, pois, afirmar que o Estado intervém na ordem da sociedade seja para garantir as liberdades efetivas dos cidadãos, seja para assegurar um conjunto de condições essenciais de bem-estar, que se perfilaram como pressupostos de uma vida humana digna – Andrade, José Carlos Vieira de. “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.” *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5 (2003): 139-161, p. 142. Com efeito, para garantir os direitos dos consumidores, o Estado teve que intervir na «(...) adaptação do direito civil às novas realidades, derrogando certas normas, construídas no pressuposto de uma relação livre entre iguais, de modo a evitar abusos e a proteger a parte mais fraca» – Andrade, José Carlos Vieira de. “Os direitos dos consumidores ...”, ob. cit., p. 143. Sobre os paradigmas do direito cfr. Jürgen Habermas. “Paradigmas del derecho.” In *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 469-532. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

¹¹ A este propósito, Susana Aires de Sousa refere o seguinte: «[S]endo os danos ocorridos em razão da produção não só inevitáveis como também, pela complexidade do processo produtivo, anónimos, a culpa tende a perder eficácia enquanto critério de imputação. Ou seja, a prova de uma culpa individual relativa, por exemplo, a um defeito de fabrico, é inadequada às necessidades sociais de responsabilização decorrentes dos inúmeros acidentes conexos ao consumo» – Sousa, Susana Maria Aires de. “A Responsabilidade Criminal pelo Produto ...”, ob. cit., p. 124.

responsabilidade civil deslocou-se para um diferente tipo de *danos*, para um diferente tipo de *peessoas* e para um diferente tipo de *relação entre lesante e lesado*¹². Sublinha o Autor que, «o dano *isolado* e, em certo sentido, *único* cedeu o seu lugar privilegiado a dano *recorrente, repetido*, numa palavra – a um dano «em série¹³»; o lesante e lesado de alguma forma *determinados*, suscetíveis de *individualização*, cederam o seu lugar privilegiado a um lesante e a um lesado *anónimos*, – de alguma forma *indeterminados*, – insuscetíveis de *individualização*, definidos exclusivamente pela sua *posição* no sistema económico e/ou no sistema social – p. ex., pela sua posição de *produtor* ou pela sua posição de *consumidor*¹⁴». De facto, o paradigma de uma ligação mais ou menos simples entre consumidor e produtor deu lugar ao paradigma de uma ligação muito mais complexa entre uma pluralidade de potenciais lesantes e uma pluralidade de potenciais lesados¹⁵. Esta conjuntura económica e social põe em relevo a débil posição em que o consumidor se encontrava.

É, então, neste contexto, que surge a Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, encarada como mecanismo de proteção do consumidor, não só porque permitiu uma *responsabilidade direta* do produtor, como consagrou o princípio da *responsabilidade objetiva*¹⁶, por se considerar que tal solução «(...) é o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna^{17/18}». Podemos dizer que a responsabilidade do produtor, independente da culpa, é a que melhor realiza as funções ressarcidora e preventiva da responsabilidade civil: «desempenha mais eficazmente a função preventiva, pela maior pressão

¹² Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.” In *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: Balanços e Perspectivas*, 513-574. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pp. 523-524.

¹³ Expressão de João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., p. 580.

¹⁴ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, ob. cit., p. 524.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 531-532.

¹⁶ Aproxima-se, desta forma, da *strict product liability* norte-americana, desenvolvida ao longo do século XX. Neste sentido, assume particular relevo o caso *Greenman vs. Yuba Power Product Inc.*, decidido em 1963, pelo Supremo Tribunal da Califórnia, em que se vem reconhecer e afirmar definitivamente a doutrina da *strict liability in tort*. Em causa estava uma máquina para trabalhar a madeira que, devido a um defeito de conceção e de fabrico, uma peça de madeira desprende-se da máquina, atingindo a vítima no rosto e causando-lhe graves lesões. Na decisão que condena o produtor, o juiz Roger Traynor reconhece a regra da *strict liability in tort*, no sentido de que o produtor é objetivamente responsável quando coloca em circulação um produto com defeito e que causa danos ao consumidor. Este Juiz já havia emitido a sua opinião neste mesmo sentido, em voto concorrente, no caso *Gladys Escola vs. Coca-Cola Bottling*, decidido em 1944: uma garrafa de coca-cola explodiu quando a vítima estava a colocá-la no frigorífico, tendo vindo a sofrer lesões físicas na mão. Embora a questão tenha sido resolvida com base na doutrina da negligência – o Tribunal concluiu pelo defeito da garrafa e pela atuação negligente do produtor no momento de fabrico do bem –, o juiz Roger Traynor defendeu a aplicação do regime da *strict liability* do produtor para os casos em que produtos defeituosos causem danos aos consumidores. A sua argumentação vai no sentido de que os produtores são aqueles que estão em melhor posição para prevenir os riscos resultantes dos seus produtos e suportar os custos dos danos decorrentes de produtos defeituosos. Criada em sede jurisprudencial, a doutrina da *strict liability in tort*, ganhou consagração formal em 1965, no Restatement of Torts. Sobre a importância destes casos na afirmação de uma responsabilidade objetiva do produtor cfr. Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., pp. 439 e ss.

¹⁷ De sublinhar que também foi objetivo da Diretiva Comunitária uma aproximação das legislações dos diversos países da então Comunidade Económica Europeia em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos causados por defeitos dos seus produtos. Note-se, contudo, que ainda antes da entrada em vigor daquele diploma legal, e tendo em conta a posição extremamente difícil do lesado, alguns ordenamentos jurídicos imputavam a responsabilidade civil do produtor independentemente da culpa ou através de presunções de culpa – Sobre esta matéria, cfr. *Ibidem*, p. 95.

¹⁸ Cfr. Preâmbulo da Diretiva Comunitária. No acórdão do STJ, proc. 63/10.0YFLSB, de 09-09-2010, disponível em www.dgsi.pt, é referido que a responsabilidade não culposa do produtor é a «trave mestra» da Diretiva.

que exerce no sentido de o responsável cuidar mais das medidas preventivas do risco e da segurança dos produtos; cumpre primorosamente a função de reparação da lesão da vítima, ao imputar ao produtor os riscos que cria e introduz no mercado, mesmo os inevitáveis e os anónimos¹⁹». Adicionalmente, em termos específicos, a imposição da responsabilidade objetiva compreende-se também por via da assunção, pelo produtor, do risco pelo lucro e assenta no *ubi commoda ibi incommoda*²⁰.

1.1.1. O Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro: alguns apontamentos

A Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, foi transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro²¹, o qual estabelece, no seu artigo 1.º, o caráter objetivo da responsabilidade do produtor, enunciando, *expressis verbis*, que ele responde, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que coloca em circulação²². Não sendo o cerne da nossa investigação a análise pormenorizada do referido Decreto-Lei, parece-nos que se justifica fazer uns brevíssimos apontamentos sobre algumas realidades conceituais vertidas neste diploma legal que são necessárias à sua boa compreensão. Posto isto, sabendo que um dos factos geradores da responsabilidade objetiva do produtor é o defeito do produto, atente-se, desde logo, e conforme salienta Calvão da Silva, na noção vaga e bastante elástica do conceito de defeito constante do artigo 4.º, n.º 1 do referido diploma legal, sendo o seu cerne a *segurança do produto* e não a aptidão ou idoneidade deste para a realização do fim a que é destinado^{23/24}. Assim, o caráter defeituoso de um produto é

¹⁹ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., p. 498. A responsabilidade objetiva justifica-se pois, por um lado, é o produtor que se encontra em melhores condições para controlar o processo produtivo e, desse modo, prevenir ou evitar a introdução no mercado de produtos defeituosos. Por outro lado, é o produtor que estará em melhores condições para fazer o seguro e incorporar os respetivos prémios nos preços dos produtos, distribuindo o risco de acidentes entre todos os consumidores. Neste sentido cfr. Simões, Fernando Dias. *Marca do Distribuidor e Responsabilidade por Produtos*. Edições Almedina, 2009, p. 49.

²⁰ Sousa, Susana Maria Aires de. “A Responsabilidade Criminal pelo Produto...”, ob. cit., p. 124. De modo desenvolvido quanto à justificação da natureza objetiva da responsabilidade do produtor de bens defeituosos cfr. Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., pp. 496 e ss.

²¹ Este Decreto-Lei foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril, que transpôs para o nosso ordenamento jurídico a Diretiva 1999/34/CE, de 10 de maio, a qual veio a introduzir no seu âmbito de aplicação os produtos agrícolas não transformados que, até então, estavam excluídos do campo de aplicação da Diretiva 85/374/CEE. Verifica-se, assim, que o regime da responsabilidade do produtor por produtos defeituosos abrange uma vasta série de produtos. Sobre o alcance extremamente vasto do conceito de produto para efeitos deste regime, vide, Coelho, Vera Lúcia Paiva. “Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos – Tese de resistência ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016, pp. 16 e ss.

²² De referir que a responsabilidade civil do produtor não prejudica as regras tradicionais de defesa ao serviço do lesado, quer as atinentes à responsabilidade contratual, quer as atinentes à responsabilidade extracontratual, antes as complementa no sentido de alargar e assegurar uma mais adequada e eficaz proteção do consumidor. Neste sentido, cfr. Acórdão do TRC, proc. 544/10.6TBCVL.C1, de 27-05-2014, disponível em www.dgsi.pt.

²³ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., p. 634.

²⁴ A products liability caracteriza-se por ser uma responsabilidade por falta de segurança dos produtos que não se confunde com a clássica garantia por vícios (artigo 913.º e ss. do Código Civil) a qual se traduz na responsabilidade do vendedor por falta de conformidade ou qualidade das coisas. Segundo o Acórdão do TRC, proc. 544/10.6TBCVL.C1, de 27-05-2014, disponível em www.dgsi.pt, «[e]sta diferença mais não reflete que a diversidade de fundamentos finais da falta de segurança do produto e da falta de conformidade ou idoneidade do fim a que esse mesmo produto

determinado pela falta do nível de segurança que o grande público possa legitimamente esperar²⁵, tendo em conta todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação²⁶.

Por outro lado, é importante realçar que são várias as normas vertidas no Decreto-Lei n.º 383/89 que pretendem conferir uma tutela eficaz ao lesado/consumidor, como sejam o estabelecimento de uma noção ampla do produtor²⁷, a solidariedade dos vários responsáveis, a inderrogabilidade do regime de responsabilidade ou, ainda, a preservação da responsabilidade decorrente de outras disposições legais. Não obstante, e por forma a não agravar demasiado a posição do lesante/produzidor, pois pretende-se uma justa repartição dos riscos entre estes dois agentes, estipula-se uma responsabilidade que é relativa (o produtor exime-se dessa

se destina: no primeiro o objetivo é a proteção da vida e da integridade física e psíquica das pessoas; no segundo visa-se, limitadamente, garantir o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, subjacente ao cumprimento pontual do contrato, através da realização de uma prestação de coisa com as qualidades e características adequadas ao fim a que se destina, de harmonia com o convencionado». Note-se ainda que a noção de defeito abrange os vícios intrínsecos – defeitos de conceção e defeitos de fabrico – bem como os vícios extrínsecos do produto – defeitos de informação (p. ex., quando o produto é omisso quanto aos cuidados que o consumidor deve respeitar). Sobre esta matéria, *vide*, Sousa, Susana Maria Aires de. “A Responsabilidade Criminal pelo Produto...”, *ob. cit.*, pp. 105 e ss; Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 149 e ss; Silva, João Calvão da. *Compra e Venda de Coisas Defeituosas (Conformidade e Segurança)*. Coimbra: Edições Almedina, 2008, pp. 201 e ss.

²⁵ A lei não exige que o produto ofereça uma segurança absoluta, mas apenas aquela com que se possa legitimamente contar, devendo atender-se às expectativas objetivas do «público em geral» – e não à expectativa subjetiva do lesado – *i.e.*, à segurança esperada e tida por normal nas conceções do tráfico do respetivo setor do consumo. Neste sentido, *cfr.* Acórdãos do STJ, proc. 63/10.OYFLSB, de 09-09-2010 e TRP, proc. 0725464, de 20-11-2007, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁶ Além destas circunstâncias enumeradas exemplificativamente no artigo 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 383/89, há que ter em conta, na determinação do defeito, todas as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente, a natureza do produto, a sua utilidade, a probabilidade do dano, a sua evitabilidade pelo consumidor, etc. – Acórdão do TRL, proc. 9460/2006-7, de 27-02-2007, disponível em www.dgsi.pt. Todavia, cumpre, neste âmbito, fazer referência a duas especificidades: na determinação do caráter defeituoso do produto, o julgador deve atender não só ao uso pretendido, mas à utilização que, à luz do grande público ou do conhecimento ordinário, dele razoavelmente possa ser feita. Este critério – que, tendo presente todas as circunstâncias do caso, responsabiliza o produtor pelo uso erróneo mas razoavelmente previsível do seu produto – oferece a vantagem de pressionar o produtor a cumprir a obrigação geral de segurança, determinando-o a antever possíveis utilizações incorretas do produto, mas razoavelmente aceites pelo público em geral, sob pena de responsabilização. Calvão da Silva dá-nos como exemplo os brinquedos, lápis ou esferográficas referindo que é razoavelmente previsível e socialmente aceite que os mesmos sejam levados à boca, muito embora não seja esse o fim a que se destinam. Isto leva a que os seus revestimentos não devam ser tóxicos, sob pena serem considerados produtos defeituosos, mesmo que contenham a advertência adequada – Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produzidor*, *ob. cit.*, p. 640. De realçar ainda que o momento relevante para se apurar a defeituosidade do produto é o momento da sua entrada em circulação e não o momento da ocorrência do dano, considerando-se em circulação um produto logo que entregue pelo produtor a terceiro ou à cadeia distributiva. Assim, se nessa data, o produto oferecia a segurança com que legitimamente se podia contar, ele é tido como seguro (sem defeito), mesmo que posteriormente venha a ser aperfeiçoado – é neste sentido que dispõe o n.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 383/89. O Autor alerta, ainda, para a circunstância de não se confundir estas situações com os chamados riscos de desenvolvimento pois nestes últimos, «o produto é objetivamente defeituoso no momento da sua colocação no mercado, sem que, no entanto, o estado da ciência e da técnica permitisse sabê-lo», *ibidem*, p. 646. Note-se, por outro lado, que uma vez provado o defeito, presume-se, de forma ilidível, que o mesmo existia no momento em que o produto é posto em circulação. Assim, o lesado precisa de demonstrar o defeito no momento da ocorrência do dano mas já não a sua existência no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi por este posto em circulação. Esta existência é pela lei presumida, cabendo ao produtor ilidi-la (é suficiente para a exclusão da sua responsabilidade a prova de que, tendo em conta as circunstâncias, é plausível ou razoável a inexistência do defeito aquando da colocação do produto em circulação). Neste sentido, *cfr.* Acórdãos do STJ, proc. 63/10.OYFLSB, de 09-09-2010; STJ, proc. 2213/10.8TVLSB.L1.S1, de 02-06-2016; TRP, proc. 0330634, de 27-03-2003 e TRP, proc. 0725464, de 20-11-2007, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁷ A noção de produtor prevista no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 383/89, abrange o «produtor real», *i.e.*, todo aquele que, sob a sua própria responsabilidade, participa na criação do produto, seja o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de uma matéria-prima. Produzidor também é quem, embora não se tratando do fabricante do produto acabado, lança no mercado produtos com o seu próprio nome, marca ou outro sinal distintivo, ocultando a identificação do verdadeiro produtor e que, por isso, surge aos olhos do consumidor como sendo ele próprio o produtor real – trata-se do designado «produtor aparente». É esta aparência de produção própria que fundamenta a responsabilidade e, por isso, mesmo que as circunstâncias permitam presumir que o produto foi realmente fabricado por outra pessoa, se o produtor verdadeiro não vier identificado de modo preciso no produto, ocorre a responsabilização do produtor aparente. Inversamente, o comerciante que aponha no produto a sua marca, o seu nome ou outro sinal distintivo, identificando, simultaneamente, o produtor real – p. ex., “produzido por A e distribuído por B” – ou aquele que atue como mero distribuidor, sem criar a aparência de produtor, ainda que o fabricante real não venha identificado, não é responsável. Nestes casos, o responsável será apenas o produtor real. Por fim, o artigo 2.º, n.º 2 do referido Decreto-Lei considera também como produtor o *importador comunitário* (aquele que importa dentro do espaço do Mercado Comum produtos defeituosos de países não membros da Comunidade Económica Europeia) e o *fornecedor de produtos anónimos*, designados por «produtores presumidos». Para maiores desenvolvimentos sobre a noção de produtor, *vide*, Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produzidor*, *ob. cit.*, pp. 546 e ss.

responsabilidade se provar a existência de determinados factos previstos no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 383/89, onde se incluem os chamados riscos de desenvolvimento) e limitada no tempo (o produtor não é responsável indefinidamente, sendo estabelecido um prazo de prescrição de três anos e um prazo de caducidade de dez anos). Por último, importa salientar, sucintamente, que nem todos os danos causados por defeitos de segurança de um produto são ressarcíveis, uma vez que o produtor apenas está vinculado a reparar os danos resultantes da morte ou lesão corporal e aqueles que se verifiquem em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja utilizada para uso ou consumo privado e não com um fim profissional (artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 383/89)²⁸.

Analisadas algumas especificidades do regime da responsabilidade civil do produtor e verificando-se que a culpa deixou de ser fundamento de responsabilidade, para ver a sua pretensão indemnizatória satisfeita, será *suficiente* que o lesado faça a prova «do dano, do defeito e do nexa causal entre o defeito e o dano» (artigo 4.º da Diretiva Comunitária). Ora, como se verá, isto não será, em grande parte dos casos, tarefa simples para o lesado.

1.2. O nexa de causalidade como elemento da responsabilidade civil

O nexa de causalidade apresenta-se como elemento constitutivo da responsabilidade civil em geral. No que respeita à responsabilidade civil do produtor, o requisito causal vem enunciado no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 383/89, o qual consagra: «[o] produtor é responsável, independentemente da culpa, pelos danos *causados* por defeitos dos produtos que põe em circulação» (itálico nosso). Quer isto significar que nem todos e quaisquer danos sobrevivendo ao defeito do produto são ressarcíveis mas apenas aqueles causados ou provocados pelo defeito. Daí que o nexa causal seja pressuposto da responsabilidade e funcione como medida da obrigação de indemnizar²⁹.

²⁸ Como se afirma no Acórdão do TRL, proc. 13359/02.6TJLSB.L1-7, de 11-03-2014, disponível em www.dgsi.pt: «(...) No caso de morte ou lesão pessoal – seja da integridade física ou psíquica – são ressarcíveis todos os danos patrimoniais ou não patrimoniais (artigo 496.º do Código Civil). (...) No tocante aos danos causados em coisas, apenas são reparáveis os danos causados em coisa diversa do produto defeituoso, desde que normalmente destinado ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse destino (...). Excluem-se, portanto, do perímetro da reparabilidade, os danos sofridos no próprio produto defeituoso, os danos ulteriores que possam resultar da destruição das coisas de uso privado e os danos patrimoniais puros, *i.e.*, os danos que são autónomos e independentes da violação de direitos absolutos. O contraste entre os danos da morte ou de lesão pessoal e a danificação de coisas revela, no plano subjetivo, esta diferença fundamental: ao passo que no plano dos danos pessoais a tutela é disponibilizada a qualquer pessoa, ainda que seja um profissional que utiliza o produto no exercício da sua profissão, no domínio dos danos em coisas, apenas se protege o consumidor em sentido estrito, *i.e.*, aquele que utilizava a coisa destruída ou danificada pelo produto defeituoso para um fim privado, pessoal ou doméstico e não para um fim profissional». Neste mesmo sentido, *vide*, p. ex., Coelho, Vera Lúcia Paiva. “Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos ...”, *ob. cit.*, pp. 37 e ss; Acórdão do TRC, proc. 544/10.6TBCVL.C1, de 27-05-2014 e Acórdão do TRL, proc. 17345/18.5T8LSB.L1-7, de 11-12-2019, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁹ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, p. 711.

Ora, quanto a este aspeto, quer o Decreto-Lei n.º 383/89, quer a Diretiva Comunitária transposta nada adiantam, pelo que serão aplicáveis as regras nacionais para o tratamento desta matéria. Neste ponto, sob a epígrafe «nexo de causalidade», o artigo 563.º do Código Civil estabelece que «[a] obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado *provavelmente* não teria sofrido se não fosse a lesão» (itálico nosso). Apesar da doutrina e jurisprudência maioritárias considerarem que o legislador consagrou, naquele preceito legal, a teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação³⁰, esta matéria não colhe unanimidade e é objeto de ampla discussão. Assim sendo, torna-se importante fazer uma exposição, ainda que breve, da forma como vem a ser analisada esta temática – trata-se, no essencial, de determinar qual o critério que deve operar na aferição do pressuposto causal ou «(...) saber quando é que a ligação entre uma conduta e um resultado pode fundamentar a responsabilidade jurídica do agente e justificar que o mesmo se constitua na obrigação de indemnizar os prejuízos daí derivados³¹». Vejamos então³².

1.2.1. A transposição para o problema jurídico: breve referência à teoria da equivalência das condições ou teoria da condição

A causalidade enquanto categoria fundamental à explicação de fenómenos merece a atenção de saberes tão diversos como a filosofia, a ciência, a ética ou o direito³³. No âmbito jurídico, o ponto de partida pode ser localizado na «teoria da equivalência das condições» ou «teoria da

³⁰ A afirmação segundo a qual o artigo 563.º do Código Civil terá consagrado a teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação é um ponto comumente aceite na dogmática jurídica nacional. Neste sentido, cfr. Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., 8.ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2011, pp. 898 e ss; Jorge, Fernando Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 394; Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12.ª ed., 2.ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 675; Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. "Rudimentos da Responsabilidade Civil". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II (2005): 349-390, p. 379; Martinez, Pedro Romano. *Direito das Obrigações: programa 2017-2018 – Apontamentos*. 5.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 102-103; Leitão, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*, Vol. I, 14.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 342. Na jurisprudência, a título exemplificativo, *vide*, acórdãos do STJ, disponíveis em www.dgsi.pt: proc. 2411/10.4TBVIS.C1.S1, de 14-03-2019; proc. 207/09.5TBVLP.G1.S1, de 15-09-2016, proc. 488/09.4TBESP.P1.S1, de 05-02-2013, onde é referido o seguinte: «O ordenamento jurídico nacional consagra a doutrina da causalidade adequada, ou da imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuído ao agente como coisa sua, produzida por ele, mas na sua formulação negativa, porquanto não pressupõe a exclusividade da condição como, só por si, determinante do dano, aceitando que na sua produção possam ter intervindo outros factos concomitantes ou posteriores».

³¹ Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual – Fundamento e Limites do Juízo de Condicionabilidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 237.

³² Note-se que, neste domínio, apesar das principais teorias sobre a causalidade não se esgotarem naquelas que habitualmente são apresentadas na doutrina e jurisprudência portuguesas, entendemos que se deve convocar para o presente estudo as seguintes teorias: *i*) teoria da equivalência das condições ou teoria da condição; *ii*) teoria da causalidade adequada ou da adequação; *iii*) teoria do âmbito de proteção da norma, do fim da norma ou do escopo da norma violada; *iv*) teorias do risco. Importa referir que não é nosso objetivo analisar as diversas doutrinas de forma exaustiva mas proceder, ao invés, a uma análise geral das suas principais características e críticas apontadas.

³³ Acerca da causalidade como categoria compreensiva e a sua evolução no âmbito das ciências naturais e da filosofia cfr. Sousa, Susana Maria Aires de. "A Responsabilidade Criminal pelo Produto ...", *ob. cit.*, pp 275-318.

condição». Surgida com Glaser e Von Buri³⁴ no século XIX, em pleno positivismo, transpôs para o domínio do direito o conceito científico-natural de causa, segundo a qual esta é formada por *todas as condições* que deram lugar ao efeito. Nesse sentido, todas as condições que contribuíram para a produção do resultado lesivo são causais e devem ser consideradas em posição de igualdade. Com efeito, para se aferir se uma determinada condição é causa do dano, recorre-se a um processo hipotético de supressão mental da mesma, ficando estabelecida a relação causal quando se conclua que sem a condição, o resultado não se produziria³⁵. Para esta doutrina, o conceito de causa reconduz-se, assim, ao conceito de *conditio sine qua non*: causa seria qualquer condição sem a qual o evento não se teria verificado³⁶ – «a intervenção da condição seria necessária para a produção do dano e nessa medida suficiente para a imputação da responsabilidade³⁷».

Não se podendo negar o contributo desta doutrina para a questão da causalidade – «ela aponta a necessidade de que o facto danoso seja condição sem a qual o prejuízo não teria lugar, ao mesmo tempo que destaca a responsabilidade do homem pelos danos resultantes de forças naturais por si desencadeadas³⁸» – conclui-se, de maneira global, que ela é manifestamente insuficiente e são hoje evidentes as críticas que lhe são apontadas: por um lado, esta doutrina conduz a uma amplitude excessiva do conceito de causa e, conseqüentemente, de responsabilidade, levando a resultados juridicamente inaceitáveis³⁹. Por outro lado, paradoxalmente, a teoria da equivalência das condições afasta a conexão causal em casos que tal parece não se justificar, impedindo uma decisão justa, designadamente, nos casos de causalidade cumulativa não necessária ou casos de causalidade alternativa, que mais à frente serão objeto de análise⁴⁰.

³⁴ Sobre a divergência na atribuição da autoria da teoria da condição, cfr. Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, ob. cit., pp. 264-269.

³⁵ Looschelders, Dirk. *Derecho de obligaciones. Parte general*. 17.ª ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 562. De referir que a fórmula da *conditio sine qua non* foi adotada nos ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos com a designação «*but-for test*».

³⁶ A recondução da causa à simples condição baseia-se, sobretudo, na impossibilidade científica de se eleger, de entre as várias circunstâncias que potenciaram o resultado lesivo, aquela que, de facto, possa ser vista como determinante.

³⁷ Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*. Principia Editora, 2014, p. 256.

³⁸ Costa, Inês Almeida. "O nexo de causalidade e o problema da causa virtual – À luz do atual Código Civil português". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVII (2011): 839-895, pp. 850-851. Apontando as vantagens atribuídas à fórmula da *conditio sine qua non*, vide, Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, ob. cit., pp. 296-301.

³⁹ Recorde-se o exemplo clássico construído por Pothier – cuja reprodução é supérflua – da venda da vaca pelo comerciante ao lavrador, que bem demonstra que a inclusão de alguns dos efeitos naturalísticos provenientes do facto ilícito na obrigação de indemnização chocaria o sentimento de justiça mais elementar. Com efeito, ao nivelar todas as condições que influenciaram o resultado como causa do mesmo, não permitindo distinguir entre aquelas que devem ou não ter relevância jurídica, verifica-se uma espécie de regresso *ad infinitum*, na medida em que acaba por abranger a mais longínqua das condições. Neste sentido, cfr. Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 257; Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. "Rudimentos da Responsabilidade Civil", ob. cit., p. 379; Looschelders, Dirk. *Derecho de obligaciones ...*, ob. cit., p. 562; Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, ob. cit., pp. 302-303.

⁴⁰ Pense-se, p. ex., nos casos em que A e B disparam simultaneamente sobre C, sendo que um dos tiros o atinge mas não se sabe qual. Nenhum dos factos pode ser visto como *conditio sine qua non* do dano, pelo que, nenhum deles poderá vir a ser responsabilizado. Sobre as críticas apontadas à teoria da condição, cfr. Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., pp. 257-259; Looschelders, Dirk. *Derecho de obligaciones ...*, ob. cit., pp. 562-563.

Claramente se constatou a insuficiência de um critério puramente naturalístico de causalidade, impondo-se a normatização do conceito de causa – «[é] necessário um *quid* adicional para conter a responsabilidade dentro de limites razoáveis⁴¹». Esta ideia de ser necessário introduzir corretivos na teoria da condição encontra-se bastante difundida⁴², tendo motivado o recurso às teorias da última condição e da condição eficiente⁴³ e, mais tarde, ao desenvolvimento da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação.

1.2.2. A teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação

A «teoria da causalidade adequada» ou «teoria da adequação» vem acrescentar uma «limitação» ou «requisito normativo» à teoria da condição⁴⁴: não basta que, *em concreto*, o facto tenha condicionado o resultado (tenha sido sua condição *sine qua non*) exigindo-se, além disso, que, *em abstrato*, esse facto – «segundo o curso normal das coisas» e «dadas as circunstâncias do caso» – se apresente apto ou idóneo para determinar aquele resultado⁴⁵. Esta construção distingue, assim, o conceito de *causa*, que é um conceito mais restrito, do conceito de *condição sine qua non*, mais amplo: entre as condições *sine qua non* – entre as condições que, em concreto, são apropriadas para produzir o resultado – deve distinguir-se aquelas que, em abstrato, são adequadas para o provocar. A idoneidade geral ou abstrata é o elemento essencial desta doutrina.

Com efeito, os adeptos da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação dividem o juízo de causalidade em dois – num *juízo de condicionalidade* e num *juízo de adequação*⁴⁶. Num primeiro momento deve averiguar-se se aquele facto é, em concreto, condição *sine qua non*

⁴¹ Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 379.

⁴² Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, p. 307. A este respeito, Paulo Mota Pinto refere que «[a]ceita a “equivalência das condições” do resultado, logo se pôs à doutrina o problema de limitar, para efeitos jurídicos, a causa à condição que fosse relevante para o direito» – Pinto, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo – Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 930.

⁴³ Alguns Autores procuraram discernir uma distinção objetiva entre a causa e a mera condição, surgindo assim as designadas «teorias seletivas» ou «teorias individualizadoras». O elemento distintivo entre a causa e a mera condição residiria na descoberta da condição mais próxima – teoria da última condição ou teoria da condição mais próxima – ou da condição mais eficiente ou eficaz do efeito danoso – teoria da condição suficiente ou teoria da condição eficiente. É evidente a imprecisão destas teorias. Nas palavras de Antunes Varela, «[a] distinção daria lugar, na prática, pela sua imprecisão, às maiores dúvidas e hesitações dos tribunais; e não fornece, no plano dos princípios, um critério satisfatório de separação entre a isenção de responsabilidade e a obrigação de indemnizar» – Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, *ob. cit.*, p. 886. Sobre estas teorias e dando conta dos problemas que apresentam, *vide*, Coelho, Francisco Manuel Pereira. “O nexos de causalidade na responsabilidade civil.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento IX (1951): 65-242, pp. 194-200; Pereira, Rui Soares. *O Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, pp. 318-330.

⁴⁴ Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 380.

⁴⁵ Neste sentido, Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 763; Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, *ob. cit.*, p. 889.

⁴⁶ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 646.

daquele resultado⁴⁷. Recorre-se, neste âmbito, ao funcionamento prévio da *conditio sine qua non*. Assim, um facto considera-se causa de um resultado se, suprimindo mentalmente tal facto, o resultado já não ocorresse. O juízo de «causalidade naturalística» é, pois, um exame hipotético e retrospectivo realizado após o facto, encaminhado para a verificação da condicionalidade necessária do facto na produção do resultado⁴⁸. Num segundo momento cabe ao aplicador do direito perguntar se aquela condição *sine qua non* é, em abstrato, *i.e.*, segundo a sua natureza geral, adequada para provocar aquele resultado⁴⁹. O juiz deve reportar-se ao concreto processo causal e aferir da adequação daquele facto àquele dano, tendo como amparo as «regras da experiência» – *i.e.*, o que é normal acontecer – e atendendo às «circunstâncias do caso concreto». Trata-se, aqui, daquilo a que os autores costumam designar por *juízo de prognose póstuma*⁵⁰. Neste juízo deve atender-se às circunstâncias cognoscíveis, à data do facto, por um observador experimentado, devendo ser ainda incluídas as circunstâncias efetivamente conhecidas do agente na mesma data, posto que ignoradas das outras pessoas^{51/52}. Este juízo de adequação permite «excluir dos efeitos os resultados que, embora se tenham dado porque ocorreu certo facto, não eram consequências

⁴⁷ Como sublinha Pessoa Jorge «só há que escolher a causa adequada entre as condições que, no caso concreto, se mostraram indispensáveis, no sentido de o efeito não se ter produzido se elas não ocorressem» – Jorge, Fernando Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos ...*, *ob. cit.*, pp. 393-394.

⁴⁸ No caso de causalidade por omissão, «a operação de determinar se se verifica ou não o nexa causal impõe que se configure o desenrolar dos acontecimentos que teria tido lugar caso não tivesse faltado a ação positiva omitida» – Costa, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova – A Incerteza na Responsabilidade Civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 30.

⁴⁹ Verifica-se, pois, que a teoria da adequação não é, como inicialmente defendiam os seus partidários, uma alternativa à teoria da equivalência das condições, mas antes um seu complemento. Pereira Coelho, tendo em conta os ensinamentos de Mezger, já haveria afirmado que a teoria da causalidade adequada é uma teoria da responsabilidade, invocando que a adequação seria uma exigência suplementar que acresce à primeira exigência da condicionalidade, fornecida pela teoria da condição. Nas suas palavras, «a exigência da adequação nada teria que ver com a causalidade, mas tão-só com o ulterior requisito da sua relevância jurídica» – Coelho, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, pp. 178-179, nota n.º 8. Trata-se, efetivamente, de uma teoria normativa e esta posição é unânime na doutrina. Veja-se, a título meramente exemplificativo, a posição de Ana Perestrelo de Oliveira que, ao referir-se à causalidade adequada, afirma que se trata «(...) no fundo, de eleger, de entre as possíveis ações causais, aquela que, do ponto de vista jurídico, deve ser considerada relevante: daí que também se diga que a teoria da condição é uma teoria causal, ao passo que a teoria da adequação é uma teoria da responsabilidade, ou dito de modo mais genérico, uma teoria da relevância jurídica» – Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 57.

Ao nível da jurisprudência do STJ também se verifica o avanço da doutrina da causalidade adequada no sentido da normatização do conceito de causa. Com efeito, a jurisprudência civilista mais recente tem vindo a afirmar que o conceito de causa adequada é um conceito normativo, criado para limitar os exageros a que conduzia a teoria da condição, concluindo o seguinte: «(...) não é qualquer relação fenomenológica ou, se preferirmos, ôntico-naturalística que, embora seja condição próxima de produção de um resultado danoso (causal) entre dois fenómenos, releva para efeitos da teoria da causalidade adequada, mas aquela que for determinante no plano jurídico, isto é, entre um comportamento juridicamente censurável e o resultado danoso» – Acórdão do STJ, proc. 670/04.0TCGMR.S1, de 20-01-2010, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁰ Pereira, Rui Soares. *O Nexa de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, p. 363; Costa, Patrícia Cordeiro da. «Causalidade Alternativa e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores – ou três caçadores entram num bar...». In *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf (consultado 11 janeiro, 2021), p. 12; Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. «Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas.» In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III*, 181-237. Coimbra Editora, 2010, p. 193; Leitão, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações ...*, *ob. cit.*, p. 342.

⁵¹ Esta é, no essencial, a solução de Traeger: «(...) no juízo estariam incluídas todas as circunstâncias existentes no momento da ação que fossem conhecidas ou cognoscíveis por um homem diligente, bem como todas as circunstâncias que, por força de conhecimentos especiais, fossem conhecidas ou cognoscíveis pelo agente (...)» – Cfr. Pereira, Rui Soares. *O Nexa de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, p. 339. Sobre este concreto ponto, Nuno Pinto Oliveira vem referir que em Portugal basta tomar em consideração aquelas circunstâncias que poderiam ser conhecidas por um observador experimentado, ao passo que, na Alemanha, exigir-se-ia que fossem tomadas em consideração as circunstâncias que poderiam ser conhecidas por um observador ideal – Oliveira, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, *ob. cit.*, pp. 648-649. O critério do observador experimentado é praticamente consensual na doutrina e jurisprudência portuguesas. Neste sentido, cfr. Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, *ob. cit.*, p. 892; Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, pp. 763-764.

⁵² Note-se, contudo, que foram diversas as opiniões no que respeita à delimitação das circunstâncias a atender no juízo de adequação. Sobre as diversas fórmulas apresentadas, cfr. Pereira, Rui Soares. *O Nexa de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, pp. 335-341 e 358-363.

normais dele e se devem, por isso, considerar resultado de uma evolução extraordinária, imprevisível e, portanto, improvável do referido facto^{53/54}».

1.2.2.1. Formulação negativa e formulação positiva da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação

Uma vez assumida a adoção da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação pelo legislador, entende a doutrina e jurisprudência nacionais que no artigo 563.º do Código Civil está consagrada a formulação negativa daquela doutrina^{55/56}. A *formulação negativa* da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação, atribuída a Enneccerus-Lehmann, parte da teoria da *conditio sine qua non* para negar a causalidade do facto somente nos casos em que se mostrar indiferente para a produção do dano. Assim, o facto que atuou como condição do dano só deixará de ser considerado causa adequada se, segundo a sua natureza geral, era de *todo em todo indiferente* para a verificação do dano, e só se tornou uma condição dele em resultado de circunstâncias completamente extraordinárias⁵⁷. Por sua vez, a *formulação positiva*, de Traeger, define a adequação da *conditio sine qua non*, através da ideia de *favorecimento*. Com efeito, na *formulação positiva* da doutrina da causalidade adequada, a condição *sine qua non* só será considerada causa adequada de um resultado se, segundo a sua natureza geral, aumentar a possibilidade ou o risco de produção desse resultado, *favorecendo-o*⁵⁸: o facto só será causa adequada do dano, sempre que constitua uma consequência normal ou típica daquele⁵⁹. Exige-se,

⁵³ Jorge, Fernando Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos ...*, ob. cit., p. 394.

⁵⁴ Considere-se algumas precisões à teoria da causalidade adequada: i) o juízo que esta doutrina postula não se refere ao *facto* e ao *dano* isoladamente considerados, mas sim a todo o processo causal. Assim, só se poderá afirmar que um determinado facto é causa adequada de determinado dano quando se possa concluir que aquela condição *sine qua non* é, em abstrato, adequada à produção daquele dano pelo processo por que, em concreto, o produziu – é este processo que há-de caber na aptidão abstrata do facto para produzir o dano. Esta correção à teoria da causalidade é aceite pela generalidade da doutrina portuguesa – Jorge, Fernando Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos ...*, ob. cit., p. 395; Oliveira, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., p. 647; ii) não é necessário que o facto tido como causa adequada do dano tenha determinado, *só por si*, tal dano, podendo ter colaborado na sua produção outros factos concomitantes ou posteriores; iii) o nexo de causalidade não tem que ser imediato ou direto, bastando uma causalidade mediata ou indireta, contanto que a segunda condição (originada diretamente por aquele facto e que deu azo ao dano) se mostre condição adequada do facto que lhe deu origem, por se considerar especialmente favorecida pela sua conduta ou apenas provável segundo o curso normal das coisas; iv) de referir, ainda, que o juízo de probabilidade não respeita à previsibilidade (subjéctiva) do agente, *i.e.*, «para que um dano seja considerado como efeito adequado de certo facto não é necessário que ele seja *previsível* para o autor desse facto». Aqui, apenas é essencial que o facto seja causa objetiva ou típica do dano. Neste sentido, Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., p. 895.

⁵⁵ Em face do silêncio da lei, o artigo 10.º, n.º 3 do Código Civil abre portas a uma livre escolha do intérprete, tendo em conta o espírito do sistema. Nesse sentido, segue-se, tendencialmente, a formulação negativa como posição, em princípio, adotada no nosso sistema jurídico – Costa, Inês Almeida. “O nexo de causalidade e o problema da causa virtual ...”, ob. cit., p. 862; Jorge, Fernando Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos ...*, ob. cit., p. 394; Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 675. Ao nível jurisprudencial, seguindo também este entendimento, *vide*, a título exemplificativo, acórdãos do STJ, proc. 05B294, de 29-06-2004; proc. JST000, de 01-07-2003; proc. 670/04.0TCGMR.S1, de 20-01-2010, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁵⁶ Segundo Pereira Coelho, é possível encontrar na doutrina alemã 16 formulações da teoria da causalidade adequada, pese embora seja mais frequente a referência às formulações mais estabilizadas de Traeger (formulação positiva) e Enneccerus (formulação negativa) – Coelho, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual ...*, ob. cit., pp. 32-33, nota 21.

⁵⁷ Faria, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, Vol. I, Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 496.

⁵⁸ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., p. 649.

⁵⁹ Acórdão do STJ, proc. 02B814, de 02.05.2002, disponível em www.dgsi.pt.

portanto, um favorecimento da probabilidade do efeito – desde que a produção do dano fosse favorecida pela conduta, a mesma seria havida como causa adequada do dano⁶⁰.

Note-se, contudo, que a doutrina e jurisprudência têm entendido que esta fórmula não deve valer para todos os “tipos” de responsabilidade. Com efeito, atendendo ao fundamento das modalidades da responsabilidade civil, consideram ser aplicável à responsabilidade subjetiva a formulação negativa da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação, bastando um grau de *probabilidade mínima* para que se estabeleça o nexo causal. Como explica Pereira Coelho, «devemos contentar-nos com um pequeno grau de probabilidade; basta que o facto, segundo a sua natureza geral, não seja inteiramente indiferente para a verificação de um dano daquele género⁶¹». Por outro lado, à responsabilidade objetiva deverá aplicar-se a formulação positiva da doutrina da causalidade adequada, querendo isto significar que, nestas situações, já se requer um grau de *probabilidade típica* para se afirmar a existência de um nexo de causalidade. Do que foi dito resulta que, enquanto no primeiro caso, «(...) só haverá quebra do nexo causal pela ocorrência de circunstâncias manifestamente anómalas na base do dano; no segundo, só se concluirá pela existência desse nexo, quando o facto é causa normal e típica daquele dano^{62/63}». Compreende-se esta solução posto que, no domínio da responsabilidade objetiva, perante a ausência de requisitos como a ilicitude e a culpa, o nexo de causalidade assume um papel de destaque na fundamentação do dever de indemnizar. Antunes Varela considera que, ao contrário dos casos de responsabilidade objetiva, estando em causa um facto ilícito, já se justifica que o prejuízo «recaia, em princípio, não sobre o titular do interesse atingido, mas sobre quem, agindo *ilicitamente*, criou a *condição* do dano⁶⁴». Só não será assim se o facto ilícito se considerar de todo indiferente, segundo o curso normal das coisas, para a produção do dano. Continua o Autor, afirmando que esta «distinção tem no direito português constituído a apoiá-la o facto de a indemnização, revestindo embora uma

⁶⁰ Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, ob. cit., p. 356. A este respeito, ensina Nuno Pinto Oliveira que as diferenças de regime entre a formulação positiva e a formulação negativa da teoria da causalidade adequada são, sobretudo, duas. Em primeiro lugar, dir-se-á que a *formulação positiva* tem um alcance *mais restrito* uma vez que só abrange os casos em que a *conditio sine qua non*, segundo a sua natureza geral, aumenta o risco de produção do dano. Por sua vez, a *formulação negativa* tem um alcance *mais amplo* uma vez que abrange os casos em que a condição, segundo a sua natureza geral, não aumenta o risco de produção do dano, só o modifica. Em segundo lugar, é importante realçar que a formulação positiva põe a cargo do *lesado* o ónus de provar a *adequação*, i.e., o lesado terá que provar que o facto, segundo a sua natureza geral, aumenta o risco de produção do dano, *favorecendo-o*. A formulação negativa põe a cargo do *lesado* o ónus de provar a *condicionalidade*, ou seja, o lesado terá o ónus de alegar e de provar que o facto é, em concreto, *conditio sine qua non* do dano; e, põe a cargo do *lesante* o ónus de provar a *inadequação*, i.e., o lesante tem que provar que o facto é, em abstrato, indiferente para a verificação do dano, só se tornando uma condição *sine qua non* dele em resultado de circunstâncias extraordinárias ou imprevisíveis – Oliveira, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., pp. 650-651.

⁶¹ Coelho, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual ...*, ob. cit., p. 148. Também neste sentido, cfr. Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, ob. cit., p. 380.

⁶² Costa, Inês Almeida. “O nexo de causalidade e o problema da causa virtual ...”, ob. cit., p. 830.

⁶³ Admitindo que o nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil objetiva deve ser encarado numa perspectiva diversa da utilizada na responsabilidade baseada na culpa, cfr. Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 764; Oliveira, Nuno Manuel Pinto. *Princípios de Direito dos Contratos*, ob. cit., pp. 649 e ss; Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pp. 893-894.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 894.

função essencialmente *reparatória*, não deixa de ter também, acessoriamente, uma função *repressiva* ou *sancionatória*, como resultado do disposto, entre outros preceitos, no artigo 494.⁶⁵».

1.2.3. Alguns apontamentos sobre a teoria do escopo da norma violada e sobre as teorias do risco

Uma vez feita uma breve análise da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação podemos referir que ela surge com vista a restringir a aplicação da teoria da condição, podendo também destacar-se, neste âmbito a «teoria do escopo da norma violada» ou «teoria do fim da norma». Em traços muito gerais, a teoria do fim da norma, que surgiu como alternativa à teoria da causalidade adequada⁶⁶, parte da ideia de que a distinção entre os danos indemnizáveis se deve fazer tendo em conta os interesses tutelados pelo fim da norma legal. Devem ser imputados ao agente os danos por este causados que correspondam «à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção⁶⁷». O critério de imputação reside, pois, na identificação da finalidade e extensão da concreta norma violada⁶⁸. A responsabilidade é assim limitada de acordo com a *ratio* da norma violada, uma vez que o agente só irá responder pelas lesões relativas aos bens protegidos pela norma violada⁶⁹. Num primeiro momento, dever-se-ia aferir se o facto foi causa do dano em sentido naturalístico, exigindo-se, depois, determinar se o resultado danoso se encontra, ou não, abrangido pelo escopo da proteção da norma – se o dano em causa é aquele que a norma legal violada visa evitar. Por outras palavras, demonstrada que esteja a *conditio sine qua non*, o estabelecimento do nexu causal reduzir-se-ia a «um problema de interpretação do fim específico da norma que serviu de base à imputação de danos⁷⁰». Embora obtenha, entre nós, algum apoio, os autores recusam, de um modo geral, aceitá-la como podendo vir a ser considerada uma alternativa válida à teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação^{71/72}.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Pereira, Rui Soares. *O Nexu de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, p. 397.

⁶⁷ Leitão, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações ...*, *ob. cit.*, p. 342.

⁶⁸ De acordo com esta doutrina, a violação de uma norma de proteção conduziria à ressarcibilidade dos danos causados quando: «a) o objeto da lesão coincidissem com o bem tutelado pela norma; b) o bem lesado fizesse parte da esfera patrimonial ou pessoal do sujeito ou do âmbito das pessoas que a norma pretendia proteger; e c) a lesão ocorresse da forma como a norma pretendia evitar que ocorresse» – Pereira, Rui Soares. *O Nexu de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, p. 404.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 396 e ss.

⁷⁰ Leitão, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações ...*, *ob. cit.*, p. 343.

⁷¹ Neste sentido cfr. Pereira, Rui Soares. *O Nexu de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, p. 418; Pinto, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo ...*, *ob. cit.*, pp. 943-963; Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 382.

⁷² De um modo geral, a principal crítica dirigida a esta teoria tem que ver com o seu reduzido âmbito de aplicação: na prática, esta doutrina restringe excessivamente as hipóteses aptas de indemnização uma vez que nem sempre haverá norma jurídica específica que discipline a situação concreta. A este respeito, Carneiro de Frada sublinha que a teoria do escopo da norma violada «(...) apresenta-se sobretudo relevante no campo das disposições de proteção e de regras específicas de imputação de danos (...). É aí legítimo pretender que o preenchimento da causalidade constitui

Mais recentemente, têm ganho algum destaque as denominadas «teorias do risco»⁷³, cuja base, conforme refere Rui Ataíde, «assenta no princípio do risco – baseando-se na ponderação, própria de um Estado de Direito, entre a proteção de bens jurídicos e os interesses de liberdades individuais, de acordo com a medida da proporcionalidade – segundo o qual deve ser responsabilizado o agente que, pelo seu comportamento faltoso, criou ou incrementou o perigo de lesão do bem jurídico protegido – não coberto pelo risco permitido – o qual se veio efetivamente a concretizar na produção do resultado lesivo»⁷⁴. O recurso à ideia de risco para a imputação jurídica de danos, no domínio da responsabilidade civil em geral e da responsabilidade civil delitual, é defendido pelo Autor que, conjugando-a com outros critérios de imputação, considera existirem diversos ganhos associados à mesma⁷⁵.

Partindo também da edificação de esferas de risco importa referir, ainda que em jeito de breve tópico, o estudo sobre a causalidade fundamentadora da responsabilidade civil extracontratual levado a cabo por Mafalda Miranda Barbosa⁷⁶, que vem defender que a causalidade

um problema de interpretação da norma. Onde, pelo contrário, o intérprete-aplicador tenha de concretizar cláusulas gerais – sirva de exemplo muito relevante a 1.ª parte do art. 483 n.º 1 –, é ficcioso pressupor um fim à norma suscetível de iluminar a aplicação ao caso singular, pois do que se trata então é apenas de ponderar na sua concretização fins e valorações gerais do direito da responsabilidade» – *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*. Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 102. Sobre as críticas apontadas a esta doutrina, cfr. Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, ob. cit., pp. 416 e ss; Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra: Edições Almedina, 2015, pp. 770 e ss.

⁷³ A teoria do incremento ou aumento do risco surgiu com Claus Roxin, em 1962, no âmbito do direito penal, com o objetivo de resolver alguns casos considerados problemáticos no domínio da imputação objetiva do resultado, em especial no que respeita aos chamados crimes de resultado negligentes. O seu enunciado fundamental sustenta que, para além da existência de um nexos causal entre a conduta e o resultado, este só será imputado ao agente desde que a sua conduta tenha criado ou aumentado um risco juridicamente desaprovado e esse risco tenha conduzido à produção do resultado concreto. Assim, a imputação objetiva do resultado ao agente apenas estaria excluída: na falta de um risco desaprovado ou quando a conduta do agente se tenha traduzido apenas na diminuição do risco de produção do resultado ou na criação de riscos gerais da vida social; quando se conclua posteriormente que, mesmo que o agente tivesse atuado licitamente, o resultado se verificaria na mesma; ou, ainda, quando se trate de lesões ou danos estranhos ao escopo da norma. Sobre o funcionamento desta teoria, Cfr. Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, ob. cit., pp. 462-468.

⁷⁴ Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. «Causalidade e imputação objetiva ...», ob. cit., p. 200.

⁷⁵ Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil ...*, ob. cit., pp. 773-778. O Autor é tributário desta teoria conjugando-a, contudo, com outros critérios de imputação: o processo de imputação deve basear-se, essencialmente, «(...) no princípio do risco, combinado com a ideia de adequação, devendo os seus resultados ser sindicados, sempre que possível, pela teoria do escopo da norma, embora em determinados “casos-limite”, a valoração do evento ilícito como obra do agente/omitente possa dispensar um ou outro destes critérios» – Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. «Causalidade e imputação objetiva ...», ob. cit., p. 201. Com efeito, para o Autor, qualquer conduta desvaliosa abre certas sendas de risco específico, que se poderão materializar ou não no evento lesivo devendo-se, contudo, ter em atenção que aquele risco específico deve distinguir-se do risco geral da vida, o qual já não permitirá imputar o resultado lesivo ao agente. É imprescindível, pois, que o risco criado ou aumentado se tenha concretizado no evento lesivo, *i.e.*, que haja uma conexão material entre o risco gerado pelo (facto) e o resultado lesivo, sendo certo que a imputação de um resultado ilícito opera, frequentemente, com recurso a juízos de mera probabilidade sobre o nexos de causalidade, havendo domínios que não poderá deixar de assim ser. O Autor vem afirmar que tal teoria «oferece uma fundamentação teórica convincente para a imputação de certa danosidade “moderna” que se conjuga mal com exigências de certeza causal, nomeadamente, na área das ofensas ambientais – e da própria responsabilidade médica, embora aqui com importantes limitações (...) – cuja eficácia difusa e de eventual repercussão longínqua no tempo e no espaço, postulam juízos de probabilidade séria (que, por definição, fica sempre aquém da certeza) sobre a causalidade entre o facto ilícito e o resultado danoso» – *Responsabilidade Civil ...*, ob. cit., pp. 777-778. No âmbito específico da imputação por danos ambientais, Ana Perestrelo de Oliveira defende que, com o recurso à fórmula da conexão de risco, é possível obter «resultados surpreendentemente satisfatórios» – Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, ob. cit., p. 74. A Autora considera que o recurso à ideia de risco, porque «mais flexível», se afigura uma solução especialmente adaptada ao domínio ambiental. Por outro lado, refere a compatibilização da ideia de risco com as exigências dos diversos princípios jurídicos ambientais, nomeadamente, com o princípio da prevenção. Por último, acrescenta que o recurso à ideia de risco não é estranho no contexto geral das teorias da imputação. Assim, no entender da mesma Autora, o resultado deve ser imputado ao agente quando a sua conduta tenha criado ou aumentado um «risco não permitido» (responsabilidade subjetiva) ou um risco «previsto na *fattispecie* legal» (responsabilidade objetiva) e esse risco se tenha vindo a materializar no resultado lesivo – *Ibidem*, pp. 70 e ss.

⁷⁶ A Autora considera que o nexos de causalidade, entendido como nexos de imputação tem que deixar de ser visto como unívoco – estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e os danos sofridos pelo lesado – para ser assumida a sua natureza binária, constituída pela causalidade fundamentadora da responsabilidade e pela causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira enceta a ligação do comportamento do agente à lesão do direito ou interesse legalmente protegido; a segunda estabelece a conexão entre esta lesão e os danos subsequentes. É a

tem que deixar de ser pensada em termos naturalísticos, ainda que normativizados, para ter de ser compreendida à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. Convocando o sentido ético-axiológico do direito, assente na pessoa livre e responsável⁷⁷, a Autora defende uma mudança de perspetiva em relação à forma como é pensado o sistema de responsabilidade civil e, conseqüentemente, a causalidade, que deverá ser compreendida em termos de imputação objetiva. Assim, será com base na assunção de uma esfera de risco assumida pelo pretense lesante e no cotejo dela com outras esferas de risco, tituladas pelo *lesado*, por um *terceiro* ou pela *própria realidade natural e social* que se conseguirá afirmar a imputação objetiva do dano-lesão

causalidade fundamentadora da responsabilidade que constitui pressuposto delitual sendo que a causalidade preenchedora da responsabilidade está ligada ao cálculo da indemnização. Diz-nos a Autora: «importa, antes de mais, saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do putativo lesante, só depois se indagando se os danos consequenciais podem ou não ser reconduzidos, por sua vez, à violação constatada» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual. Novas Perspetivas em Matéria de Nexa de Causalidade*. Principia Editora, 2014, p. 10.

⁷⁷ Na base da sua construção, a Autora parte de uma noção não atomista nem individualista de personalidade, caracterizando-a como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano. Com efeito, a conceção do homem como *indivíduo* que marcou o mundo oitocentista, isolado e solitário no confronto com os demais, passa a ser compreendida de forma diversa – na pressuposição de um *tu*. Reconhece-se que o homem, encerrado na sua identidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, pelo que, ele só realiza plenamente a sua dignidade ética na comunicação com os outros semelhantes. Como refere a Autora, «[s]ó o respeito e o reconhecimento do outro como um fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um» – Barbosa, Mafalda Miranda. “Liberalismo, comunitarismo e personalismo: reflexos em sede de responsabilidade civil.” *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1 (2019): 1331-1369, p. 1361. Assim, o fundamento da juridicidade, não podendo ignorar a estrutura ontológica do ser humano, há-de fazer apelo, para ser verdadeiramente válido, a uma dimensão axiológica, que vem a encontrar-se na dignidade ética da pessoa com a sua liberdade e a sua responsabilidade pelo outro. A liberdade a que se alude passa, então, a ser entendida de um prisma positivo, concretizando-se na possibilidade de autodeterminação, *i.e.*, «ao decidir entre alternativas de ação, o ser pessoa (...) deve em última instância pressupor a personalidade do outro ou outros a quem se dirige ou atinge» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual ...*, *ob. cit.*, p. 25. Com efeito, a responsabilidade, indissociável da liberdade, deve ser questionada sob a ótica de deveres e não apenas sob ótica de direitos, não configurando, desta forma, um limite à liberdade, mas conformando-a dialeticamente. Acompanhando o pensamento da Autora: «[a] responsabilidade pode, então, nessa sua indissociável relação com a liberdade, ser perspetivada a montante, traduzindo-se na assunção de certos deveres tendentes a garantir as condições de vida da humanidade ou a evitar a consumação de um dano na esfera alheia (o que, no plano dogmático, se pode traduzir na antecipação de mecanismos de proteção de bens jurídicos); ou a jusante, quedando-se ela, aí, na imposição de uma obrigação ressarcitória, vista (...) não como uma limitação da liberdade, mas como uma atualização dela, segundo os vetores animadores da personalidade e da posição ética que esta ocupa no sistema (...). Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de princípio comunicadas pelo sentido do direito – desvelável na ideia de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role responsibility* colimada na personalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela». Quer isto significar que, no que à causalidade respeita, «mais do que ser vista como um problema normativo, há-de ser recortada, entre outros aspetos, com base na ideia da personalidade livre em que se ancora toda a juridicidade» – *Ibidem*, pp. 25-26. Tendo a responsabilidade civil um escopo eminentemente reparador, não se pode deixar de considerar o resultado lesivo, sob pena de se transformar num instituto puramente sancionatório. Nessa medida, o problema da causalidade não pode perder de vista o dado ontológico envolvente, o qual, em interação com o plano axiológico, influenciará a modelação deste requisito. É neste contexto que o risco é chamado à colação: «[o] apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada ato concreto – ou atividade encabeçada – do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraído do contexto relacional das esferas que se cruzam» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, p. 268.

A Autora encontra, então, o filão fundamentador da imputação objetiva na esfera de risco que o pretense lesante assume com a sua ação, vista como uma categoria onto-axiológica, cotejando essa esfera de risco com a esfera de risco encabeçada pelo *lesado*, pelos *terceiros* que se situam no horizonte de atuação do agente e com a esfera de *risco geral da vida*. «A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*; tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função, ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado exatamente pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo (...)» – *Ibidem*, p. 269. Assim, para que haja imputação objetiva, é necessário, num primeiro momento, verificar-se «a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. (...) São-lhe [ao agente], por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera; donde, *a priori*, podemos fixar dois pólos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual ...*, *ob. cit.*, pp. 62 e ss. Exclui-se a imputação quando «o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*» – *Ibidem*, p. 78. Num segundo momento, «a esfera de responsabilidade/risco que se esboçou com contornos ténues terá de ser reforçada, no sentido da coloração deles, pelo cotejo com outras esferas de risco» – *Ibidem*, p. 111.

ao comportamento do agente⁷⁸. Para a Autora, o que releva verdadeiramente não é a ideia de uma relação causa-efeito mas o juízo normativo acerca da questão de saber a que esfera de risco há-de ser imputada a lesão, que se concretiza através de uma ideia de possibilidade.

Como se observou pela breve exposição que fizemos acerca das teorias mais debatidas na doutrina portuguesa em torno da aferição do nexo de causalidade, bem se constata que esta tarefa se reveste de grande dificuldade, não existindo unanimidade neste âmbito. Sendo certo que se reconhece algumas limitações à teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação⁷⁹, referindo alguma doutrina, a este propósito, que o critério da condicionalidade não é adequado para solucionar problemas típicos da sociedade moderna, que envolvam processos causais complexos⁸⁰, são vários os autores que continuam a atribuir-lhe grande relevância⁸¹, além de que, como já foi mencionado, a doutrina e jurisprudência maioritárias consideram que foi esta a teoria tida em conta no artigo 563.º do Código Civil. Posto isto, adiantamos, desde já, que é nosso entendimento que a teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação é apta, ainda que perspetivada de uma forma algo diferente, para fazer face aos problemas mais complexos de incerteza causal. Veremos, mais à frente, em que medida.

⁷⁸ Em sede adjetiva, poder-se-á dizer que o lesado terá que provar a «edificação de uma esfera de responsabilidade e a existência de um evento lesivo. O juízo acerca da pertença deste àquela esfera traduzir-se-á numa dimensão normativa da realização judicativo-decisória do direito» – *Ibidem*, p. 196. Note-se que não se pretende saber quem causou a lesão mas sim a quem é que ela deve ser imputada, pelo que, ao nível da recondução da lesão à esfera de risco do lesante, a Autora contenta-se com uma ideia de possibilidade, que deverá ser entendida de acordo com uma «pertinência funcional» da lesão concretamente experimentada à esfera de risco assumida – *Ibidem*, pp. 73 e 197-198, nota n.º 278. Assim, no modelo edificado por Mafalda Miranda Barbosa, abandona-se a indagação condicional, prescindindo-se da prova de uma qualquer relação de necessidade (ou suficiência): ao invés de se exigir a prova de uma relação causa-efeito, exige-se tão só a possibilidade de o dano resultar da assunção ou incremento de um risco. A Autora considera que o juízo logicista condicionalista apenas atesta da relevância ou irrelevância do comportamento do lesante para a emergência do resultado lesivo, sendo que, «[e]m bom rigor, essa relevância já foi testada a montante, porque, ainda que o juízo acerca da assunção de uma esfera de risco convoque uma ideia de razoabilidade própria do homem médio, ela não deixa, na dialética anunciada, de se ater a dados de concretude bastante para afastar danos impossíveis ou comportamentos não idóneos para causar a lesão» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, p. 275. Propõe, em alternativa, que o jurista se certifique «da incidência do comportamento do lesante na história do surgimento do evento lesivo. Dito de outro modo, há que provar que a conduta do agente teve um papel na história do evento danoso. Só que, para isso, não nos interessa um *but-for test* ou um *NESS-test*, antes nos bastando o envolvimento do facto na história da lesão, que é pressuposto na análise da edificação de uma esfera de risco/responsabilidade e se torna translúcido (...) no momento em que o lesado apresenta os contornos da situação material controvertida e a prove» – *Ibidem*, p. 276.

⁷⁹ Sobre as críticas apontadas à teoria da adequação – *Ibidem*, pp. 261-262.

⁸⁰ Ana Perestrelo de Oliveira, analisando a responsabilidade por danos ambientais, vem criticar o critério da condicionalidade, rejeitando as teorias de imputação de base naturalístico-causal, afirmando que «a causalidade naturalística só pode e deve ser exigida se e na medida em que seja justificada, ou seja, na medida em que aquela se assuma como critério valorativamente adequado e juridicamente operacional. Não é, pois, critério-base universal ou necessário de imputação. Concretamente, não vale no domínio ambiental» – Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, p. 69. Neste mesmo sentido posiciona-se Carneiro de Frada ao referir que «o modelo físico-naturalístico tem uma base determinística que coloca dificuldades na resolução de muitos problemas atuais de responsabilidade, em que não é possível (ou dificilmente se pode) estabelecer uma relação inequívoca (desse tipo) entre certo evento responsabilizante e o efeito danoso; os riscos da sociedade pós-industrial multiplicaram-se e os processos causais danosos não são, com enorme frequência, nem singulares, nem transparentes» – Frada, Manuel A. Carneiro da. *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 101.

⁸¹ Pedro Romano Martinez considera que, apesar das críticas, a teoria da adequação «constitui uma solução plausível do ponto de vista da demonstração do nexo causal» – *Direito das Obrigações ...*, *ob. cit.*, p. 102. Sobre o critério da *conditio sine qua non*, Paulo Mota Pinto considera que o mesmo é, em geral, aceite na doutrina civilista «(...) como critério *minimo* necessário para a causalidade (...)», apesar de lhe ser reconhecidas exceções – Pinto, Paulo Mota. “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema de causalidade da causa virtual”. In *Direito Civil – Estudos*, 717-762. GestLegal, 2018, pp. 718-719.

CAPÍTULO II – O PROBLEMA DA CAUSALIDADE NOS TOXIC TORTS

2.1. A incerteza causal nos toxic torts

Se, por um lado, a Diretiva Comunitária veio conferir maior proteção ao consumidor, estabelecendo o princípio da responsabilidade objetiva, não menos verdade é que, num contexto de grande desenvolvimento científico e tecnológico, as dificuldades na determinação e prova do nexo causal têm vindo a aumentar. Se há casos em que a relação causa-efeito é suficientemente perceptível, outros há em que é muito difícil – ou até mesmo impossível – provar, com segurança, que aquele concreto dano foi provocado por aquele concreto produto. Esta problemática assume particular acuidade quando se fala em *toxic torts* – como já foi mencionado neste estudo, o termo designa danos em série causados, p. ex., ao ambiente, à saúde e segurança dos trabalhadores ou dos consumidores, através da exposição a substâncias tóxicas⁸². Seguindo de perto Nuno Pinto Oliveira, podemos dizer que entre as hipóteses de toxic torts encontram-se, p. ex., «a situação da pessoa, afetada por uma leucemia, que pede a indemnização ao proprietário de uma fábrica, alegando e provando que a incidência de leucemia entre as pessoas que habitavam na localidade em que a fábrica está instalada era 50% superior à sua incidência geral; ou a situação da pessoa, afetada por um cancro do mesotélio ou por um cancro do pulmão, que pede a indemnização ao proprietário da empresa em que prestava serviços, por ter provocado a sua exposição ao amianto, alegando e provando que a incidência do cancro do mesotélio ou do cancro do pulmão entre as pessoas que estavam expostas ao amianto, em termos semelhantes, era 15% superior à sua incidência geral; ou a situação da pessoa, afetada por um cancro do útero, que pede indemnização ao produtor de um medicamento contendo dietilstilbestrol⁸³». Efetivamente, em quase todos os casos de responsabilidade civil por danos causados ao *ambiente*, aos *trabalhadores* ou aos *consumidores*, o facto constitutivo da responsabilidade civil é a exposição a substâncias tóxicas⁸⁴.

Reportando-nos agora ao último exemplo enunciado pelo Autor, que se situa no âmbito da responsabilidade civil do produtor envolvendo toxic torts, o mesmo diz respeito ao caso paradigmático *Sindell vs. Abbot Laboratories*, de 1980, referente aos danos causados por medicamentos que continham uma substância chamada *dietilstilbestrol*, comumente designada

⁸² Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Toxic Torts e Causalidade”, ob. cit., p. 400.

⁸³ *Ibidem*, p. 400.

⁸⁴ Nuno Pinto Oliveira refere que estes são casos paradigmáticos de *re-compreensão* do direito da responsabilidade civil – Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, ob. cit., pp. 524-525. Patrícia Cordeiro da Costa fala-nos em processos causais complexos os que sejam relativos a danos causados por ato médico, danos tóxicos ou por medicamentos ou, ainda, danos ambientais – Costa, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova ...*, ob. cit., p. 152.

por DES^{85/86}. Este medicamento foi administrado em mulheres grávidas com o objetivo de prevenir o risco de aborto espontâneo ou o parto prematuro. Cerca de 200.000 mulheres foram tratadas com este medicamento durante o tempo que em foi comercializado⁸⁷. Anos mais tarde, investigadores que estudaram o caso vieram a estabelecer uma ligação de causalidade entre a toma do medicamento DES e o aparecimento de um tipo raro de cancro vaginal e no útero nas filhas de mulheres que consumiram este medicamento durante a sua gravidez⁸⁸. Os casos de cancro surgiram apenas na adolescência ou idade adulta das lesadas, ou seja, passado 15 a 25 anos após a administração do medicamento pelas suas mães. Ora, este largo período decorrido entre a toma do DES e a verificação dos danos nas vítimas, associado ao facto de tal medicamento ser fabricado por um grande número de farmacêuticas e distribuído ora com marca, ora sem marca, *i.e.*, como um medicamento genérico, constituíram um complexo problema para as vítimas reclamarem indemnização pelos danos sofridos posto que não conseguiam identificar o concreto produtor do medicamento consumido pelas suas mães⁸⁹. *Sindell* – filha de uma das mulheres que havia consumido a substância em causa durante a sua gravidez e, conseqüentemente, veio a sofrer cancro no útero, – juntamente com outras vítimas, não tendo conseguido identificar o produtor do fármaco tomado pela sua mãe, intentou uma ação de responsabilidade civil contra vários laboratórios que produziam aquele medicamento, naquele tempo, e que no seu conjunto representavam 90% do mercado do fármaco.

Verifica-se, pois, que quando estão em causa toxic torts, a incerteza causal é típica e particularmente elevada podendo, não raras as vezes, colocar-se o problema da causalidade alternativa, entendido como «(.) um problema de concorrência ou de concurso de uma pluralidade

⁸⁵ Sobre os casos DES, *vide*, p. ex., Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 192 e ss; Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, pp. 530-531; Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, pp. 580 e ss; Barbosa, Mafalda Miranda. “Responsabilidade por danos em massa: reflexões em torno da teoria da market-share liability”. *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 10 (2016): 175-220; Delgado, Richard. “Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs”. *California Law Review*, vol. 70 (1982): 881-908; Farber, David A. “Toxic Causation”. *Minnesota Law Review*, vol. 71 (1987): 1219-1261; Fischer, David A. “Products Liability - An Analysis of Market Share Liability”. *Vanderbilt Law Review*, 34 (1981): 1623-1662.

⁸⁶ De referir que, em Portugal, o artigo 59.º, n.º 9, do Estatuto do Medicamento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, alterado pela última vez pelo Decreto-Lei n.º 112/2019, de 16 de agosto, determina que «[o]s fabricantes, incluindo os que desenvolvem as atividades de substituição de dispositivos de segurança, são responsáveis pelos danos causados nos casos e nas condições previstos no Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 131/2001, de 24 de abril».

⁸⁷ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, p. 192.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 192. A Autora faz referência a outros danos causados pelo medicamento DES: aumentou o risco de desenvolvimento de cancro da mama nas mulheres que consumiram o medicamento. Também se identificaram danos na segunda geração: além dos casos de cancro vaginal e no útero das filhas das mulheres que consumiram o medicamento, no que respeita aos filhos homens dessas mulheres verificaram-se casos de malformações genitais, incremento do risco de cancro do testículo, infertilidade, diminuição do volume de esperma. Foram ainda constatados danos na terceira geração: foi estabelecida uma relação causal entre o consumo do medicamento e danos cerebrais sofridos por netos e netas dessas mulheres – *Ibidem*, p. 193, em especial nota n.º 13.

⁸⁹ Diana Montenegro da Silveira refere que, geralmente, o medicamento genérico é vendido sem a aposição de uma marca distintiva do produtor. Contudo, mesmo que fosse apostado um sinal distintivo do produtor, ainda assim, seria quase impossível que as lesadas, passado todo aquele tempo, conseguissem identificar o concreto medicamento adquirido pelas suas mães. Continua a Autora, «mesmo que se possa chegar a uma útil pista de que aquela mulher consumia medicamentos sempre da mesma farmácia de oficina, pode dar-se o caso de essa farmácia ter adquirido ao longo dos anos vários genéricos do mesmo medicamento e não haver registo de qual o genérico que estava em stock em determinado período temporal» – *Ibidem*, pp. 194-195.

de explicações de um determinado dano⁹⁰). Entre os fenómenos de causalidade alternativa podem distinguir-se dois⁹¹: os casos mais comuns e, seguramente, mais graves, correspondem aos casos de *concurso entre explicações causais responsabilizantes e explicações causais não responsabilizantes* – explicações causais heterogéneas. Estes caracterizam-se pelo facto de nem todas as explicações concorrentes apontarem para que o dano haja de ser imputado a uma pessoa: pode suceder que o dano não seja imputado a ninguém por ter sido provocado por um *facto natural* – a chamada causalidade alternativa com um acaso, com um acidente ou com uma coincidência⁹² – ou um *facto humano do lesado*. Por sua vez, os casos menos comuns e, provavelmente, menos graves, correspondem aos casos de *concurso entre explicações causais responsabilizantes* – explicações causais homogéneas –, caracterizados pela circunstância de todas as explicações apontarem para que o dano seja imputado a uma pessoa⁹³. Importa referir que, entre nós, o termo «causalidade alternativa» é comumente usado num sentido mais restrito, para se referir aos «casos de autoria *incerta*, dentro dum núcleo *certo* de pessoas⁹⁴». Paulo Mota Pinto fala-nos de «concurso alternativo ou causalidade alternativa incerta, em que existe incerteza sobre qual foi, das diversas causas, aquela que produziu o resultado». Observa o Autor, «[n]estes casos, uma de várias ações foi causal, mas não se consegue determinar qual, existindo dúvida sobre a própria autoria^{95/96}».

⁹⁰ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, pp. 513-514.

⁹¹ Note-se que seguimos de perto o estudo de Nuno Pinto Oliveira que, apoiando-se em autores alemães e austríacos, utiliza o conceito *ampliado* de causalidade alternativa, por forma a abranger não só os casos de concorrência entre explicações causais responsabilizantes mas também os casos de concorrência entre explicações causais responsabilizantes e explicações causais não responsabilizantes. Por sua vez, importa referir que grande parte da doutrina nacional faz a distinção, como no direito francês, entre a causalidade alternativa, em que apenas a autoria é incerta, da causalidade incerta – p. ex., dos casos de perda de uma chance.

⁹² Os autores alemães e austríacos falam frequentemente de uma *alternative Kausalität mit dem Zufall*. O termo *Zufall* traduz-se por acaso, por acidente ou por coincidência – Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 515, nota n.º 11. Como exemplo de uma hipótese de incerteza sobre se o facto causador do dano foi praticado pelo potencial lesante ou se constitui algum acaso ou coincidência, não sendo imputado a ninguém, encontra-se «a situação da pessoa, afetada por uma leucemia, que pede a indemnização ao proprietário de uma fábrica, alegando e provando que a incidência de leucemia entre as pessoas que habitavam a localidade em que a fábrica está instalada era 50% superior à sua incidência geral» – *Ibidem*, p. 516.

⁹³ P. ex., casos de participação numa rixa, por que se provocasse a morte ou a lesão corporal de um dos participantes ou terceiros – *Ibidem*, p. 514.

⁹⁴ Varella, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, *ob. cit.*, p. 884, nota 1.

⁹⁵ Pinto, Paulo Mota. “Sobre condição e causa ...” *ob. cit.*, p. 723, nota n.º 9. Ana Perestrelo de Oliveira fala-nos em causalidade alternativa «(...) naquelas situações em que vários agentes podem ter causado um dano, já que todos levaram a cabo ações potencialmente lesivas, um deles (pelo menos) causou efetivamente esse dano, mas não é possível determinar em concreto qual (ou quais)» – Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, p. 107. Neste mesmo sentido cfr. Costa, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. “Causalidade Alternativa ...”, *ob. cit.*, p. 20.

⁹⁶ Estes casos são tipicamente tratados no âmbito da problemática da «multicausalidade» ou «sobredeterminação causal». Com efeito, porque se assiste a diferentes expressões designadoras destas hipóteses, vamos seguir a categorização levada a cabo por Paulo Mota Pinto – Pinto, Paulo Mota. “Sobre condição e causa ...” *ob. cit.*, pp. 721-726, notas n.ºs 9 e 10. O Autor considera que os casos de causalidade múltipla podem ser agrupados da seguinte forma: i) *causalidade complementar ou necessária*: ambas as ações só causam o resultado lesivo conjuntamente, sendo certo que sem o contributo de uma o dano já não se produziria (p. ex.: duas doses de veneno, cada uma por si só não mortal, são deitadas no café por duas pessoas diferentes, e conjuntamente provocam a morte); ii) *causalidade cumulativa não necessária*, em que há várias causas, qualquer uma delas suficiente para, individualmente, produzir o resultado lesivo. Como exemplo típico destas hipóteses podemos apontar o caso da cozinheira e da criada de quarto que, independentemente uma da outra, deitaram veneno no mesmo prato da senhora, sendo mortal, por si só, qualquer das doses. A causalidade cumulativa não necessária é também designada por alguns autores como *causalidade aditiva, potenciada ou sinérgica*: «casos em que o comportamento do agente se assume, tão-somente como parte de um processo causal conducente ao dano, por vezes produzindo efeitos lesivos sinérgicos quando conjugado com fatores preexistentes» – Neste sentido, cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, p. 18, nota n.º 15; iii) *causalidade alternativa incerta*, em que, das diversas causas definidas, existe incerteza sobre qual foi aquela que produziu o resultado. Lidaremos, mais à frente, com esta concreta problemática.

Podemos dizer, contudo, que estes casos fazem parte de um tema mais amplo, o da *causalidade incerta* e, como veremos, os critérios para resolver todos os casos de causalidade incerta tendem a ser semelhantes. Mas, por agora, olhemos com mais atenção para as típicas situações de incerteza causal que se verificam nas demandas que envolvem danos tóxicos. Esta incerteza causal pode surgir a dois níveis: *i)* é necessário saber se a exposição à substância tóxica foi *conditio sine qua non* do dano; *ii)* em todos os casos em que o fator decisivo para causar o dano tenha sido uma substância tóxica, produzida por diferentes produtores, pode colocar-se o problema de identificação do concreto produtor que colocou no mercado o produto causador do dano. Vejamos então, com mais detalhe, estas concretas problemáticas.

2.1.1. O efeito das especificidades dos produtos tóxicos na prova do nexo de causalidade

Estando em causa um caso de responsabilidade civil do produtor por danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação no mercado de produtos tóxicos, é necessário, em primeiro lugar, saber se o fator decisivo para causar o dano foi ou não a substância tóxica, *i.e.*, é necessário averiguar se a exposição à substância tóxica foi condição *sine qua non* do dano (p. ex., da doença)⁹⁷. Esta prova reveste uma complexa dificuldade, designadamente quando estão em causa medicamentos, que são produtos de alta tecnologia, criadores de elevados riscos eventuais e que são objeto de consumo em massa, expondo os seus perigos a milhares de consumidores⁹⁸. Neste âmbito, em que estão em causa processos causais complexos, revela-se de especial interesse a distinção entre causalidade *abstrata* ou *genérica* e causalidade *concreta* ou *específica*⁹⁹. A causalidade abstrata ou genérica estabelece se um determinado produto – uma determinada substância tóxica – é capaz de causar aquele tipo de dano, podendo aquela ser pensada como uma relação de causa-efeito cientificamente estabelecida. Para cumprir este ónus, o lesado terá de demonstrar hipóteses e testes suficientes para estabelecer que uma doença ou condição pode resultar da exposição a determinada substância tóxica. Por sua vez, a causalidade concreta ou específica envolve variados fatores, como sejam o nível, duração e proximidade da

⁹⁷ Dando conta das dúvidas e dificuldades inerentes à prova do requisito causal quando estão em causa produtos tóxicos, cfr. Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, pp. 1186 e ss.

⁹⁸ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, p. 184.

⁹⁹ Malo, Albert Azagra. “Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de incremento de riesgo”. *InDret*, n.º 3 (2006): 1-13, p. 4.

exposição, e tendem a demonstrar que a exposição do lesado àquela substância causou, de facto, o dano¹⁰⁰.

Ora, para a análise da causalidade abstrata ou genérica revela-se de particular interesse a prova científica, assumindo especial utilidade os estudos epidemiológicos, que se apresentam como o método mais conclusivo para validar relações causais no caso de toxic torts¹⁰¹. Mas também aqui pode inferir a incerteza. Como bem evidencia Nuno Pinto Oliveira, há uma diferença entre «a atividade da ciência e a atividade dos tribunais» bem como uma diferença entre «os resultados da atividade da ciência e os resultados da atividade dos tribunais¹⁰²». Por um lado, quando as ações de responsabilidade civil são intentadas, o trabalho da ciência acerca das causas de um determinado tipo de danos pode ainda não ter começado ou, tendo começado, pode ainda não ter chegado a resultados seguros – pode ainda não haver uma correlação estatisticamente significativa entre um determinado tipo de factos e um determinado tipo de danos¹⁰³. Efetivamente, a investigação acerca das causas de um determinado tipo de danos, p. ex., de uma doença, é quase sempre um processo prolongado e nunca, ou quase nunca, há uma relação de correspondência perfeita entre um determinado tipo de factos e um determinado tipo de danos – «[o]s factos daquela categoria ou daquele tipo não são nunca, ou não são quase nunca, a única causa de um dano daquela categoria ou daquele tipo de danos (...)»¹⁰⁴, podendo existir uma conjugação de múltiplos fatores, nomeadamente resultantes da intervenção humana e natural, que tornam ainda mais difícil estabelecer aquela correspondência¹⁰⁵. Por isso se compreende que os resultados da ciência, ao contrário dos resultados dos tribunais que necessitam de ser definitivos e fixos, são provisórios e sujeitos a revisão pois não constituem verdades incontestáveis, mas antes um conjunto de opiniões, mais ou menos partilhadas¹⁰⁶.

Assim, mesmo que o lesado consiga demonstrar que aquele tipo de produto é capaz de causar aquele tipo de lesão – causalidade abstrata ou genérica – será muito mais difícil, senão mesmo impossível, provar uma causalidade concreta ou específica: provar que o dano que

¹⁰⁰ Neste sentido, cfr. *Ibidem*, p. 4; Costa, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova ...*, *ob. cit.*, pp. 152 e ss; Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, p. 185.

¹⁰¹ Costa, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova ...*, *ob. cit.*, p. 153.

¹⁰² Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 526.

¹⁰³ Pense-se, p. ex., nos casos em que apenas recentemente se começou a observar a eventual ligação entre um determinado tipo de factos e um determinado tipo de danos, é natural que os estudos que existam sejam escassos e com baixa significância estatística.

¹⁰⁴ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 527.

¹⁰⁵ Domingos Novaes vem dar conta da dificuldade de demonstração do requisito causal quando estão em causa danos associados ao amianto. Refere o Autor: «[a] maioria das enfermidades associadas à exposição humana ao amianto, especialmente as muitas formas de câncer, podem ser classificadas como doenças complexas ou multifatoriais, isto é, enfermidades causadas por uma combinação de fatores genéticos, ambientais e comportamentais cuja contribuição específica revela-se, muitas vezes, de impossível comprovação, pois a influência de um único fator pode ser obscurecida ou confundida pela dos demais» – Novaes, Domingos Riomar. “Responsabilidade Civil por Danos Associados ao Amianto: o Problema do Nexo Causal”. *Revista da AGU*, Ano 14, n.º 2 (abril/jun. 2015): 103-134, p. 112.

¹⁰⁶ Bernstein, David E. “Getting to Causation in Toxic Tort Cases”. *Brooklyn Law Review*, Vol. 74, N.º 1 (2008): 51-74, p. 54.

concretamente sofreu foi devido àquele concreto produto e não a outro qualquer fator¹⁰⁷. Dando conta da extrema dificuldade de prova do nexo de causalidade quando está em causa a administração de medicamentos, Diana Montenegro da Silveira vem dizer que aquela advém da própria natureza do produto em questão¹⁰⁸. Com efeito, para além da circunstância de os efeitos adversos provocados por alguns medicamentos só se manifestarem muitos anos após o seu consumo, o que aumenta a dificuldade de prova do requisito causal¹⁰⁹, a Autora refere que «na maioria dos casos é difícil apurar se a situação clínica da pessoa teve origem numa reação adversa provocada por um determinado medicamento defeituoso ou se, pelo contrário, se deveu a uma alergia individual ou reação anormal ao medicamento ou a algum dos seus compostos¹¹⁰». Adverte ainda para a árdua tarefa de provar a conexão causal nos casos em que o paciente se encontra a ser tratado simultaneamente com vários medicamentos, cujos compostos químicos são suscetíveis de interação, não se sabendo se a lesão «resultou de reação adversa decorrente de defeito de um dos medicamentos administrados ou se se deveu a interação perigosa entre medicamentos consumidos^{111/112}». Ademais, diga-se que o facto de o lesado/consumidor possuir, em relação ao produtor, menos conhecimentos técnico-científicos bem como menor capacidade financeira põem em relevo a sua frágil posição na demanda. Torna-se, pois, utópica a ideia de uma clareza causal quando estão em causa danos tóxicos e a prova do nexo de causalidade torna-se uma verdadeira prova diabólica da qual o lesado muito dificilmente conseguirá ultrapassar.

¹⁰⁷ Rui Soares Pereira, referindo-se aos «casos dos riscos de exposição resultantes da mera pertença a uma comunidade» vem afirmar o seguinte: «[m]esmo que os estudos epidemiológicos relativos a setores da população permitam afirmar a existência de uma conexão causal entre a exposição a uma substância tóxica e uma determinada doença, não fica demonstrada nem é possível demonstrar nesses casos que para a doença dum determinado indivíduo não contribuíram outros fatores de risco» – Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual ...*, *ob. cit.*, p. 1187.

¹⁰⁸ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, p. 181.

¹⁰⁹ Veja-se, p. ex., no caso DES em que se verificou uma grande dificuldade na associação dos danos ao medicamento devido à distância decorrida entre o consumo do produto e a verificação de danos. Myra Mulcahy vem referir que o período de latência entre a exposição a uma substância tóxica e a manifestação das lesões é geralmente longo o que dificulta a deteção de uma ligação causal entre ambos – Mulcahy, Myra Paiewonsky. “Proving Causation in Toxic Torts Litigation”. *Hofstra Law Review*, Vol. 11, Iss. 4, Article 7 (1983): 1299-1326, p. 1300.

¹¹⁰ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, p. 182.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 183.

¹¹² Podemos assim dizer que as situações de «multicausalidade» são a regra quando estão em causa produtos tóxicos. Pense-se, p. ex., nos casos em que dois ou mais produtores produziram um determinado medicamento e se sabe que foi esse medicamento que causou o dano, sendo impossível, porém, determinar qual ou quais em concreto o determinaram (*causalidade alternativa*); ou nos casos em que o dano tóxico surge apenas em consequência da conjugação de vários eventos, sendo certo que sem o contributo de um o dano já não se produziria (*causalidade cumulativa*); ou pense-se ainda nos casos em que há várias causas para um dano, qualquer uma das quais suficiente para, individualmente, produzir o dano (*causalidade cumulativa não necessária*) – Costa, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. “Causalidade Alternativa ...”, *ob. cit.*, pp. 19 e ss.

2.1.2. Da dificuldade ou impossibilidade de identificação do concreto produtor

Em segundo lugar, mesmo sabendo que foi determinada substância a causar o dano concreto, pode colocar-se o problema de saber quem a produziu. Assim, em todas as situações em que o fator decisivo para causar o dano tenha sido uma substância tóxica, produzida por vários agentes, põe-se a questão de saber se o agente demandado foi, ou não, a pessoa que efetivamente produziu o produto (defeituoso) que causou o dano ao consumidor. Estamos, neste ponto, no âmbito da problemática da causalidade alternativa, na medida em que *apenas* há uma incerteza sobre o autor do facto causador do dano^{113/114}.

Podemos constatar que, neste domínio, também falha o requisito da condicionalidade – não é possível provar-se uma relação de condicionalidade entre um concreto e específico facto, de uma concreta e específica pessoa e um concreto e específico dano. Pense-se nos casos DES, designadamente no caso por nós já referido, *Sindell vs. Abbot Laboratories*, em que se conseguiu

¹¹³ Como exemplo paradigmático deste tipo de situações, embora não se situe no âmbito da responsabilidade do produtor, refira-se o caso dos caçadores, *Sumner vs. Tice*, de 17 de novembro de 1948, em que três caçadores participaram numa caçada, tendo um deles sido atingido por uma bala proveniente de um dos outros dois caçadores, não sendo possível identificar qual dos dois tinha disparado a bala que atingiu o primeiro visto que ambos dispararam ao mesmo tempo. Neste caso, e perante a impossibilidade de se discernir qual dos tiros foi, efetivamente, a causa do dano, o Supremo Tribunal da Califórnia entendeu que, apesar de os demandados atuarem de forma independente, porque cada um agiu negligentemente, devem suportar o ónus de provar que o seu comportamento não foi a causa do dano – faz-se impender o ónus da prova sobre os potenciais lesantes. O tribunal estabeleceu, assim, a doutrina da *alternative liability* como forma de justificar a responsabilização dos agentes: estando em causa duas ou mais condutas ilícitas, das quais apenas uma causou o dano, mas sem que seja possível identificar qual, o ónus da prova da causalidade não recai sobre o lesado; são os potenciais lesantes que devem provar que não causaram o dano. Este princípio foi posteriormente acolhido no Second Restatement (Second) of Torts. Sobre este caso, *ibidem*, p. 26.

¹¹⁴ No âmbito da multicausalidade, é nas típicas situações de causalidade alternativa que a questão assume maior complexidade. De facto, os casos de sobre-determinação causal levantam alguns problemas atinentes à doutrina da causalidade adequada. As situações de *causalidade complementar ou necessária* não suscitam problemas específicos de acordo com a fórmula da *conditio sine qua non*: «se suprimíssemos mentalmente o contributo de qualquer dos agentes, o resultado, por definição, deixaria de se produzir, pelo que a ação de cada agente individual é *conditio sine qua non* do mesmo» – Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, p. 104. Por sua vez, o teste da adequação já não seria superado uma vez que, cada causa, isoladamente considerada, não seria idónea, de acordo com a normalidade das coisas, a causar aquele resultado. Não obstante, a doutrina e jurisprudência têm sido praticamente unânimes em afirmar a responsabilidade solidária de todos os agentes – demonstrando-se, claro está, os demais requisitos responsabilizatórios – pois todos contribuíram para o surgimento do dano (aplica-se, em geral, o regime dos artigos 483.º e 497.º, ambos do Código Civil). Note-se que, por definição, só se poderá falar em causalidade necessária quando se tenha provado que o contributo de cada agente individual é *conditio sine qua non* do dano o que, nas demandas que envolvem danos tóxicos, é muito difícil. Nos casos de *causalidade cumulativa não necessária* – em que há várias causas, qualquer uma delas suficiente para, individualmente, produzir o resultado lesivo – o critério da condicionalidade é posto em causa: se suprimíssemos mentalmente o comportamento de qualquer dos agentes, o dano, ainda assim, produzir-se-ia, pelo que, a conduta de cada agente não é condição *sine qua non* do surgimento do dano. Levanta-se, pois, o problema de saber se o autor de cada causa cumulativa pode ser responsabilizado, pese embora a sua ação não ser, só por si, *conditio sine qua non* do dano. Note-se, contudo, que também se tem defendido a responsabilização solidária dos agentes (artigos 483.º e 497.º, ambos do Código Civil). A este respeito, o artigo 3:102 dos *PETL* dispõe que «[n]o caso de existirem várias atividades e se cada uma delas, por si só, teria causado o dano simultaneamente, cada uma delas será considerada causa do dano» – Pinto, Paulo Mota. “Sobre condição e causa ...” *ob. cit.*, pp. 720-724, nota n.º 9. Por último, referimos os casos de *causalidade alternativa incerta*, em que, das diversas causas definidas, uma delas foi causal, mas não se consegue determinar qual, existindo dúvidas sobre a própria autoria. Nestas hipóteses, aplicando a fórmula da *conditio sine qua non*, teremos que concluir que não se logra imputar o dano a qualquer dos eventos pois não se sabe qual deles foi a condição necessária para o seu surgimento. Constatando o desconforto que tal solução traz ao jurista, Patrícia Cordeiro da Costa refere que «[n]a realidade, provando-se menos, o lesado provavelmente seria mais satisfeito». A Autora menciona o exemplo dos caçadores: «se fica estabelecida a presença dos dois caçadores e que ambos dispararam em direção a C, neste entendimento não se logra afirmar o juízo imputacional, razão pela qual não há lugar a qualquer ressarcimento a cargo de A e/ou B. Mas imaginemos que, por lacuna probatória, apenas se prova que A estivera no local, disparando em direção a C, apesar de na realidade B também ter lá estado e disparado na mesma direção, ao mesmo tempo, só que ninguém o vira (e que, afinal, até fora o disparo de B que viera a causar a morte de C). Perante estes dados, e as regras do normal devir dos acontecimentos, afigura-se-nos como muito provável que o tribunal considerasse o seguinte: provando-se que A disparara em direção a C; que A fora visto a fazê-lo, e que C, na sequência, tombou e morreu; então, A matou C. Ou seja, provando-se menos do que o que sucedeu na realidade, há ressarcimento. Provando-se todos os factos, dos quais resulta que não apenas uma, mas duas condutas criaram um risco específico de provocar a morte de C, vindo C a falecer por virtude de uma delas, e não há lugar a qualquer ressarcimento» – Costa, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. “Causalidade Alternativa ...”, *ob. cit.*, p. 23. Efetivamente, a solução preconizada para estas hipóteses é bastante problemática e, por isso, tem vindo a ser debatida nos diversos sistemas jurídicos. Lidaremos, mais à frente, com estas situações.

provar o dano, o defeito do medicamento e a sua idoneidade para provocar o dano sofrido, não conseguindo as vítimas, porém, provar qual o concreto produtor responsável pelos seus concretos danos. Ora, se nestas hipóteses formos inflexíveis na observação da regra que prevê que incumbe ao lesado demonstrar quem foi o concreto agente que causou determinado dano, chegaremos a resultados injustos de o lesado não obter o ressarcimento devido¹¹⁵. Acompanhamos Calvão da Silva quando refere que, nestas situações, a vítima encontra-se «(..) num estado de necessidade de prova (...), por não saber nem se saber se o dano foi causado só por um – e qual –, por uma parte ou por todos os produtores do produto genérico defeituoso¹¹⁶». Compreende-se bem a gravidade desta solução – irresponsabilidade de todos os potenciais lesantes – designadamente quando estão em causa produtos tóxicos – p. ex., medicamentos (defeituosos) – que, geralmente, produzem danos graves e em série¹¹⁷.

Ciente da irrazoabilidade de uma solução como a descrita, o Supremo Tribunal da Califórnia, no caso supramencionado *Sindell vs. Abbot Laboratories*, formulou uma doutrina inovadora como forma de fundamentar a imputação do resultado lesivo aos vários intervenientes. Com efeito, veio condenar os produtores a indemnizar as vítimas em termos proporcionais à quota de mercado que cada um detinha, pese embora não ter ficado provada a ligação do dano de cada vítima ao defeito do concreto medicamento produzido por determinado laboratório, mas tendo sido provado que aquele tipo de medicamento era idóneo a causar as lesões em causa. Trata-se de uma teoria que ficou conhecida como «market share liability» ou «MSL» – teoria da responsabilidade por quota de mercado¹¹⁸. Entendeu aquele tribunal que todos os que produziram e colocaram no mercado um produto defeituoso (DES) criaram um potencial risco (abstrato) de produção de danos nos consumidores, pelo que, na impossibilidade de a vítima demonstrar qual dos produtores fabricou o concreto medicamento que consumiu, todos eles deverão responder, na proporção da sua quota de mercado, perante a vítima, pelo risco criado¹¹⁹. O tribunal assenta a sua decisão na ideia de que o produtor é quem está em melhor posição para suportar os danos causados por um produto defeituoso e para prevenir a ocorrência desses defeitos, designadamente no domínio dos

¹¹⁵ Nos termos das regras gerais sobre o ónus da prova o risco de não individualização do autor do facto que causou o dano recai sobre o lesado: ou bem que o lesado alega e prova qual o produtor autor do facto que causou o dano e terá direito a uma indemnização, ou bem que não o prova e não terá direito a indemnização nenhuma, pela não demonstração do pressuposto causal.

¹¹⁶ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., p. 581.

¹¹⁷ Calvão da Silva refere que a desresponsabilização dos potenciais lesantes quando falha a identificação do causador real e específico dos danos não é justa nem razoável, funcionando a «anonimização dos produtos como meio de fuga à responsabilidade dos respetivos produtores» – *Ibidem*.

¹¹⁸ Sobre a teoria «market share liability», vide, Barbosa, Mafalda Miranda. “Responsabilidade por danos em massa ...”, ob. cit., pp. 178 e ss; Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., pp. 581 e ss; Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, ob. cit., pp. 192 e ss.

¹¹⁹ O tribunal veio assim condenar todos aqueles que criaram o risco abstrato passível de se ter concretizado no dano sofrido pela vítima. Note-se, contudo, que não se trata de uma responsabilidade solidária, mas antes apurada e repartida em função da quota do mercado de cada um dos demandados. Por sua vez, o produtor poderia exonerar-se da responsabilidade se provar que não colocou o produto no mercado ou que não foi o produto por si comercializado que causou o dano àquele lesado. Para uma exposição mais pormenorizada da decisão, *Ibidem*, pp. 192 e ss.

medicamentos¹²⁰. Apesar das boas intenções inerentes à aplicação da teoria «market share liability», no sentido de ultrapassar as dificuldades de identificação do concreto fabricante do produto defeituoso causador de um dano, aquela não teve grande acolhimento nos tribunais americanos para além dos casos referentes ao fármaco DES¹²¹. No âmbito europeu, a sua aplicação foi igualmente rejeitada¹²². Em particular, no ordenamento jurídico português, como sublinha Calvão da Silva, esta doutrina não teria qualquer suporte nos princípios do sistema jurídico de responsabilidade civil^{123/124}.

Uma outra solução é disponibilizada pelo ordenamento jurídico alemão, em que, perante situações de incerteza causal como as que agora analisamos – em que se denota a falência do teste da *conditio sine qua non* – admite-se a responsabilidade solidária dos potenciais lesantes. Para o efeito, o BGB prevê duas normas cuja importância é inegável e que têm sido convocadas nesta matéria – §§ 830 e 840. O § 830, I/1 BGB determina que «[s]e vários causaram um dano por ato ilícito em comum, cada um deles é responsável pelo dano». Nos termos do § 830, I/2 BGB, «se não se pode saber quem, de entre os vários participantes, causou o dano com a sua ação» aplica-se a mesma regra – ou seja, «cada um deles é responsável pelo dano¹²⁵». Por sua vez, o § 840 BGB, preceitua que sendo um dano imputável a vários responsáveis, eles são solidariamente responsáveis¹²⁶. Importa, desde já, tecer um esclarecimento acerca do § 830, I, BGB: o § 830, I/1 «deve aplicar-se aos casos em que há uma *unidade do (facto) ilícito* – àqueles em que todos os intervenientes têm a consciência e a vontade de participar num *facto ilícito*; em

¹²⁰ Nesta decisão, foi ainda clarificado que a responsabilidade só seria imposta aos produtores que tivessem produzido uma proporção *substantial* do medicamento no mercado relevante. O lesado teria apenas que juntar um número suficiente de fabricantes para representar parte substancial do mercado – Costa, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. “Causalidade Alternativa ...”, *ob. cit.*, p. 35.

¹²¹ *Ibidem*, p. 26.

¹²² Diana Montenegro da Silveira vem referir que «quando da elaboração do Livro Verde de 1999 relativo à responsabilidade por produtos defeituosos, um dos temas evocados pela Comissão Europeia foi, precisamente, o da determinação da identidade do produtor no caso em que vários produtores tenham intervindo no fabrico de um mesmo produto e perguntava-se, concretamente, se para este tipo de casos a responsabilidade por quota de mercado resultaria viável na União Europeia. Quase todas as contribuições recebidas rejeitaram o conceito de responsabilidade por quota de mercado, o que levou a Comissão a concluir que não seria de introduzir o conceito na União Europeia» – Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 224-225.

¹²³ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, p. 582.

¹²⁴ Diana Montenegro da Silveira dá conta das críticas que foram feitas à teoria market share liability afirmando que a mesma permite a condenação dos produtores a suportarem a indemnização quando não está minimamente provado que o produto que fabricaram causou danos. Não obstante, afirma a Autora que a maior objecção vai no sentido de que a teoria protege pouco a vítima, uma vez que cada produtor responde apenas na parte correspondente à sua quota de mercado, não havendo, por isso, uma responsabilidade solidária. Com efeito, se algum dos produtores se tornar insolvente, a vítima ficará irressarcida na parte correspondente à responsabilidade que caberia a esse produtor. Por outro lado, a vítima é compelida a demandar todos ou quase todos os produtores do medicamento lesante pois quanto mais representativos do mercado estes forem maior será a indemnização fixada. Diga-se, ainda, que a responsabilização por quota de mercado desencoraja a pesquisa e o desenvolvimento de produtos farmacêuticos, bem como teria reflexos ao nível das companhias seguradoras, as quais não aceitam segurar riscos absolutamente imprevisíveis – Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 198-199. Para uma crítica mais pormenorizada da «MSL» cfr. Fischer, David A. “Products Liability ...”, *ob. cit.*, pp. 1623 e ss.

¹²⁵ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, pp. 516-517.

¹²⁶ «§ 830 I/1: se várias pessoas tiverem causado o dano mediante uma ação ilícita praticada em conjunto, cada um é responsável pelo dano.

§ 830 I/2: Acontece o mesmo se não se conseguir determinar qual dos vários agentes de um grupo causou o dano.

§ 830 II: os instigadores são tratados como co-autores.

§ 840: se um dano é imputável a vários responsáveis, eles são solidariamente responsáveis.» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual ...*, *ob. cit.*, p. 211, nota n.º 306.

que todos os intervenientes/participantes são *co-autores*». Já o § 830, I/2 «deve aplicar-se aos casos em que há uma *pluralidade de (f)actos ilícitos* relacionados entre si^{127/128}». Assim, segundo este preceito – que tem sido aplicado às hipóteses de causalidade alternativa – havendo vários agentes, mesmo atuando de forma independente, e dessa atuação resultar um dano sem que se saiba qual dos agentes o causou ou em que extensão, todos são solidariamente responsáveis, desde que se demonstre que cada um deles poderia ter causado o dano em toda a sua extensão e que poderia ser responsabilizado por isso¹²⁹. Canaris¹³⁰ considera que o § 830, I/2 BGB prescreve uma responsabilidade por uma causalidade possível. Impõe-se, para a aplicação deste preceito, que todos requisitos da responsabilidade estejam preenchidos em relação a cada um dos participantes individualmente considerados, residindo apenas incerteza quanto ao requisito causal. Contudo, é importante que o comportamento possa ser causal em relação ao dano¹³¹. Para o Autor, o que verdadeiramente releva é a «aptidão para a produção do dano», a viabilizar a inversão do ónus da prova. Visto que a causalidade possível é um «critério tão vago», Canaris faz apelo a uma «aumentada forma de causalidade possível»: «ter-se-ia em conta o critério da alta probabilidade de ocorrência do dano, ou melhor, da concreta aptidão do comportamento para a produção daquele¹³²». Verifica-se, pois, que aquele preceito consagra um desvio aos princípios gerais sobre o ónus da prova, recaindo sobre os potenciais lesantes o risco da não individualização do autor do facto que causou o dano – «*a responsabilidade pelo facto de um membro indeterminado de um grupo seria uma responsabilidade (solidária) de todos os membros do grupo*¹³³».

No quadro do ordenamento jurídico austríaco também se pode chegar à condenação solidária dos agentes. Neste ponto, relevam os §§ 1301 e 1302 ABGB que são aplicáveis em

¹²⁷ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 517. Note-se que, apesar de a norma ser diretamente aplicável apenas à responsabilidade subjetiva, a solução é estendida analogicamente para a área da responsabilidade pelo risco – Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, p. 109.

¹²⁸ A interpretação jurisprudencial alemã do § 830 I/2 BGB sofreu uma mutação no sentido de alargar o leque de pessoas incluídas no conceito de participante. Primeiramente, havia a exigência de que os potenciais lesantes fossem participantes de um «ato cometido em comum»: exigia-se que os agentes tivessem colaborado consciente e intencionalmente em ordem a causar o dano. Nuno Pinto Oliveira fala-nos dos requisitos subjetivos e objetivos. Assim, só haveria responsabilidade solidária dos múltiplos agentes se cada um deles soubesse ou devesse saber das ações dos outros (requisito subjetivo) e se as suas ações fossem consideradas parte de um processo comum (requisito objetivo), a convocar a ideia de unidade espacial e temporal. Neste âmbito, refere o Autor que o Supremo Tribunal Federal costumava exigir a chamada *Gleichartigkeit der Gefährdung*, i.e., a semelhança das formas de colocar em risco interesses legalmente protegidos – critério da similitude do perigo. Contudo, desde o início da década de 1980, os tribunais alemães passaram a considerar que o preceito em causa não deveria estar limitado aos casos em que os requisitos subjetivos e/ou objetivos estivessem preenchidos, devendo ser aplicado àqueles que possivelmente causaram o dano, ainda que tenham atuado de forma não coordenada e independente – Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Liability for Alternative Causation and for the Loss of a Chance”. In *French Civil Liability in Comparative Perspective*, 247-262. Bloomsbury Publishing, 2019, pp. 251 e ss. Com efeito, são considerados participantes «todos aqueles que tenham causado possivelmente o dano, ou seja, que possam ter causado o dano» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, p. 283.

¹²⁹ Tem-se considerado que o § 830, I/2 BGB assimila dois casos distintos: a) casos em que não é certo qual dos participantes causou o dano, sendo, porém, seguro que só há um causador; b) casos em que é certo que todos os participantes colocaram uma causa para o resultado e que cada uma foi apropriada para a produção do dano total, não se sabendo qual parte deste dano global deve ser reconduzida a cada participante individual» – *Ibidem*, p. 282.

¹³⁰ Note-se que faremos referência ao pensamento do Autor pela mão de Mafalda Miranda Barbosa, *ibidem*, pp. 277 e ss.

¹³¹ O § 830, I/2 BGB não se aplica se a causalidade se estabelecer exclusivamente por referência a uma conduta.

¹³² Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, pp. 278-283.

¹³³ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 518.

casos de co-autoria ou quando haja uma combinação de múltiplas ações individuais. Não obstante, a doutrina e jurisprudência austríacas têm vindo a aplicar, indiretamente, por analogia, o § 1302, 2, ABGB aos casos de causalidade alternativa. O preceito estabelece que «nos casos em que não se possa provar qual é a quota de responsabilidade dos sujeitos que, conjunta ou isoladamente, colocaram uma *conditio sine qua non* para a produção do dano, a sua responsabilidade será solidária¹³⁴». A este respeito, Bydlinski considera que, para estas hipóteses, a causalidade potencial é alicerce bastante de imputação. Analisando o pensamento do Autor, Mafalda Miranda Barbosa refere que «[d]e acordo com a lição de Bydlinski, havendo mais do que um lesante, todos devem ser responsabilizados independentemente de se poder determinar qual é o dano causado por cada um, pelo que se sustenta que não é possível, como regra, saber se a decisão concertada deles foi condição sem a qual aquele teria avultado ou se isoladamente ele também teria emergido¹³⁵». Na verdade, cada um dos agentes incrementou a esfera de risco e pode ter potenciado a lesão do direito. O défice probatório que se poderia denotar passa, então, a ser compensado por uma maior exigência em sede de adequação¹³⁶. Conclui Bydlinski, conforme nos dá nota a Autora que temos vindo a mencionar, que «a responsabilidade não se apoia na causalidade provada existente, mas na incerteza da situação causal (...); a simples suspeita de causalidade, a mera possibilidade de existir tal nexos, é de relevar no quadro da multiplicidade de agentes¹³⁷». O pensamento de Bydlinski assume especial relevo para o nosso estudo e, mais à frente, iremos ver em que medida.

Relativamente ao ordenamento jurídico português não se verifica qualquer desvio aos princípios gerais sobre o ónus da prova, pelo que, o problema assume uma maior complexidade. Se tradicionalmente a resposta da doutrina iria de encontro à não responsabilização dos agentes¹³⁸,

¹³⁴ Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 286.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 286-287.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 289. Ainda acompanhando o pensamento de Bydlinski, Mafalda Miranda Barbosa vem referir o seguinte: «[c]onstatando que só uma mutação no modo como se perspetiva a condicionalidade sine que non poderia levar o jurista a afirmar que ela se cumpre no quadro da causalidade cumulativa não necessária (...) e depondo no sentido contrário àquele que nos polariza no grupo para edificar a dita condicionalidade (...), o jurista conclui que, se ela falha a esse nível, também se pode dela prescindir no âmbito da causalidade alternativa, tanto mais que, ainda que se prove que duas ou mais pessoas causaram conjuntamente o dano, restam sempre dúvidas acerca da real contribuição de cada uma delas para o surgimento daquele» – *Ibidem*, p. 287. Para o Autor, a perspetiva que olhava para o problema com apelo a uma «ideia de atuação conjunta», deve ser substituída por outro prisma, a culminar na ideia de que recai sob cada participante uma suspeita de causalidade. O défice probatório seria, então, compensado por uma maior exigência em sede de adequação e poderia resultar numa solução indemnizatória que atendesse à proporção da perigosidade do comportamento. Bydlinski reúne, assim, os elementos da adequação e da perigosidade no qual a diminuição de um será compensada pelo aumento do outro, tornando viável falar de causalidade possível no seio da causalidade alternativa. Com efeito, o Autor concorda com a responsabilização solidária dos agentes nos casos de causalidade alternativa, em que duas ou mais pessoas, atuando ilícita e culposamente, se comportam de forma causal, sem que se consiga saber qual das condutas causou efetivamente o dano, defendendo a aplicação da mesma solução quando o concurso se verifica entre a conduta do pretense lesante e um facto natural ou a conduta do lesado – *Ibidem*, p. 287.

¹³⁸ Pereira Coelho defendeu que, na falta de uma norma análoga ao § 830 I/2 BGB, nenhum dos agentes deve ser responsável pois, caso contrário, «satisfaz-se a vítima, mas pelo preço caro do sacrifício dum inculpada». Considerando que aquela norma consagra uma solução cujo acerto seria «muito contestável», o Autor defendia que deveriam ser seguidas as regras e os princípios gerais do Código Civil, ficando o lesado com o encargo de individualização do autor que causou o dano – Coelho, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual ...*, ob. cit., p. 24, nota n.º 5. Neste sentido Menezes Cordeiro defendeu que o silêncio do Código Civil sobre esta concreta problemática significaria a rejeição da responsabilidade dos potenciais lesantes nestas hipóteses – Cordeiro, António Menezes. *Direito das Obrigações*, vol. II. Lisboa: AAFDL, 1980, pp. 416-417. Vaz Serra reputava de injustas as duas soluções: a *responsabilização dos agentes* seria *injusta* por significar que uma pessoa seria obrigada a indemnizar um dano que pode não ter provocado e a *não responsabilização dos potenciais lesantes* também seria *injusta* pois nenhuma pessoa

alguns autores têm vindo a defender a responsabilização de todos os potenciais lesantes¹³⁹. Neste sentido, reportando-se ao âmbito específico da responsabilidade do produtor, e em nome de uma solução que se pretende justa e razoável, Calvão da Silva considera que nas situações de «produtores anónimos» tem que se encontrar uma «solução que socorra o lesado no estado de necessidade de prova em que se encontra¹⁴⁰». O Autor vem defender que, nestas hipóteses, reputa-se suficiente a prova da «razoável *probabilidade* de o demandado ser responsável no caso concreto¹⁴¹». Com efeito, lança mão de uma presunção de causalidade: delimitado o círculo dos potenciais responsáveis – «aqueles que criaram o risco abstrato suscetível de se ter materializado no caso concreto» – presume-se que eles são os agentes responsáveis¹⁴². Assim, caberá ao lesado a prova da idoneidade abstrata de um qualquer dos produtores para ter produzido o bem causador do dano, recaindo sobre cada um dos potenciais lesantes a prova de «que não produziu ou não distribuiu o produto danoso no tempo e no lugar relevantes *in casu*¹⁴³». Continuando a acompanhar o pensamento do insigne civilista, observa o Autor que é a certeza de que o dano sofrido foi causado pelo produto genérico que reforça a presunção em considerar responsável cada um dos produtores que criou o risco abstrato materializado em dano no caso concreto¹⁴⁴. Assim, o risco de não individualização do produtor não deve recair sobre o lesado¹⁴⁵: «é que a vítima está inocente, e incapaz de *individualizar* o produtor específico, o mesmo não sendo legítimo dizer de cada um dos produtores *relevantes* no caso concreto, que contribui para o risco *abstrato* de dano ao público sem mostrar a sua inadequação *in casu*¹⁴⁶». Conclui o seguinte: «se várias pessoas forem *prováveis* responsáveis pelos danos decorrentes de produto genérico, não se podendo saber quem, entre

ficaria obrigada a indemnizar um dano que pode ter provocado. Refere o Autor «(...) se não se admitir a responsabilidade, o lesado fica sem indemnização, quando é certo que houve um culpado causador do dano (...). No entanto, é duro que alguém responda por um dano que não causou» – “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85 (1959): 115-239, p. 138. Como forma de encontrar um ponto de equilíbrio, Vaz Serra propôs uma presunção de causalidade por danos provocados no curso de uma ação comum ou de uma ação conjunta perigosa – *Ibidem*, p. 139. O Código Civil, não seguiu, porém, esta proposta. Sobre a proposta preconizada pelo Autor cfr. Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, pp. 519-521.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 563 e ss; Frada, Manuel A. Carneiro da. *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 107-108, nota n.º 125; Costa, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. “Causalidade Alternativa ...”, *ob. cit.*, p. 42; Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, pp. 109 e ss; Pinto, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo – Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 654, nota n.º 1859.

¹⁴⁰ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, p. 581.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 582.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 583.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 585. O Autor sustenta que a solução por si preconizada «vai ao encontro da formulação negativa da causalidade adequada, que põe a cargo do lesado tão-somente a prova da condicionalidade, cabendo depois ao lesante provar a inadequação» – *Ibidem*, p. 584. Contudo, e na senda do que foi observado por Nuno Pinto Oliveira, causa-nos alguma estranheza o recurso à formulação negativa da causalidade adequada porquanto é precisamente o critério da condicionalidade que se põe aqui em causa: o lesado não consegue fazer «a prova de que aquele concreto e específico facto, daquela concreta e específica pessoa, foi a condição sine qua non do dano» – Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 560, nota n.º 158.

¹⁴⁵ Há, pois, uma deslocação do risco da prova que se justifica «(...) pela certeza da decorrência do dano de produto produzido por uma pluralidade identificada de produtores e pela possibilidade que cada um tem de provar a falta de causalidade, evitando a respetiva co-responsabilização por danos não provenientes dos seus produtos» – Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, p. 585.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

vários produtores, os causou real e especificamente – se um só (e qual), todos ou uma parte deles –, deve entender-se que é solidária a sua responsabilidade¹⁴⁷».

Sendo esta uma matéria que se coloca, sobretudo, na responsabilidade civil do produtor, designadamente no âmbito da produção de medicamentos¹⁴⁸, impõe-se encontrar uma solução adequada para a mesma. Adiantamos, desde já, que somos a favor de uma responsabilização solidária dos potenciais lesantes, solução esta que também tem sido defendida pela doutrina mais recente, pese embora a problematização da questão se situe fora do nicho específico da responsabilidade civil do produtor. Perceber em que medida é possível responsabilizar os vários agentes, sem que esteja provado o requisito condicional, pelo menos da forma como tradicionalmente é perspetivado, torna-se, pois, imperioso. O raciocínio levado a cabo por Calvão da Silva poderá configurar uma alternativa adequada para este campo, mas não a única. Voltaremos, adiante, a este ponto.

2.1.3. Breve síntese conclusiva. A necessidade de (re)ponderação da causalidade nos toxic torts

Posto isto, e em jeito de breve resenha do que foi exposto ao longo deste capítulo, torna-se clara a posição fragilizada do consumidor quando estão em causa produtos tóxicos, configurando a prova da causalidade uma verdadeira prova diabólica. Podemos assim concluir, com Pedro Múrias, que «em problemas de causalidade, a objetividade da dúvida, a certeza sobre a incerteza é particularmente comum (...)»¹⁴⁹. Se, em casos normais, o problema da indeterminação causal é a exceção, em casos anormais, designadamente quando estão em causa danos provocados pela exposição a substâncias tóxicas, o problema da indeterminação causal é a regra. Entre os problemas de causalidade e os toxic torts há uma relação tão estreita que alguns autores designam estas situações como casos de «causalidade tóxica¹⁵⁰». Sendo certo que não se pode prescindir do requisito causal – tal como define a Diretiva Comunitária, no seu artigo 4.º, «cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexa causal entre o defeito e o dano» – e posto que aquele diploma legal não consagrou qualquer regime especial para os danos resultantes de produtos tóxicos, não

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 586-587. O Autor considera que esta solução protege o consumidor de forma adequada e incentiva toda a indústria a adotar elevados padrões de segurança e qualidade em todo o processo produtivo.

¹⁴⁸ Sousa, Susana Maria Aires de. “A Responsabilidade Criminal pelo Produto ...”, *ob. cit.*, p. 115.

¹⁴⁹ Múrias, Pedro Ferreira. *Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 2000, p. 32.

¹⁵⁰ David A. Farber propõe o termo *toxic causation* – Farber, David A. “Toxic Causation”, *ob. cit.*, p. 1221; Malo, Albert Azagra. “Causalidad tóxica y responsabilidad ...”, *ob. cit.*, p. 3, também se refere à *causalidad tóxica* para designar os problemas de incerteza causal associados aos danos tóxicos.

podemos ficar indiferentes ao facto de, nestes casos, o lesado se encontrar numa posição excessivamente onerosa quanto à prova do nexo de causalidade¹⁵¹.

Em face do quadro apresentado, é necessário encontrar respostas que, reconhecendo o papel desempenhado pelo nexo de causalidade, sejam suficientemente flexíveis para se adaptarem às demandas que envolvem produtos tóxicos. Uma recusa, neste âmbito, de adaptação ou reponderação da causalidade corresponderia a excluir a operatividade do sistema de responsabilidade civil, condenando-o, de antemão, ao insucesso. Tendo em conta que a responsabilidade civil tem uma função primariamente reparadora, e uma vez evidenciada a dificuldade ou impossibilidade de prova certa e efetiva da relação de causalidade na generalidade dos casos que envolvem produtos tóxicos, afigura-se necessário remediar esta situação: por um lado, é essencial adotar uma solução mais flexível e mais eficaz para a proteção do lesado, que o ajude a ultrapassar a barreira da prova do pressuposto causal; por outro lado, não podemos ir de encontro a uma responsabilidade presumida, incompatível com os princípios do sistema jurídico português. Impõe-se, pois, uma solução equilibrada que assente numa justa distribuição de riscos entre produtor e consumidor.

Contudo, antes de avançarmos para a análise de uma possível solução, torna-se necessário fazer alguns apontamentos sobre a prova do nexo de causalidade no sistema probatório português. O correto entendimento desta matéria é imprescindível para a boa compreensão da solução que iremos propor.

2.2. A prova do nexo de causalidade no ordenamento jurídico português

2.2.1. A «prudente convicção» do julgador: entre a verdade e a probabilidade

Como já foi referido, ao lesado cabe fazer a prova do nexo causal entre o defeito do produto e o dano sofrido. Teixeira de Sousa ensina que a finalidade da prova «(...) é a formação da convicção do tribunal sobre a realidade de um facto e a veracidade de uma afirmação de facto¹⁵²». A este respeito, é importante referir que no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da livre apreciação da prova¹⁵³, consagrado no n.º 5 do artigo 607.º do CPC: «[o] juiz *aprecia livremente*

¹⁵¹ De facto, a Diretiva Comunitária não teve em conta a especificidade de certos produtos, p. ex., de medicamentos que, devido às suas especificidades deveriam ser objeto de tratamento especial.

¹⁵² Sousa, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1995, p. 200.

¹⁵³ O princípio da livre apreciação da prova tem vindo a desenvolver-se desde a Revolução Francesa, implantando-se historicamente em substituição de um sistema de prova legal, no qual o julgador tem de sujeitar a apreciação das provas às regras ditas pela lei que lhes designam o valor e força probatória. Sobre os sistemas probatórios racionais, *vide*, Ruço, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, pp. 27-38.

as provas segundo a sua *prudente convicção* acerca de cada facto (...)» (itálicos nossos). A prova livre não quer dizer «prova arbitrária, caprichosa ou irracional», querendo antes significar «prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, posto que em perfeita conformidade com as regras da lógica e as máximas da experiência¹⁵⁴». Assim, depois da prova produzida, em observância com os princípios da imediação, oralidade e concentração, cabe ao julgador tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que através delas se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas da experiência e regras da lógica que foram aplicáveis¹⁵⁵, funcionando a fundamentação da decisão como meio de justificação e compreensão do processo lógico de formação da sua convicção¹⁵⁶.

Mas chegados aqui cabe então perguntar: qual a medida de convicção que é necessária para que o tribunal possa julgar determinado facto como provado? Estamos, neste âmbito, em matéria de graus de prova ou *standards* de prova. O artigo 607.º, n.º 5 do CPC limita-se a fazer uma breve referência à «prudente convicção» do juiz. Não obstante, é comum afirmar-se que o juiz dará um facto como provado quando, após a apreciação da prova¹⁵⁷, ficar convicto da *realidade* desse facto – usando a terminologia de Teixeira de Sousa, podemos dizer que, no ordenamento jurídico português, vale a regra da prova «*stricto sensu*»: aplicada ao nexos causalidade significa que o juiz só deverá considerá-lo provado se estiver convicto da sua verificação. Quanto a este aspeto note-se, contudo, que não se exige que a convicção do julgador sobre a realidade dos factos corresponda a uma certeza absoluta. Como ensina Vaz Serra, «as provas não têm forçosamente que criar no espírito do juiz uma absoluta certeza acerca dos factos a provar, certeza essa que seria impossível ou geralmente impossível: o que elas devem é determinar um grau de probabilidade tão elevado que baste para as necessidades da vida¹⁵⁸». Assim, tem-se entendido

¹⁵⁴ Cfr. Reis, José Alberto dos. *Código de Processo Civil – Anotado*, Vol. III. 3.ª ed. Reimpressão. Coimbra Editora, 2012, p. 245. As provas são valoradas livremente pelo julgador, sem qualquer grau de hierarquização nem preocupação quanto à natureza daquelas, cedendo esta regra apenas em situações de prova legal.

¹⁵⁵ Freitas, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*. 4.ª ed. Coimbra: GestLegal, 2017, p. 198. Nas palavras de Rodrigues, Fernando Pereira. *A Prova em Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 15: «A apreciação livre da prova corresponde ao processo mental, traduzido em juízos e desenvolvido em raciocínios, no espírito do julgador, através dos processos psicológicos que presidem ao exercício da atividade intelectual, exercitada segundo as máximas de experiência e as regras da lógica, ou seja, segundo as normas da crítica da razão aplicada».

¹⁵⁶ Sobre a fundamentação do juízo probatório cfr. Dias, Marta João. «A fundamentação do juízo probatório – Breves considerações». *Julgar*, n.º 13 (2011): 175-199.

¹⁵⁷ Teixeira de Sousa chama a atenção para a distinção entre «*apreciação da prova*» e «*grau de prova*», referindo que a relevância do grau de prova apenas surge depois da apreciação da prova: «só após o Tribunal considerar que a parte cumpriu o ónus da prova relativamente a certo facto é que importa verificar se essa prova é suficiente para que, no processo pendente, esse órgão possa dar o facto como provado» – Sousa, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto ..., ob. cit.*, p. 200.

¹⁵⁸ Serra, Adriano Vaz. «Provas: direito probatório material». *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110 (Nov. 1961), pp. 61-256, pp. 82 e 171. As decisões judiciais não pretendem constituir verdades ou certezas absolutas, pois que às mesmas não subjazem dogmas e, por via de regra, provas de todo irrefutáveis, não se regendo a análise da prova por meras operações lógico-matemáticas. A verdade do processo não é, assim, uma verdade absoluta mas uma verdade relativa «não só porque resultante de um juízo em si mesmo passível de erro, mas também porque assenta em prova,

que o juiz dá um facto como provado quando atinge a «certeza subjetiva» de que é verdadeira a sua afirmação, fazendo-se equivaler esta certeza subjetiva «à ausência de dúvida sobre a realidade do facto em causa¹⁵⁹». A este propósito, por considerarmos pertinente, refira-se o Acórdão do TRP, de 26 de maio de 2009¹⁶⁰, onde se menciona o seguinte «[e]fetivamente, com a produção da prova apenas se deve pretender criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente num *grau de probabilidade o mais elevado possível*, mas em todo o caso assente numa certeza relativa, porque subjetiva, do facto (...). Uma tal convicção existirá quando e só quando o Tribunal tenha logrado convencer-se da *verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável*» (itálicos nossos). Posto isto, podemos concluir, com Teixeira de Sousa, que no âmbito da prova *stricto sensu*, «o que é relevante é que esse grau de convicção permita excluir, segundo o padrão que na vida prática é tomado como certeza, outra configuração da realidade dada como provada¹⁶¹». Por sua vez, a «mera justificação» basta-se com a demonstração de que o facto é verosímil ou provável. Admite-se, nestes casos, que o juiz, embora com uma certa margem de incerteza ou de dúvida, possa dar como provado um facto baseando-se na convicção, não da realidade do facto, mas sobre a sua probabilidade. Basta, portanto, um convencimento do julgador baseado num juízo de mera aparência ou verosimilhança¹⁶². Como refere Teixeira de Sousa «(...) na prova *stricto sensu* a probabilidade do facto é um meio para a formação da convicção do juiz, mas na mera justificação essa probabilidade é o próprio *quid* sobre o qual incide a convicção desse órgão¹⁶³». Por fim, temos o «princípio da prova» que é o menor grau de prova¹⁶⁴.

Verifica-se pois, que, para a jurisprudência e doutrina portuguesas, a prova de um facto, mais especificamente, a prova do nexo de causalidade entre o defeito do produto e o resultado lesivo, não está dependente da ultrapassagem de um determinado limiar matemático de probabilidade, fazendo-se antes referência a conceitos como «*verdade dos factos para além de*

como a testemunhal, cuja falibilidade constitui um conhecido dado psico-sociológico» – Acórdão do TRP, proc. 3178/03.8TJVNF.P1, de 26-05-2009, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵⁹ Rego, Margarida Lima. “Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais.” *Julgar*, n.º 21 (Set-Dez 2013): 119-147, p. 129.

¹⁶⁰ Proc. 3178/03.8TJVNF.P1, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁶¹ Sousa, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto ...*, ob. cit., p. 201.

¹⁶² Entre nós, a mera justificação é admitida apenas nos casos previstos na lei, como p. ex., nas providências cautelares e na prova do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil ambiental. A propósito das providências cautelares, *vide* a título exemplificativo, o Acórdão do TRG, proc. 531/20.6T8BGC-A.G1, de 29-04-2021, disponível em www.dgsi.pt: «No que concerne à sua apreciação [existência do direito de crédito] importa começar por referir que o legislador considerou ser suficiente a formulação, por parte do julgador, de um juízo de verosimilhança quanto ao facto de o requerente ser efetivamente credor do requerido; de facto, considerando que está em causa uma prova sumária (cfr. artigo 365º n.º 1) não se exige a formação de uma convicção segura quanto à existência desse direito de crédito, mas tão só que seja provável a existência desse direito».

¹⁶³ Sousa, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto ...*, ob. cit., p. 202.

¹⁶⁴ «(...) ele vale apenas como fator corroborante da prova de um facto. Isto é, o princípio da prova não é suficiente para estabelecer, por si só, qualquer prova, mas pode coadjuvar, em conjugação com outros elementos, a prova de um facto» – *Ibidem*, p. 203.

toda a dúvida razoável» ou «um estado de convicção, assente num *grau de probabilidade o mais elevado possível*» ou, ainda, à «ausência de dúvida sobre a realidade do facto em causa¹⁶⁵».

2.2.2. A proibição de *non liquet*: os critérios de decisão do julgador em caso de incerteza

Como já foi demonstrado, assistimos a uma crescente complexidade das situações de facto e, conseqüentemente, a um aumento de situações de dúvida. Assim, é cada vez mais comum que o tribunal não consiga obter a «certeza subjetiva» sobre a verificação de um determinado facto essencial para a decisão. Com efeito, as provas produzidas em juízo ou facultadas no processo podem não ser conclusivas, ou insuficientes, deixando o julgador numa situação de dúvida insanável acerca da realidade de um facto controvertido e fulcral para a decisão da causa – o que, como vimos, é especialmente comum nos casos que envolvem substâncias tóxicas porquanto o lesado não consegue, em grande parte das situações, fazer a prova da condicionalidade. Mesmo perante situações de dúvida, a ordem jurídica portuguesa, atendendo ao dever de administração da justiça, não permite que o tribunal deixe de conhecer a questão de mérito com tal justificação. Vigora, pois, a proibição geral de *non liquet*, estipulando o n.º 1 do artigo 8.º do Código Civil que o julgador «não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio».

Assim, numa situação de dúvida sobre se determinado facto é ou não verdadeiro, determina o artigo 414.º do CPC que o magistrado deverá julgar contra a parte onerada com a prova daquele(s) facto(s), nos termos das regras gerais do ónus da prova previstas no Código Civil¹⁶⁶. É,

¹⁶⁵ Analisando a questão, Rego, Margarida Lima. “Decisões em ambiente de incerteza ..., *ob. cit.*, pp. 132 e ss, vem referir que, ao contrário dos ordenamentos de formação romano-germânica, em que não é tradição traçar grandes distinções entre os graus de prova exigíveis para se dar certo facto como provado, nos sistemas de matriz anglo-americana o mesmo não se sucede. Referindo-se aos Estados Unidos da América, a Autora distingue três graus de convicção: no processo penal, exigir-se-ia, para se dar um facto como provado, uma *proof beyond a reasonable doubt* (prova para além de toda a dúvida razoável) a que a Autora faz equivaler a um juízo probabilístico de 99,99% de certeza subjetiva; em algumas matérias de natureza cível, como p. ex., quando esteja em causa a inibição do exercício das responsabilidades parentais, seria necessária, para dar o facto como provado, uma *clear and convincing evidence* (prova clara e convincente), a que corresponderia a uma fasquia de certeza subjetiva de 75% a 80%; por fim, na generalidade dos processos cíveis, aplicar-se-ia o critério da *preponderance of the evidence* (prova preponderante), significando isto que o julgador dará um facto como provado ou não consoante a sua convicção penda mais para um lado ou para o outro, ainda que ligeiramente: refere a Autora que o standard, neste âmbito, é de apenas 50,01%. Por sua vez, em Inglaterra, distinguem-se apenas dois graus de convicção: o primeiro e o terceiro, sendo este último conhecido como a regra do *more probable than not* (mais provável do que). Segundo este critério, a prova do nexa causal é considerada suficiente quando leva à conclusão de que a existência do facto probando é mais provável do que o inverso. Já no que respeita aos ordenamentos da Europa continental, podemos dizer, com Luis Medina Alcoz (*In Costa, Patricia Cordeiro da. Causalidade, Dano e Prova ...*, *ob. cit.*, pp. 38 e ss) que os mesmos impõem um standard de persuasão bastante rigoroso para apreciar a existência do nexa de causalidade. Apesar de não ser tradição traçar grandes distinções entre os graus de convicção exigíveis para se dar certo facto como provado, entende o Autor que nos ordenamentos de formação romano-germânica, o limiar de convicção situa-se nos 80%. Verifica-se, pois, que a prova da causalidade nos ordenamentos da common law é marcadamente menos exigente do que nos ordenamentos do tipo continental.

¹⁶⁶ Importa mencionar uma relevante distinção: o ónus ou risco da prova não está regulado no artigo 414.º do CPC («*A dúvida sobre a realidade de um facto ... resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita*»), mas sim nos artigos 342.º e ss do Código Civil. O artigo 414.º do CPC tem a ver com o *non liquet* fáctico; o chamado ónus da prova tem a ver com o *non liquet* de mérito.

portanto, neste momento, que as regras gerais sobre o ónus da prova assumem relevância para o julgador pois são elas que ditam qual a parte no processo contra quem deve ser proferida decisão no caso de ausência de prova sobre determinado facto controvertido¹⁶⁷. Neste sentido, as regras do ónus da prova configuram um verdadeiro critério de decisão para o julgador ultrapassar situações de incerteza, «apontando-nos a parte contra quem a decisão deve ser proferida sempre que o juiz tiver dúvidas sobre o que se passou – *rectius*: sempre que a sua convicção sobre a veracidade ou falsidade das asserções de facto fique aquém do grau de convicção exigível para dar um facto como provado, qualquer ele que seja^{168/169}». No âmbito em que nos movemos – responsabilidade civil do produtor por danos causados à saúde e segurança dos consumidores através da colocação em circulação de produtos tóxicos (defeituosos) – por mais que o lesado se empenhe em fazer a prova do requisito causal, e não obstante o funcionamento dos princípios do inquisitório e da aquisição processual¹⁷⁰, na grande maioria das vezes irá falhar na sua intenção de demonstrar, de forma segura e clara, a relação de condicionalidade entre o defeito do produto e o dano sofrido, colocando o julgador «na ingrata tarefa (...) de ter de decidir apesar de não ter

¹⁶⁷ Como refere Elisabeth Fernandes «para o julgador as regras do ónus da prova só adquirem relevância em caso de dúvida quanto à decisão que deve dar a certo enunciado de facto que, por estar controvertido, foi submetido perante si, de modo direto ou indireto, à atividade probatória» – Fernandes, Elisabeth. “A Prova Difícil ou Impossível (A Tutela Efetiva no Dilema entre a Previsibilidade e a Proporcionalidade).” In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. I*, 811-834. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 814.

¹⁶⁸ Rego, Margarida Lima. “Decisões em ambiente de incerteza ...”, *ob. cit.*, p. 131.

¹⁶⁹ Face ao funcionamento do ónus da prova como critério de resolução do *non liquet*, pode dizer-se que predomina, no ordenamento jurídico português, um «ónus objetivo ou material». Como ensina Pedro Múrias «o ónus objetivo auxilia o tribunal na decisão perante dúvidas quanto a certo facto relevante, indicando se devem resolver-se as dúvidas no sentido de o considerar verificado ou não verificado, ou seja, resolvendo o caso com apoio nesse facto ou no facto contrário» – Múrias, Pedro Ferreira. *Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova, ob. cit.*, p. 20. O «ónus objetivo ou material» não se confunde com o «ónus subjetivo ou ónus de produção de prova». Este último «prescreve a qual das partes processuais incumbe alguma atividade probatória, sob pena de ver a sua pretensão desatendida» – *Ibidem*, p. 21. Nas palavras deste Autor «[o] ónus objetivo prevê um *resultado* probatório, a incerteza, determinando a decisão; o ónus subjetivo dispõe sobre a *atividade* probatória, atribuindo-a, para cada matéria, a uma parte» – *Ibidem*. Pedro Múrias entende que não há, no sistema jurídico português, um ónus da prova subjetivo, na medida em que é indiferente para o tribunal que a prova relativamente a um facto controvertido tenha provindo da atividade de uma ou da outra parte. Interessa apenas que, finda a produção de prova, haja ou não convicção do juiz relativamente às versões em disputa – *Ibidem*, pp. 21-35. Neste mesmo sentido, cfr. Elisabeth Fernandes, que considera que «o ónus subjetivo passou, pois, a ser uma categoria histórica, tendo evoluído para ónus da prova objetivo ou material por várias ordens de razão» – Fernandes, Elisabeth. “A Prova Difícil ou Impossível ...”, *ob. cit.*, p. 819. De forma geral, a Autora refere que a objetivização do ónus da prova ficou a dever-se à vigência do princípio da aquisição processual; à intensificação gradual dos poderes inquisitórios do tribunal no âmbito do processo civil e, ainda, à vigência do princípio da colaboração. Para uma explicação mais detalhada cfr. *Ibidem*, pp. 819-823.

¹⁷⁰ Embora o processo civil português assente no princípio do dispositivo, o legislador nacional combinou-o com o princípio do inquisitório (artigo 411.º do CPC) e com o princípio da aquisição processual (artigo 413.º do CPC). Assim, por um lado, o juiz deve assumir uma posição ativa no processo, devendo realizar e ordenar officiosamente todas as diligências necessárias para o apuramento da verdade. Por sua vez, o princípio da aquisição processual indicia que a atividade instrutória realizada no processo visa, essencialmente, determinar quais os factos que estão provados, independentemente da distribuição de ónus da prova entre as partes. Assim, o tribunal, no julgamento da matéria de facto, deve ter em consideração todas as provas produzidas no processo, ainda que existam divergências entre a parte que alegou o facto e a parte que produziu a prova (entre a parte a quem competia o ónus da prova de determinado facto e aquela que, efetivamente, produziu tal prova). Esta opção do legislador é consentânea com o ensejo de alcançar a verdade material. Deste modo, podemos afirmar, com Elisabeth Fernandes, que o princípio da aquisição processual funciona como «um limite às regras que oneram determinada parte com o ónus da prova» – *Ibidem*, p. 815, nota n.º 13. É neste sentido que Castro Mendes nos fala de um «ónus incompleto ou em sentido impróprio» uma vez que a parte que não prove certo facto que lhe interessa, pode não sofrer a desvantagem inerente, desde que essa prova tenha sido feita pela contraparte ou resulte de iniciativas do próprio juiz – Mendes, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 439.

formado qualquer convicção naquele processo acerca de determinados factos^{171/172}». Assim, ficando com dúvidas acerca da existência do nexos de causalidade, o juiz deverá decidir contra o autor, pois o mesmo não fez prova de um facto constitutivo do direito de indemnização de que se arroga (artigo 342.º, n.º 2 do Código Civil). O nosso sistema assenta, pois, na dicotomia do tudo ou nada: para dar um facto como provado o juiz tem de alcançar a dita «certeza subjetiva» de que é verdadeira a sua afirmação¹⁷³. O julgador tem que ficar inteiramente convencido da sua existência. Na dúvida, seja ela grande ou pequena, dará o facto como não provado. Quer isto significar que se o julgador estiver razoavelmente convencido da existência do nexos causal porque atribui maior probabilidade à existência do requisito causal do que à sua inexistência, mesmo nestes casos, terá que absolver o réu do pedido uma vez que a sua convicção não corresponde à dita «certeza subjetiva». Quanto a esta questão, Margarida Lima Rego considera que a adoção do critério da prova preponderante, em vigor nos sistemas de matriz anglo-americana, permitiria otimizar as decisões judiciais, minimizando os erros quando exista igualdade entre as partes¹⁷⁴. Com efeito, dando como exemplo a reclamação em juízo da condenação do réu no pagamento de uma dívida, a Autora considera que se o juiz estiver razoavelmente convencido de que a dívida existe, o critério vigente entre nós tende para a absolvição: não conduz a nenhuma deslocação patrimonial do réu para o autor; enquanto o critério da prova preponderante levaria à tomada da decisão que, de acordo com a convicção do juiz, mais provavelmente traria um resultado ao menos próximo de uma justa composição do litígio¹⁷⁵. Seguindo o critério ora em apreço, a decisão condenaria o réu no pagamento da dívida. Feita esta reflexão, a Autora conclui: «[s]endo idêntica, em ambos os critérios, a magnitude das consequências de uma decisão injusta, porque não aplicar o critério que, no entender do juiz, oferece a maior probabilidade de uma decisão justa?¹⁷⁶».

Efetivamente, entendemos que quando estão em causa toxic torts, a exigência de um grau de certeza semelhante àquele que é exigido nos «casos normais» de responsabilidade civil (em que a indeterminação causal é a exceção) pode inviabilizar a imputação da generalidade dos danos tóxicos, prejudicando assim a proteção e segurança dos consumidores bem como a justa

¹⁷¹ Fernandes, Elizabeth. “A Prova Difícil ou Impossível ...”, *ob. cit.*, p. 815. A Autora alerta para o facto de as regras sobre o ónus da prova não constituírem «métodos exclusivos de julgamento no caso de *non liquet*». Escreve a Autora «[e]m primeiro lugar, na dúvida sobre certo facto, a lei estabelece frequentemente presunções de verificação dos mesmos, competindo-lhe apenas resolver uma situação de incerteza sobre o facto presumido. Outras vezes, a norma, mesmo sem estabelecer uma presunção, determina como é que determinada situação se resolve em caso de dúvida», dando alguns exemplos de normas que estabelecem critérios especiais de resolução de dúvidas: entre outros, *vide* artigos 237.º ou 506.º, ambos do Código Civil – Sobre mais desenvolvimentos relativos a esta matéria cfr. *ibidem*, pp. 815-816.

¹⁷² Note-se, contudo, e como bem salienta Teixeira de Sousa que as regras do ónus da prova «não permitem solucionar as situações de *non liquet* no sentido em que não resolvem a dúvida do tribunal, definindo apenas a decisão do tribunal apesar da dúvida insanável sobre a realidade do facto» – Sousa, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto ...*, *ob. cit.*, p. 216.

¹⁷³ Rego, Margarida Lima. “Decisões em ambiente de incerteza ...”, *ob. cit.*, p. 131.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 136-137.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 137-138.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 138.

distribuição de riscos entre estes e os produtores, objetivos prosseguidos pela Diretiva Comunitária. Com efeito, torna-se importante, agora, analisar um Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia que mereceu a nossa especial atenção – trata especificamente do problema da causalidade nos casos de toxic torts – e que nos poderá auxiliar no encontro de uma possível solução para esta concreta problemática.

CAPÍTULO III – O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA DE 21 DE JUNHO DE 2017

3.1. A matéria de facto: o problema da causalidade entre a administração da vacina contra a hepatite B e o aparecimento de esclerose múltipla

O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de junho de 2017 trata de uma situação de responsabilidade civil do produtor envolvendo toxic torts^{177/178}. A factualidade era a seguinte: em 1998 e 1999 foi administrada a um cidadão francês, designado pelas iniciais J. W, uma vacina contra a hepatite B, fabricada pela Sanofi Pasteur MSD SNC (a seguir «Sanofi»): em 26 de dezembro de 1998, foi-lhe administrada a primeira dose; em 29 de janeiro de 1999 e 8 de julho de 1999, foram-lhe administradas a segunda e a terceira dose, respetivamente. Em agosto de 1999, J. W começou a manifestar vários sintomas que levaram, em novembro de 2000, ao diagnóstico de esclerose múltipla. O seu estado de saúde deteriorou-se nos anos que se seguiram, tendo vindo a falecer em outubro de 2011. Em 2006, J. W, a sua mulher e as suas filhas (a seguir «W e o.») intentaram uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra a Sanofi (que é uma das três recorridas naquele processo) pelos danos alegadamente sofridos por J. W pela administração da referida vacina.

¹⁷⁷ Acórdão no proc. C-621/15; N. W e o./Sanofi Pasteur MSD e o.; ECLI:EU:C:2017:484.

¹⁷⁸ Sobre este acórdão, veja-se, p. ex., Stein, Alex. “Vaccine Liability in Europe: A New Development”. *Bill of Health – Examining the intersection of health law, biotechnology, and bioethics* (22 de junho de 2017). <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2017/06/22/vaccine-liability-in-europe-a-new-development/>; Novella, Steven. “Terrible Decision from the Court of Justice of the European Union” (22 de junho de 2017). <https://theness.com/neurologicablog/index.php/terrible-decision-from-the-court-of-justice-of-the-european-union/>; Schipani, Vanessa. “Scientific Evidence About Vaccines and the EU Court”. *EuroScientist* (19 de julho de 2017). <https://www.euroscientist.com/scientific-evidence-eu-court/>; Reiss, Dorit Rubinstein. “European Court Vaccine Decision – A Legal Analysis”. *Skeptical Raptor* (25 de junho de 2017). <https://www.skepticalraptor.com/skepticalraptorblog.php/european-court-vaccine-decision-analysis/#more-10507>; Hacene, Anaïs. “Vaccin contre l’hépatite B: présomptions de défectuosité et de causalité conditionnées”. *Dalloz – Actualité* (31 de novembro de 2017). <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/vaccin-contre-l-hepatite-b-presomptions-de-defectuosite-et-de-causalite-conditionnees#.YPkeuqZKjX4>; Smillie, Laura R. e Eccleston-Turner, Mark R. e Cooper, Sarah L. “C-621/15 - *W and Others v Sanofi Pasteur*: An Example of Judicial Distortion and Indifference to Science”. *Medical Law Review*, vol. 26 (2018): 134-145; Rajneri, Eleonora, e Borghetti, Jean-Sébastien, e Fairgrieve, Duncan, e Rott, Peter. “Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems”. *European Review of Private Law*, vol. 26 (2018): 57-95.

Sustentaram, para o efeito, que a administração da vacina fora condição *sine qua non* do aparecimento da doença. Ora, as causas da esclerose múltipla são desconhecidas ou quase desconhecidas. Não há consenso científico a favor da existência de umnexo causal entre a vacinação contra a hepatite B e o aparecimento de esclerose múltipla nem contra a existência de talnexo. Nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, «a investigação médica não permite nem *afirmar* nem *negar* uma relação de condicionalidade – não permite dizer nem que *a administração de uma vacina é condição sine qua non de uma esclerose múltipla* nem que *a administração de uma vacina não é condição sine qua non de uma esclerose múltipla*^{179/180}». No essencial, o problema estaria, portanto, em averiguar se a prova da condicionalidade teria de ser uma *prova direta* e, nesse âmbito, se teria de ser uma *prova científica*, uma vez que, em caso afirmativo, a ação estaria condenada ao fracasso.

Deste modo, não sendo possível fazer uma *prova direta* – a investigação médica não permite dizer nem que *sim* nem que *não* – W e o. pretendiam fazer uma *prova indireta*, prevalecendo-se de uma *presunção de facto* ou de uma *presunção judicial*¹⁸¹. A este respeito, no domínio da responsabilidade dos laboratórios farmacêuticos decorrente das vacinas que produzem, os tribunais franceses tendem a admitir que a prova da existência de um defeito da vacina e de umnexo causal entre esse defeito e o dano sofrido pelo lesado pode resultar de presunções graves, precisas e concordantes, apreciadas pelo juiz no caso concreto. Em especial, resulta da jurisprudência da Cour de Cassation que «o juiz que conhece do mérito pode considerar, no exercício do seu poder soberano de apreciação, que os elementos de facto invocados por um demandante, tais como o prazo decorrido entre a administração da vacina e o aparecimento de uma doença bem como a inexistência de antecedentes familiares ou pessoais do lesado relacionados com a doença em causa constituem presunções fortes, precisas e concordantes que podem demonstrar o defeito da vacina e a existência de umnexo causal entre ela e a doença em causa, apesar da constatação de que a investigação médica não estabelece nenhuma relação entre a vacinação e o aparecimento desta doença¹⁸²». Com efeito, os familiares de J. W pretendiam que a *relação de condicionalidade* entre a administração da vacina e o aparecimento da doença

¹⁷⁹ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade", *ob. cit.*, p. 396.

¹⁸⁰ Dando-nos conta que a etiologia da doença *desmielinizante não é totalmente conhecida, não havendo evidências científicas de que uma vacina contra a hepatite B possa causar uma doença daquele tipo, nem evidências científicas do contrário* – *cf.* Rajneri, Eleonora, e Borghetti, Jean-Sébastien, e Fairgrieve, Duncan, e Rott, Peter. "Remedies for Damage Caused by Vaccines ...", *ob. cit.*, pp.78-80.

¹⁸¹ A prova por presunções estava prevista no antigo artigo 1353.º encontrando-se, atualmente, consagrada no artigo 1382.º do Código Civil francês, e dispõe o seguinte «Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen». Sobre o sentido dos termos prova indireta, presunção de facto e presunção judicial, *vide* as conclusões do advogado-geral, n.ºs 28 a 36.

¹⁸² *Cfr.* Acórdão do Tribunal de Justiça, no seu parágrafo n.º 13.

fosse inferida da circunstância da inexistência de antecedentes pessoais e familiares de J. W relacionados com a esclerose múltipla bem como do facto de a doença se manifestar decorrido um curto espaço de tempo após a administração da vacina – designadamente, tão-só um mês¹⁸³.

Após várias decisões divergentes dos tribunais franceses¹⁸⁴, a Cour de Cassation, novamente chamada a pronunciar-se sobre recurso relativo a este caso e tendo em consideração que a responsabilidade civil do produtor é disciplinada pela Diretiva e, nesse âmbito, que o seu artigo 4.º coloca a cargo do lesado o ónus de provar o defeito, o dano e a conexão causal entre o defeito e o dano¹⁸⁵, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais: 1) saber se o artigo 4.º da Diretiva se opõe ao recurso a uma prova indireta, através de uma presunção de facto ou de uma presunção judicial, para fazer prova do defeito da vacina e do nexo de causalidade entre o defeito e o dano, não obstante a constatação de que a investigação médica não estabelece nenhuma relação entre a vacinação e o aparecimento da doença; 2) em caso de resposta negativa à 1.ª questão, saber se o artigo 4.º se opõe a um regime de presunções segundo o qual se considera sempre provada a existência de um nexo causal entre o defeito atribuído a uma vacina e o dano sofrido pelo lesado quando estivessem reunidos determinados indícios de causalidade; 3) em caso de resposta positiva à 1.ª questão, saber se o artigo 4.º deve ser interpretado no sentido de que a prova do nexo causal tem que ser feita através de uma prova direta, designadamente através de uma prova científica.

O advogado-geral Michal Bobek pronunciou-se sobre o presente caso em março de 2017, chegando à conclusão que a prova indireta, por presunções, era compatível com a Diretiva. Por sua vez, em junho de 2017, o Tribunal de Justiça, concordando (em quase tudo) com as conclusões do advogado-geral, também decidiu que a Diretiva não é incompatível com o regime probatório francês. Chegados aqui, importa analisar, com alguma precisão, o raciocínio levado a cabo pelo Tribunal de Justiça bem como pelo advogado-geral, no sentido de perceber se com esta

¹⁸³ Sobre a situação do direito francês antes deste Acórdão do Tribunal de Justiça, especificamente quanto à problemática da causalidade entre as vacinas contra a hepatite B e o surgimento de doenças *desmielinizantes*, vide, Borghetti, Jean-Sébastien. “Causation in Hepatitis B. Vaccination Litigation in France: Breaking through Scientific Uncertainty?”. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 91 (2016): 543-566.

¹⁸⁴ Em 1.ª instância, a 4 de setembro de 2009, o Tribunal de Grande Instance de Nanterre julgou a ação procedente, sendo que esta decisão veio a ser anulada, em sede de recurso, pela Cour d'appel de Versailles, num acórdão de 10 de fevereiro de 2011, que considerou que os elementos invocados por W e o. eram suscetíveis de estabelecer presunções graves, precisas e concordantes quanto à existência de um nexo de causalidade entre a administração da vacina e o aparecimento da doença, mas eram insuficientes para demonstrar a existência de um defeito da vacina. Posteriormente, este acórdão foi revogado pela Cour de Cassation, a 26 de setembro de 2012, por considerar que aquele órgão jurisdicional não tinha fundado a sua decisão relativamente à inexistência de defeito da vacina numa base legal. O processo foi remetido para a Cour d'appel de Paris que anulou a decisão proferida em 1.ª instância, pelo Tribunal de Grande Instance de Nanterre, e julgou improcedente o pedido de W e o., num acórdão de 7 de março de 2014. Com efeito, concluiu que os factos alegados – a proximidade temporal entre a vacinação e o aparecimento dos primeiros sintomas da doença bem como a inexistência de antecedentes familiares e pessoais invocados por W e o. – não eram suscetíveis de dar origem a presunções fortes, precisas e concordantes que permitissem concluir pela existência de um nexo causal entre a vacina e a doença em causa – Sobre estas decisões, vide Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafos n.ºs 14 a 16.

¹⁸⁵ Em França, ao contrário do que aconteceu em Portugal, o artigo 4.º da Diretiva foi transposto para uma disposição legal específica – estava previsto no artigo 1386-1, correspondente ao atual artigo 1245-8, do Código Civil francês.

decisão poder-se-á «abrir» uma possibilidade para a flexibilização da prova donexo causal em casos de responsabilidade civil do produtor envolvendo toxic torts, no ordenamento jurídico português. Adiantamos, desde já que, apesar das acusações dirigidas a esta decisão, concordamos, no essencial, com ela. Senão ora vejamos.

3.2. A prova indireta do nexode causalidade: em especial, o princípio da efetividade

No acórdão em análise, o Tribunal de Justiça começa por recordar que a Diretiva prossegue, quanto aos aspetos que regula, uma harmonização total das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, impondo ao lesado, no seu artigo 4.º, o ónus de provar o defeito do produto, o dano e o nexo causal entre ambos, sob pena de indeferimento do seu pedido¹⁸⁶. Salienta, contudo, que não é objetivo daquela harmonizar de modo exaustivo o domínio da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos para além dos aspetos que regula. Em especial, a Diretiva não regula as regras relativas à produção da prova no que respeita ao modo como o lesado pode cumprir o ónus da prova, designadamente, não especifica o nível de prova exigido nem os indícios suficientes para o atingir¹⁸⁷. Assim, conclui que cabe à ordem jurídica de cada Estado-Membro, em conformidade com o princípio da autonomia processual¹⁸⁸, estabelecer regras pormenorizadas em matéria de produção da prova com vista à aplicação prática da Diretiva¹⁸⁹. Todavia, a autonomia processual dos Estados-Membros não é ilimitada, pelo que, ao estabelecerem as regras em matéria de prova, nomeadamente da prova do nexo causal, terão que respeitar os *princípios da equivalência e da efetividade*^{190/191}.

¹⁸⁶ Vide Acórdão do Tribunal de Justiça, no seu parágrafo n.º 19.

¹⁸⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafos n.ºs 21 e 24 e conclusões do advogado-geral n.ºs 16 e 20.

¹⁸⁸ Em termos gerais, o princípio da autonomia processual significa que, na falta de regulamentação comunitária na matéria, as vias processuais destinadas à salvaguarda dos direitos que decorrem para os particulares do direito comunitário dependem da ordem jurídica interna de cada Estado-Membro.

¹⁸⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, no seu parágrafo n.º 25 e conclusões do advogado-geral, no parágrafo 21. O advogado-geral, nas suas conclusões, parágrafos n.ºs 22 e 23, acrescenta que «os Estados-Membros devem poder, dentro dos limites do artigo 4.º da Diretiva 85/374, diferenciar e adaptar, em termos razoáveis, as regras probatórias em função do(s) tipo(s) de produtos em causa [...]», designadamente, podem tentar corrigir o desequilíbrio estrutural entre o consumidor e o produtor e, sobretudo, o desequilíbrio informacional. Este último é particularmente acentuado nos domínios como o da responsabilidade das empresas farmacêuticas.

¹⁹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, no seu parágrafo n.º 25 e conclusão do advogado-geral n.º 25. Com efeito, o princípio da equivalência refere que os meios processuais definidos pela ordem jurídica interna não devem ser menos favoráveis (ao exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária) do que as que regulam situações análogas de natureza interna. Já o princípio da efetividade estipula que os meios processuais definidos pela ordem jurídica interna de cada Estado-Membro não devem tornar impossível, na prática, ou excessivamente difícil, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária.

¹⁹¹ Como é referido no acórdão de 15-10-2015, Nike European Operations Netherlands, C-310/14, EU:C:2015:690, n.º 28, «Ora, decorre de jurisprudência constante que, na falta de regras da União na matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro estabelecer essas regras, por força do princípio da autonomia processual, desde que, no entanto, não sejam menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes sujeitas ao direito interno (princípio da equivalência) e não tornem impossível, na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União (princípio da efetividade)».

Ora, o princípio da efetividade assume, para o nosso estudo, especial relevo¹⁹²: decorre deste princípio que as regras nacionais sobre a prova do nexa causal – «maxime» a prova da condicionalidade – não devem ser demasiado *difficeis*, sob pena de se violar a operacionalidade do regime de responsabilidade previsto pela Diretiva bem como os objetivos prosseguidos pelo legislador da União através da consagração deste regime¹⁹³, nem devem ser demasiado *flexíveis*, sob pena de prejudicar a repartição do ónus da prova prevista no artigo 4.º da Diretiva Comunitária. Assim, acompanhamos Nuno Pinto Oliveira quando afirma que entre os corolários do princípio da efetividade, estaria o de que a prova da relação de condicionalidade entre o defeito e o dano não deveria ser nem *demasiado fácil* nem *demasiado difícil*¹⁹⁴. Mas atentemos com mais detalhe neste aspeto.

O princípio de que a prova da condicionalidade não deve ser *demasiado difícil* pretende significar que os Estados-Membros não podem onerar o lesado com uma *prova específica*. Não podem exigir que a prova da condicionalidade seja uma *prova direta* e que, dentro das provas diretas, seja uma prova sustentada sobre a *investigação científica*; e, por fim, não podem exigir que, dentro das provas sustentadas sobre a investigação científica, seja uma prova sustentada sobre a *investigação médica*¹⁹⁵. Foi esta a conclusão a que chegaram – e bem, na nossa opinião – o Tribunal de Justiça e o advogado-geral. Este começa por lembrar que a Diretiva não exige um qualquer elemento de prova específico – médico ou outro – por meio do qual se prove o nexa de causalidade entre o defeito do produto e o dano. Por outro lado, também «não prevê que a falta de uma investigação médica que estabeleça esse nexa causal constitui prova conclusiva da inexistência do defeito ou do nexa causal¹⁹⁶». Portanto, em princípio, não parece ser de aceitar que se identifique a prova sustentada sobre a investigação médica como constituindo sistematicamente prova conclusiva e irrefutável do nexa causal. O Tribunal de Justiça vem afirmar que uma tal exigência probatória, que corresponderia a excluir todos os meios de prova que não a prova inequívoca resultante da investigação médica, tornaria excessivamente difícil – ou até mesmo impossível – estabelecer a responsabilidade do produtor em determinadas situações, designadamente nos casos em que não exista investigação médica ou em que a mesma é inconclusiva. A aceitação desta limitação quanto ao tipo de provas admissíveis iria comprometer

¹⁹² Na falta de informações pormenorizadas sobre as regras probatórias aplicáveis em casos semelhantes nos termos do direito nacional, quer o Tribunal de Justiça, quer o advogado-geral circunscreveram as suas observações ao princípio da efetividade, não abordando o princípio da equivalência.

¹⁹³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafo n.º 27.

¹⁹⁴ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade", *ob. cit.*, p. 397.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 398.

¹⁹⁶ *Vide*, conclusões do advogado-geral, parágrafo n.º 42. Mais uma vez, é de salientar o caráter genérico da Diretiva, que se aplica a diversos setores, muitos dos quais a investigação médica será irrelevante.

o efeito útil da Diretiva bem como alguns dos seus objetivos, como sejam o de assegurar a justa repartição dos riscos inerentes à produção técnica moderna entre o consumidor e o produtor e proteger a segurança e a saúde dos consumidores¹⁹⁷. De facto, sendo a investigação médica inconclusiva, como se verifica no presente caso, impor ao lesado a prova do nexo de causalidade, especificamente através de uma prova sustentada sobre a investigação médica, iria muito além do disposto no artigo 4.º da Diretiva bem como não seria conforme o princípio da efetividade. Aliás, a liberdade de apreciação da prova pelo órgão jurisdicional nacional também ficaria, indevidamente, prejudicada uma vez que estaria impedido de apreciar outros elementos de prova potencialmente relevantes para formar a sua convicção definitiva¹⁹⁸.

Face a estas considerações, a decisão do Tribunal de Justiça é precisamente a de que, no presente caso, em que a investigação médica é inconclusiva, os Estados-Membros não podem excluir a *prova indireta*, através de um qualquer «método indiciário», para exigir uma *prova direta* e, dentro das provas diretas, uma *prova científica* – para exigir que o lesado apresente «prova inequívoca resultante da investigação médica, da existência de um nexo causal entre o defeito atribuído à vacina e o aparecimento da doença¹⁹⁹». É, portanto, neste sentido, que o Tribunal de Justiça da União Europeia não se vem opor a um regime probatório nacional como o francês²⁰⁰, o qual «pode facilitar a tarefa do lesado quando chamado a apresentar as provas exigidas para que o produtor incorra em responsabilidade» e, ao mesmo tempo, é «neutro no que respeita ao ónus da prova referido no artigo 4.º da Diretiva 85/374²⁰¹», «suscetível de preservar a efetividade do regime de responsabilidade» e «o respeito dos objetivos por ela prosseguidos²⁰²». Importa, contudo, fazer algumas ressalvas.

O Tribunal de Justiça vem alertar para o facto de que os órgãos jurisdicionais nacionais não podem aplicar «o referido regime probatório de maneira muito pouco exigente, contentando-se com provas não pertinentes ou insuficientes», sob pena de se violar a regra relativa ao ónus da prova prevista no artigo 4.º da Diretiva bem como prejudicar a efetividade do regime de

¹⁹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafos n.ºs 30 a 32.

¹⁹⁸ Cfr. conclusões do advogado-geral, parágrafos n.ºs 45 e 51. No parágrafo n.º 47, o advogado-geral acrescenta que «prever que um produtor não seja considerado responsável sem a existência de investigação médica que estabeleça um nexo causal também violaria o artigo 4.º da Diretiva 85/374 ao alargar efetivamente a lista de exceções à responsabilidade previstas no artigo 7.º da Diretiva 85/374. O artigo 7.º, alínea e), estabelece expressa e especificamente que a responsabilidade pode ser excluída nos casos em que se demonstrar que, à data da introdução do produto no mercado, não era possível concluir cientificamente pela existência do defeito. Se o legislador tivesse desejado introduzir nesta disposição outros exemplos de situações em que a (falta de) investigação médica deve excluir a responsabilidade, tê-lo-ia feito».

¹⁹⁹ Vide Acórdão do Tribunal de Justiça, no seu parágrafo n.º 30.

²⁰⁰ Veja-se no Acórdão do Tribunal de Justiça, no parágrafo n.º 43, a resposta expressa que dá à primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

²⁰¹ O regime probatório em análise não é suscetível de implicar uma inversão do ónus da prova que recai sobre o lesado nos termos do artigo 4.º da Diretiva «[...] uma vez que lhe deixa o ónus de provar os diferentes indícios cuja conjugação permitirá, se for o caso, ao juiz chamado a pronunciar-se sustentar a sua convicção quanto à existência de um defeito da vacina e de um nexo causal entre esse defeito e o sano sofrido» - É esta a conclusão do Tribunal de Justiça, no parágrafo n.º 29.

²⁰² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafos n.ºs 28 e 33.

responsabilidade instituído no artigo 1.º da Diretiva, uma vez que a existência de um nexo causal – requisito essencial para o sucesso da pretensão indemnizatória – não seria suficientemente verificada pelo juiz²⁰³. Assim, o princípio de que a prova da condicionalidade não deve ser *demasiado fácil* pretende significar que os Estados-Membros não podem desonerar o lesado do encargo de deduzir uma *específica prova*; não podem aceitar provas demasiado flexíveis, exigindo-se, ao invés, que o lesado deduza de provas adequadas, pertinentes e suficientes.

Ora, daqui podemos retirar duas conclusões: em primeiro lugar, os Estados-Membros não podem permitir que a prova da relação de condicionalidade seja uma prova por *presunções legais* (de causalidade). Em segundo lugar, os Estados-Membros não podem permitir que a prova da relação de condicionalidade seja uma prova por *presunções judiciais*, desde que a relação entre os factos conhecidos e os factos desconhecidos, cuja existência se infere, seja estabelecida em *abstrato, i.e.*, a partir de indícios factuais pré-determinados. Com efeito, o Tribunal de Justiça vem afirmar, de forma expressa, que o recurso a um meio de prova nos termos do qual «a existência de um nexo causal entre o defeito atribuído a uma vacina e o dano sofrido pelo lesado se considera sempre provada quando estiverem reunidos certos tipos de indícios concretos de causalidade predeterminados, teriam como consequência, nomeadamente, violar a regra relativa ao ónus da prova prevista no artigo 4.º da Diretiva 85/874²⁰⁴». Sendo esta, no essencial, o teor da segunda pergunta do órgão jurisdicional de reenvio, podemos concluir que o Tribunal vem responder no sentido que a Diretiva se opõe a um regime probatório como o supramencionado²⁰⁵.

Desta forma, o Tribunal de Justiça vem admitir a prova da causalidade por *presunções judiciais*, desde que a relação entre os factos conhecidos e os factos desconhecidos seja estabelecida *em concreto* – desde que esses indícios factuais sejam adequados e suficientes²⁰⁶. Impõe-se, pois, que o juiz nacional faça um *juízo concreto* sobre a adequação e suficiência dos

²⁰³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafos n.ºs 34 e 35.

²⁰⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, no seu parágrafo n.º 52.

²⁰⁵ Considera o Tribunal de Justiça que o órgão jurisdicional de reenvio, ao precisar que a existência de um nexo causal se considera sempre provada se verificados certos factos pré-determinados, parece querer referir-se a uma presunção *inilidível*. Este tipo de presunção, dado o seu automatismo, não é compatível com o artigo 4.º da Diretiva – o produtor ficaria privado de qualquer possibilidade de apresentar provas potencialmente relevantes para tentar ilidir a presunção – e constituiria uma indevida limitação da liberdade de apreciação de prova pelo juiz nacional. Este teria, sem mais, que concluir pela existência de um nexo causal entre o defeito e o dano, sem que fosse sequer possível analisar se os outros elementos e argumentos que lhe foram submetidos eram suscetíveis de conduzir a uma solução contrária. Tal solução acabaria por prejudicar a efetividade do regime de responsabilidade instituído pela Diretiva. Por outro lado, o Tribunal de Justiça acrescenta que mesmo tratando-se de uma presunção *ilidível*, tal solução não é compatível com o artigo 4.º da Diretiva: «(...) visto os factos assim pré-determinados pelo legislador ou pelo órgão jurisdicional nacional supremo estarem demonstrados, a existência de um nexo causal seria automaticamente presumida, de modo que o produtor nacional poderia ver-se obrigado a ilidir a referida presunção, a fim de se opor com sucesso ao pedido, antes mesmo de o órgão jurisdicional que conhecia do mérito tomar conhecimento dos elementos de apreciação de que ele dispunha e dos argumentos por ele aduzidos» - Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafos n.ºs 53 e 54.

²⁰⁶ É esta também a conclusão do advogado-geral que, nas suas conclusões, no parágrafo n.º 90, afirma que «(...) o artigo 4º não se opõe às presunções factuais relativas ao nexo causal e ao defeito. Contudo, essa presunção deve respeitar os princípios da equivalência e da efetividade e os requisitos mínimos previstos no artigo 4.º. A presunção deve ser suficientemente rigorosa, para que dela não resulte a inversão do ónus da prova. Em especial, deve basear-se em provas pertinentes e suficientes».

indícios apresentados pelo demandante. O Tribunal de Justiça deixa clara esta exigência, afirmando, no parágrafo n.º 42 do acórdão, que eventuais conclusões sobre a existência de uma relação de causalidade entre o defeito e o dano «apenas poderão ser retiradas, de maneira totalmente esclarecida, em cada caso concreto, pelo juiz que conhece do mérito de um dado litígio, depois de ter tomado devidamente em consideração todas as circunstâncias do processo que lhe é submetido e, designadamente, todos os outros elementos explicativos e argumentos aduzidos pelo produtor, destinados a contestar a pertinência dos elementos de prova invocados pelo lesado e a pôr em dúvida o grau de plausibilidade (...) da explicação dada pelo mesmo²⁰⁷».

Assim, as presunções judiciais relevantes no sistema da responsabilidade civil do produtor seriam sempre condicionadas: i) As presunções judiciais de causalidade *devem basear-se em provas pertinentes e suficientemente rigorosas* para corroborarem as conclusões extraídas. Não seria admissível que se desse como provada a relação de causalidade na presença de provas irrelevantes, *i.e.*, aquelas «(...) que não revestem qualquer nexó lógico ou racional com a conclusão que delas se extrai», ou provas insuficientes (ainda que adequadas ou pertinentes)²⁰⁸; ii) As presunções judiciais de causalidade *não devem restringir indevidamente a livre apreciação da prova pelo órgão jurisdicional nacional*, nomeadamente impedindo o juiz nacional de ter em consideração provas pertinentes ou exigindo que determinados elementos de prova específicos sejam considerados como provas irrefutáveis da existência de um nexó causal, independentemente da produção de outras provas²⁰⁹; iii) Consequentemente, e de forma a não impedirem a livre apreciação da prova pelo juiz nacional, as presunções judiciais de causalidade *devem ser sempre ilidíveis*: o produtor deve ter sempre a possibilidade de apresentar elementos factuais ou de invocar argumentos, designadamente de ordem científica, para tentar ilidir a presunção; e o juiz deve ter sempre oportunidade de apreciar o caso concreto à luz de todos os argumentos deduzidos pelo produtor e pelo consumidor²¹⁰.

²⁰⁷ O Tribunal de Justiça sublinha, no parágrafo n.º 37, que «(...) incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais garantir que os indícios apresentados são efetivamente suficientemente graves, precisos e concordantes para permitir a conclusão de que a existência de um defeito do produto é, não obstante os elementos apresentados e os argumentos aduzidos em defesa do produtor, a explicação mais plausível para a ocorrência do dano, de maneira que esse defeito e esse nexó causal podem razoavelmente ser considerados provados».

²⁰⁸ Cfr. conclusões do advogado-geral, parágrafos n.ºs 64 e 75.

²⁰⁹ Cfr. conclusões do advogado-geral, parágrafo n.º 101.

²¹⁰ conclusões do advogado-geral, parágrafo n.º 101 e Acórdão do Tribunal de Justiça, parágrafo n.º 53.

3.3. As críticas apontadas: uma decisão indiferente à ciência?

No essencial, pensamos que o Tribunal de Justiça andou bem com esta decisão, pelo que, não concordamos com as críticas que lhe foram dirigidas, designadamente que se trata de uma decisão desprovida de qualquer conhecimento específico da medicina em geral e da esclerose múltipla em particular²¹¹. Estas acusações vêm no sentido de que o Tribunal aceitou que os indícios invocados pelo demandante permitem demonstrar a existência de uma conexão causal entre a vacina e a doença em causa, o que, cientificamente não está provado. Com efeito, estudos demonstram que entre 92% a 95% das pessoas com esclerose múltipla não têm nenhum antecedente desse tipo na sua família e que, por outro lado, o processo evolutivo próprio da doença tende a começar alguns meses, ou alguns anos, antes do aparecimento dos primeiros sintomas²¹². Consequentemente, «a ausência de antecedentes familiares e pessoais» bem como «a proximidade temporal entre a vacinação e o aparecimento da doença» invocados pelo demandante seriam insuficientes para provar o nexo de causalidade.

Efetivamente, o Tribunal de Justiça, no parágrafo n.º 41 do acórdão, vem dizer o seguinte: «[...] elementos como os invocados no âmbito do processo principal, respeitantes à proximidade temporal entre a administração de uma vacina e o aparecimento de um doença e à inexistência de antecedentes médicos pessoais e familiares relacionados com esta doença, bem como à existência de um número significativo de casos repertoriados de aparecimento desta doença na sequência dessas administrações, *parecem a priori* constituir indícios cuja conjugação pode, *eventualmente*, levar um órgão jurisdicional nacional a considerar que um lesado cumpriu o ónus da prova que sobre ele recai nos termos do artigo 4.º da Diretiva 85/74. Tal pode ser o caso, nomeadamente, se os referidos indícios levarem o juiz a considerar (...) que a administração da vacina constitui a explicação mais plausível para o aparecimento da doença (...)» (itálicos nossos). Parece-nos, contudo, que esta decisão não foi bem compreendida pelos críticos. Vejamos o porquê da nossa opinião.

Desde logo, é importante esclarecer que esta decisão *não* afirma a existência de uma relação causal entre a vacina contra a hepatite B e o aparecimento de esclerose múltipla. O que o Tribunal de Justiça vem concluir é que, perante casos de incerteza científica, não se deve rejeitar, automaticamente, os argumentos aduzidos pelo demandante na sua pretensão indemnizatória. Ao invés, deve-lhe ser dada a oportunidade, designadamente através de prova indireta – através da

²¹¹ Novella, Steven. "Terrible Decision from the Court of Justice of the European Union", *ob. cit.*; Smillie, Laura R. e Eccleston-Turner, Mark R. e Cooper, Sarah L. "C-621/15 - *W and Others v Sanofi Pasteur ...*", *ob. cit.*, pp. 134 e ss.

²¹² Novella, Steven. "Terrible Decision from the Court of Justice of the European Union", *ob. cit.*

utilização de presunções, – para convencer o julgador da existência de uma conexão causal entre a vacina e a doença. Parece-nos aceitável e equilibrado este raciocínio. Como já foi demonstrado, entre o produtor e o consumidor existe uma assimetria de poder e informação, estando este último numa posição (muito) mais frágil. Ora, fazer da falta da prova resultante da investigação médica um motivo sistemático e determinante para rejeitar a pretensão indemnizatória não parece justificável e, como já vimos, viola o princípio da efetividade, posto que coloca o lesado numa posição *excessivamente difícil*, nomeadamente nos casos em que não exista investigação médica ou naqueles em que a mesma é inconclusiva²¹³.

Por outro lado, diga-se que o Tribunal de Justiça, ao referir que os elementos apresentados pelo demandante «(...) parecem *a priori* constituir indícios cuja conjugação pode, *eventualmente*, levar um órgão jurisdicional nacional a considerar que um lesado cumpriu o ónus da prova que sobre ele recai nos termos do artigo 4.º da Diretiva 85/74», *não* está a dizer que aqueles indícios constituem, *efetivamente*, prova do requisito causal. Aliás, como bem sublinhou aquele Tribunal, tal apreciação cabe *apenas* aos órgãos jurisdicionais nacionais: cabe a estes, no âmbito da livre apreciação da prova, verificar, em cada caso concreto, a adequação e suficiência dos indícios invocados pelo demandante. Em especial, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar e decidir se aqueles elementos constituem indícios «graves, precisos e concordantes» que permitam concluir pela existência de um defeito da vacina e de umnexo causal entre esse defeito e a doença. A este propósito concordamos inteiramente com o advogado-geral quando refere, nas suas conclusões n.ºs 68 a 71, que não cabe ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre a pertinência dos elementos de prova da presunção em questão, quer porque « (...) o órgão jurisdicional nacional formulou a sua questão em termos gerais, sem mencionar as diversas condições de aplicação da presunção (...)», quer porque «(...) fazer observações detalhadas a este propósito assemelha-se perigosamente a atribuir força probatória específica a determinados elementos de prova em casos particulares de responsabilidade pelos danos causados por produtos defeituosos». Efetivamente, o Tribunal de Justiça, partindo da premissa, referida pelo órgão jurisdicional de reenvio, «de que a investigação médica não estabeleceu nem infirmou a existência de uma relação causal entre a administração da vacina e o aparecimento de doença», não reexaminou os factos e não decidiu o caso concreto. Apenas deu resposta a uma questão jurisdicional específica, afirmando, tão

²¹³ Nos casos em que não existisse investigação médica, seria praticamente impossível estabelecer a existência de responsabilidade; nos casos em que existisse investigação médica mas esta fosse inconclusiva, seria demasiado difícil estabelecer a existência de responsabilidade – Neste sentido, cfr. conclusões do advogado-geral, nos parágrafos n.ºs 44 a 51.

simplesmente, que nas situações em que não há consenso científico, a prova indireta é admissível, sob pena de violação da efetividade do regime instituído pela Diretiva.

Portanto, não nos parece correto afirmar que o Tribunal de Justiça bem como o advogado-geral foram indiferentes às provas científicas ou que as mesmas sejam irrelevantes. Desde logo, vêm afirmar que devem ser valoradas, no âmbito da liberdade de apreciação, todas as provas apresentadas, o que, evidentemente, se equacionam neste domínio as provas científicas. Caso existisse evidências científicas claras e suficientes de que aquela vacina causou aquela doença, é manifesto que o julgador deveria ter em conta as mesmas. Aliás, o advogado-geral chega mesmo a dizer que «[a]s provas apresentadas sob a forma de investigação médica devem ser devidamente consideradas²¹⁴». Quanto a este aspeto, concordamos com Nuno Pinto Oliveira, que vem referir que Tribunal de Justiça e o advogado-geral dão provas de respeito pelos resultados da investigação científica, sugerindo duas diretrizes: «(i) se os resultados da investigação médica forem no sentido de que há uma relação de *causalidade geral*, de que aquela *categoria* ou aquele *tipo de defeito* está ligado àquela *categoria* ou àquele *tipo de dano*, será mais fácil fazer a prova de uma relação de *causalidade individual*; (ii) se, porém, os resultados da investigação médica forem no sentido de que não há nenhuma relação de *causalidade geral*, de que aquele *tipo de defeito* não está ligado àquele *tipo de dano*, não será possível ou, ainda que seja possível, será mais (muito mais) difícil fazer a prova de uma *causalidade individual*»²¹⁵. Conclui o Autor que, em lugar de alguma indiferença, o Tribunal de Justiça e o advogado-geral dão provas «de que o respeito pelos resultados da investigação científica é, e deve ser, o *limite* do princípio da *liberdade de apreciação da prova*»²¹⁶.

Não se trata, pois, de uma decisão de ciência. Como já foi referido neste estudo, a atividade da ciência bem como os seus resultados podem ser insuficientes para a atividade e decisões dos tribunais. A estes exige-se uma decisão. Rejeitar, de forma liminar e automaticamente, um pedido de indemnização porque não há investigação médica ou porque a mesma é inconclusiva seria negar o acesso à justiça por parte dos lesados. É necessário uma «justa distribuição dos riscos» entre consumidor e produtor. A regra francesa – a utilização de presunções graves, precisas, concordantes (e ilidíveis) – é um caminho possível para atingir tal desiderato, nomeadamente em casos envolvendo toxic torts. Não o único, mas possível.

²¹⁴ Cfr. conclusões do advogado-geral, no seu parágrafo n.º 50.

²¹⁵ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade", *ob. cit.*, pp. 406-407.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 407.

3.4. Tentativas de superação das dificuldades probatórias relativas ao nexo de causalidade

No ordenamento jurídico português, a jurisprudência e a doutrina têm trabalhado no sentido de encontrar possíveis soluções para auxiliar o lesado nos casos em que a prova do requisito causal apresenta, não raras as vezes, dificuldades acrescidas^{217/218}. Elisabeth Fernandes, refletindo sobre a prova de factos que objetiva ou subjetivamente se apresentam como factos difíceis de demonstrar, como seja a prova do nexo de causalidade, vem defender o recurso à prova por presunções judiciais. Considera a Autora ser esta a solução «mais consentânea com a garantia da tutela judicial efetiva» e a que «melhor se apresenta para garantir o fim da verdade do processo²¹⁹».

De facto, neste domínio, a prova indireta pode assumir especial relevância. Entre nós, não existe, como é sabido, presunções legais em matéria de causalidade envolvendo toxic torts. Já a prova por presunções judiciais que correspondem, de *grosso modo*, às presunções *prima facie* do direito alemão, poderão ser um instrumento útil para auxiliar o lesado na prova da ligação causal entre o defeito do produto e o dano ocorrido²²⁰. Neste sentido, Diana Montenegro da Silveira, constatando a dificuldade de prova do requisito causal quando estão em causa medicamentos, vem defender a utilização da prova *prima facie* enquanto instrumento de valoração de prova. A Autora afirma o seguinte: «[d]eve a jurisprudência portuguesa admitir que, tendo o lesado provado o defeito do medicamento e o dano sofrido, se considere automaticamente provado o nexo de causalidade entre um e outro sempre que as máximas da experiência indiquem que tal nexo existe. Caso contrário, a vítima sairá, na maioria das vezes, irressarcida da sua ação de responsabilidade civil²²¹». A prova de primeira aparência ou *prima facie* baseia-se no decurso típico dos

²¹⁷ A discussão tem sido mais rica nas áreas da responsabilidade civil médica e na responsabilidade por danos ambientais, a qual encontra paralelo com alguns problemas específicos da responsabilidade do produtor por danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos. Ana Perestrelo de Oliveira refere que, no domínio ambiental, a multicausalidade é um fenómeno típico, ao mesmo tempo que o processo poluente tende também a prolongar-se no espaço e no tempo, originando os chamados «danos-à-distância» e «danos tardios». Todas estas circunstâncias fazem aumentar a dificuldade de demonstração do nexo causal quando estão em causa danos ambientais – Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, p. 18. Sobre as dificuldades de prova do requisito causal no domínio ambiental cfr. também Freitas, Carolina Rodrigues de. «Causalidade e complexidade ambiental: Alternativas para a responsabilidade civil na proteção do ambiente e o desenvolvimento sustentável». Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Referindo-se às dificuldades de determinação do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade médica, *vide*, Pericão, Catarina Félix Almeida. «A dificuldade de demonstração do nexo causal na Responsabilidade Civil Médica: das soluções meramente paliativas à cura (im)possível!». Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2017.

²¹⁸ Eugénio Neto, dando conta da insuficiência da lógica da certeza no que respeita à aferição do nexo causal, designadamente quando estão em causas processos causais complexos, vem enunciar algumas teorias que implicam a tendência de relativização da lógica da certeza e abertura de espaço para a lógica da probabilidade no campo da causalidade – Neto, Eugénio Facchini. «Julgando sob o signo da incerteza: os novos ventos da responsabilidade civil sopram a favor das vítimas de danos». *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, n.º 5 (2020): 839-878.

²¹⁹ Fernandes, Elisabeth. «A Prova Difícil ou Impossível ...», *ob. cit.*, p. 833. A Autora faz corresponder as presunções judiciais à prova *prima facie* do direito alemão e à *res ipsa loquitur* do direito norte-americano (considera-se que quando os acontecimentos falam por si, se pode inferir a causalidade) – *Ibidem*, pp. 832-833.

²²⁰ Entre nós, Carneiro de Frada sublinha a suscetibilidade de se recorrer a facilitações de prova (*maxime* através da demonstração de primeira aparência) para se resolver as dificuldades no estabelecimento do nexo causal em áreas como a dos danos ambientais, responsabilidade médica ou medicamentosa, responsabilidade por manipulação genética ou, ainda, no que se refere à responsabilidade dos fabricantes de tabaco – Frada, Manuel A. Carneiro da. *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 102.

²²¹ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, p. 186.

acontecimentos, assentando numa presunção judicial ou natural: é do que, segundo a experiência da vida, acontece normalmente, que é possível inferir a veracidade do facto presumido²²². Parte-se de um resultado verificado e, de acordo com uma ideia de verosimilhança, considera-se verificado o curso normal típico que a ele conduz. Deste modo, para provar o nexó de causalidade basta que o lesado demonstre uma tal coincidência exterior dos factos, que segundo o curso normal das coisas decorrente da experiência da vida, se justifica a conclusão que esses factos se encontram entre si numa relação de causalidade. Basta, assim, à parte, provar a aparência ou verosimilhança do facto²²³.

Embora de uma utilidade indiscutível na tutela do lesado – através de um juízo de probabilidade o julgador convencer-se-ia que aquele produto era adequado a causar aquele tipo de dano segundo as regras da experiência e da normalidade das coisas – este mecanismo falha pela fragilidade que o contamina. Como refere Vaz Serra «a prova de primeira aparência não produz a plena convicção do juiz mas apenas um grau de probabilidade bastante para forçar a outra parte à contraprova²²⁴». Assim, para afastar esta chamada prova prima facie basta à parte contrária produzir contraprova (artigo 346.º do Código Civil), no sentido de mostrar a possibilidade de ocorrência de facto diverso, pondo em dúvida que os acontecimentos tenham seguido o rumo típico²²⁵. Trata-se, portanto, de um instrumento que atua ao nível da valoração da prova e não da distribuição do ónus da prova. Há apenas uma atenuação do ónus da prova pois este continua a caber ao lesado, de acordo com as regras gerais²²⁶.

Por outro lado, parece-nos idêntica a solução apontada por Calvão da Silva que, tendo em consideração que a prova do nexó causal se apresenta muito difícil quanto às lesões causadas por medicamentos e produtos químicos, vem defender que o lesado deve ser ajudado nesta espinhosa tarefa, no mínimo através da prova de primeira aparência. Com efeito, afirma o Autor, «(...) uma vez fixada a existência do defeito do produto e do dano, as regras da experiência da vida, o id quod plerumque accidit e a teoria da causalidade adequada – teoria que reconduz a questão do nexó

²²² Sousa, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto ...*, ob. cit., p. 212.

²²³ Sousa, Luís Filipe Pires de. *Prova por Presunção no Direito Civil*. 3.ª ed. Edições Almedina, 2017, pp. 73-74.

²²⁴ Serra, Adriano Vaz. "Provas: direito probatório material", ob. cit., p. 78.

²²⁵ Sousa, Luís Filipe Pires de. *Prova por Presunção no Direito Civil*, ob. cit., p. 74.

²²⁶ Costa, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova ...*, ob. cit., p. 129. A prova prima facie pode ser neutralizada mediante simples contraprova (alegação de um possível curso causal alternativo); basta que o potencial lesante gere uma dúvida no espírito do julgador quanto à existência de um nexó causal e, gerando-se essa incerteza, o produtor invalida a aparência do nexó causal, devendo a questão ser decidida contra o consumidor, parte onerada com a respetiva prova. Por sua vez, a inversão do ónus da prova configura um mecanismo de proteção mais sólido para o lesado, fazendo recair sobre o lesante a demonstração da inexistência do nexó causal entre o defeito do produto e o dano ocorrido. Pela inversão do ónus da prova, o produtor terá que fazer prova em contrário, convencendo o juiz que não existiu uma relação de causalidade, pois não basta instalar no espírito deste a dúvida ou a incerteza – Neste sentido, Monteiro, Cassia Gomes da Silva. "Responsabilidade Civil – Causalidade Alternativa". Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2014, p. 29, nota n.º 47. Sobre a fragilidade da prova de primeira aparência cfr. Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., pp. 387 e ss. Note-se, contudo, que, tal como foi enunciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não é possível inverter o ónus da prova nesta matéria, sob pena de violação do artigo 4.º da Diretiva Comunitária.

causal a um juízo de *probabilidade* – poderão permitir a *preponderância da evidência* que, no fundo, é uma espécie de presunção de causalidade²²⁷». Conclui o Autor que, «[n]esta matéria não nos encontramos, pois, no domínio das certezas, em que o resultado seja obtido através de fórmulas exatas, mas antes num campo em que a normalidade ou a regularidade é a linha de orientação do julgador²²⁸». Sendo certo que o recurso à prova *prima facie* não será de rejeitar, entendemos que, neste âmbito, é necessário auxiliar o lesado de forma mais significativa.

O ordenamento jurídico alemão foi mais sensível às especificidades dos medicamentos, vigorando, desde 1976, a Lei do Medicamento (*Arzneimittelgesetz*, AMG), de 24 de agosto de 1976 – alterada pela reforma geral dos danos alemão, que entrou em vigor a 1 de agosto de 2002 – a qual estabelece um regime especial de responsabilidade do produtor pelos danos causados por produtos farmacêuticos defeituosos²²⁹. Já antes da reforma, a AMG estabelecia uma responsabilidade objetiva da indústria farmacêutica pelos danos causados por medicamentos defeituosos²³⁰. Não obstante, com a reforma, foi introduzida, entre outros aspetos, uma relevante alteração em matéria de causalidade que veio a conferir uma proteção adicional aos lesados. Com efeito, foi estabelecida uma presunção de causalidade a favor do consumidor, passando a ser da indústria farmacêutica (aquela que detém os conhecimentos técnicos e científicos) o ónus da prova de que o medicamento em questão não foi causador do dano, desde que o lesado prove que o medicamento em causa é idóneo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para causar o dano que sofreu²³¹. Importa notar que não basta a demonstração em abstrato da idoneidade do medicamento para causar o dano mas, antes, a sua demonstração em concreto, de acordo com as circunstâncias enunciadas no § 84 (2) da AMG: de acordo com a composição do medicamento administrado, a dosagem e o uso prescrito, tendo em conta a relação temporal com a produção do dano, o tipo de dano, o estado de saúde do lesado no momento da administração do medicamento, bem como todas as demais circunstâncias que, no caso concreto, favorecem ou não a produção do dano²³². Fazendo esta prova, presumir-se-á que o dano foi causado por tal medicamento, *i.e.*, presume-se onexo causal entre o defeito do medicamento e o dano.

²²⁷ *Ibidem*, pp. 712-713.

²²⁸ *Ibidem*, p. 713.

²²⁹ De referir que o regime alemão da responsabilidade decorrente de produtos farmacêuticos, previsto pela AMG, constitui o regime especial de responsabilidade na aceção do artigo 13.º da Diretiva Comunitária, na medida em que, por um lado, está limitado a um determinado setor de produção e, por outro, já existia no momento da notificação desta Diretiva à República Federal da Alemanha, que ocorreu em 30 de julho de 1985. A Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico alemão pela Lei Alemã da Responsabilidade Civil por Produtos Defeituosos – *Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG)*, de 15 de dezembro de 1989, a qual entrou em vigor a 1 de janeiro de 1990 – cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 20 de novembro de 2014, processo C-310/13, Novo Nordisk Pharma GmbH Contra S.

²³⁰ Magnus, Ulrich. “La reforma del derecho alemán de daños”. *InDret*, n.º 2 (2003): 1-12, p. 6.

²³¹ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, p. 187.

²³² Da redação deste preceito legal resulta que não basta a demonstração da idoneidade em abstrato do medicamento para causar o dano. O lesado deve provar, antes, a possibilidade concreta de que os danos sofridos foram causados pelo medicamento do fabricante demandado – neste sentido cfr. González, Sonia Ramos. “La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán”. *InDret*, n.º 1 (2003), p. 18.

Por sua vez, o produtor pode romper o nexo de causalidade se provar, atento o disposto no mesmo preceito legal, que não foi o seu medicamento que causou o dano ou que existe outra circunstância que, no caso concreto, é idónea para causar o dano. Repare-se que, como afirma Diana Montenegro da Silveira, esta outra circunstância «não pode consistir noutra medicamento que, no caso concreto, seja igualmente idóneo para causar danos, a não ser que este outro medicamento seja um medicamento não defeituoso²³³». Se o demandado apenas consegue provar a potencial causalidade de outros medicamentos defeituosos para causar o dano, responde solidariamente pelos danos e dispõe de uma ação de regresso contra os outros laboratórios. Entendemos pois, na esteira de Sonia González, que o § 84 (2) não prevê propriamente uma presunção de causalidade mas apenas um aligeiramento do ónus da prova a favor do lesado, o qual cumpre o ónus da prova do requisito causal quando demonstra que o medicamento é, de acordo com as circunstâncias concretas, a causa principal e provável do dano²³⁴.

Diga-se, por último, e apenas em jeito de breve referência, que é de rejeitar a «teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova» a qual, assentando num critério de distribuição dinâmico – critério da melhor condição probatória – pretende habilitar o julgador dos poderes necessários para, no caso concreto e atenta a particular dificuldade de prova do facto pela parte onerada, repartir o ónus da prova de forma a recair esse ónus (exclusiva ou simultaneamente) sobre a parte que se encontra em melhores condições probatórias para produzir a prova do facto. Embora tentadora no âmbito que nos movemos, porquanto poderia facilitar a prova do nexo causal que impende sobre o lesado, esta solução não pode ser aceite pois, ao proceder a uma inversão do ónus da prova, viola manifestamente o artigo 4.º da Diretiva Comunitária. Acresce que se trata de uma teoria completamente alheia ao sistema jurídico português, não havendo nenhuma norma expressa que permita uma distribuição dinâmica do ónus da prova²³⁵.

²³³ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, ob. cit., p. 188. A Autora conclui: «(...) para romper o nexo de causalidade, o fabricante tem que alegar e provar a idoneidade de outro medicamento para causar aquele dano concreto, desde que esse medicamento não seja defeituoso nos termos da Lei do Medicamento».

²³⁴ González, Sonia Ramos. “La responsabilidad por medicamento ...”, ob. cit., p. 20. Ulrich Magnus fala-nos de uma «presunção de causalidade limitada». Entende o Autor que esta regra diminui o *standard* probatório relativo à prova da causalidade: ao invés da certeza, será suficiente uma probabilidade predominante – Magnus, Ulrich. “La reforma del derecho alemán de daños”, ob. cit., p. 7.

²³⁵ Esta teoria surge na Argentina, pelo cunho do processualista Peyrano, como reação às insuficiências detetadas na distribuição estática do ónus da prova. Encontra-se expressamente consagrada no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 373.º do novo Código de Processo Civil brasileiro) bem como no ordenamento jurídico espanhol (artigo 217.º, n.ºs 4 e 5 do novo Código de Processo Civil espanhol). Apesar de se reconhecer as eventuais fragilidades que a distribuição estática do ónus da prova comporta, especialmente, quando é detetável um anormal grau de dificuldade em provar determinados factos, não há norma legal que habilite uma distribuição dinâmica do ónus da prova nem tal solução corresponde a uma possibilidade implícita do nosso ordenamento jurídico, pelo que, uma distribuição dinâmica do ónus probandi tem vindo a ser abertamente rejeitada. – Sobre a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova cfr. Fernandes, Elizabeth. “A Prova Difícil ou Impossível ...”, ob. cit., pp. 828 e ss; Fazendo uma análise sobre as inúmeras dificuldades que comportaria uma eventual aplicação da teoria no ordenamento jurídico português, vide, Beirão, Joana Maria Moreira. “Da Distribuição do Ónus da Prova no Direito Processual Civil Português – Contributo para o Estudo da Possibilidade de Flexibilização através de uma Distribuição Dinâmica”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017.

Uma das soluções apontadas para o problema da causalidade nos toxic torts e que poderá apresentar resultados satisfatórios e adequados é aquela apresentada por Nuno Pinto Oliveira que, no essencial, admite a suficiência de uma causalidade meramente possível ou provável²³⁶. O Autor refere que o facto de, no acórdão analisado, o Tribunal de Justiça da União Europeia interpretar o direito europeu no sentido de exigir que a prova da condicionalidade não deve ser demasiado fácil nem demasiado difícil contribui para interpretar ou para integrar o direito português. Com efeito, conclui o Autor que o princípio de que a prova da condicionalidade não deve ser demasiado difícil poderá significar que o sistema de responsabilidade civil deve reconstruir-se como um sistema móvel e, no quadro de um sistema móvel, a circunstância de o elemento adequação ter um peso acrescido ou reforçado compensará a circunstância de o elemento condicionalidade ter um peso enfraquecido. Analisemos, pois, esta possível via resolutiva da problemática que nos ocupa.

CAPÍTULO IV – Uma solução possível para a problemática da «causalidade tóxica»

4.1. O sistema de responsabilidade civil como «sistema móvel»

Wilburg desenvolveu a conceção de sistema móvel, quase exclusivamente no âmbito da responsabilidade civil, que considerou ser o «centro nevrálgico do direito privado^{237/238}». O Autor recusa procurar um princípio unitário que solucione todas as questões da responsabilidade por danos, defendendo, ao invés, que a mesma se pode «reconduzir a vários elementos que se unem em diferentes enlances e graus de intensidade^{239/240}». Com efeito, o sistema móvel de Wilburg

²³⁶ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade", ob. cit., pp. 395 e ss.

²³⁷ Walter Wilburg, civilista austríaco, desenvolveu a ideia de sistema móvel há mais de meio século, na sua obra *Elementen des Schadensrecht* (1941), apresentando as consequências do seu ponto de vista com recurso a exemplos não só do direito delitual mas também do direito contratual. O texto fundamental do autor sobre a conceção do sistema de responsabilidade civil como sistema móvel foi traduzido para português por Dora Moreira e Raúl Guichard, com o título "Desenvolvimento de um sistema móvel na responsabilidade civil", publicado na Revista Direito e Justiça, Tomo III, Vol. XIX (2000): 55-73, com apresentação de Raúl Guichard, pp. 51-54 e com posfácio de Willibald Posh pp. 74-75. Disponível em <https://xdocs.com.br/doc/sistema-movel-de-resp-civil-lo1v94mrk2ow>.

²³⁸ Para uma apreciação do conceito de sistema móvel em geral, vide, p. ex., Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 8.ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019; Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 5.ª ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012; Gonçalves, Diogo Costa. "Dogmáticas de transição, evolução dos sistemas e desafios ao ensino do Direito". *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Ano 14, n.º 27 (2016): 41-77. Frada, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, em especial, pp. 586-587, nota n.º 617.

²³⁹ Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, ob. cit., p. 668.

²⁴⁰ Wilburg refere que tentou encontrar uma *ordem interna* para o direito da responsabilidade civil «pressupondo que tal instituto não se deixa reconduzir a uma ideia unitária, mas antes resulta de um jogo de pontos de vista, que podem ser apreendidos científica e legalmente como elementos (...)». Como elementos da responsabilidade civil que, ponderados conjuntamente, segundo o grau da sua intensidade, poderiam num determinado caso servir como fundamento de uma indemnização total ou parcial, Wilburg destacou: «1. Uma deficiência causal para a ocorrência do dano, residindo na esfera do responsável; 2. O perigo originado pelo lesante através de uma atividade ou da posse de uma coisa e que tenha conduzido à ocorrência do dano; 3. O grau de proximidade do nexa causal existente entre o evento que deu lugar à responsabilidade e o dano ocorrido; 4. A ponderação social da situação patrimonial do lesado e da do lesante» – Wilburg, Walter. "Desenvolvimento de um Sistema Móvel ...", ob. cit., pp. 16-17.

caracteriza-se por uma multiplicidade de pontos de vista que ele qualifica como «elementos» ou «forças móveis» – a saber, princípios ou fundamentos justificativos²⁴¹. Aquelas apresentam três características fundamentais: i) são em *número limitado*; ii) são *hierarquicamente iguais*, não havendo entre si relações de supra ou de infra-ordenação; iii) são *mutuamente substituíveis*²⁴². As forças não são, pois, grandezas absolutas e constantes sendo, sim, decisivo o efeito conjunto da sua articulação variável²⁴³. O Autor generalizou, então, a ideia de que as consequências jurídicas resultam de um jogo das forças móveis, identificadas como decisivas nas hipóteses normativas, propondo soluções elásticas, dirigidas às especificidades de cada caso. Assim, tal como ensina Nuno Pinto Oliveira, «o problema da articulação ou da concatenação das *forças móveis* co(operantes) seria um problema de *ponderação*. O *peso global* de todos os elementos, – de todas as *forças móveis*, – deveria corresponder ao peso exigido pelos *princípios e pelos valores fundamentais do direito*. O facto de algum dos elementos co(operantes) ter um *peso errado*, por ser um peso *inferior ao normal*, poderia ser compensado pelo facto de o conjunto de todos os elementos ter o *peso certo*. O facto de algum dos elementos ter *menor peso*, ou de alguma das *forças móveis* ter *menor intensidade*, poderia ser *compensado* pelo facto de algum ou de alguns dos demais elementos (co)operantes terem *maior peso*, – de alguma ou de algumas das demais *forças móveis* terem *maior intensidade*²⁴⁴».

Wilburg distinguiu dois campos fundamentais para a aplicação do conceito de sistema móvel: o primeiro relacionado com o *plano de conformação das normas pelo legislador* – uma questão de «técnica legislativa» e de «temperamento jurídico²⁴⁵»: neste âmbito, o Autor acentua a possibilidade de o legislador expressar, nas formulações normativas, a valoração dos diferentes elementos mediante casos típicos. Como refere Karl Larenz «o legislador deveria apenas estabelecer algumas linhas diretivas gerais com vista à fundamentação dos deveres legais de indemnização por danos, deixando, porém, à resolução do juiz, em ampla escala, a ponderação no caso particular²⁴⁶». É, portanto, no *plano da aplicação do direito* que o «método ganhará significado dogmático», na medida em que se abre possibilidade distinta da subsunção lógico-dedutiva²⁴⁷. O juiz seria chamado a tomar a sua decisão segundo uma «discricionariedade

²⁴¹ Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, ob. cit., p. 668.

²⁴² Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade", ob. cit., p. 402. Referindo-se às características das forças móveis, Canaris fala-nos numa «igualdade fundamental de categoria» e «substituibilidade mútua» dos competentes princípios ou critérios de igualdade – Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema ...*, ob. cit., p. 129.

²⁴³ Wilburg, Walter. "Desenvolvimento de um Sistema Móvel ...", ob. cit., p. 17.

²⁴⁴ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade", ob. cit., p. 402.

²⁴⁵ Wilburg, Walter. "Desenvolvimento de um Sistema Móvel ...", ob. cit., p. 26.

²⁴⁶ Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, ob. cit., p. 680.

²⁴⁷ Guichard, Raul. Apresentação da Tradução do Texto de Walter Wilburg "Desenvolvimento de um Sistema Móvel no Direito Civil", p. 2.

orientada» mas não de modo livre²⁴⁸. Repare-se que a circunstância, por um lado, de o legislador descrever os fatores decisivos que o juiz, na tomada da sua decisão, deve ter em consideração e, por outro lado, a identificação e divulgação, pelo juiz, sobre quais os elementos que fundamentam a responsabilidade no caso concreto, em que grau estão presentes e de que forma vão ser valorados limitam, de forma significativa, o seu arbitrio, tornando a decisão previsível e o *valor da segurança jurídica* fica salvaguardado²⁴⁹. Por sua vez, a mobilidade do sistema vem assegurar o *valor da justiça*, porquanto faz depender as consequências jurídicas concretas da ponderação, no caso singular, dos diversos pontos de vista. Compreende-se, assim, que Mário Losano defina o sistema móvel como um compromisso entre as opostas exigências da adaptabilidade do direito e da certeza do direito. Escreve este Autor, «[o] legislador fixa os princípios que regem um certo instituto jurídico e o juiz está vinculado a eles: assim a certeza está salva. Mas, entre aqueles princípios taxativamente fixados, o juiz é livre para escolher aquele que lhe pareça mais justo (ou também uma combinação de mais princípios): assim, pode adaptar melhor o direito ao caso concreto²⁵⁰».

A conceção de sistema móvel permite, pois, compreender todos os casos possíveis nas respetivas intensidades: cada caso assume uma configuração especial, resultante da conjugação dos diversos pontos de vista e da respetiva intensidade. É, no essencial, esta a proposta do Wilburg: uma conformação mais flexível do direito, com normas mais elásticas do que as existentes. Tal como o próprio afirma «[o] método aqui proposto destina-se a conformar o sistema do direito privado de tal modo que, sem perda da sua consistência interna, adquira a aptidão de receber em si mesmo as múltiplas forças da vida^{251/252}».

Com efeito, entendemos que o sistema de responsabilidade civil deve reconstruir-se como um sistema flexível ou um sistema móvel. A pretensão indemnizatória concretiza-se, não pela verificação exaustiva de um conjunto normativo de requisitos, mas antes pela verificação, em grau

²⁴⁸ Wilburg, Walter. “Desenvolvimento de um Sistema Móvel ...”, *ob. cit.*, p. 27. Wilburg pretende «(...) evitar que o tribunal seja remetido apenas para a equidade, para o respetivo sentimento jurídico, para os bons costumes ou para conceitos desprovidos de conteúdo». O Autor considera que a equidade não deve ser instituída como princípio geral válido para o julgador, uma vez que carece de «fundamentalidade» – *Ibidem*, p. 10.

²⁴⁹ Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Sramek Verlag KG, 2012, p. 16.

²⁵⁰ Losano, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. II. 2.ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 218 e ss.

²⁵¹ Wilburg, Walter. “Desenvolvimento de um Sistema Móvel ...”, *ob. cit.*, p. 26.

²⁵² Note-se, contudo, que o Autor reconhece que muitas normas legais não consentem que se trabalhe com um sistema móvel. Assim, em determinadas áreas, onde exista uma necessidade de segurança jurídica mais elevada, designadamente no âmbito do direito registal e no direito cambial, não se pode prescindir de um sistema rígido ou fixo – *Ibidem*, p. 7. Como menciona Canaris, «não resulta necessariamente da preocupação de Wilburg, que o sistema deva, no seu todo, ser móvel, mas apenas que ele deve compreender partes móveis (...) como válvula» – Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema ...*, *ob. cit.*, p. 144, nota n.º 7. Aliás, também o nosso sistema jurídico, apesar da rigidez normativa de base, apresenta uma certa mobilidade. Com efeito, assiste-se à convivência de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados com normas resultantes de um processo casuístico de tipificação, abrindo-se, naquelas, caminho à apreciação do julgador, ainda que vinculada, e à ponderação de diferentes elementos para a solução do caso concreto. Ainda que não exista uma completa equivalência entre o sistema móvel e o recurso a cláusulas gerais, verifica-se uma certa ligação entre estes dois conceitos. Reportando-se ao direito privado alemão, Canaris refere que há partes do sistema imóveis e móveis, «com predomínio básico das primeiras», sendo que os elementos móveis ocupam uma «posição intermédia entre previsão rígida e cláusula geral» – *Ibidem*, pp. 138 e 143.

e intensidade diversa, dos vários elementos constitutivos do dever de indemnizar²⁵³. Assim, à luz do sistema móvel, se uma das forças móveis estiver ausente ou presente numa forma enfraquecida ou atenuada, a responsabilidade poderia (ainda assim!) ser afirmada, desde que a ausência, ou a presença na forma enfraquecida ou atenuada, de algum dos seus requisitos, fosse compensada pela presença, numa forma reforçada, de algum ou de alguns dos demais requisitos normativos^{254/255}. Recorde-se o exemplo de Wilburg no âmbito da responsabilidade pelo risco: a utilização de um avião, ao qual se atribui uma perigosidade excecional, implica uma responsabilidade por acidentes, sem que se haja de atender se o resultado é reconduzível a um defeito, a uma falha ou a um caso de força maior; por sua vez, se estivermos perante um objeto menos perigoso, como um veículo automóvel, a ocorrência de um evento inesperado já atua em termos de excluir a responsabilidade²⁵⁶. Assim compreendida, a mobilidade do sistema não causa estranheza ao jurista como se torna um elemento fundamental no processo realizador do Direito.

Podemos, assim, concluir que a «mutação dos tempos²⁵⁷» coloca a ciência jurídica perante novos problemas e cada vez mais complexos. Pensamos pois, que esta é uma solução adequada e a sua aplicação no ordenamento jurídico português não oferece dificuldades. Em tempos de uma cada vez mais deplorada avalanche legislativa, este acesso metodológico para a superação de complexas questões jurídicas é atual pois mostra um caminho para «evitar a inevitável casuística» de normas rígidas conformadas segundo o esquema da conexão entre hipótese e consequência²⁵⁸. Em especial, trata-se de uma possível e satisfatória solução para a problemática da causalidade do âmbito da responsabilidade civil do produtor pelos danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos.

4.2. O elemento *adequação* e o elemento *condicionalidade* no quadro de um sistema móvel

Como já foi demonstrado ao longo deste estudo, o problema da responsabilidade civil do produtor quando estão em causa toxic torts põe-se precisamente pelo facto de o requisito da causalidade não estar presente na sua forma normal, de *causalidade atual e efetiva*, estando, ao

²⁵³ Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, *ob. cit.*, p. 14.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 14.

²⁵⁵ Como resultado da ponderação dos elementos a ser feita pelo julgador, este pode determinar que a responsabilidade está total ou parcialmente fundamentada, ou se deve mesmo ser excluída – Wilburg, Walter. “Desenvolvimento de um Sistema Móvel ...”, *ob. cit.*, p. 18.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 17.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 7.

²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 30-31.

invés, presente numa forma anormal, atenuada ou enfraquecida, de uma *causalidade meramente possível* ou *provável*. Helmut Koziol, tratando da problemática específica da causalidade alternativa, propõe resolvê-la recorrendo ao conceito de sistema móvel de Wilburg e, nesse âmbito, re-articulando as forças móveis relacionadas com a *condicionalidade* e com a *adequação*^{259/260}. Ora, pensamos que esta solução se enquadra perfeitamente na responsabilidade civil do produtor quando estão em causa produtos tóxicos e, ao contrário de uma «solução rígida», permitirá satisfazer as «necessidades da vida» e da «sensibilidade jurídica²⁶¹». Vejamos então.

Em toxic torts, o elemento *condicionalidade* tende a estar presente numa forma enfraquecida ou atenuada – na forma de uma *condicionalidade provável*²⁶². O conceito de sistema móvel poderá permitir compensar a *fraca intensidade* do elemento *condicionalidade*, substituindo-o pela *especial intensidade* de elementos como a *ilicitude*, a *culpa* e a *adequação*. Em casos de responsabilidade subjetiva, por factos ilícitos (e culposos), a circunstância de a ilicitude e de a culpa serem particularmente intensas poderá justificar uma *inversão* do ónus da prova da condicionalidade. Estando em causa uma responsabilidade objetiva – como nos casos de responsabilidade civil do produtor – em que não há culpa e em que normalmente não há (sequer) ilicitude, a circunstância de a adequação ser especialmente intensa poderá justificar uma *atenuação* do ónus da prova da condicionalidade²⁶³.

Assim, o requisito de que o facto seja condição *sine qua non* do dano terá que estar presente, ainda que na forma atenuada ou enfraquecida de que o facto seja, em concreto, condição *provável* do dano²⁶⁴. Estando presente na forma enfraquecida, terá que ser compensado pela presença, numa forma reforçada, do requisito adequação. A este propósito, Koziol fala-nos

²⁵⁹ Koziol, analisando o pensamento de Bydliński e Canaris vem referir que, existindo vários potenciais lesantes e não sendo possível identificar o autor do dano, todos devem responder solidariamente, sem prejuízo do direito de regresso. Para tal, exige-se apenas a demonstração de que a conduta de cada um dos agentes, isolada da conduta das demais, pudesse ser considerada causa do dano, tendo em conta o perigo concretamente criado e o grau de probabilidade de concretização do dano efetivamente criado. Considera o Autor que nos casos de causalidade alternativa, a responsabilidade por uma causalidade meramente potencial é suficiente. Esta causalidade meramente potencial constitui uma exceção à regra geral de que o lesante apenas deve compensar os danos que se provem terem sido por si causados. No entanto, tal é justificado pelo sistema móvel de Wilburg em que o facto de o elemento condicionalidade ter um peso menor será compensado pelo peso necessariamente maior, superior ao normal, do elemento adequação. Ora, perante um risco específico criado por um agente, a existência de um segundo, igualmente perigoso, não deve afastar a responsabilidade do primeiro e vice-versa, sendo certo que a situação de incerteza foi ela própria causada pelos agentes e as suas condutas perigosas. Koziol propugna um alargamento desta solução às situações em que esteja em causa uma concorrência entre uma conduta ilícita e fatores que integram a esfera de risco do lesado. Para mais desenvolvimentos cfr. Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, ob. cit., pp. 141 e ss.

²⁶⁰ Note-se, ainda, que o Autor critica a afirmação corrente de que o problema da responsabilidade por causalidade alternativa seja tão-só um problema de ónus da prova (de que, devido ao seu facto ilícito e culposo todos os agentes estariam obrigados a provar que não causaram o dano – nestes casos a presunção de causalidade aplicar-se-ia a ambos os lesantes de modo que a causalidade de ambos teria que ser presumida, embora se saiba que apenas um deles causou o dano – portanto, não pode ser uma questão de ónus da prova); o problema da causalidade alternativa só deveria colocar-se desde que o lesado fizesse a prova de uma probabilidade suficiente para que o julgador desse como provada a causalidade – «[o] lesado teria, por isso, feito a prova e, tendo feito a prova, tornar-se-ia desnecessária uma qualquer presunção» – *Ibidem*.

²⁶¹ Wilburg, Walter. “Desenvolvimento de um Sistema Móvel ...”, ob. cit., p. 7.

²⁶² Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, ob. cit., p. 143.

²⁶³ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Toxic Torts e Causalidade”, ob. cit., p. 403.

²⁶⁴ Note-se que a substituíbilidade do requisito de que o facto seja condição *sine qua non* do dano é *relativa*, não podendo ser afirmada indiscriminadamente – «(...) tende a operar apenas na gradação de intensidade e não permite, regra geral, colmatar a ausência do pressuposto» – Frada, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, ob. cit., p. 586, nota n.º 617.

de uma *adequação particularmente elevada* – a adequação deve estar presente não apenas na forma usual mas no maior grau possível²⁶⁵. O potencial lesante seria responsável apenas quando o seu (f)actio representasse um «risco *muito concreto e muito grave*» ou «um risco *concreto extremamente elevado*»²⁶⁶. Quer isto significar, por um lado, que deve atender-se à formulação positiva da adequação: o facto deve ser considerado causa desde que, em abstrato, segundo a sua natureza geral, faça aumentar o perigo ou o risco de produção do dano. Por outro lado, significa que o facto deve ser considerado causa desde que, em abstrato, segundo a sua natureza geral, faça aumentar *significativamente* o perigo ou o risco de produção do dano.

Em casos normais, em que a causalidade surge sob a forma de causalidade atual ou efetiva, o grau de adequação requerido pelo direito da responsabilidade civil é muito baixo²⁶⁷. Em regra, exige-se apenas que o facto não seja de todo em todo desadequado ou desapropriado – exige-se um pequeno grau de probabilidade. Em casos anormais, como aqueles que envolvem toxic torts, em que a causalidade surge sob a forma enfraquecida de causalidade meramente possível ou potencial, o grau de adequação requerido seria mais alto – exigir-se-ia um alto grau de probabilidade. Nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, «[s]eria preciso que aquele concreto facto produzisse em *geral, normalmente, ou tipicamente*, aquela concreta lesão»²⁶⁸. A exigência de uma adequação especialmente elevada significa ainda que os factos com baixo grau de probabilidade de terem causado danos não são levados em consideração²⁶⁹.

A este respeito, o Autor vem fazer apelo aos requisitos da *adequação abstrata* e da *probabilidade concreta*²⁷⁰. Refere o seguinte, «[e]m primeiro lugar, [o lesado] terá o ónus de alegar e de provar que há uma adequação abstrata, ou seja, uma relação de correspondência entre uma *categoria* ou um *tipo* de factos e uma *categoria* ou um *tipo* de danos. O facto do lesante pertencerá a uma determinada categoria ou a um determinado tipo, o dano do lesado pertencerá a uma determinada categoria ou a um determinado tipo, e o lesado terá de alegar e provar que aquela *categoria de factos* agrava o perigo daquela *categoria de danos*. Em segundo lugar, o lesado terá o ónus de alegar e de provar que há uma *probabilidade concreta* de exposição ao perigo que aquela categoria ou que aquele tipo de factos agrava»^{271/272}. Canaris combina os conceitos de

²⁶⁵ Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, *ob. cit.*, p. 142.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 143 e 149; Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 545.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 545-546. Neste sentido, cfr. Coelho, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual ...*, *ob. cit.*, p. 148; Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *ob. cit.*, p. 380.

²⁶⁸ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 546.

²⁶⁹ Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, *ob. cit.*, p. 143.

²⁷⁰ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Toxic Torts e Causalidade”, *ob. cit.*, p. 403.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 403.

²⁷² Podemos dizer que o critério da *probabilidade concreta* corresponderá, sensivelmente, à exigência formulada por Mafalda Miranda Barbosa, da «incidência do comportamento do lesante do evento lesivo», *i.e.*, do «papel que a conduta do lesante teve na história do evento danoso» – Barbosa,

adequação abstrata e de *probabilidade concreta* para se referir a uma *adequação concreta* do (f)acto – do comportamento, positivo ou negativo, do potencial lesante – para a produção do dano. Entre os indícios de uma adequação concreta do (f)acto encontrar-se-iam o nexo temporal e espacial entre o comportamento e o dano que se segue à potencial lesão; o grau de perigo para os bens jurídicos, direitos ou interesses – quanto mais elevado ele for, mais facilmente se pode depor a favor da adequação concreta; e, por fim a ingerência física nos bens jurídicos, nos direitos ou nos interesses protegidos e a ligação entre o (f)acto e lesão, em termos de uma completa conformidade²⁷³. No essencial, podemos dizer que Canaris enumera alguns indícios que nos parecem indicar que aquele concreto factio produz *normalmente* aquele concreto dano²⁷⁴. Como em toxic torts não há, geralmente, uma ingerência física, os indícios da adequação concreta serão sobretudo dois – a conexão espacial e temporal e a ligação entre o (f)acto e a lesão, em termos de uma completa conformidade²⁷⁵.

Os requisitos enunciados da *adequação abstrata* e da *probabilidade concreta* correspondem a uma alteração das relações entre os requisitos da *condicionalidade* e da *adequação*. Em primeiro lugar, há uma alteração das funções normais dos dois requisitos: em casos normais, a condicionalidade desempenha a função positiva de fundamentar o dever de indemnizar – o (potencial) lesante será responsável se o seu (f)acto constituir condição *sine qua non* do dano sofrido pelo lesado. Por sua vez, a adequação desempenha a função negativa de limitar a obrigação de indemnização – o (potencial) lesante não chegará a constituir-se na obrigação de indemnizar, desde que o (f)acto, em abstrato, não seja adequado ou apropriado para produzir o dano. Em casos anormais de responsabilidade civil do produtor, envolvendo produtos tóxicos, em que a causalidade assume a forma enfraquecida, de uma causalidade possível, a adequação desempenha a função positiva – o (potencial) lesante será responsável se o seu (f)acto for, em abstrato, segundo a sua natureza geral, adequado ou apropriado para causar o dano. A condicionalidade irá desempenhar a função negativa – o (potencial) lesante não chegará a constituir-se na obrigação de indemnizar, desde que o factio adequado ou apropriado não possa,

Mafalda Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual ...*, ob. cit., pp. 268-269. Não se trata de fazer a prova de uma (exaustiva) relação causa-efeito mas tão-só de aferir da possibilidade concreta daquele dano surgir como efeito daquele comportamento – exige-se a conexão funcional entre o dano e a esfera de risco posta em marcha pelo lesante – *Ibidem*, p. 77.

²⁷³ Sobre a «adequação concreta» aludida por Canaris, cfr. Barbosa, Mafalda Miranda. *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., pp. 282 e ss.

²⁷⁴ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, ob. cit., p. 546.

²⁷⁵ De uma maneira geral, podemos referir que quando se fala em *adequação abstrata* está a atender-se à natureza do factio e à natureza do dano (à natureza geral do factio e à natureza geral do dano) e, quando se fala em *probabilidade concreta*, está a dizer-se, tão-só, que aquilo que é em geral adequado deve ser em concreto provável (deve ser provável nas concretas circunstâncias de tempo e de lugar em que o factio se deu e em que o dano se verificou). O lesado deve provar a adequação abstrata (de acordo com a formulação positiva da doutrina da causalidade adequada ou da adequação) e, depois de provar a adequação abstrata, deve provar a probabilidade (uma probabilidade elevada) de que, naquelas concretas circunstâncias de tempo ou de lugar, aquele factio tenha sido condição *sine qua non* daquele dano.

em concreto, ter produzido o dano; desde que não possa, em concreto, ter sido condição *sine qua non* do dano²⁷⁶.

Em consequência da alteração das funções, verifica-se que há uma inversão das relações de precedência entre os dois requisitos. Em casos normais, a condicionalidade deve ser apreciada num primeiro momento e a adequação no segundo momento – começa-se por averiguar se o (f)acto é condição *sine qua non* do dano sofrido pelo lesado e, depois, determina-se se esse (f)acto é, em abstrato, adequado e apropriado para produzir o dano. Em casos anormais de responsabilidade civil do produtor, envolvendo produtos tóxicos, em que a causalidade assume a forma enfraquecida de uma causalidade possível, a adequação deve ser apreciada num primeiro momento e a condicionalidade num segundo momento – começa-se por averiguar se o (f)acto é adequado ou apropriado para produzir o dano sofrido pelo lesado para depois se determinar se pode ser, em concreto, condição *sine qua non* do dano.

A (re)construção do requisito da causalidade como *causalidade possível* ou *provável* está de acordo com o artigo 563.º do Código Civil. De facto, parece-nos que o artigo 563.º do Código Civil afigura-se suficientemente flexível para permitir uma alteração das relações entre a condicionalidade e a adequação. Neste sentido, Nuno Pinto Oliveira vem referir que aquele preceito legal é suscetível de, pelo menos, duas interpretações²⁷⁷. A primeira atribuindo ao critério da *probabilidade* ou da *adequação* uma *função negativa*: não há nenhuma obrigação de indemnizar os danos improváveis. A segunda atribuindo ao critério da *probabilidade* ou da *adequação* uma *função positiva* no sentido de que há uma obrigação de indemnizar os danos prováveis. Sublinha o Autor, «[o] critério da *probabilidade* proporcionaria uma fundamentação positiva *prima facie* ou provisória da obrigação de indemnizar. O lesante teria a obrigação de indemnizar desde que a causalidade fosse provável; desde que fosse, *em abstrato*, provável que aquele factio produzisse aquele dano. O critério da *condicionalidade*, esse, proporcionaria uma fundamentação negativa *definitiva*. O lesante (só) não teria a obrigação de indemnizar desde que a causalidade não fosse, *em concreto*, possível – desde que não fosse, *em concreto*, possível que aquele concreto e específico factio produzisse aquele específico dano²⁷⁸».

²⁷⁶ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, pp. 548-549.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 559-560.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 559. É também esta a posição sustentada por Calvão da Silva que, tratando da problemática específica da impossibilidade de identificação do produtor nos casos de causalidade alternativa, vem admitir que a *causalidade possível* ou *provável* está de acordo com o artigo 563.º do Código Civil – Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, pp. 582-587. Neste ponto, o Autor reputa que é suficiente a prova «da razoável *probabilidade* de o demandado ser o responsável no caso concreto» – *Ibidem*, p. 582: se o lesado fizesse essa prova, funcionaria uma presunção «(...) de considerar responsável todo e qualquer um dos produtores que criou o risco abstrato materializado em dano no caso concreto, cumprindo a cada um para ilibar-se provar a inadequação do seu produto a esse resultado» – *Ibidem*, p. 585. Com efeito, ao invés de ter de fazer a prova de uma relação de condicionalidade atual e efetiva – fazer a prova de que aquele concreto (f)acto foi *conditio sine qua non* daquele concreto dano – o lesado teria apenas de fazer a prova de uma relação de condicionalidade possível ou provável. Ao admitir a

Desta forma, podemos concluir que, estando em causa casos de responsabilidade do produtor por danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos, caso não seja possível provar uma *causalidade atual e efetiva*, a prova de uma *causalidade possível ou provável* é suficiente, desde que estejam cumulativamente preenchidas duas condições gerais: *i)* de que aquele (f)acto seja, em abstrato, adequado ou apropriado para produzir aquele dano e *ii)* de que seja, em concreto, provável que aquele (f)acto o tenha produzido. A atenuação do pressuposto da causalidade, através dos requisitos da adequação abstrata e da probabilidade concreta, é compatível com o sistema de responsabilidade civil, representado como um sistema móvel e vai de encontro aos pressupostos enunciados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia: ao admitir-se a suficiência de uma causalidade possível ou provável auxilia-se o lesado na espinhosa tarefa de provar o requisito causal quando estão em causa produtos tóxicos. Assim, a prova que há-de exigir-se àquele não é *demasiado difícil* ficando, deste modo, salvaguardado o princípio da efetividade bem como os objetivos da Diretiva, designadamente, o do proteger a saúde e segurança dos consumidores através de uma justa repartição dos riscos²⁷⁹. Por outro lado, a prova que o lesado terá que fazer também não é *demasiado fácil* porquanto sempre terá que provar a adequação abstrata e a probabilidade concreta do facto na produção do dano. Não se procede a uma inversão do ónus da prova mas antes a uma atenuação do requisito causal, ficando garantida a finalidade do artigo 4.º da Diretiva Comunitária.

Trata-se de uma solução em que a prova da causalidade não é nem *demasiado fácil* nem *demasiado difícil* e, portanto, parece-nos possível, através dela, obter resultados adequados e coerentes, permanecendo, desta forma, o instituto da responsabilidade civil como mecanismo útil na tutela do lesado/consumidor²⁸⁰. Assumimos, pois, uma perspetiva valorativa da realização do direito. De facto, o sistema de responsabilidade civil não é um sistema lógico e axiomático mas sim um sistema móvel e aberto, que apresenta uma multiplicidade de fatores que se combinam

reconstrução do requisito da causalidade como *causalidade possível ou provável* está, no essencial, a afirmar que o *critério da probabilidade* ou da *adequação* pode ou deve desempenhar uma *função positiva*. Sobre a solução preconizada pelo Autor, cfr. o que dissemos no capítulo II, ponto 2.1.2.

²⁷⁹ De facto, exigir a prova de uma causalidade atual e efetiva nos casos que envolvem produtos tóxicos teria como resultado um injustificado *défi ce de proteção* do lesado que, na grande maioria dos casos, não veria atendida a sua pretensão indemnizatória. Consequentemente, constituiria um injustificado *défi ce de responsabilização* do potencial lesante que, na grande maioria dos casos, ficaria protegido contra a pretensão indemnizatória deduzida pelo lesado.

²⁸⁰ Por considerarmos pertinente e esclarecedora, transcrevemos a seguinte nota de Nuno Pinto Oliveira: «(...) ao dizer-se que a prova da relação de condicionalidade não deve ser *demasiado fácil* está em última análise a dizer-se que a convicção do juiz de que o nexo causal "pode [] razoavelmente ser considerado provado" é condição *necessária* da responsabilidade e ao dizer-se que a prova da condicionalidade não deve ser *demasiado difícil* está a dizer-se que a convicção do juiz de que o nexo causal "pode [] razoavelmente ser considerado provado" é condição *necessária e suficiente* da responsabilidade. Os Estados-Membros não podem *forçar* o juiz a *afirmar* que existe uma relação de condicionalidade, nos casos em que ele não esteja razoavelmente convencido de nada, ou em que ele esteja razoavelmente convencido de que a relação de condicionalidade não existe e não podem *forçar* o juiz a *negar* que existe uma relação de condicionalidade nos casos em que ele esteja razoavelmente convencido de que a relação existe» – Oliveira, Nuno Manuel Pinto. "Toxic Torts e Causalidade", *ob. cit.*, p. 398, nota n.º 15.

de diversos modos consoante o caso concreto. O espírito de uma conformação móvel tem intrínseco o valor de justiça permitindo recorrer a uma ideia de relatividade das forças: nos casos por nós agora tratados, justifica a atenuação do elemento condicionalidade se o elemento adequação estiver presente no mais alto grau possível, sendo possível, desta forma, falar de *causalidade possível* ou *provável* nas situações de responsabilidade do produtor por danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos²⁸¹.

4.3. Regulamentação legal: o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho

Uma coisa é defender a solução em termos doutrinários por se entender que ela satisfaz de forma adequada os interesses em jogo; outra diferente é defender que ela se encontra consagrada em termos do direito positivo. A este respeito, consideramos que os critérios enunciados são sustentados pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho (doravante, «artigo 5.º»), o qual se aplica à responsabilidade civil por danos ambientais. Sob a epígrafe «nexo de causalidade», aquele artigo consagra o seguinte: «A apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção». Ao desenhar este artigo, o legislador consagrou uma responsabilidade por uma causalidade possível ou provável²⁸². Analisemos com mais detalhe.

O artigo em análise começa logo por enunciar que a prova da condicionalidade deve referir-se a um critério de verosimilhança, pelo que, verifica-se, desde logo, uma atenuação do requisito causal. Não se exige, portanto, que o lesado prove uma causalidade atual e efetiva, bastando provar uma causalidade possível ou provável entre o (f)acto do lesante e o dano ocorrido. Por outro lado, vimos que, em regra, o lesado tem o ónus de alegar e provar uma *adequação abstrata*: o

²⁸¹ Encontramo-nos, neste domínio, próximos da lição de Bydliniski que reúne os elementos da adequação e da perigosidade num sistema móvel, no qual a descida de um é equilibrada pela subida de outro. Se existir verdadeiramente causalidade provada, é suficiente para a responsabilidade uma perigosidade muito reduzida; se, por sua vez, houver adequação aumentada (uma perigosidade significativa concreta) a causalidade pode ficar restrita a uma causalidade possível ou potencial.

²⁸² Considerando que o legislador aligeirou o grau de prova em matéria de responsabilidade ambiental cfr. Oliveira, Ana Perestrelo de. “A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental”. In *Actas do Colóquio – A responsabilidade civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2010: 172-193. <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/737/view>. Refere a Autora que «[a] luz do artigo 5.º basta, porém, que o juiz fique convicto da probabilidade de se verificar o nexo causal (...). Assim, reduz-se o grau de prova, que deixa de ser a certeza, para passar a ser a mera probabilidade» – *Ibidem*, p. 190.

artigo 5.º alude à adequação abstrata ao falar da «[aptidão] do facto danoso [para] produzir a lesão verificada», designadamente por aumentar «o grau de perigo e de risco». Enumera também alguns indícios da adequação abstrata: entre os indícios mais fortes estará «a prova científica do percurso causal²⁸³». Caso não seja possível uma prova científica do percurso causal, os indícios mais fortes terão que ser substituídos por indícios mais fracos, como, p. ex., «a normalidade da ação lesiva». Por sua vez, também incumbe ao lesado o ónus de alegar e provar a *probabilidade concreta* de que o facto seja condição *sine qua non* do dano. O artigo 5.º alude à probabilidade concreta de que o facto seja condição do dano, ao falar de uma probabilidade «tendo em conta as circunstâncias do caso concreto». Por fim, podemos concluir, na esteira de Nuno Pinto Oliveira, que o artigo 5.º confirma que o sistema de responsabilidade civil deve reconstruir-se como um sistema móvel, ao referir que o juízo de causalidade deve ter em conta «o cumprimento, ou não, de deveres de proteção» – isto é, a ilicitude e a culpa do lesante²⁸⁴.

O critério da verosimilhança, com a sua concretização nos requisitos da adequação abstrata e da probabilidade concreta, atenua significativamente o ónus da prova do lesado. No essencial, podemos dizer que o legislador substituiu o ónus do lesado provar uma conexão causal concreta, atual e efetiva pelo ónus de provar tão-somente uma conexão possível entre o comportamento do agente e o dano ocorrido. De forma geral, trata-se de fazer recair o «risco de não clarificação» do verdadeiro percurso causal sobre o produtor, que se encontra numa melhor posição para suportar os custos derivados dos danos. De realçar, por outro lado, que este artigo surge no âmbito da responsabilidade por danos ambientais. Ora, como já foi demonstrado, neste domínio também se coloca, na maior parte das vezes, problemas atinentes à prova da condicionalidade uma vez que o fundamento da pretensão indemnizatória é, quase sempre, a exposição a substâncias tóxicas. Portanto, entendemos que o legislador não foi indiferente a esta problemática, pretendendo consagrar uma norma que permita auxiliar o lesado na espinhosa prova da causalidade no domínio ambiental.

Embora os critérios do artigo 5.º não deverão aplicar-se diretamente aos casos de responsabilidade de danos causados à segurança e saúde dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos, podemos concluir que uma aplicação indireta, *i.e.*, por analogia, é possível. Com efeito, entre os casos de responsabilidade por danos ao ambiente e

²⁸³ Ana Perestrelo de Oliveira, fazendo uma crítica à «falta de rigor técnico» do artigo 5.º, vem referir que «(...) se o nexo causal puder ser provado em termos de certeza (prova *stricto sensu*), naturalmente que se exigirá que o julgador fique «certo» da existência do nexo causal, não sendo suficiente a convicção acerca da probabilidade do mesmo» – *Ibidem*, p. 179.

²⁸⁴ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Toxic Torts e Causalidade”, *ob. cit.*, p. 405. Note-se que a regra do artigo 5.º é aplicável tanto à responsabilidade subjetiva como à responsabilidade pelo risco.

os casos de responsabilidade por danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos, há uma relação de estrita semelhança: em ambos os casos há danos em série, causados pela exposição a substâncias tóxicas em termos tais que a prova da relação de condicionalidade entre o facto e o dano é problemática. Existindo esta estrita relação de semelhança, as razões justificativas de atenuação do ónus da prova na responsabilidade por danos causados ao ambiente procedem para os casos de responsabilidade por danos causados à segurança e saúde dos consumidores²⁸⁵. Aliás, diga-se que, atenta a relação similar entre os dois tipos de casos, uma diferenciação entre os dois regimes, fazendo com que a prova da causalidade na responsabilidade por danos causados ao ambiente fosse mais fácil e a prova da causalidade na responsabilidade por danos causados à segurança e saúde dos consumidores fosse mais difícil poderia constituir uma violação do princípio da equivalência²⁸⁶. A aplicação analógica é justificada pelo paralelismo das problemáticas e postulada pela unidade e coerência do sistema²⁸⁷.

4.4. Os requisitos da *adequação abstrata* e da *probabilidade concreta* aplicados ao caso decidido no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de junho de 2017

Voltamos, agora, ao caso concreto do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 21 de junho de 2017 por nós analisado. O critério da verosimilhança, com a sua concretização nos requisitos da adequação abstrata e da probabilidade concreta, embora atenuasse significativamente a prova do lesado, continuaria a exigir deste a prova de que a administração do medicamento agrava o perigo da doença²⁸⁸. O lesado teria que provar que a administração da vacina contra a hepatite B agrava o perigo de aparecimento da esclerose múltipla. Com efeito, o lesado fez prova de três indícios: inexistência de antecedentes pessoais; inexistência de antecedentes familiares capazes de explicar o aparecimento da esclerose múltipla; existência de

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 405.

²⁸⁶ O direito de indemnização das pessoas lesadas por produtos tóxicos é conferido pela ordem jurídica comunitária ao passo que o direito de indemnização das pessoas lesadas por danos ambientais é conferido pela ordem jurídica interna. Ora, o facto de as regras acerca da prova da causalidade nos casos de responsabilidade civil por danos causados por produtos tóxicos serem *menos favoráveis* do que aquelas que regulam a responsabilidade civil por danos ambientais, poderá fazer com que o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária seja *mais difícil* do que o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica interna, o que contraria, desde logo, o princípio da equivalência.

²⁸⁷ Note-se que o artigo 11.º do Código Civil refere que «[a]s normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva». Como já foi demonstrado, ao atenuar o grau de prova da causalidade, o artigo 5.º consagra uma exceção à prova *stricto sensu* vigente na ordem jurídica portuguesa. Contudo, acompanhamos aqui João Batista Machado quando afirma que a analogia proibida naquela norma englobaria apenas a *analogia juris*. A *analogia legis*, por sua vez, seria permitida na medida em que a mesma não traz insegurança jurídica – Machado, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 7.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 327-328.

²⁸⁸ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Toxic Torts e Causalidade”, *ob. cit.*, p. 407.

uma conexão temporal (próxima) entre a administração da vacina e o dano representado pelos sintomas da esclerose múltipla. Não obstante, verifica-se que estes indícios alegados e provados pelo demandante não são suficientes para provar a adequação abstrata. Senão ora vejamos.

Em primeiro lugar, e como já foi mencionado nesta investigação, refira-se que estudos científicos demonstram que, aquando do aparecimento dos primeiros sintomas de esclerose múltipla, o processo psicopatológico provavelmente já teria começado vários meses ou mesmo vários anos antes, pelo que, a conexão temporal entre o facto (administração da vacina) e o dano (aparecimento de sintomas da esclerose múltipla) alegada pelo lesado seria irrelevante ou, em todo o caso, insuficiente para provar uma conexão causal. Aliás, aqueles estudos sugerem que o lesado tivesse contraído a doença antes da administração da vacina. Em segundo lugar, estudos epidemiológicos indicam que 92% a 95% das pessoas atingidas pela referida doença não têm nenhum antecedente desse tipo nas suas famílias, pelo que, também se constata que a circunstância de o lesado alegar e provar a ausência de antecedentes individuais e familiares relacionados com a doença é irrelevante. Não fica, por isso, demonstrada a adequação abstrata do facto causar o dano. Assim sendo, não poderia sequer perguntar-se pela probabilidade concreta de o facto ser condição *sine qua non* do dano.

Os argumentos aduzidos correspondem, no essencial, às diretrizes traçadas pela jurisprudência da Cour de Cassation, no seu acórdão n.º 1099, de 18 de outubro de 2017^{289/290}. Este Tribunal, seguindo de perto a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, concluiu que os indícios provados pelo lesado não constituíam, isolada ou conjuntamente, presunções graves, precisas e concordantes, que permitissem afirmar a existência de um nexo de causalidade entre a administração da vacina e o aparecimento da esclerose múltipla. A Cour de Cassation firmou, assim, jurisprudência no sentido de que a administração da vacina contra a hepatite B não é considerada condição *sine qua non* da esclerose múltipla²⁹¹.

Esta decisão reforça a convicção de que a aplicação dos critérios propostos da adequação abstrata e da probabilidade concreta poderá apresentar resultados adequados e razoáveis para o concreto problema da causalidade tóxica, promovendo uma justa distribuição de riscos entre

²⁸⁹ Acórdão disponível em:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_2986/premiere_chambre_civile_3169/2017_7946/octobre_8283/1099_18_42605.html.

²⁹⁰ De referir que a Cour de Cassation proferiu ainda um outro acórdão, n.º 1101, no dia 18 de outubro de 2017, disponível em: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1101_18_37869.html. Este acórdão, utilizando também os argumentos do acórdão n.º 1099, vem concluir que os indícios invocados pelo lesado não constituem presunções graves, precisas e concordantes que permitam afirmar a existência de um defeito do produto – da vacina. Sobre os dois acórdãos mencionados cfr. Hacene, Anaïs. “Vaccin contre l’hépatite B : présomptions de défectorité et de causalité conditionnées”. *Dalloz – Actualité* (31 de novembro de 2017). <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/vaccin-contre-l-hepatite-b-presomptions-de-defectorite-et-de-causalite-conditionnees#.YpkeuqZKjX4>

²⁹¹ Note-se que este tribunal proferiu, em 20 de dezembro de 2017, um outro acórdão em que confirmou a jurisprudência firmada em outubro.

produtor e consumidor e evitando que situações manifestamente carentes de tutela fiquem desprotegidas. Garante-se, assim, que o instituto da responsabilidade civil permaneça como instrumento útil na tutela da parte mais débil, quando estão em causa toxic torts. Consideramos tratar-se de uma solução equilibrada que vai de encontro aos critérios, também eles equilibrados, propostos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

4.5. O problema da multiplicidade de produtores: em especial, a responsabilidade solidária

Se nos casos que temos vindo a analisar, em que o facto constitutivo de responsabilidade é a exposição a substâncias tóxicas, a regra é a *indeterminação causal*, também podemos verificar uma *incerteza irredutível* nos casos comumente designados de causalidade alternativa, *i.e.*, «(...) naquelas situações em que vários agentes podem ter causado um dano, já que todos levaram a cabo ações potencialmente lesivas, um deles (pelo menos) causou efetivamente esse dano, mas não é possível determinar em concreto qual (ou quais)²⁹²». Ora, como já foi mencionado neste estudo²⁹³ não existe, no ordenamento jurídico português, uma norma análoga ao § 830 I/2 BGB – que permite, nestas hipóteses, a responsabilidade solidária dos potenciais lesantes – pelo que, perante o silêncio da lei, deveria aplicar-se a regra da irresponsabilidade de todos os potenciais causadores do dano²⁹⁴. Contudo, este não é o nosso entendimento. Vejamos porquê.

Chamando novamente à liça os célebres casos DES em que há «*certeza* sobre a existência de uma *pretensão indemnizatória*», existindo apenas «*incerteza* sobre os sujeitos da *pretensão indemnizatória*²⁹⁵», é fácil constatar que a regra da *irresponsabilidade* de todos os potenciais lesantes seria contrária ao mais elementar sentido de justiça – uma regra «injustificada e injustificável» a partir da perspectiva do lesado e a partir da perspectiva do lesante²⁹⁶. A regra da irresponsabilidade dos potenciais lesantes teria como resultado um *défice de proteção do lesado*: «seria um *golpe de infortúnio imerecido* que o atual lesado ficasse desprotegido, por ficar impedido de deduzir uma pretensão indemnizatória *certa* pelo puro e simples facto de serem incertos os

²⁹² Oliveira, Ana Perestrelo de. *Causalidade e Imputação ...*, *ob. cit.*, p. 107. Note-se que, apesar destas situações serem típicas no domínio particular da responsabilidade civil do produtor também acontecem e são problemáticas fora deste nicho específico. Portanto, há que tentar solucionar esta questão no âmbito da responsabilidade civil em geral.

²⁹³ Cfr. capítulo II, ponto 2.1.2.

²⁹⁴ Esta é a solução defendida por alguns Autores – Coelho, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual ...*, *ob. cit.*, p. 24, nota n.º 5. Cordeiro, António Menezes. *Direito das Obrigações ...*, *ob. cit.*, pp. 416-417.

²⁹⁵ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 556.

²⁹⁶ *Ibidem*.

sujeitos contra quem deveria deduzi-la; pelo puro e simples facto de o comportamento de outra pessoa, ou de o comportamento de outras pessoas, poder ter sido a causa do dano». Por outro lado, a regra da irresponsabilidade teria como resultado um *défice de responsabilização pela lesão de bens jurídicos, de direitos ou interesses legalmente protegidos*. «seria um *golpe de fortuna* imerecido, injustificado e injustificável que o potencial lesante ficasse protegido contra uma pretensão indemnizatória pelo puro e simples facto de o comportamento de outra pessoa, – ou de o comportamento de outras pessoas, – poder ter sido a causa do dano²⁹⁷».

Apoiando-nos na lição de Koziol, consideramos que, nos casos de causalidade alternativa, a relação de *condicionalidade atual, efetiva* ou *real* deverá reconstruir-se como uma relação de *condicionalidade possível* ou *provável* de acordo com um sistema móvel²⁹⁸. Nestas hipóteses, em que há vários potenciais lesantes, o critério da condicionalidade deverá corrigir-se: o julgador deverá fazê-lo funcionar para cada um dos factos, de cada um dos potenciais lesantes, abstraindo das causas concorrentes²⁹⁹. De facto, as relações do lesado com os potenciais lesantes não devem ser consideradas *globalmente* – pois iria conduzir a uma irresponsabilidade de todos uma vez que cada um deles poderia defender-se apontando para outra pessoa demandada – mas antes *isoladamente, i.e.*, com abstração das relações com os demais³⁰⁰. Nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, «[o] lesado ficará com o encargo de deduzir a prova de que o agente (de que o potencial lesante) contribuiu significativamente para a criação de um *risco concreto especialmente elevado* – de um risco concreto tão elevado que, abstraindo das causas concorrentes, o aplicador do direito deveria dar como preenchido o requisito de que o (f)acto seja condição *sine qua non* do dano³⁰¹».

Assim, considerado isoladamente³⁰², o (f)acto de cada um dos potenciais lesantes só deverá ser um facto responsabilizante *i)* desde que preencha todos os requisitos da responsabilidade civil, exceto o requisito da causalidade; *ii)* desde que seja, *em abstrato*, adequado para causar o dano e desde que seja, *em concreto*, provável que o tenha causado. Com efeito, no domínio da responsabilidade do produtor, o lesado/consumidor teria que provar que é *certo* ou *seguro* que o dano concreto tenha sido causado por o produto (genérico) e de que é provável que o dano concreto corresponda à *materialização* do tipo abstrato que o lesante/produtor criava ou

²⁹⁷ *Ibidem*, pp. 556-557.

²⁹⁸ Note-se, aliás, que o princípio da *causalidade possível* ou *potencial* foi construído exatamente para os casos de *incerteza* sobre o autor do facto causador do dano – para as situações em que a alternativa causal é entre duas condutas ilícitas e culposas – Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, *ob. cit.*, pp. 141 e ss.

²⁹⁹ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 543.

³⁰⁰ *Ibidem*; Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, *ob. cit.*, p. 141.

³⁰¹ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 543.

³⁰² O Autor vem referir que Canaris considera que o princípio da consideração isolada de cada uma das relações entre o lesado e potenciais lesantes está implícito no § 830, I/2 BGB. *Ibidem*, pp. 543-544, nota n.º 107.

controlava³⁰³. Estabelecida a causalidade, relativamente a cada um dos potenciais responsáveis (produtores), estes podem exonerar a sua responsabilidade fazendo a contraprova dos factos alegados pelo demandante ou fazendo a prova de um facto concorrente – o lesante teria que provar que o facto por si alegado foi condição *atual* e *efetiva* do dano pois, se apenas provar que o facto concorrente foi condição *potencial* do dano, mantém-se a sua responsabilidade³⁰⁴. A este respeito, Koziol vem afirmar, no âmbito da responsabilidade subjetiva, que é preferível que a incerteza causal seja suportada pelos potenciais lesantes do que pela vítima: aqueles agiram de forma culposa e ilícita e contribuíram para criar uma situação que não pode ser esclarecida. Refere ainda que, nos casos de causalidade alternativa, a atribuição de responsabilidade com base numa causalidade meramente possível ou potencial constitui uma exceção à regra geral de que o lesante só deve compensar os danos que se provem terem sido por si causados³⁰⁵. Contudo, como já foi demonstrado, tal é justificada pelo sistema móvel de Wilburg: quando se trata de estabelecer a responsabilidade, a questão não é apenas saber que fatores integram essa responsabilidade, mas também saber em que grau estão presentes e qual o peso total necessário para que aquela fique estabelecida. De uma maneira geral, podemos dizer que vamos de encontro à lição de Koziol e ao pensamento de Bydlinski: uma causalidade provada basta-se com uma perigosidade reduzida; uma perigosidade elevada satisfaz-se com uma causalidade possível ou potencial.

Efetivamente, e agora reportando-nos ao domínio específico da responsabilidade do produtor, constituiria uma desproteção irrazoável do lesado/consumidor a irresponsabilidade de qualquer um dos potenciais lesantes/produtores quando aquele fez prova de que o dano foi causado por um determinado produto (defeituoso), apenas não conseguindo identificar o concreto produtor que o produziu. Aliás, poder-se-á dizer que, nestas situações, todos os produtores criaram uma situação de risco para os consumidores ao produzirem e colocarem no mercado um produto defeituoso e, portanto, «tiveram a sua quota de responsabilidade na produção dos danos³⁰⁶». Por outro lado, e como já foi por nós referido, são os produtores que se encontram numa melhor posição para suportar os custos derivados dos danos pois têm oportunidade de criar seguros contra as consequências de um produto defeituoso que coloquem no mercado. Acresce que,

³⁰³ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, ob. cit., p. 584; Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, ob. cit., pp. 560-561.

³⁰⁴ Sobre este concreto ponto, Nuno Pinto Oliveira refere o seguinte: «o autor de um facto que pode ter causado um dano e que, com grande probabilidade, o causou só deverá ficar exonerado da sua responsabilidade desde que prove um *facto concorrente* e desde que o *facto concorrente* seja tão *forte* e tão *grave* que deva libertá-lo; se o *facto concorrente* for condição *atual* e *efetiva* do dano será suficientemente *grave*; se, porém, o *facto concorrente* for só condição *potencial* do dano, não será nem suficientemente *forte* nem suficientemente *grave*. O lesado deverá continuar a ser credor e o lesante, continuar a ser devedor de uma indemnização». *Ibidem*, p. 548.

³⁰⁵ Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law ...*, ob. cit., pp. 143-144.

³⁰⁶ Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, ob. cit., p. 221.

parece razoável que ao assumirem os lucros da comercialização do produto defeituoso também assumam os riscos associados. Por sua vez, a irresponsabilidade de todos os potenciais lesantes poderia conduzir a «situações manifestamente paradoxais³⁰⁷», na medida em que uma das vítimas poderia não conseguir identificar o concreto produtor que produziu o produto defeituoso que lhe causou o dano e, conseqüentemente, não teria direito a qualquer indemnização; enquanto outro lesado, na mesma situação, poderia ter direito à indemnização porque conseguiu fazer tal prova.

Deste modo, considerando responsáveis todos os potenciais lesantes com base numa causalidade possível ou provável, com a sua concretização nos requisitos da adequação abstrata e probabilidade concreta, poderia, porventura, discutir-se se seria mais adequado uma *responsabilidade total (solidária)* ou uma *responsabilidade parcial*, proporcional à probabilidade de o agente ter causado o dano. Parece-nos, desde logo, que a opção por uma responsabilidade solidária é a mais consentânea com as finalidades prosseguidas pela Diretiva Comunitária – a proteção adequada da saúde e segurança do consumidor bem como uma justa distribuição de riscos entre consumidor e produtor – e, de forma mais geral, com o escopo eminentemente reparador do instituto da responsabilidade civil. Efetivamente, a lógica de uma responsabilidade parcial faria recair sobre o consumidor o risco de algum dos produtores se tornar insolvente, ou tão simplesmente ter desaparecido do mercado – a vítima ficaria irressarcida na parte correspondente à responsabilidade que caberia a esse produtor. Contrariamente, no domínio da responsabilidade solidária, o risco de insolvência de algum dos produtores corre por conta dos demais, salvaguardando-se de forma eficaz a posição da vítima. Esta também foi a solução a que chegaram Diana Montenegro da Silveira, no âmbito específico da responsabilidade do produtor por medicamentos defeituosos³⁰⁸, e Calvão da Silva, que considera que «[t]udo sopesado, não há razão para não facilitar à vítima a propositura da ação, reputando suficiente a demonstração de que os demandados são prováveis responsáveis, ainda que com o risco ou o “preço” de algum produtor ser corresponsabilizado por danos que não provocou³⁰⁹».

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ A Autora considera que o nexo de causalidade entre o dano e o defeito do medicamento pode ser atenuado com recurso à prova *prima facie*. Para a Autora, «(...) o lesado não terá que provar que o concreto medicamento produzido pelo laboratório demandado provocou o dano, identificando o produtor do medicamento que consumiu. Bastará, apenas provar, para se conformar com o artigo 563.º do Código Civil, que cada um dos medicamentos produzidos pelos vários laboratórios envolvidos é causa adequada para a produção do dano que sofreu e que qualquer um deles poderá ser, e se não foi poderia ter sido, o real causador do dano. Estabelecida a causalidade relativamente a cada um dos demandados na ação, estes podem exonerar a sua responsabilidade provando que não foi o medicamento por si produzido que provocou em concreto o dano. Todos os demandados que não consigam exonerar a sua responsabilidade respondem solidariamente pelo dano integral, sendo que aquele que ressarcir o lesado na integralidade tem direito de regresso relativamente aos demais» – *Ibidem*, p. 223. A Autora considera que a solidariedade dos lesantes resulta do artigo 497.º, n.º 1 do Código Civil.

³⁰⁹ Silva, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*, *ob. cit.*, p. 585. Veja-se, a este propósito, o que já foi dito sobre a posição do Autor – capítulo II, ponto 2.1.2.

Ora, neste sentido, poderemos apontar o n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 383/89 que refere o seguinte: «[s]e várias pessoas forem responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade». Assim, se a este nível se reporta suficiente uma causalidade simplesmente possível ou provável como fundamento de responsabilidade, caso o lesado venha a fazer a prova dos requisitos da *adequação abstrata* e da *probabilidade concreta* relativamente a cada um potenciais lesantes/produtores, entendemos serem eles solidariamente responsáveis e, portanto, poderiam ser abrangidos por aquele preceito legal³¹⁰. Em todo o caso, existem dois artigos no Código Civil que têm sido convocados nesta matéria – designadamente, os artigos 490.º e 497.º. Em relação a este último, o seu n.º 1 estabelece que «[s]e forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade». Alguns Autores têm defendido a aplicação deste artigo aos casos de causalidade alternativa^{311/312}.

³¹⁰ Sendo solidária a responsabilidade dos vários responsáveis, o lesado/consumidor poderá exigir de qualquer um deles a prestação integral, sendo que o seu cumprimento libera os demais responsáveis em face daquele, sem prejuízo do direito de regresso. No âmbito das relações internas dos vários responsáveis, o n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 383/89 vem estabelecer que «deve atender-se às circunstâncias, em especial ao risco criado por cada responsável, à gravidade da culpa com que eventualmente tenha agido e à sua contribuição para o dano», consagrando o n.º 3 do mesmo preceito legal que «[e]m caso de dúvida, a repartição da responsabilidade faz-se em partes iguais». O legislador vem admitir, neste domínio, o concurso entre o risco e a culpa dos corresponsáveis nas suas relações internas. Sobre este preceito, Calvão da Silva vem referir que a previsão da gravidade de (eventual) culpa para efeitos de partilha da responsabilidade reveste-se de «duplo alcance». Nas *relações externas*, e por forma a salvaguardar-se a posição do lesado, a reafirmação da manutenção da responsabilidade solidária, ainda que haja culpa de algum ou de alguns produtores responsáveis. No âmbito das *relações internas*, o Autor considera que a consagração da concorrência da culpa com o risco consubstancia uma inovação legislativa, não ficando excluídos da repartição da responsabilidade os não culpados. Sublinha o Autor que «[a] solução legislativa foi acertada e oportuna, visto tratar-se de uma área em que o principal responsável é o produtor em sentido próprio, titular do processo produtivo em que tem origem o defeito do produto causador do dano, sendo desrazoável que pudesse eximir-se automaticamente à responsabilidade, mesmo nas relações internas, pelo concurso de eventual negligência do importador para a ocorrência do dano, ou que o produtor do produto acabado se libertasse automaticamente da responsabilidade objetiva pelo simples facto de o produtor de uma sua parte componente ou matéria-prima ter sido negligente» – *Ibidem*, pp. 595-596. Com efeito, nestes casos, a partilha de responsabilidade é feita «(...) na medida dos respetivos riscos e culpas e das consequências advenientes, valorando, portanto, a gravidade ou dimensão dos riscos criados e das culpas e a sua contribuição (ou importância causal) para o dano, com a ressalva do eventual tempero equitativo aconselhado pelas demais circunstâncias, deixado ao prudente julgamento do tribunal – *Ibidem*, p. 596. Para uma exposição mais pormenorizada acerca da repartição da responsabilidade no âmbito das relações internas dos potenciais lesantes, cfr. *ibidem*, pp. 587-598.

³¹¹ Mafalda Miranda Barbosa defende a responsabilidade solidária dos potenciais agentes nos casos de causalidade alternativa, por aplicação deste preceito legal. Com efeito, ao partir de uma dada compreensão da causalidade como imputação, a ser afirmada em honra da personalidade livre e responsável e tendo por base uma noção de ação ético-axiologicamente densificada, a partir da edificação de uma esfera de risco e do cotejo com outras esferas de risco, a Autora considera que está em condições de afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da *conditio sine qua non*. Sublinha o seguinte: «[n]a verdade, partimos não da *conditio*, mas sim da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exercer uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497.º CC. Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade do caso concreto. Quando dispararam sobre C, A e B podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito» – Barbosa, Mafalda Miranda. *Responsabilidade Civil Extracontratual ...*, *ob. cit.*, p. 233. A Autora entende que o artigo 497.º do Código Civil deve ser interpretado «não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável» – *Ibidem*, p. 247. Patrícia Cordeiro da Costa parece aderir à teoria do cotejo das esferas de risco, defendendo a responsabilidade solidária dos potenciais agentes. Contudo, entende a Autora que a solução para estas hipóteses deveria ser feita por via legislativa «(...) não só por ser benéfico em termos de segurança jurídica mas também em termos de melhor realizar a função preventiva da responsabilidade civil (ou seja, sabendo que poderão ser responsabilizados, os potenciais lesantes melhor se prepararão para, por um lado, evitar o resultado lesivo e, por outro lado, se assegurarem que ficam munidos dos meios de prova necessários a demonstrar que não o causaram» – Costa, Patrícia Helena Leal Cordeiro da. «Causalidade Alternativa ...», *ob. cit.*, p. 42.

³¹² Sinde Monteiro e André Pereira, analisando um caso hipotético de danos causados pela exposição ao amianto produzido por três fabricantes diferentes, em que o lesado não consegue fazer prova do nexo de causalidade entre o dano sofrido e a atuação de cada um dos fabricantes, consideram que os três fabricantes seriam todos responsabilizados solidariamente em quotas iguais nos termos do artigo 497.º, n.º 2 do Código Civil – Monteiro, Jorge Sinde e Pereira, André. «Multiple tortfeasors under Portuguese Law». In *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, 170-173. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Para uma análise das soluções seguidas, a este propósito, na Holanda e Espanha veja-se Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil ...*, *ob. cit.*, pp. 200 e ss.

Não obstante, importa fazer especial referência ao artigo 490.º do Código Civil, o qual estabelece que «[se] forem vários os autores, instigadores ou auxiliares do ato ilícito, todos eles respondem pelos danos que hajam causado». Sobre esta norma, Nuno Pinto Oliveira, apoiando-se nas lições de Canaris e Bydlinski, vem defender que o mesmo prevê uma «responsabilidade por uma causalidade possível ou provável³¹³». Acompanhemos, pois, o raciocínio do Autor. Refere, a este propósito, que o legislador português terá pensado, ao desenhar aquele preceito, em duas coisas: a prova do processo causal e a prova de que a contribuição de cada uma das pessoas consideradas foi condição *sine qua non* do dano. Verificando-se as duas características, a responsabilidade solidária de todos os autores, auxiliares ou instigadores corresponderia a uma aplicação dos princípios gerais. Contudo, pode acontecer que não se verifique alguma destas características: pode não se provar o processo causal, p. ex., nos casos em que não se prova quem foi autor e quem foi, tão simplesmente, auxiliar ou instigador, ou pode p. ex., não se provar que a contribuição de cada um auxiliares ou de cada um dos instigadores foi condição *sine qua non* para o surgimento do dano. Ora, nestes casos, o artigo 490.º do Código Civil ganha *relevância autónoma*: «[e]m certas circunstâncias, a contribuição de um co-autor, de um auxiliar ou de um instigador, ainda que de um co-autor, de um auxiliar ou de um instigador que coopere conscientemente no (f)acto ilícito, não é condição *sine qua non* do dano³¹⁴». Deste modo, embora não se consiga determinar com «exatidão se e em que medida o dano é reconduzível a algum deles [a algum dos autores, dos auxiliares, ou dos instigadores], o artigo 490.º do Código Civil permite uma imputação a qualquer um na base de uma causalidade meramente provável ou possível³¹⁵».

Assim, os princípios e as regras gerais fariam com que o lesado ficasse onerado em alegar e provar uma contribuição atual e efetiva de cada um dos autores, auxiliares ou instigadores para o dano. Por sua vez, o artigo 490.º do Código Civil, derogando os princípios e as regras gerais, faz com que o lesado fique desonerado. Isto é, «[o] risco da falta de esclarecimento da contribuição de cada um para o dano correrá por conta dos autores, auxiliares ou instigadores³¹⁶ – a pura e simples possibilidade de causação [seria], nos casos de co-autoria, um elemento de responsabilidade³¹⁷». Com efeito, falhando a demonstração de que o facto do agente foi *conditio*

³¹³ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 563.

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 564-565.

³¹⁵ Frada, Manuel A. Carneiro da. *Direito Civil ...*, *ob. cit.*, p. 106.

³¹⁶ Neste sentido, Carneiro de Frada refere que o artigo 490.º do Código Civil manifesta um «*critério de justiça*» porquanto tal preceito «obvia à iniquidade de se voltar contra o lesado uma situação de falta de esclarecimento sobre a causalidade da ação de qualquer um dos sujeitos abrangidos em relação ao dano produzido (...)» – *Ibidem*, p. 106.

³¹⁷ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, p. 565.

sine qua non da lesão, é acolhido como fundamento da responsabilidade de todos os autores, auxiliares ou instigadores a *participação em ação comum*³¹⁸ ou, como afirma Carneiro de Frada, o «*intuito de comparticipação* que os sujeitos tiveram quanto à prática do facto danoso» (itálicos nossos)³¹⁹. Note-se, porém, que o horizonte de aplicação deste preceito é mais amplo. Como defendem Pires de Lima/Antunes Varela: «Os casos que o artigo 490.º abrange não são apenas aqueles em que haja cooperação entre os vários autores, instigadores ou auxiliares do ato ilícito, mas também aqueles em que eles tenham agido isolada, individual ou desarticuladamente (por ex., um indivíduo deixou imprudentemente em certo local uma espingarda, que outro, com igual imprudência, utilizou causando ferimentos graves a terceiro³²⁰». Em tais circunstâncias não se poderá falar no intuito de comparticipação uma vez que não houve qualquer tipo de cooperação, ficando, portanto, excluída a possibilidade de fundamentação da responsabilidade solidária de todos os autores, auxiliares e instigadores no intuito de comparticipação. Assim sendo, conclui Nuno Pinto Oliveira que, no âmbito de aplicação do artigo 490.º do Código Civil «(...) uma causalidade *atual* ou *efetiva* não é necessária e que uma causalidade meramente *possível* é suficiente³²¹».

Com efeito, «o princípio do *tratamento semelhante* de situações sistemática e teleologicamente semelhantes faz-nos esperar que a *regra de responsabilidade* aplicável aos casos previstos na lei de *unidade* do facto ilícito e culposo seja de completar pela *regra de responsabilidade* aplicável aos casos omissos, não previstos na lei, de *pluralidade* dos factos ilícitos e culposos³²²». Em caso de dúvida ou incerteza sobre se o comportamento de cada uma das pessoas que praticaram *conjuntamente* um (f)acto ilícito foi condição *sine qua non* do dano, os artigos 490.º e 497.º, ambos do Código Civil, contêm uma regra de responsabilidade solidária – aquela incerteza resolver-se-ia a *favor do lesado*. Por sua vez, em caso de dúvida ou incerteza sobre se o comportamento de cada uma das pessoas que praticaram *independentemente* (f)actos ilícitos foi condição *sine qua non* do dano, os artigos 490.º e 497.º, ambos do Código Civil, não contêm qualquer regra de responsabilidade – aquela incerteza resolver-se-ia a *favor do lesante*. Sob pena de se admitir uma «contradição *teleológica*» ou uma «contradição *valorativa*», o Autor conclui que deverá aplicar-se, por analogia, o artigo 490.º do Código Civil aos casos de causalidade alternativa, designadamente aos casos de concurso entre explicações causais

³¹⁸ Proença, José Brandão, coord. *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 310.

³¹⁹ Frada, Manuel A. Carneiro da. *Direito Civil ..., ob. cit.*, p. 106.

³²⁰ Proença, José Brandão, coord. *Comentário ao Código Civil ..., ob. cit.*, p. 310.

³²¹ Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, pp. 566-567.

³²² *Ibidem*, p. 567.

responsabilizantes³²³. De facto, concordamos com o Autor no sentido de considerar que o artigo 490.º do Código Civil é um *fundamento adequado* para resolver os casos de causalidade alternativa, permitindo preencher a lacuna que existiria quando duas ou mais pessoas pudessem ter causado o dano e, não obstante, não houvesse um facto ilícito praticado em conjunto³²⁴.

Efetivamente, ainda que a discussão se situe fora do âmbito concreto da responsabilidade do produtor, o tema da causalidade alternativa tem recebido, por parte da doutrina, algum destaque, tendo vindo a concluir-se que, apesar de, nestas hipóteses, o critério da condicionalidade não estar preenchido deve responsabilizar-se *solidariamente* todos os potenciais lesantes. Também parece ser esta a solução acolhida pela jurisprudência mais recente. Neste sentido, no acórdão de 19 de Maio de 2015³²⁵, o STJ recorreu pela primeira vez à causalidade alternativa para atribuir a responsabilidade de grupo aos participantes de uma rixa onde todos os envolvidos sofreram (com exceção de um participante, denominado de GG) e causaram lesões físicas graves sem se poder definir o concreto autor de cada dano. Fazendo apelo a uma ideia de *conditio sine qua non*, o STJ abre a possibilidade de responsabilização sem que seja provado que determinada lesão ficou a dever-se a um determinado facto de uma determinada pessoa³²⁶.

Assim, consideramos ser de aplaudir as soluções apontadas pela jurisprudência e doutrina em matéria de causalidade alternativa pois, embora com fundamentos diversos, convergem no sentido de uma solução que nos parece ser a mais justa e razoável neste domínio – a responsabilidade solidária dos potenciais agentes³²⁷. Com efeito, concluímos que, mesmo não existindo, no ordenamento jurídico português, uma norma que disponha acerca do problema concreto da causalidade alternativa, a interpretação sistemática e teleológica do sistema de responsabilidade civil suporta a solução por nós avançada: a responsabilidade solidária dos potenciais agentes por aplicação analógica do artigo 490.º do Código Civil.

³²³ De facto, o Autor, tratando da problemática da causalidade alternativa, designadamente nos casos de concurso entre explicações causais responsabilizantes, vem defender que o silêncio do legislador nesta matéria não significa que rejeitou a responsabilização dos potenciais lesantes, antes constituindo uma verdadeira lacuna, fazendo apelo à aplicação analógica do artigo 490.º do Código Civil – *Ibidem*.

³²⁴ *Ibidem*. Neste ponto, ou bem que se restringe o alcance da regra de responsabilidade solidária aos *atos comuns* ou bem que há-de ultrapassá-los, ampliando o alcance da regra de responsabilidade, em termos de a aplicar aos *atos comuns* e aos *atos individuais* de todos os potenciais lesantes. Consideramos, pois, ser preferível o segundo termo da alternativa: não há razões suficientes para que se aplique a *regra da responsabilidade* de todos aos danos causados por um *ato comum* e a *regra da irresponsabilidade* de todos aos danos causados por um *ato individual*.

³²⁵ Proc. 154/10.8TBCCR.S1, disponível em www.dgsi.pt.

³²⁶ Sobre este acórdão cfr. Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Em tema de causalidade alternativa.”, *ob. cit.*, pp. 537-542 Note-se que, em 05 de Maio de 2015, proc. 293/13.3TBCCDN.C1, disponível em www.dgsi.pt, o TRC, já se havia pronunciado sobre a questão da causalidade alternativa, defendendo a responsabilidade solidária dos agentes, por aplicação do artigo 497.º do Código Civil.

³²⁷ Diga-se, ainda, em abono desta solução que, se nos casos de causalidade cumulativa não necessária – em que um determinado dano tenha sido causado por dois factos, cada um dos quais suficiente, por si só, de produzir o resultado lesivo – a doutrina e jurisprudência não hesitam em afirmar a responsabilidade solidária de todos os agentes, não percebemos o porquê de não se estender esta solução às hipóteses de causalidade alternativa.

CONCLUSÃO

A presente investigação procurou dar uma resposta, que se crê adequada e equilibrada, para o problema da causalidade nos toxic torts. De facto, num contexto de grande desenvolvimento industrial, científico e tecnológico, a problemática da responsabilidade civil do produtor por danos causados à segurança e saúde dos consumidores, através da colocação no mercado de produtos tóxicos, configura um dos grandes desafios impostos ao sistema de responsabilidade civil, designadamente no que diz respeito à determinação e prova do nexo de causalidade.

Nas demandas que envolvem toxic torts e de acordo com a teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação, é necessário, desde logo, saber se a exposição à substância tóxica foi *conditio sine qua non* do dano. Esta prova reveste-se de extrema dificuldade, quer porque os produtos tóxicos são, geralmente, bastante complexos e criadores de elevados riscos eventuais, quer porque os seus efeitos tendem a aparecer tardiamente e podem resultar da conjugação de diversos fatores, colocando o lesado numa posição excessivamente onerosa uma vez que não consegue fazer a prova cabal do nexo de causalidade entre o defeito do produto e o dano, não obtendo o ressarcimento devido.

Entendemos, pois, que em casos de «causalidade tóxica», e no que respeita à prova do requisito causal, a exigência de um grau de certeza semelhante àquele que é exigido nos «casos normais» de responsabilidade civil pode inviabilizar a imputação da generalidade dos danos tóxicos, pelo que é necessário encontrar uma solução mais flexível e razoável, capaz de tornar operativo o sistema de responsabilidade civil nestas situações. Parece-nos, desde logo, que foi este o sentido da solução preconizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão de 21 de junho de 2017, ao considerar que, de acordo com o princípio da efetividade, as regras nacionais sobre a prova do nexo de causalidade – «máxime» a prova da condicionalidade – não devem ser demasiado *difficéis*, sob pena de se violar a operacionalidade do regime de responsabilidade previsto pela Diretiva Comunitária bem como os objetivos prosseguidos pelo legislador da União através da consagração deste regime; nem devem ser demasiado *flexíveis*, sob pena de prejudicar a repartição do ónus da prova prevista no artigo 4.º da Diretiva Comunitária.

Este entendimento poderá, ou deverá, contribuir para interpretar ou para integrar o direito português. Com efeito, o princípio de que a prova da condicionalidade não deve ser demasiado difícil poderá significar que o sistema de responsabilidade civil deve reconstruir-se como um sistema móvel e, neste âmbito, a circunstância de o elemento condicionalidade ter um peso enfraquecido poderá ser compensado pelo peso acrescido ou reforçado do elemento adequação,

tornando viável falar de causalidade possível ou provável nas demandas que envolvem produtos tóxicos. Assim, o lesado terá que provar a *adequação abstrata* (de acordo com a formulação positiva da teoria da causalidade adequada ou teoria da adequação): de que aquele (f)acto seja, em abstrato, adequado ou apropriado para produzir aquele dano; e, depois de provar a adequação abstrata, deve provar a *probabilidade concreta*: de que seja, em concreto, provável que aquele (f)acto tenha produzido aquele dano.

A atenuação do pressuposto da causalidade, através dos requisitos da adequação abstrata e da probabilidade concreta, é compatível com o sistema de responsabilidade civil, representado como um sistema móvel e permite obter resultados adequados e coerentes nas demandas que envolvem produtos tóxicos pois, por um lado, auxilia o lesado na espinhosa tarefa de provar o nexó causal, salvaguardando o princípio da efetividade bem como os objetivos da Diretiva de proteger a saúde e segurança dos consumidores através de uma justa repartição dos riscos e, por outro lado, não conduz a uma responsabilidade presumida ou a uma inversão no ónus da prova, incompatível com o artigo 4.º da Diretiva, porquanto o lesado terá sempre que provar a adequação abstrata e a probabilidade concreta do facto na produção do dano. Neste sentido, defendemos que o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, ao prever uma responsabilidade por uma causalidade possível ou provável, deve ser aplicado, por analogia, aos casos de responsabilidade do produtor por danos causados à saúde e segurança dos consumidores, através da colocação em circulação de produtos tóxicos.

Esta solução foi preconizada por Koziol para as situações específicas de causalidade alternativa. Nestes casos também se verifica que o requisito da causalidade não está presente na sua forma normal, de causalidade atual e efetiva, estando, ao invés, presente numa forma anormal, atenuada ou enfraquecida, de uma causalidade meramente possível ou provável. Entendemos que a solução supramencionada é apta para resolver estas situações típicas: exige-se apenas a demonstração de que a conduta de cada um dos agentes, isolada da conduta dos demais, pudesse ser considerada causa do dano, tendo em conta os requisitos da adequação abstrata e da probabilidade concreta. Estabelecida a causalidade relativamente a cada um dos potenciais lesantes, consideramos que todos devem responder solidariamente, por aplicação analógica do artigo 490.º do Código Civil. A interpretação sistemática e teleológica do sistema de responsabilidade civil suporta a solução por nós avançada.

BIBLIOGRAFIA

Andrade, José Carlos Vieira de. “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.” *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5 (2003): 139-161.

Ataide, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

_____, “Causalidade e imputação objetiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas.” In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume III*, 181-237. Coimbra Editora, 2010.

Barbosa, Mafalda Miranda. “Liberalismo, comunitarismo e personalismo: reflexos em sede de responsabilidade civil.” *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1 (2019): 1331-1369.

_____, “Responsabilidade por danos em massa: reflexões em torno da teoria da market-share liability.” *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 10 (2016): 175-220.

_____, *Lições de Responsabilidade Civil*. Príncipia Editora, 2014.

_____, *Responsabilidade Civil Extracontratual. Novas Perspetivas em Matéria de Nexo de Causalidade*. Príncipia Editora, 2014.

Beirão, Joana Maria Moreira. “Da Distribuição do Ónus da Prova no Direito Processual Civil Português – Contributo para o Estudo da Possibilidade de Flexibilização através de uma Distribuição Dinâmica”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017.

Bernstein, David E. “Getting to Causation in Toxic Tort Cases”. *Brooklyn Law Review*, Vol. 74, N.º 1 (2008): 51-74.

Borghetti, Jean-Sébastien. “Causation in Hepatitis B. Vaccination Litigation in France: Breaking through Scientific Uncertainty?”. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 91 (2016): 543-566.

Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 5.^a ed. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

Coelho, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____, “O nexu de causalidade na responsabilidade civil.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento IX (1951): 65-242.

Coelho, Vera Lúcia Paiva. “Responsabilidade do produtor por produtos defeituosos – Tese de resistência ao DL n.º 383/89, de 6 de novembro, à luz da jurisprudência recente, 25 anos volvidos sobre a sua entrada em vigor”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016.

Cordeiro, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português, I Parte Geral, Tomo IV*. Reimpressão da Edição de Maio 2005. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

_____, *Direito das Obrigações, vol. II*. Lisboa: AAFDL, 1980.

Costa, Inês Almeida. “O nexu de causalidade e o problema da causa virtual – À luz do atual Código Civil português”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVII (2011): 839-895.

Costa, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12.^a ed., 2.^a Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

Costa, Patrícia Cordeiro da. “Causalidade Alternativa e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores – ou três caçadores entram num bar...”. In *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf (consultado 11 janeiro, 2021).

_____, *Causalidade, Dano e Prova – A Incerteza na Responsabilidade Civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2016.

Delgado, Richard. “Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs”. *California Law Review*, vol. 70 (1982): 881-908.

Dias, Marta João. “A fundamentação do juízo probatório – Breves considerações”. *Julgar*, n.º 13 (2011): 175-199.

Farber, David A. “Toxic Causation”. *Minnesota Law Review*, vol. 71 (1987): 1219-1261.

Faria, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das Obrigações*, Vol. I, Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

Faria, Rita Lynce de. *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

Fernandes, Elizabeth. “A Prova Difícil ou Impossível (A Tutela Efetiva no Dilema entre a Previsibilidade e a Proporcionalidade).” In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. I*, 811-834. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Fischer, David A. “Products Liability - An Analysis of Market Share Liability”. *Vanderbilt Law Review*, 34 (1981): 1623-1662.

Frada, Manuel A. Carneiro da. *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*. Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

_____, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

Freitas, Carolina Rodrigues de. “Causalidade e complexidade ambiental: Alternativas para a responsabilidade civil na proteção do ambiente e o desenvolvimento sustentável”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

Freitas, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*. 4.ª ed. Coimbra: GestLegal, 2017.

Gonçalves, Diogo Costa. “Dogmáticas de transição, evolução dos sistemas e desafios ao ensino do Direito”. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Ano 14, N.º 27 (2016): 41-77.

González, José Alberto. *Direito da Responsabilidade Civil*. Lisboa: Quid Juris – Sociedade Editora, 2017.

González, Sonia Ramos. “La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán”. *Indret*, n.º 1 (2003): 1-25.

Hacene, Anaïs. “Vaccin contre l’hépatite B: présomptions de défectuosité et de causalité conditionnées”. *Dalloz – Actualité* (31 de novembro de 2017). <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/vaccin-contre-l-hepatite-b-presomptions-de-defectuosite-et-de-causalite-conditionnees#.YPkeuqZKjX4>

Infantino, M. e Zervogianni, E. *Causation in European Tort Law*. Cambridge University Press, 2017.

Jorge, Fernando Pessoa. *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

- Jürgen Habermas. "Paradigmas del derecho." In *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 469-532. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- Koziol, Helmut. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Sramek Vergal KG, 2012.
- Larenz, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 8.^a ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.
- Leitão, Luís de Menezes. *Direito das Obrigações*, Vol. I, 14.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- Looschelders, Dirk. *Derecho de obligaciones. Parte general*. 17.^a ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021.
- Losano, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. II. 2.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 2002.
- Machado, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 7.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1994.
- Magnus, Ulrich. "La reforma del derecho alemán de daños". *InDret*, n.º 2 (2003): 1-12.
- Malo, Albert Azagra. "Causalidad tóxica y responsabilidad por cuota de incremento de riesgo". *InDret*, n.º 3 (2006): 1-13.
- Martinez, Pedro Romano. *Direito das Obrigações: programa 2017-2018 - Apontamentos*. 5.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2017.
- Mendes, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961.
- Monteiro, Cassia Gomes da Silva. "Responsabilidade Civil – Causalidade Alternativa". Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2014.
- Monteiro, Jorge Ferreira Sinde. "Rudimentos da Responsabilidade Civil". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II (2005): 349-390.
- _____, "Multiple tortfeasors under Portuguese Law". In *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, 170-173. The Hague: Kluwer Law International, 2004.
- Mulcahy, Myra Paiewonsky. "Proving Causation in Toxic Torts Litigation". *Hofstra Law Review*, Vol. 11, Iss. 4, Article 7 (1983): 1299-1326.

Múrias, Pedro Ferreira. *Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 2000.

Neto, Eugénio Facchini. “Julgando sob o signo da incerteza: os novos ventos da responsabilidade civil sopram a favor das vítimas de danos”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 6, n.º 5 (2020): 839-878.

Novaes, Domingos Riomar. “Responsabilidade Civil por Danos Associados ao Amianto: o Problema do Nexo Causal”. *Revista da AGU*, Ano 14, n.º 2 (abri./jun. 2015): 103-134.

Novella, Steven. “Terrible Decision from the Court of Justice of the European Union” (22 de junho de 2017). <https://theness.com/neurologicablog/index.php/terrible-decision-from-the-court-of-justice-of-the-european-union/>

Oliveira, Ana Perestrelo de. “A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental”. In *Actas do Colóquio – A responsabilidade civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2010: 172-193. <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/737/view>

_____, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Liability for Alternative Causation and for the Loss of a Chance”. In *French Civil Liability in Comparative Perspective*, 247-262. Bloomsbury Publishing, 2019.

_____, “Toxic Torts e Causalidade”. *Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades – Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico*, n.º 4, Vol. II (2019): 395-408.

_____, “Em tema de causalidade alternativa.” In *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: Balanços e Perspectivas*, 513-574. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

_____, *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

Pereira, Rui Soares. *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil Delitual – Fundamento e Limites do Juízo de Condicionalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

Pericão, Catarina Félix Almeida. “A dificuldade de demonstração do nexo causal na Responsabilidade Civil Médica: das soluções meramente paliativas à cura (im)possível”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2017.

Pinto, Paulo Mota. “Sobre condição e causa na responsabilidade civil (nota a propósito do problema de causalidade da causa virtual)”. In *Direito Civil – Estudos*, 717-762. GestLegal, 2018.

_____, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo – Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo – Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Proença, José Brandão, coord. *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

Rajneri, Eleonora, e Borghetti, Jean-Sébastien, e Fairgrieve, Duncan, e Rott, Peter. “Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems”. *European Review of Private Law*, vol. 26 (2018): 57-95.

Rangel, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 3.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

Rego, Margarida Lima. “Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais.” *Julgar*, n.º 21 (Set-Dez 2013): 119-147.

Reis, José Alberto dos. *Código de Processo Civil – Anotado*, Vol. III. 3.^a ed. Reimpressão. Coimbra Editora, 2012.

Reiss, Dorit Rubinstein. “European Court Vaccine Decision – A Legal Analysis”. *Skeptical Raptor* (25 de junho de 2017). <https://www.skepticalraptor.com/skepticalraptorblog.php/european-court-vaccine-decision-analysis/#more-10507>

Rodrigues, Fernando Pereira. *A Prova em Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

Ruço, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

Schipani, Vanessa. “Scientific Evidence About Vaccines and the EU Court”. *EuroScientist* (19 de julho de 2017). <https://www.euroscientist.com/scientific-evidence-eu-court/>

Serra, Adriano Vaz. “Provas: direito probatório material”. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110 (Nov. 1961): 61-256.

_____, “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”. *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85 (1959): 115-239.

Silva, João Calvão da. *Compra e Venda de Coisas Defeituosas (Conformidade e Segurança)*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

_____, *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

Silveira, Diana Montenegro da. *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Simões, Fernando Dias. *Marca do Distribuidor e Responsabilidade por Produtos*. Edições Almedina, 2009.

Smillie, Laura R. e Eccleston-Turner, Mark R. e Cooper, Sarah L. “C-621/15 - *W and Others v Sanofi Pasteur*: An Example of Judicial Distortion and Indifference to Science”. *Medical Law Review*, vol. 26 (2018): 134-145.

Sousa, Luís Filipe Pires de. *Prova por Presunção no Direito Civil*. 3.ª ed. Edições Almedina, 2017.

Sousa, Miguel Teixeira de. *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1995.

Sousa, Susana Maria Aires de. “A Responsabilidade Criminal pelo Produto e o *Topos* Causal em Direito Penal (Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor)”. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

Stein, Alex. “Vaccine Liability in Europe: A New Development”. *Bill of Health – Examining the intersection of health law, biotechnology, and bioethics* (22 de junho de 2017). <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2017/06/22/vaccine-liability-in-europe-a-new-development/>

Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., 8.ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

Talasz, Christina. “La responsabilité du fait des produits défectueux en cas d’effets secondaires de médicaments”. In *La responsabilité du fait des produits défectueux*, 273-280. IRJS Editions, 2013.

Wilburg, Walter. “Desenvolvimento de um Sistema Móvel no Direito Civil”. Traduzido por Dora Moreira de Sousa e Raúl Guichard, publicado na Revista Direito e Justiça, Tomo III, Vol. XIX (2000): 55-73, com apresentação de Raúl Guichard, pp. 51-54. Disponível em <https://xdocs.com.br/doc/sistema-movel-de-resp-civil-1v94mrk2ow>.