

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2013

IX Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro

**A DETERMINAÇÃO DO DANO NO CIVIL
LAW:
O PROBLEMA DA CONCORRÊNCIA CAUSAL**

Professora Dra. Judith Martins-Costa

Plano

I) O DANO RESSARCÍVEL E O NEXO CAUSAL

1.Noção de Dano

2.Noção de Causalidade

II) O PROBLEMA DA CONCORRÊNCIA CAUSAL ENTRE CONTRAENTES

1.Concausalidade (gênero)

2.Concorrência Causal (espécie):

2.1. Código Civil, art. 945

2.2. Grupos de Casos (exemplificativo)

2.3. Consequências da Concorrência Causal

III) CONCLUSÕES

Dano Indenizável

O conceito de DANO é um *conceito normativo*

Dano não é sinônimo de prejuízo ou lesão, tal qual estes são verificados no mundo físico e no mundo dos sentimentos e percepções humanas.

Art. 403 do CC

O dano é consubstanciado pela lesão antijurídica a um interesse juridicamente protegido. O dano há de ser *certo, direto e imputável*, resultando por nexos “direto e imediato” de uma inexecução imputável ao devedor.

Princípio da Reparação Integral

Limites do Dano Ressarcível

O art. 403 estabelece limites do Dano Ressarcível, indicando:

- **Quem** deve indenizar (o devedor);
- **O que** se indeniza (dano emergente e lucros cessantes); e
- **Até que ponto** se indeniza.

O que se pode retirar do art. 403?

A lei contém proposições sintéticas e não-conceituais, competindo à doutrina e a jurisprudência oferecer modelos hermenêuticos que possibilitem a adaptação da lei à realidade.

Princípio da Reparação Integral

Tout le dommage, rien que le dommage

Art. 944, *caput*: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Este dispositivo expressa a **função da responsabilidade civil**, a saber: a reparação dos prejuízos injustamente sofridos, *mas não o enriquecimento sem causa da vítima*.

Consequências:

- i. se indeniza todo o prejuízo
- ii. não se indeniza mais que o prejuízo

Princípio da Reparação Integral

i. Todo o Prejuízo

Abrange o **dano emergente** e o **lucro cessante**, que podem estar reportados a dois diversos interesses juridicamente protegidos:

Interesse Positivo

O credor há de receber aquilo que receberia **se o contrato tivesse sido regularmente cumprido.**

Interesse Negativo

O credor deve ser indenizado por todas as despesas que teve e que não teria **se não tivesse contratado.**

Princípio da Reparação Integral

ii. Não mais que o prejuízo

1. Fundamentalmente, significa que em nosso sistema não há, na indenização, um **intuito** punitivo, mas **ressarcitório**;

2. Além disso, indica **até que ponto se indeniza**.

Dano Ressarcível

Consequência direta e imediata da inexecução

- Não há nexo causal infinito;
- Há limites: atenção à adjectivação do art.

403

- Dano certo: a lesão deve ser real e efetiva;
- Dano direto: o dano não-interrompido por outra causa relevante;
- Dano imediato: o dano *logicamente* imediato.

Common Law - Civil Law

THE LAST CLEAR CHANCE

A parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano é responsável pelo evento.

TEORIA DA CAUSALIDADE

ADEQUADA

O essencial para se identificar a causa adequada é a “distância lógica” entre a causa e o dano, pouco importando a distância temporal.

Nexo Causal

Teoria do Dano Direto e Imediato (ou Causalidade Necessária) e a Teoria da Causalidade Adequada

- Ambas as explicações teóricas sustentam que deve haver uma causa necessária, sendo “necessária” porque foi **adequada à produção do dano**.
- A Teoria da Causalidade Adequada exige uma espécie de “**prognose póstuma**”, no qual, primeiramente, o intérprete seleciona as causas segundo o juízo de probabilidade (abstrato); depois, avalia a causa que foi necessária à produção do dano (concreto).
- Majoritárias doutrina e jurisprudência entendem acolhida a Teoria da Causalidade Adequada.
- A rigor, não há diferença essencial entre ambas quando se compreende a expressão “causalidade adequada” como um juízo de concreção.

Os fenômenos da concausação e da concorrência causal

O que há de ser considerado a causa (necessária ou adequada) da qual a inexecução seja o *efeito necessário*?

Situações complexas com as quais podemos nos defrontar em um Procedimento Arbitral:

- a. Co-autoria;
- b. Causação concorrente (causalidade concorrente);
- c. Superveniência de causa interruptiva do nexo causal;
- d. Causalidade virtual; e
- e. Causalidade alternativa.

Concausação (gênero)

Quando duas ou mais pessoas cooperam (subjetiva ou objetivamente) para o mesmo resultado. O dano decorre de duas ou mais causas que se conjugam

Pode consistir em:

- i. Conduta coletiva em que todos cooperam voluntariamente, como agentes ou cúmplices para a produção do dano (o elemento decisivo da coautoria é a vontade comum);
- ii. Dois ou mais fatos são a causa de um único e mesmo dano por meio de condutas independentes.

Causalidade Concorrente

Hipóteses

- i. Danos decorrem de 2 ou mais fatos concomitantes;
- ii. Fatos sucessivos, sem interrupção do nexo causal pelo fato posterior relativamente ao anterior;
- iii. Quando o fato posterior se agrega a condições preexistentes (inclusive condições pessoais da vítima);
- iv. Concorrência da vítima, cuja ação ou omissão se soma a fato diverso, de outrem; e
- v. Quando o dano decorre de uma causa apenas, mas a extensão do dano é vinculada à ação da vítima (não há concorrência causal: a conduta do lesado apenas agrava o dano derivado de uma **única causa**).

O art. 945 do Código Civil

O dispositivo misturou, indevidamente, duas questões distintas: a da **culpa** e a da **causalidade**.

Para definir a indenização, em face do princípio da reparação integral, não se trata de medir culpas, mas de **medir causas**, ou eficácias causais.

Relação de Causação

É a relação entre o **dano causado** menos aquele que se liga ao ato do ofendido.

Grupos de Casos

Causas do dano são concomitantes

Caso das Mudas Infrutíferas

Causas do dano são sucessivas

Caso da Mini-Usina

Há uma única causa; apenas a extensão do dano está vinculada à ação da vítima

Caso das Mercadorias Perecíveis

O Dever de Mitigar

Ponto de aproximação entre Common Law e Civil Law

- *Doctrine of mitigation* ou *Duty to mitigate the loss*
- Códigos filiados à tradição romanística: § 254 do BGB, de 1900; art. 1.227 do Código Civil italiano, de 1942; art.9:505 dos Principes du Droit Européen du Contrat;
- Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias (Art. 77);
- Enunciado nº 169, da Jornada de Direito Civil (CJF): dever decorrente do princípio da boa-fé objetiva (Código Civil, art. 422)
- Ex: Código Civil, art. 771 (em matéria de seguro)

Consequências

Como mensurar o “excesso” decorrente do ato ou da omissão do lesado?

Em relação ao art. 945, a doutrina se depara com duas interpretações:

Repartição da indenização segundo o critério da **contribuição causal** dos corresponsáveis, ou, se impossível determinar a proporção, metade/metade.

Repartição segundo o **grau de culpa** que reveste o ato de cada um dos agentes, de acordo com a literalidade do enunciado legal.

Esta é a melhor solução.

A indenização deve ser, quando possível, proporcional às eficácias causais.

- Mas determinar a indenização pela metade do dano experimentado pelo ofendido é um procedimento que se justifica ante a impossibilidade de apurar a proporção em que as respectivas causas intervieram no evento danoso.
- A culpa impactará na hipótese do § único do art. 944: para diminuir o *quantum*, em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (juízo por equidade, nesse caso expressamente autorizado em direito positivo).

CONCLUSÕES

Punir-se a **culpa** mais reprovável importaria em **juízo de equidade**, quando não autorizado pelo direito positivo?

Entendendo-se como **concorrência causal**, e excluindo um intuito punitivo à conduta do agente, a solução é estritamente de **direito positivo**, o seu fundamento residindo no **art. 403 do CC**.

MUITO OBRIGADA PELA ATENÇÃO!

**A DETERMINAÇÃO DO DANO NO CIVIL LAW:
O PROBLEMA DA CONCORRÊNCIA CAUSAL**

Professora Dra. Judith Martins-Costa

IX Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro, 07 de maio de 2013