

CONCEITO NORMATIVO DE DANO: EM BUSCA DE UM CONTEÚDO EFICACIAL PRÓPRIO

THE LEGAL CONCEPT OF DAMAGE: REAFFIRMING DAMAGE AS AN INDEPENDENT REQUIREMENT FOR CIVIL LIABILITY

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Editor Associado da Revista de Direito Civil Contemporâneo. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. rpeteffi@gmail.com

Recebido em: 04.11.2023
Aprovado em: 09.01.2024

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O presente estudo visa analisar o conceito jurídico ou normativo de dano enquanto requisito essencial e independente da responsabilidade civil. Primeiramente, tendo em vista a grande incerteza em relação ao conteúdo do termo "dano indenizável", apresenta-se uma acepção ampla e outra estrita do instituto. Após a delimitação dos principais termos utilizados no trabalho, serão estudadas as mais importantes teorias que respaldam o conceito de dano, conferindo destaque para as teorias que se conectam com a evolução do *id quod interest*, concluindo-se pela possibilidade de um conceito de dano como interesse ou como lesão a interesse. Por fim, serão analisadas as possibilidades de convivência entre o conceito jurídico de dano encontrado no trabalho com as figuras do dano *per se*, *injury as such* e dano *in re ipsa*.

PALAVRAS-CHAVE: Dano – Prejuízo – Responsabilidade civil – Requisitos da responsabilidade civil.

ABSTRACT: The present study aims to explore the multiple facets of the legal concept of damage, as an independent requirement for civil liability. First, since there is great uncertainty about the nomenclature used to designate recoverable damage, the contrast between a broad and a specific approach will help the reader assess the content of the legal institute. Moreover, the most important theories that underpin the legal concept of damage will be analysed, highlighting the theories that are connected with the development of *the id quod interest*, leading to the conclusion that the legal concept of damage can be related to the idea of harm caused to an interest. Finally, it will address the possibility of the legal concept of damage supported in this study to coexist with legal figures such as *dano per se*, *injury as such* and *dano in re ipsa*.

KEYWORDS: Damage – Loss – Civil liability – Tort Law requirements.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O ponto de partida terminológico e as teorias do dano com enfoque na lesão a bens. 1.1. Os vários sentidos da expressão "dano indenizável": acepção ampla e estrita. 1.2. O dano indenizável como menoscabo de bens. 1.2.1. Noções Gerais. 1.2.2. Ainda a divisão entre as acepções estrita e ampla de dano indenizável, especialmente em relação à noção de dano pelo prisma da lesão a bens. 2. A construção histórica da noção de interesse (*id quod interest*) e as suas múltiplas acepções contemporâneas. 2.1. Os primeiros desenvolvimentos da noção de interesse: *id quod interest* e a teoria da diferença. 2.2. As múltiplas acepções do termo interesse: as possibilidades de entendimento do dano como lesão a interesse. 3. O interesse como suporte para a noção de dano normativo em sentido estrito: operacionalidade dos conceitos. 3.1. Dano como interesse e dano entendido como lesão a interesse. 3.1.1. A noção de dano como *interesse*. 3.1.2. A noção de dano como lesão a interesse. 3.2. *Injury as such*, *dano per se* e *dano in re ipsa*: desafios para o enquadramento de algumas figuras na teoria contemporânea do dano. 3.2.1. A problemática do dano *per se*, especialmente em relação aos transplantes do Direito italiano. 3.2.2. Os problemas relacionados ao *injury as such*, aos danos autônomos e à possibilidade de recepção de novos tipos de dano no ordenamento jurídico brasileiro. 3.2.3. A adequada abordagem das manifestações das subjetividades humanas da vítima. Conclusões. Referências bibliográficas.

"Nos sistemas jurídicos não se podem enxertar teorias; as teorias, ainda que extendentes, têm de estar contidas no sistema."¹

INTRODUÇÃO

Um sistema justo e adequado de responsabilidade civil deve limitar, baseado em critérios claros, excessos indenizatórios². No intuito de restringir esses excessos, uma das funções precípua do instituto é selecionar, por intermédio de um rol de requisitos, os danos ressarcíveis. A imposição de filtros ou balizamentos ao dever de indenizar coaduna-se com a noção contemporânea de responsabilidade civil, harmonizando-se com a ideia de autonomia dos sujeitos de direito e evitando o "alargamento desmesurado da responsabilidade perante cada actuação concreta"³.

1. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Direito das Obrigações. Extinção das obrigações*. Atual. Nelson Nery Jr.; Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 25. p. 285-286.
2. VON BAR, Christian. *The common European law of torts*. Oxford: Oxford University Press, v. 2, 2000. p. 1. No original: "The law of delict can only operate as an effective, sensible and fair system of compensation if excessive liability is avoided".
3. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 194. No mesmo sentido, PAPAYANNIS, Diego. *Manual de Daños Extracontractuales*. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. p. 61.

O dano é o *alfa* e o *ômega* da responsabilidade civil⁴, apresentando-se como um dos seus requisitos fundantes, essencial para o nascimento do dever de indenizar. É nesse contexto que Clóvis do Couto e Silva afirmava que só se conhece a responsabilidade civil em um determinado ordenamento jurídico quando se conhece o seu conceito de dano⁵.

Apesar da existência de recentes e controvertidas abordagens que jogam luzes sobre a relevância de funções pedagógicas e até mesmo punitivas da responsabilidade civil, o que conferiria renovado destaque para a conduta do agente, a doutrina contemporânea repete, à exaustão, que o eixo da responsabilidade civil foi modificado: do comportamento do agente para o dano sofrido pela vítima⁶.

Mesmo os autores que imputam múltiplas funções à responsabilidade civil compreendem que o movimento de objetivação do instituto e o consequente desprestígio da culpa acabou por aumentar o protagonismo do dano e da função reparatória⁷. Portanto, a importância do dano como requisito da responsabilidade civil, isto é, como filtro a diferenciar os meros menoscabos sofridos pela vítima dos efetivos danos ressarcíveis, é inegável⁸.

4. Usando-se exatamente esta expressão, confira-se: LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2021-2022. p. 554; AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 713 e YZQUIERDO TOL-SADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual*: parte general. Madrid: Dykinson, 2015. p. 159. Para o autor, “que el daño o perjuicio se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es algo fuera de toda duda. Em efecto, si se trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar”.
5. COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 217.
6. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 554; e BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.
7. MEKKI, Mustapha. La place du préjudice en droit de la responsabilité civile. *Hokkaido Journal of New Global Law and Policy*, v. 5, p. 150-200, 2000. p. 157; CALVO COSTA, Carlos A. *Las nuevas fronteras del daño resarcible, La Ley*, 2005. p. 1413-1430. Disponível em: [www.calvocosta.com.ar/articulos.php]. Acesso em: 30.06.2020. p. 1-2. Em sentido semelhante, veja-se: TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989. p. 133. Entretanto, este autor, ao contrário de Mekki, entende que as funções de punição, vingança e de restabelecimento da ordem social não mais se sustentam contemporaneamente. Com a mesma opinião, no direito brasileiro, consulte-se: PUSHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Revista Direito FGV*, v. 1, n. 1, p. 91-107, 2005. p. 92.
8. BORGHETTI, Jean-Sébastien, Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, In: BORGHETTI, Jean-Sébastien; DESHAYES,

Apesar do crescente protagonismo, parcela considerável da doutrina clássica tratou o dano como um elemento cujo conteúdo e cujos limites poderiam ser descobertos naturalmente, “como se a necessidade evidente do prejuízo dispensasse toda a discussão sobre a sua definição”⁹. Nas últimas décadas, porém, o debate sobre o que seria um dano passível de reparação vem atraindo crescente atenção dos juristas com visão comparatista¹⁰.

A busca pelos limites do chamado “dano indenizável” em um determinado ordenamento jurídico, contudo, é comumente investigada de uma maneira ampla, utilizando-se todos os requisitos clássicos da responsabilidade civil. De acordo com essa abordagem, poderiam colmatar a moldura do “dano ressarcível” requisitos como os fatores de atribuição, a antijuridicidade da conduta do agente e, de forma muito destacada em ordenamentos com cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, o nexo de causalidade.

Optando por caminho oposto, o presente estudo afasta-se da abordagem dos demais requisitos da responsabilidade civil e restringe a análise das fronteiras do dever de indenizar aos aspectos diretamente relacionados com a teoria do dano. Desse modo, o primeiro capítulo do presente trabalho dedicar-se-á a analisar, diante de um mosaico de significados que a expressão “dano indenizável” pode apresentar, um conceito jurídico ou normativo de dano que possua conteúdo eficaz próprio, sem a necessidade de se submeter a uma interface conceitual com os outros requisitos da responsabilidade civil.

Após o afastamento dos demais requisitos clássicos da responsabilidade civil, mister pesquisar a possibilidade do dano se revestir de normatividade, marcando o seu papel como um importante filtro da responsabilidade civil. Assim, na segunda parte do primeiro capítulo, serão analisadas algumas teorias sobre o conceito de dano que desenvolvem uma abordagem por muitos considerada como “naturalística” ou “vulgar”, ou seja, alinhadas com o pensamento que entende o dano como simples menoscabo de bens ou como mera manifestação fenomênica.

O segundo capítulo do presente trabalho dedicar-se-á à compreensão da trajetória do termo “interesse” na configuração das teorias sobre o conceito normativo de dano.

Olivier y PÉRÈS, Cécile. *Études offertes à Geneviève Viney*. Paris: LGDJ. 2008. p. 145-171. Para o autor, “[...] le centre de gravité de la responsabilité civile semble s'être déplacé du comportement de l'auteur du dommage vers la situation de la victime. En conséquence, il n'est pas illogique de chercher à borner l'étendue de la responsabilité en jouant sur ce qui est désormais son élément premier, tant du point de vue de la genèse du droit à réparation que du point de vue théorique, c'est-à-dire le préjudice”.

9. LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 555.

10. WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2. Essential cases on damage.

Em uma primeira parte, a evolução da noção de *id quod interest* será apresentada, realçando-se a sua conexão teórica com as modernas teorias que utilizam a “hipótese diferencial” como fundamento para a conceituação normativa do dano.

Considerando a impressionante polissemia que o termo “interesse” pode apresentar, imprescindível centrar esforços, na segunda parte do segundo capítulo, na específica conceituação de interesse como elemento da teoria do dano, separando-o das mui comuns análises do interesse juridicamente protegido como elemento intimamente imbricado com outros institutos ou com outros requisitos da responsabilidade civil, como a antijuridicidade.

O terceiro e derradeiro capítulo abordará a construção contemporânea de um conceito normativo de dano. As possibilidades conceituais apresentadas possuem consequências diretas na operacionalidade da responsabilidade civil, tanto em relação aos danos patrimoniais quanto em relação aos danos extrapatrimoniais, descortinadas pela noção de interesse. Nesse sentido, na segunda parte do terceiro capítulo, será analisada a compatibilidade do conceito jurídico de dano com algumas figuras observadas na doutrina e na jurisprudência, tais como o dano *per se*, o dano *in re ipsa* e o *injury as such*.

Assim, percorrendo o caminho apontado, o presente estudo pretende traçar uma noção de dano que possua conteúdo normativo próprio, permitindo que o dano reafirme o seu protagonismo com um dos principais requisitos da responsabilidade civil.

1. O PONTO DE PARTIDA TERMINOLÓGICO E AS TEORIAS DO DANO COM ENFOQUE NA LESÃO A BENS

1.1. Os vários sentidos da expressão “dano indenizável”: acepção ampla e estrita

É fundamental, para um trabalho que visa analisar o conceito de dano, que a utilização consistente e precisa da terminologia seja observada. A multiplicidade de acepções relacionadas com o termo “dano indenizável”, gera, em muitos aspectos, a já denunciada “plurivocidade cacofônica”¹¹, impedindo um denominador comum linguístico. Terminologia imprecisa ao mesmo tempo reflete e gera um pensamento impreciso¹².

11. MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andriighi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 392.

12. NOLAN, Donal. Rights, Damage and Loss. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, p. 255-275, Issue 2, Summer 2017. p. 275. O autor adverte sobre os perigos da utilização indiscriminada de termos como ‘damage’, ‘loss’, ‘injury’ e ‘harm’, afirmando que “loose terminology both reflects and generates loose thinking.”

O delineamento de um panorama geral terminológico¹³ das expressões utilizadas na construção da teoria do dano, mormente no que se refere aos termos “dano indenizável” e “dano ressarcível”, será o primeiro passo deste capítulo.

Sinde Monteiro afirma, dentro da perspectiva do Direito português, que “os bens jurídicos gerais pessoa e patrimônio são demasiado extensos para que toda e qualquer ingerência ou ataque (*Eingriff*) possa dar lugar a uma obrigação de indemnização”¹⁴. A lição indica a função precípua da responsabilidade civil: a identificação, em abstrato e em concreto, dos requisitos necessários para que o prejuízo sofrido pela vítima possa configurar um dano ressarcível.

O termo “dano ressarcível” ou “dano indenizável”, portanto, em uma de suas acepções possíveis, pode traduzir essa preocupação geral com os extensos limites impostos ao dever de indenizar, relacionando-se diretamente com os múltiplos elementos da responsabilidade civil. Aqui, a configuração do dano indenizável pode ser entendida como a criação da relação jurídica obrigacional entre agente e vítima, ou seja, equivale à verificação de todos os requisitos da responsabilidade civil para propiciar que a vítima, querendo, possa exercer sua pretensão indenizatória contra o causador do prejuízo.

Nessa circunstância, o termo “dano indenizável” ultrapassa os limites da teoria do dano e desloca o seu centro de atenção para a interface com os demais fatores da responsabilidade civil. Poder-se-ia notar a inexistência de um “dano indenizável” simplesmente porque faltaria, por exemplo, a comprovação da antijuridicidade da conduta do agente ou de um vínculo causal entre esta e o prejuízo sofrido pela vítima. Dentro dos limites do presente trabalho, essa noção de dano indenizável será denominada de “noção ampla”.

Em sistemas jurídicos munidos de grandes cláusulas gerais de responsabilidade civil extracontratual (como Brasil e França, por exemplo)¹⁵, o nexo de causalidade pode, em diversos momentos, servir de critério para delimitar a extensão dos “danos indenizáveis”. Não se admitem como indenizáveis todos os prejuízos “em cascata”¹⁶, pois

13. Realizou-se semelhante esforço de identificação de um panorama geral terminológico, mas em relação à antijuridicidade, em PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, ano 6, p.169-214, jan.-mar. 2019. p. 172 e ss.
14. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina. 1989. p. 175.
15. WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press. 2008. p. 1013.
16. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 603; BARBOSA, 2006, p. 26 – A autora leciona que a limitação da responsabilidade civil ocorre por critérios

somente os danos em relação de causalidade adequada com a ação ou omissão do agente podem ser reparados.

No rico exemplo dos danos por ricochete, a cadeia dos que possuem legitimidade ativa para propor demandas visando à indenização do dano reflexo ou por ricochete pode estar ligada ao nexo de causalidade¹⁷. Ao contrário do que ocorre em países como Portugal, que possuem róis específicos positivados em sua legislação nacional, países como a França e o Brasil modulam os seus róis de legitimados com o auxílio da teoria do nexo de causalidade, segundo a proximidade da vítima direta com a vítima indireta ou por ricochete¹⁸.

A ausência de um fator de atribuição¹⁹ também pode influenciar na colmatação da aceção ampla de dano indenizável. Em hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva, a ausência do requisito culpa poderá fazer com que o prejuízo sofrido pela vítima não se converta em um dano indenizável. Em muitas situações, por exemplo, a ação ou omissão do médico que causa prejuízo ao paciente não gerará dever de indenizar se o

desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, “designadamente através do nexo de causalidade, facto que leva a que raramente sejam indemnizados todos os danos em cascata”.

17. PETEFFI DA SILVA, Rafael. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael; GRAZIEIRO CELLA, José Renato (Org.). *Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1. p. 51; NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 603. “Todos os danos, sejam diretos ou indiretos, inclusive os danos por ricochete, devem ser reparados. O que é necessário é que todos sejam *certos* e que ainda sejam, de acordo com o curso normal das coisas, consequência *adequada* do fato gerador. Só não serão reparados os danos incertos e os que não sejam consequência adequada do fato lesivo”.
18. PETEFFI DA SILVA, Rafael. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Op cit.p. 51.
19. Apesar da expressão “fatores de atribuição” não ser tão comum em grande parte da doutrina brasileira, ela expressa as maneiras de justificar a atribuição de responsabilidade civil, verificadas, de acordo com o caso concreto, em elementos como a culpa, o defeito do produto e o risco da atividade. Para a identificação de autores que se utilizam expressamente desta expressão, consulte-se PAPAYANNIS, Diego. Op. cit.2022, p. 14. Para o autor: “Además de haber sufrido un daño jurídicamente relevante, este debe haber sido causado por una acción, actividad o riesgo perteneciente a la esfera de la parte demandada que pueda subsumirse en alguna de las categorías de condiciones a las cuales el ordenamiento atribuye responsabilidad. La manera en que los sistemas jurídicos identifican el tipo de acción apropiada a este respecto es mediante normas que definen lo que llamaré “factores de atribución” (Ibidem, p. 14). Judith Martins-Costa, apesar de admitir a utilização do termo “fatores de atribuição”, utiliza-se da expressão “fatores de imputação”, indicando que “nexo de imputação” também é utilizado pela doutrina (MARTINS-COSTA, Judith. Op cit., 2020, p. 391). O atual Código Civil argentino utiliza-se da expressão fatores de atribuição em inúmeras passagens, veja-se: “Artículo 1721. Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.”

erro médico, caracterizando a conduta culposa, não for observado. Fenômeno idêntico pode ser constatado em hipóteses de responsabilidade civil pelo fato do produto, caso o defeito não seja verificado²⁰.

Apesar da importância dos requisitos já referidos para a configuração dessa noção ampla do chamado dano indenizável, a antijuridicidade possui o papel mais destacado nesse cenário, pois é comum que os sujeitos de direito sofram inúmeras consequências negativas, causadas por condutas expressa ou implicitamente autorizadas pelo Direito. Danos causados por regular exercício de direitos – como a concorrência leal, o lícito protesto de um determinado título cambial e o normal rompimento de uma relação amorosa – possuem o potencial de causar consideráveis consequências negativas, sem que estas se configurem em “danos indenizáveis”, exatamente pela falta de conduta anti-jurídica por parte do causador do prejuízo. Mesmo os prejuízos observados quando da lesão a bens ou interesses jurídicos largamente protegidos, como a vida ou a integridade física, poderão não ser reparados se alguma pré-excludente da antijuridicidade (ilicitude)²¹ se fizer presente, tal como a legítima defesa²².

Essa situação pode ser facilmente notada no Direito inglês, em que a tradição jurídica centrou sua preocupação nas condutas antijurídicas (*injuria*), gerando um desenvolvimento atrofiado da teoria do dano, o que também propiciou destacada relevância aos demais requisitos da responsabilidade civil. A falta de desenvolvimento de um sofisticado conceito específico de dano acabou por intensificar o protagonismo de requisitos como o nexo de causalidade e a ilicitude (antijuridicidade)²³.

-
20. BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o Direito norte-americano*. Tese (Doutorado). Florianópolis: Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2020.
 21. Para a identificação da legítima defesa dentro da categoria de pré-excludente da ilicitude, veja-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Bens. Fatos Jurídicos*. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 2. p. 351 e ss. Para um estudo da correlação dos termos antijuridicidade e ilicitude, veja-se: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 172-177.
 22. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013. t. 66. p. 1539. Em sentido semelhante, veja-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco. Op. cit., t. 2, p. 351-353; BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. P. 500 e PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 191.
 23. Nas palavras dos autores: “[t]hough one finds a great deal of case law and literature on damages, little effort has been devoted to defining damage. The common lawyer, unlike the civil lawyer, rarely asks himself the question ‘What damage is redressable in a tort action?’ since his system, for a long time, concentrated not on *damnum* but on *injuria*. The reason for this different emphasis is historical: damage awards lay, until comparatively recently, within the exclusive control of juries once the defendant’s behaviour had been found to be tortious. Only where damage was

Como os sistemas jurídicos incluídos na tradição da *Common Law* contam com uma multiplicidade de *torts*, cada qual com sua especificidade, não se pode afirmar que existe um conceito único de dano, pois limites e características podem variar dependendo do *tort* a ser analisado. A doutrina aponta que poderia haver mais de 70 conceitos distintos de dano, relativos a cada um dos *torts* observados no Direito inglês²⁴.

Em alguns trabalhos de harmonização da Responsabilidade Civil europeia observa-se a utilização dessa abordagem ampla de dano indenizável, em que a impossibilidade da vítima exigir reparação pelas consequências negativas sofridas ocorre pela falta de outros requisitos da responsabilidade civil.

O *Draft Common Frame of Reference*, de 2009, utiliza a noção de dano indenizável ou do “dano juridicamente relevante” (*legally relevant damage*) em uma abordagem em que dano e antijuridicidade aparecem imbricados. Destarte, ao dedicar o seu art. VI- 2:101²⁵

an element of tort itself could judges formulate rules in terms of damage. So the task of fixing the boundaries of liability had to be achieved through those concepts over which the judge had exclusive control. Causation, remoteness and, later, duty, were the obvious devices. This inheritance has still left its mark on modern law with the result that many issues of damages still receive – and have received in this book – their main attention under the general heading of causation” (DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis & Deakin’s Tort Law*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 940).

24. Nas palavras do autor: “There is no general concept of ‘damage’ in English tort law, and academic discussions of the topic have been few in number, but damage does play an important role in most torts recognised by English law. As there are, according to one estimate, some 70 or more torts recognised by the common law, it could be said that there are in fact 70 or more different conceptions of damage in English tort law. That is to overstate the case somewhat, but it gives some indication of the difficulty facing an English lawyer in this area. It by no means follows that what is recognized as damage in Tort A is so recognized in Tort B.” (OLIPHANT, Ken. England and Wales (Introduction). In: WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter, 2011. v. 2 (Essential cases on damage). p. 36).
25. Draft Common Frame of Reference VI. – 2: 101: “Meaning of legally relevant damage: (I) loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection. VI.-2:101 (2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under VI. – I; !D! (Basic rule) or I: 102 (Prevention). (3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability. To the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy. (4) In this Book: (a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property; (b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life.”

ao chamado dano juridicamente relevante, Menezes Cordeiro aponta que, no DCFR, ocorreu o “hábil”²⁶ deslocamento dos questionamentos ínsitos à antijuridicidade para o conceito de dano²⁷. Pelas dificuldades do tratamento da antijuridicidade em trabalhos de harmonização de vários ordenamentos jurídicos, a escolha justifica-se, ainda que os substitutos do instituto da antijuridicidade contem com menor tradição jurídica²⁸.

Pode-se encontrar um panorama semelhante em relação aos Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil. Nesse diploma de harmonização da Responsabilidade Civil utilizou-se o conceito de “dano ressarcível”²⁹. A tradução portuguesa para o artigo correspondente dispõe que “o dano consiste em uma lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido”. Na tradução oficial do documento para outras línguas latinas, como o espanhol, a tradução da palavra inglesa *harm* conecta-se de maneira mais direta com uma visão mais consequencialista do dano: “El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”.

Helmut Koziol enfatizou que a lesão a interesses protegidos se relaciona diretamente com o campo da antijuridicidade e cumpre um papel fundamental na sistemática dos “Princípios”, pois representa solução adequada para resolver a dificuldade em traduzir, em um documento de harmonização, as inúmeras diferenças e nuances que a antijuridicidade desempenha nos mais variados países³⁰. A ideia de que a antijuridicidade é fundamental para a observação de uma noção ampla de “dano ressarcível” é inafastável em qualquer ordenamento jurídico europeu³¹. Resta claro que, nesse diploma, a noção de interesse protegido não se presta para demarcar os contornos dos prejuízos indenizáveis ou de seu remédio específico, mas para “delimitar o campo de proteção, com uma função próxima da ‘ilicitude’”³².

-
26. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. V. 2. T. 3. p. 352.
 27. PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 193.
 28. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Atualizado por Fernando Peña Lopez. 5. ed. Madri: Arandiz, 2014. T. 1. p. 80.
 29. Artigo 2:101. Recoverable Damage: “Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.”
 30. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005. p. 26. Comentários por KOZIOL, Helmut.
 31. Ibidem, p. 25. “The idea behind placing the emphasis on ‘legally protected interest’, is of importance for the understanding of the fundamental concept of the Principles. Underlying the notion of interference with protected interests is one aspect of the concept which the European Group on Tort Law in its discussions has called ‘wrongfulness’.” Em sentido semelhante, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Op. cit., p. 80.
 32. MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. V. 1. p. 503.

Não restam dúvidas que o instituto do *danno ingiusto*, arquitetado pelo legislador italiano do Código Civil de 1942, poderia ilustrar a utilização do “dano indenizável” em seu sentido amplo, isto é, utilizando-se dos demais requisitos da responsabilidade em sua caracterização. Contudo, pelo destaque que a importação da figura do “dano injusto” recebeu da doutrina brasileira nas últimas décadas, entende-se adequado dedicar uma análise mais atenta para esse conceito em momento posterior.

No delineamento da noção de “dano indenizável” em seu sentido amplo, realizada neste capítulo, restou evidente a sua capacidade de realizar a operação de seleção dos prejuízos passíveis de indenização, o que justifica a sua existência na ciência do Direito. Entretanto, essa abordagem do dano indenizável parece apenas ter o papel de destacar as conexões do dano com os outros requisitos necessários para a gênese do dever de indenizar, colocando em dúvida a existência de uma relevância normativa própria do dano como requisito da responsabilidade civil³³.

Na sequência do trabalho, portanto, observar-se-á a tentativa de demonstrar a possibilidade da teoria do dano, de acordo com uma noção estrita, contribuir de forma efetiva para esse trabalho de seleção de prejuízos indenizáveis.

1.2. O dano indenizável como menoscabo de bens

No presente subcapítulo observar-se-á o início de uma tentativa, que acabará por permear a integralidade do presente trabalho: o tratamento do dano de uma forma independente, sem se imiscuir, na medida do possível, com outros requisitos da responsabilidade civil, consubstanciando uma “visão estrita” do dano. Assim, será verificada a construção de possíveis conceitos de dano, todos com conteúdo eficaz próprio. Neste item 1.2 será estudada uma abordagem que não parece ser a mais adequada para compor uma teoria contemporânea do dano, mas, por ainda ser utilizada de maneira bastante frequente, necessita ter os seus elementos analisados.

1.2.1. Noções Gerais

Parcela da doutrina defende que o dano representaria a deterioração ou o menoscabo sofrido nos próprios bens da vítima. Grande parte do pensamento jurídico que se relaciona com essa noção de dano costuma sentir-se confortável com a sinonímia

33. Autores que entendem o “conceito normativo de dano” na linha apresentada, ou seja, de acordo com a acepção ampla de dano indenizável, admitem um problema de falta de conteúdo eficaz próprio. Nesse sentido, CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Direito civil/responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 90: “o conceito normativo de dano não resolve o problema do seu preenchimento. Embora evite as dificuldades de uma compreensão social ou empírica de prejuízo, *por si só é inoperante*. Para o aludido preenchimento revelam os outros pressupostos da responsabilidade, particularmente a ilicitude”. (grifou-se)

entre dano e prejuízo e aceita que a noção jurídica de dano esteja bastante conectada com uma noção vulgar ou naturalística. À esta ideia também estaria atrelada a noção de desvantagem, de uma modificação fenomênica, seja no campo patrimonial, seja no campo extrapatrimonial³⁴.

Há parcela da doutrina³⁵ que entende que essa abordagem de dano contrapõe-se à ideia de dano como lesão a interesse protegido, que se encontra amplamente difundida na doutrina brasileira³⁶.

Para a avaliação adequada dessa corrente, que considera o dano como lesão a bens, é importante recordar que o entendimento de bem é, para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “aproximativamente o de objeto do Direito; mais amplo, pois, que o de coisa”³⁷. A amplitude dessa categoria jurídica alberga noções como a que estabelece ser o bem jurídico “qualquer objeto de satisfação”³⁸ ou “tudo que nos agrada”³⁹. Para Jorge Bustamante Alsina, bem jurídico é todo objeto material ou imaterial, seja de valor econômico ou não, que serve ao homem para satisfazer suas necessidades⁴⁰.

O bem jurídico, como objeto de Direito, pode representar simplesmente uma promessa, quando relacionado com os direitos de crédito, ou um simples objeto, ou até mesmo elementos mais amplos e sem satisfação patrimonial como a vida, a liberdade, o nome, a honra, a saúde, a integridade física, a intimidade e a própria pessoa⁴¹.

-
34. Doutrinadores entendem possível separar as correntes que consideram o dano como a lesão ou deterioração de algum bem jurídico e as correntes que o vinculam a uma simples manifestação fenomênica ou consequência negativa, nesse sentido, BUERES, Alberto. Op. cit., p. 290-292; CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 79. O autor relaciona a ideia de dano como consequência negativa a grande parte da doutrina argentina, englobando nomes como Iturraspe, Alterini, e Bustamante Alsina. No Brasil, com posicionamento semelhante, veja-se: BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade civil pela perda do tempo: dano ressarcível e categorias indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
 35. Exemplificativamente, veja-se: AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715.
 36. A abordagem doutrinária que agasalha essa noção de dano será analisada no próximo capítulo.
 37. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 2, p. 80-81.
 38. ZANNONI, Eduardo. A. *El daño en la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea: 2005. p. 51; BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., 2019, p. 14-15.
 39. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1995. v. 1. p. 345.
 40. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1993. p. 238. Nas palavras do autor: “Bien jurídico es todo objeto material o inmaterial, sea de valor económico o no, que sirve al hombre para satisfacer sus necesidades” (Ibidem, p. 238). No mesmo sentido, DE CUPIS, Adriano. *El Daño: teoría general de la responsabilidad civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch. 1975. p. 109.
 41. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 2, 2012, p. 74; PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 345; BUERES, Alberto. Op. cit., p. 285; ZANNONI, Eduardo. Op. cit., 2005,

Uma visão rígida de dano como mero menoscabo de bens gozou de grande prestígio no Direito Romano clássico, quando se considerava que o dano estava intimamente vinculado com o valor do bem lesado, normalmente entendido como coisa (*quanti aea res est*)⁴². Essa abordagem em relação ao dano possuía, na concepção dos juristas da época, a vantagem da praticidade e da certeza na quantificação do prejuízo⁴³, tendo em vista suportar uma visão estática do dano, sobretudo em um ambiente que normalmente estabelecia a sinonímia entre bem e coisa. Essa noção de dano alinha-se com a observação naturalística do fenômeno danoso, equivalendo-se à aceção dominante do que seria o dano.

Admite-se, entretanto, que esse período do Direito Romano já convivia com a ideia de uma abordagem subjetiva e relacional do dano, representada pelo *id quod interest*⁴⁴, noção que está na base do desenvolvimento do conceito de “interesse” e que será melhor desenvolvida nos capítulos posteriores.

Semelhante à linha de desenvolvimento observada no Direito Romano, a crítica dos autores modernos à noção de dano como menoscabo de bens centra-se exatamente na contraposição com a noção de dano como interesse ou como lesão a interesse⁴⁵. Na hipótese de destruição de uma residência, por exemplo, o valor de mercado do bem não seria obrigatoriamente o único critério para se demarcar o dano, mas sim o valor que essa casa teria para o seu proprietário, ou seja, um valor subjetivo extraído de uma condição relacional e particular entre o bem lesado e seu titular⁴⁶, traduzida pela noção de interesse. Um mesmo objeto (bem) lesado, como uma casa ou um apartamento, pode gerar, por exemplo, danos distintos para o seu proprietário e para o seu locatário, pois eles possuem interesses distintos em relação a esse bem⁴⁷.

p. 51. BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 14-15. Essa visão de bem não é unânime e podem ser encontradas importantes vozes com pensamento distinto. Nesse sentido, exemplificativamente, veja-se: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 116. “Com efeito, *coisa* é o gênero do qual *bem* é espécie. A diferença específica está no fato de esta última incluir na sua compreensão a idéia de utilidade e raridade, ou seja, a de ter valor econômico” (grifos no original)

42. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cidade do Cabo: Juta & Co, 1990. p. 824, 970 e ss.

43. REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil: a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, 2015. p. 43.

44. REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 43.

45. Todo o desenvolvimento da teoria do dano relacionada ao interesse será abordado nos próximos capítulos do presente trabalho.

46. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 303.

47. NOLAN, Donal. Op. cit., 2017, p. 261. Para o autor, “While the issue of exactly what interest is required need not detain us here, the fact that more than one person may have a sufficient

Quando da subtração ou destruição de determinado numerário do bolso da vítima, o dano não estaria representado por essa noção naturalística de menoscabo (*pretium commune*), mas exatamente na noção de interesse, entendido como a idoneidade que esse bem possuía para satisfazer a necessidade específica do seu titular⁴⁸ (*pretium singolare*).

Apesar das críticas relatadas, a visão de dano como menoscabo de bens é compartilhada por grande parte da doutrina brasileira⁴⁹, ocorrendo em outros países que influenciaram largamente a cultura jurídica do Brasil.⁵⁰

interest to bring a claim in respect of damaged property–bailor and bailee, legal and equitable owner–shows us that ‘damage’ in this context is a normative concept associated with a person, not a factual concept associated with a particular physical entity.” (grifou-se). Em sentido semelhante, veja-se: CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 73.

48. BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 17.

49. A própria noção de dano de Agostinho Alvim parece levar em consideração essa espécie de dano intimamente conectado com a deterioração de bens e com as consequências negativas para a vítima, veja-se: “Nós entendemos que o termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, o dano é, para nós, a lesão do patrimônio; o patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 187). Há autores contemporâneos que replicam o entendimento do mestre, nesse sentido, veja-se o comentário de Carlos Roberto Gonçalves à posição de Alvim, “Essa opinião sintetiza bem o assunto, pois, enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma ‘diminuição do patrimônio’, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um ‘bem jurídico’, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 4. p. 362). Em sentido semelhante tem-se a opinião de Maria Helena Diniz: “Como nos ensina Carlos Alberto Bittar, o dano é prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão da ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral”. Para a autora, a noção de diminuição ou destruição de bens (ainda que acrescida da lesão a “interesses jurídicos”) harmoniza-se com o trecho transcrito, como se pode notar da seguinte passagem: “o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, e qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63).

50. O autor, fazendo referência ao Direito português, leciona que nas últimas décadas não houve grandes trabalhos monográficos sobre o tema e entende que “normalmente a doutrina fornece uma noção geral de dano – como a lesão ou prejuízo real, sob a forma de destruição, subtração ou deterioração de um certo bem, lesão de bens juridicamente protegidos do lesado, patrimoniais ou não, ou simplesmente uma desvantagem de uma pessoa que é juridicamente relevante, por ser tutelada pelo Direito – e refere-se, depois, especificamente para o dano patrimonial que o dano é a ‘desvantagem que é causada a alguém no seu patrimônio, direitos ou na pessoa’ (formulação do parágrafo 1293 do ABGB austríaco)” (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 539-540).

Importante notar que parcela da doutrina brasileira acaba por aliar a noção de dano como lesão a bem jurídico com a comparação entre a situação fática em que a vítima se encontrava antes do fato danoso e a situação fática observada “imediatamente após a sua prática”.⁵¹ No próximo capítulo será demonstrado que essa abordagem, que apenas compara duas situações fáticas, não se confunde com a “hipótese diferencial” encontrada na teoria da diferença, que é normativamente construída.

Em França, a distinção entre dano e prejuízo possui relação com este estudo, pois pode apresentar conexões conceituais e funcionais com uma visão naturalística de lesão, deterioração ou menoscabo de bens. A visão que identifica o dano à lesão a uma coisa, a uma pessoa ou a uma situação, enquanto o prejuízo seria apenas a consequência desta lesão, passou a ser considerada com maior seriedade depois da década de 50 do século passado. O prejuízo poderia ser patrimonial ou extrapatrimonial, independentemente da natureza do bem lesado. Porém, considerável parcela doutrinária não vê qualquer utilidade prática na distinção entre os dois conceitos.⁵²

Geneviève Viney e Patrice Jourdain entendem que a distinção entre dano e prejuízo não traz maior interesse prático, sendo que ambos os termos são tratados, em sua obra, como “les conséquences d’une atteinte a une personne ou a un bien, qu’on les nomme préjudice ou dommage”⁵³.

Essa visão do dano poderia parecer contraditória com a afirmação feita em momento posterior da obra dos autores, em que encontramos a expressão “o prejuízo é a lesão a um interesse”⁵⁴, mas é importante notar que a noção de interesse utilizada pelos autores guarda relação com o *id quod interest* que será desenvolvido no próximo capítulo⁵⁵.

51. Nesse sentido, a lição de Araken de Assis: “o dano patrimonial consiste na perda, destruição ou deterioração de algum bem inserido no patrimônio de alguém. Ele decorre da comparação entre o estado patrimonial antes da ocorrência do ilícito e após a sua prática” (ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*, n. 759, p. 11-23, jan. 1999). Essa visão difere da sistemática apregoada pela teoria da diferença. Como será explicado no próximo capítulo, a teoria da diferença apoia-se na “hipótese diferencial” constituída pela comparação do estado em que se encontra a vítima após o evento danoso e o estado em que ela estaria se o este mesmo evento não tivesse existido. Essa comparação não pode ser confundida com a que se efetua entre os estados da vítima observados imediatamente antes e depois do estado danoso, uma comparação fática que apenas retrata a deterioração do bem jurídico.
52. BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. Cit., , p. 4; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 556 “[...] Il est d’usage, en droit français, de tenir pour synonyme les termes de dommage et de préjudice.” Alerta-se que ambos os autores apenas trazem uma visão panorâmica do Direito francês, já que são alguns dos maiores críticos da sinonímia entre dano e prejuízo.
53. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 2013. V. Les conditions de la responsabilité, p. 4.
54. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 25. No original: “Le préjudice est la lésion d’un intérêt”.
55. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 26.

Assim, afastam-se os autores da chamada “fórmula” do “interesse legítimo juridicamente protegido”⁵⁶, mais conectado à seara da ilicitude⁵⁷ e utilizado esporadicamente pela jurisprudência francesa para limitar a proteção a algumas situações jurídicas, como o que ocorreu com o prejuízo reflexo sofrido pela concubina nas hipóteses de morte do seu concubino⁵⁸.

Diante desse contexto complexo, os autores afirmam que o dano, em França, é normalmente entendido, pelos juízes, com o mesmo significado contido na linguagem comum, ou seja, como sinônimo de prejuízo⁵⁹. Assim, defendem que, apesar de importantes vozes dissidentes⁶⁰, também é razoável considerar que a noção de perda ou desvantagem seja, para muitos, suficiente para caracterizar a noção jurídica de dano indenizável⁶¹. Parcela da doutrina considera que esta visão de dano naturalístico coincidiria com a visão normativa de dano⁶².

No próximo capítulo serão examinadas correntes doutrinárias que apresentarão conceitos normativos de dano que se afastam da mera lesão de bens (concepção normalmente atrelada a uma visão naturalística do instituto), geralmente utilizando-se da noção de interesse como fundamento teórico para alicerçar tal mudança.

1.2.2. *Ainda a divisão entre as acepções estrita e ampla de dano indenizável, especialmente em relação à noção de dano pelo prisma da lesão a bens*

Realizando críticas específicas às ideias carneluttianas sobre o dano como lesão a interesse⁶³, José de Aguiar Dias leciona que

“como, para nós, é possível, como já insinuamos, exigir-se que a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão, só por isso se mostra mais

56. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 19. No original: “la lésion d’un intérêt légitime juridiquement protégé”.

57. As múltiplas acepções do termo interesse no âmbito da responsabilidade civil serão abordadas no próximo capítulo.

58. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 18.

59. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 17. “En effet notre Code Civil n’a donné aucune définition du dommage, ce qui a incité les juges à se référer au concept que désigne le langage courant”.

60. BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., 2008, p. 4; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 556.

61. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 20.

62. DOMINGO, Elena Vicente. El Daño. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. 2. ed. Navarra: Aranzadi. 2013. p. 82.

63. O desenvolvimento da noção de interesse será abordado no próximo capítulo.

adequada do que a de Carnelutti a definição de Fischer, que considera o dano nas suas duas acepções, a) vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, *embora partindo da mesma concepção fundamental*, é delimitada pela sua concepção de pena ou dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequências da violação destes por fato alheio.”⁶⁴

A lição do autor citado aborda o dano como lesão a bens em uma noção ampliada (alma, corpo e bens), mas próxima de ideia de manifestação fenomênica⁶⁵ e, ato contínuo, empreende a distinção entre um conceito vulgar e um conceito jurídico de dano.

Interessa notar que autores como Adriano De Cupis, ao contrário de Aguiar Dias, apoiam a sua abordagem do dano na noção de interesse, pois este seria o objeto do dano. Contudo, ambos possuem alguns entendimentos similares, pois o autor italiano realiza a diferenciação entre um elemento material e substancial do dano, relacionado a uma manifestação fenomênica ou vulgar, e o elemento formal, advindo da norma jurídica⁶⁶.

A junção desses dois elementos bastaria para que o dano consubstanciasse verdadeiro fato jurídico, apto a atrair a atenção do jurista⁶⁷. Com efeito, De Cupis afirma que nem todo dano receberia a atenção do Direito e, portanto, somente seriam considerados como fatos jurídicos aqueles danos físicos que normalmente advêm de atos antijurídicos⁶⁸.

O autor italiano está correto em afirmar que os prejuízos advindos de atos lícitos, na imensa maioria das hipóteses, não gerarão sanção jurídica, isto é, não estarão aptos a gerar o dever de indenizar em favor da vítima⁶⁹, exatamente por não preencherem a integralidade do suporte fático das normas que regulam o sistema de responsabilidade civil, como os arts. 186, 187, 188 e 927 do Código Civil brasileiro. Muitas manifestações

64. AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715 (grifou-se).

65. Entretanto, o autor admite a aplicação da teoria da diferença, que representa um dos momentos mais importantes da trajetória da Responsabilidade Civil na superação de um conceito vulgar de dano, como será ilustrado no próximo capítulo. Veja-se: AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 718.

66. DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 82.

67. DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 81.

68. DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83-84. Com entendimento semelhante, consulte-se CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 62. Registre-se que se concorda com a afirmação de que o dano, em diversas situações, somente gera consequências jurídicas quando conjugado com os demais requisitos da responsabilidade civil, como já demonstrado no subcapítulo anterior, momento em que a aceção ampla do “dano indenizável” foi estudada. Entretanto, o dano pode apresentar um caráter jurídico ou normativo mesmo considerado isoladamente, tal como acontece com outros requisitos, como o nexo de causalidade.

69. Nesse sentido, PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 169-214 e MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit.2020, p. 400.

danosas, portanto, não se consubstanciam em fatos jurídicos⁷⁰. Porém, o dano poderá ter um sentido jurídico mesmo se considerado somente como elemento da hipótese de incidência de uma norma jurídica.

Diante das delimitações conceituais que foram realizadas no item anterior, pode-se verificar que o conceito jurídico de dano apontado por esses autores relaciona-se com o sentido amplo de “dano indenizável”. O próprio Aguiar Dias admite que seu conceito jurídico de dano parte da “mesma concepção fundamental” da noção de dano vulgar e centra a diferenciação entre essas duas noções exatamente na possibilidade de o dano gerar o dever de indenizar. Ilustrando o seu pensamento, o autor assevera que, como não há norma jurídica que proíba os sujeitos de direito de diminuir o seu próprio patrimônio, estar-se-ia diante de um mero dano vulgar quando a diminuição patrimonial partir do próprio titular de bens e direitos⁷¹.

Opina-se que essa situação jurídica seria verificada porque a conduta do sujeito de direito que diminui o seu próprio patrimônio não se reveste, na maioria das vezes, de antijuridicidade ou, dependendo do contexto, por agasalhar uma das hipóteses de excludentes de causalidade (fato exclusivo da vítima) e é incapaz, portanto, de gerar o dever de indenizar, exatamente por ausência de outros requisitos da responsabilidade civil, distintos do dano⁷².

Poder-se-ia, portanto, afirmar que a noção de dano somente poderia ser considerada jurídica ou normativa se for admitida a comunhão do dano com algum outro requisito da responsabilidade civil, mormente a antijuridicidade (ilicitude)?

A resposta é negativa, pois, conforme defendido no ponto 1.1. do presente trabalho, somente uma noção estrita do dano poderá lhe garantir conteúdo eficaz próprio. Nesse sentido, existem categorias jurídicas que, analisadas isoladamente, podem não preencher a integralidade do suporte fático de determinada norma e, conseqüentemente,

70. DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 92-94. O autor entende que, nos excepcionalíssimos casos em que o dano reparável pode advir de atos lícitos, como no exemplo do estado de necessidade, haveria dano em sentido jurídico porque o ordenamento confere relevância jurídica a esse tipo de prejuízo.

71. AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., 1997, p. 715; e DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 84. O autor italiano utiliza-se, para realizar a diferenciação de dano em sentido amplo e dano em sentido jurídico, exatamente do mesmo exemplo lembrado por Aguiar Dias. “El perjuicio que se sufre por causa de uno mismo, se considera daño, en la acepción usual de la palabra; pero fácilmente se descubre que tal perjuicio no tiene el valor de daño (entiéndase, por supuesto, em sentido jurídico)” (Ibidem, p. 84).

72. GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Fundacion de La Cultura Universitaria, 1992. T. XIX. P. 332-336. Em sentido semelhante CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 71. O próprio De Cupis admite que o dano, na situação narrada, não seria jurídico exatamente porque a conduta de seu autor, que aqui se confunde com a figura da “vítima”, não seria antijurídica. (DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 92).

não atrair sanção jurídica de nenhuma espécie. Ainda assim, os elementos integrantes da hipótese de incidência de um determinado dispositivo jurídico podem ser analisados de acordo com o seu conceito jurídico ou normativo, afastando-se de noções vulgares ou naturalísticas⁷³.

São inúmeros os exemplos que poderiam ser fornecidos, mas é eloquente a análise do termo “defeito” do produto ou do serviço, que se coloca como elemento essencial de algumas normas do Código de Defesa do Consumidor brasileiro e tem o significado construído juridicamente pela doutrina e pela jurisprudência, afastando-se de qualquer noção vulgar. A conceituação de defeito, inclusive, é objeto de sofisticados “testes” e modelagens de verificação⁷⁴. O preenchimento da hipótese de incidência dessas normas e a suas consequentes sanções indenizatórias somente ocorre com a observância, *ex ante*, da categoria de defeito, normativamente construída pela ciência jurídica para ser o fator de atribuição da responsabilidade civil por fato do produto⁷⁵.

Aliás, condicionar a existência do dano em sentido normativo ao surgimento do fato jurídico (relação jurídica obrigacional entre ofensor e vítima) esbarra em uma impossibilidade lógica. Se o dano é um dos elementos para o próprio preenchimento da hipótese de incidência das normas encontradas no ordenamento jurídico nacional (designadamente o art. 927 do Código Civil) que darão sustentação para o surgimento do fato jurídico, o conceito normativo de dano, detentor de conteúdo eficaz próprio, necessariamente precisa ser conhecido *ex ante*, sob pena de nunca se poder verificar a própria ocorrência da hipótese de incidência. Ademais, a aceitação de um conceito vulgar de dano como apto a preencher a hipótese de incidência da norma pode gerar algumas iniquidades evidentes⁷⁶.

73. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 540.

74. É muito interessante a discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos critérios para a identificação do defeito nos produtos. A análise das vantagens e desvantagens entre o critério das legítimas expectativas do consumidor e os critérios do *risk-utility test* e do *reasonable alternative design* dão conta da importância do debate prévio sobre o conteúdo normativo de um dos elementos da hipótese de incidência da norma. Para essa discussão, especialmente nos Estados Unidos, veja-se: BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 89 e ss.

75. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 120 e ss. BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 212 e ss.

76. Veja-se o exemplo que será apresentado no item 3.1.1, endossado pela doutrina nacional e internacional, em que se apresenta a situação de uma casa destruída por terceiro um pouco antes de se dar a sua destruição, já previamente contratada pelo seu dono. Nesse caso, observa-se todos os elementos do suporte fático da norma do art. 927 do Código Civil, exceto o dano. E existência de um conceito normativo e jurídico de dano, que se afasta de uma mera manifestação fenomênica, é o único fator a impedir o nascimento do dever de indenizar (fato jurídico), exatamente pelo não preenchimento integral da *fattispecie* apontada (art. 927). Portanto, tem-se como necessário o conhecimento, *ex ante*, do conceito normativo de dano.

O mesmo poderia ser observado em relação a outros requisitos da responsabilidade civil. O nexo de causalidade, por exemplo, é definido pelas mais diversas teorias jurídicas aptas a conformar um conceito normativo e será utilizado como parâmetro para a verificação do preenchimento da hipótese de incidência de algumas normas (art. 927 do CC brasileiro, por exemplo, exige que o ato ilícito tenha *causado* dano para gerar suas consequências jurídicas). Entretanto, o nexo de causalidade, observado de forma isolada, sem a companhia de outros requisitos da responsabilidade civil, poderá não gerar qualquer efeito ou fato jurídico.

Semelhante situação encontra-se na análise dos fatores de atribuição. Mesmo em hipóteses em que o fato que causou o dano também se constituir em conduta ilícita, por atingir situação jurídica da vítima tutelada pelo ordenamento, o dever de indenizar pode não ser gerado pela falta de conduta culposa⁷⁷, em situações reguladas pela responsabilidade civil subjetiva.

Nessas hipóteses, a abordagem por intermédio da dinâmica processual típica de uma demanda indenizatória poderá facilitar o entendimento deste ponto: a reforma de uma sentença judicial, motivada pela opinião da Corte de Apelação que admite a existência da culpa do ofensor, não teria o condão de reconhecer caráter normativo ao dano ou ao nexo de causalidade, cuja existência já fora admitida, segundo parâmetros jurídicos, pela decisão reformada. A decisão de segundo grau, ao verificar a culpa do ofensor, apenas concluiria pela observância da integralidade dos elementos necessários para preencher a hipótese de incidência das normas que compõe o sistema de responsabilidade civil, ratificando, no caso concreto, a existência do dano e do nexo de causalidade, em sua aceção jurídica ou normativa, além de admitir a culpa (também em sua aceção normativa), cuja existência havia sido negada pela instância inferior.

O dano integra o suporte fático das normas mais basilares para a conformação do sistema de responsabilidade civil brasileiro, em especial a norma positivada no art. 927 do Código Civil. O preenchimento meramente parcial da *fattispecie* dessas normas, por intermédio da verificação concreta do dano, em sua aceção jurídica ou normativa, pode não ser suficiente para gerar a sua consequência jurídica típica (criação do *fato jurídico lato sensu* representado pela relação jurídica obrigacional entre vítima e ofensor e o consequente dever de indenizar), mas não possui o condão de impor ao dano a condição de elemento meramente vulgar ou naturalístico.

Concernente à interação entre dano e antijuridicidade, muito destacada no pensamento dos autores citados neste subcapítulo, pense-se no caso de uma ação indenizatória movida contra uma pessoa que causou a tetraplegia do autor da demanda.

77. Pode-se conceber o exemplo de possível aplicabilidade de responsabilidade subjetiva quando o médico cirurgião causa seqüela física em paciente, mas não é condenado a indenizar o dano porque este foi causado com ausência de negligência, imprudência ou imperícia.

Poder-se-ia imaginar um nexó etiológico amplamente comprovado, analisado dentro das balizas conceituais estabelecidas pelas teorias jurídicas sobre causalidade. Entretanto, se verificado que o prejuízo sofrido pela vítima ocorreu devido a um ato do réu realizado em legítima defesa, a demanda não geraria nenhuma consequência jurídica.

A pré-excludente de ilicitude (legítima defesa) impede o nascimento da relação jurídica obrigacional entre as partes, caracterizada pelo dever de indenizar do ofensor e o correspondente direito de crédito da vítima. Ainda assim, o nexó de causalidade e o dano, analisados pelo julgador no caso concreto, manter-se-iam com o *status* de categoria jurídica, informada por um correspondente conceito normativo. A observância da legítima defesa, portanto, não teria o condão de transformar esses elementos em uma mera manifestação vulgar ou naturalística, pois sua existência prévia foi confirmada de acordo com padrões normativos.

Se posicionamento distinto fosse defendido, o critério para se distinguir a noção vulgar da noção normativa de dano seria exclusivamente dependente de fatores casuísticos e exógenos ao próprio dano, como, nos exemplos examinados, a ilicitude (legítima defesa) ou a culpa. Ironicamente, o dano específico e concreto (tetraplegia) transitaria entre a noção vulgar e a noção jurídica de acordo com o sabor das opiniões das várias instâncias decisórias a respeito da existência de outros requisitos da responsabilidade civil, impossibilitando uma verdadeira teoria do dano.

Teorias relacionadas com a acepção estrita de dano indenizável, como a *compensatio lucri cum damno*, demonstram que uma sofisticada teoria do dano, imbricada com um conceito normativo ou jurídico, pode ser desenvolvida sem a dependência lógica e dogmática dos outros requisitos da responsabilidade civil, comprovando a viabilidade teórica de um conceito jurídico de dano, afastado da noção ampla de “dano indenizável”.

Importante sublinhar que não se está a defender que a noção de dano como sinônimo de consequências negativa ou de menoscabo de bens seria a melhor conformação de um conceito normativo de dano, apenas se está afirmando, por enquanto, que um conceito normativo de dano não pode depender de outros requisitos da responsabilidade civil, sob pena de se estar, uma vez mais, utilizando-se de um conceito amplo de “dano indenizável”, relegando-o a um estado “inerte” e afastando-o de um conteúdo eficaz próprio⁷⁸.

Porém, repudia-se, desde logo, a criação de um dualismo radical entre visões fáticas ou naturalísticas e noções jurídicas de dano, pois parece evidente que não existe uma noção puramente normativa do instituto, isolada de uma base fática⁷⁹.

78. Relembre-se a lição de Carneiro da Frada contida na nota 33.

79. MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 546, nota de rodapé 1586. O próprio De Cupis entende que não há antinomia entre as espécies de dano. Nas palavras do autor: “En cuanto hecho jurídico,

Uma vez mais se afirma que a noção ampla de dano indenizável não sofre de nenhum vício ontológico e pode se mostrar muito útil, principalmente em estudos de direito comparado, quando será utilizada para determinar se algum dano específico (*wrongful conception*, por exemplo) pode ser “indenizável” em determinado ordenamento jurídico. A visão ampla apenas não é verdadeiramente útil para albergar um conceito jurídico de dano enquanto requisito autônomo da responsabilidade civil.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE INTERESSE (*ID QUOD INTEREST*) E AS SUAS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS

No primeiro capítulo foram traçados os parâmetros para uma noção estrita de dano, necessários para o estabelecimento dos contornos de um conceito jurídico com conteúdo eficaz próprio, além de esclarecer uma de suas possíveis manifestações: o dano como menoscabo de bens. No capítulo que se inicia, serão exploradas teorias mais complexas e sofisticadas, que respaldam conceitos jurídicos de dano, em sua visão estrita, utilizando-se da noção de interesse.

2.1. Os primeiros desenvolvimentos da noção de interesse: *id quod interest* e a teoria da diferença

O desenvolvimento histórico da noção do *id quod interest* é fundamental para uma correta compreensão da teoria da diferença e sustenta a inexistência de oposição conceitual entre esta e a noção de interesse.

Originalmente, o Direito Romano, nas hipóteses de danos advindos de inadimplemento contratual, guiava-se largamente por uma tendência objetiva de indenização de prejuízos, baseada no *quanti ea res est*, ou seja, no valor objetivo do bem lesado, pouco importando se a vítima pudesse apresentar algum outro tipo de prejuízo específico decorrente da lesão⁸⁰.

Também em relação ao dano decorrente do furto de algum objeto, notava-se específica tendência objetiva de quantificação da indenização, com a adição de evidente fator punitivo: o *duplum* obrigava o causador do dano a indenizar o dobro do valor do bem furtado, afastando-se de uma abordagem subjetiva e individual do dano⁸¹.

el daño constituye, como se há expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico” (DE CUPIS, Adriano. Op. Cit., p. 82-84).

80. ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 825.

81. ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 932. No original: “The thief was liable for double, and what had to be doubled was, generally speaking, not the plaintiff’s interest in the object not

Entretanto, o Direito Romano passou a conviver com a noção de *id quod interest*, época em que não se conheceu um conceito geral e abstrato de dano indenizável⁸², que era, muitas vezes, casuisticamente determinado de acordo com o tipo da *actio*⁸³.

Apesar do Direito Romano ter se mantido longe de uma conceituação rigorosa do *id quod interest*, pode-se afirmar, de uma maneira geral, que essa categoria significou a introdução de uma abordagem sofisticada, subjetiva e relacional em direção ao conceito de dano indenizável, representando firme contraponto à noção mais simplória e baseada exclusivamente no valor objetivo do bem lesado⁸⁴. Como bem lembrado por Pontes de Miranda, um mesmo microscópio quebrado pode gerar danos absolutamente diversos, caso o seu proprietário seja um microbiologista ou uma pessoa que o tenha em seus pertences para simples recreação⁸⁵.

Mesmo em relação aos danos tipificados na Lex Aquilia, que originalmente estipulavam uma abordagem objetiva dos danos, pode-se afirmar que, ao final do período clássico, a mudança em direção à utilização do *id quod interest* já podia ser notada e a noção de dano já não estava mais restrita a formas baseadas em *standards* objetivos rígidos, mas havia majoritariamente avançado para uma noção relacional. O *id quod interest*, portanto, abria a possibilidade da indenização específica do dano particular sofrido por cada uma das vítimas em decorrência do evento danoso, dando guarida “para o que os juristas do *ius commune* denominavam de *damnum emergens* e *lucrum cessans*”⁸⁶.

being stolen (his ‘damages’, as we would put it), but the value of the stolen object at the time of the commission of the delict.”

82. REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 42-43.

83. Em relação aos danos advindos de inadimplemento contratual, veja-se: ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 824-826.

84. REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 43; ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 1990, p. 826.

85. Pontes de Miranda oferece exemplo análogo: “O dano é relativo, depende das circunstâncias objetivas e subjetivas. O dano que se causa ao microbiologista, quebrando-se-lhe o microscópio, não é o mesmo que se causaria ao sertanejo, ou ao trabalhador do campo, que, sem o usar praticamente, tivesse um microscópio entre os objetos da sua casa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 154). Em sentido semelhante, Mariano Izquierdo, utilizando as expressões dano comum e dano próprio, sendo este último o dano como fenômeno relacional (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., 2015, p. 161).

86. ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., p. 972. No original: “The same development from a standardized way of evaluating merely the diminution in value of the damaged object to a refined evaluation of the individual plaintiff’s damages took place with regard to the ‘quanti ea res erit’ clause in chapter three. Generally speaking, the plaintiff received compensation for what the jurists of the *ius commune* dubbed *damnum emergens* and *lucrum cessans*”.

Durante a idade média, não se vislumbrou um avanço considerável no conceito de interesse, sendo impossível identificar um conteúdo estável para o instituto, mas a característica subjetiva e relacional do *id quod interest* permanecia presente⁸⁷.

A pandectística alemã constitui o período histórico de importância mais evidente para o *id quod interest* e para a teoria da diferença, pois concebeu a ideia de interesse da vítima livre das amarras objetivas dos períodos pretéritos e, por conseguinte, vinculada a uma noção de reparação integral do prejuízo. Como método para a aferição concreta da reparação integral, a doutrina se aproximou de uma “hipótese diferencial”, caracterizada pela comparação da situação patrimonial real em que a vítima se encontra após o dano e da situação hipotética na qual ela estaria se o evento danoso não houvesse ocorrido⁸⁸.

Como expoente maior dessa ideia comparativa aparece Friedrich Mommsen, criador da *Differenztheorie*, para quem o conceito de *id quod interest* consubstancia exatamente a hipótese diferencial referida⁸⁹.

Por ser uma teoria criada no século XIX e, portanto, somente dedicada aos danos patrimoniais, a aplicação concreta da teoria da diferença encontra-se muito vinculada à admissão das categorias de dano emergente e lucros cessantes, que representavam

87. REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 48. Para o autor: “os glosadores elaboraram um conceito de interesse pormenorizado, tomando como ponto de partida as relações pessoais do lesado” (Ibidem, p. 48).

88. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 596; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. V. 1. P. 599. A teoria foi expressamente adotada em alguns diplomas jurídicos, como o Código Civil português, art. 566, cujo número 02 dispõe que “a indenização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”. Igualmente, o BGB, em seu parágrafo 249, número 01, define que “a pessoa responsável pelos danos deve restaurar a posição que existiria se a circunstância que a obriga a reparar os danos não tivesse ocorrido” (Section 249 – Nature and extent of damages. (1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred. (2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the blige may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred. (ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. 1900. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html]. Acesso em: 29.03.2023). Para uma noção da teoria da diferença na hipótese de danos causados por inadimplemento contratual, veja-se: LARENZ, Karl. *Derecho Civil-Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Direito Privado. 1978. p. 820.

89. ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 907 e REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 61.

“a extensão possível do interesse a ser aferido concretamente”⁹⁰. Com efeito, a noção de dano balizada pela situação concreta da vítima, referendada pela teoria da diferença, mostra-se fundamental para respaldar algumas manifestações contemporâneas do dano, como a categoria de lucros cessantes⁹¹. O dano entendido meramente como observação de uma manifestação fenomênica, isto é, dentro de uma noção naturalística, não é suficiente para albergar a pré-exclusão de lucros (lucros cessantes) como elemento a ser indenizado. Ainda que a noção de dano como mero menoscabo objetivo de bens possa albergar algumas manifestações de danos emergentes⁹², a hipótese diferencial será importante para a identificação de situações mais complexas⁹³.

Exatamente como observado nos primeiros desenvolvimentos do *id quod interest* pelos Romanos, a doutrina contemporânea atesta que em hipóteses de danos representados por destruição de bens materiais, “ainda que o valor venal do bem constitua um dano de inescusável referência, é necessário adequar a estimação ao valor que dito bem tenha para a vítima”⁹⁴.

Foi utilizando-se da noção relacional imanente à fórmula comparativa de Mommsem que Rudolf von Ihering, alguns anos depois, forjou as categorias de interesse

-
90. REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 66- 67. “A teoria do interesse é a condensação formal do princípio da reparação integral. [...] O *damnum emergens* e o *lucrum cessans* designam, dessa forma, a extensão possível do interesse a ser aferido concretamente.”
 91. Na doutrina contemporânea, relacionado expressamente a indenização dos lucros cessantes com a teoria da diferença, veja-se: WINIGER, Bénédicte. Comparative Report (Subjective Value). In: WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. V. 2: essential cases on damage. P.165. “Several reports establish a link between subjective damage and loss of profit. [...] Subjective damage can also serve the general principle that the victim should be placed into the situation in which he or she would be without the damaging”; PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1998. p. 200 e ss.; e Parte da doutrina brasileira possui uma noção diversa e peculiar da Teoria da Diferença, identificando uma incompatibilidade entre esta e a categoria dos lucros cessantes. Nesse sentido, veja-se: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 141. Considerando que a Teoria da Diferença representaria um óbice não apenas para a categoria de lucros cessantes, mas também para a responsabilidade pela perda de uma chance, veja-se: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 98.
 92. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madri: Civitas/Thomson Reuters, 2011. v. 5. p. 330.
 93. Corretamente defendendo a aplicação de uma situação hipotética para a identificação dos danos emergentes, veja-se: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 67.
 94. BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998. p. 71.

contratual positivo e interesse contratual negativo, as quais representavam o dano indenizável sofrido pelos atores da relação obrigacional em duas distintas situações⁹⁵.

A *diferença* buscada pela teoria somente pode ser extraída de uma operação de comparação entre uma situação fática, observada após o dano, e uma situação contrafática e hipotética, que advirá de uma suposição, mais ou menos precisa, do estado em que estaria a vítima caso o evento danoso não houvesse ocorrido. Tem-se, portanto, como resultado dessa operação, uma “hipótese diferencial”, resultante da comparação “entre uma grandeza fática e uma normativa”⁹⁶. No item 1.1 do presente trabalho demonstrou-se a dificuldade que os sistemas ligados à tradição da *Common Law* possuem para apresentar com um conceito unitário de dano, tendo em vista a multiplicidade de *torts*. Entretanto, pode-se afirmar que a concepção majoritária e a Suprema Corte da Inglaterra, ao enfrentar casos que possuem o *loss* com um dos requisitos para o surgimento do dever de indenizar, afirmam a presença de uma hipótese diferencial, em que um dos elementos surge de uma análise contrafática⁹⁷.

Diante do exposto, nota-se que o conteúdo normativo é imanente à noção de dano vinculado à teoria da diferença. Não é correto afirmar, portanto, que a aplicação dessa teoria, muito atrelada à noção de consequências negativas, estaria obrigatoriamente vinculada a um conceito naturalístico ou vulgar de dano⁹⁸, pois a “diferença é, pelo menos por um dos seus termos, normativamente construída”⁹⁹.

95. STEINER, Renata. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin. 2018. p. 43 e ss.

96. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 541.

97. Nesse sentido, STEEL, Sandy. Damages without loss. *Law Quarterly Review*, v. 139, p. 129-242, abr. 2023. p. 220 “First, it is comparative and counterfactual. It involves a comparison between two conditions: an actual condition, and a counterfactual condition, the latter being the condition the person would have been in had the wrong not occurred”. (...) “This counterfactual concept of loss is adopted for two reasons. First, it can claim to be the dominant conception in the law and has recently been endorsed by the Supreme Court”.

98. PIRES, Thatiane Cristina Fontão. *Vorteilsausgleichung: a compensatio lucri cum damno na responsabilidade civil alemã*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 55. e STEINER, Renata. Op. cit., p 54 e 55. Para quem: “O alcance dessa afirmação pode ser elucidada na doutrina de Hans Fisher, bastante citada no Direito Brasileiro por força de sua tradução ao português de 1938. Para Fisher – *conforme lição até hoje predominante na Alemanha* – a construção da teoria da diferença é *aclamada pela superação da visão estrita do prejuízo natural*, o qual confundia o *damnum* com o prejuízo concreto sofrido por um bem específico;” (grifou-se). Em sentido contrário, SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 2009. t. 2, p. 168-169; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 140.

99. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 544.

Desse modo, a teoria da diferença é capaz de conferir um tratamento normativo sofisticado aos prejuízos sofridos pela vítima em decorrência do evento danoso, harmonizando-se com um conceito jurídico de dano. A consequência danosa sofrida pela vítima, traduzida pelo conceito jurídico e normativo de hipótese diferencial, não se restringe ou se iguala à mera manifestação fenomênica típica do conceito naturalístico de dano e, portanto, não se restringe à ideia de dano como mera destruição, deterioração ou perecimento de bens¹⁰⁰. Como bem apontado por Pontes de Miranda no recém-lembrado exemplo do microscópio quebrado, importa o que determinado bem lesado produzia de valor para uma vítima determinada, subjetivamente considerada.

Importante registrar, conforme anunciado no capítulo anterior, que o desenvolvimento da teoria da diferença afasta e não se confunde com a ideia de indenização da vítima mediante a sua recolocação ao chamado *status quo ante*¹⁰¹. A mera avaliação da situação fática da vítima no momento anterior do fato danoso, comparada com a situação fática encontrada após evento, empiricamente constatada, atrela-se a uma noção objetiva, incapaz de considerar espécies de prejuízos vinculados a uma abordagem relacional¹⁰².

Os desafios contemporâneos da responsabilidade civil estimulam parcela da doutrina a denunciar uma alegada insuficiência da teoria da diferença para se estabelecer como melhor opção para conformar um conceito normativo de dano¹⁰³. A análise da teoria de maneira mais atrelada à sua construção originária costuma intensificar as críticas à sua atual relevância.

Contudo, admitir um conceito de dano baseado em uma ideia comparativa, isto é, na diferença entre a atual situação real da vítima após o evento danoso e a situação

100. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., p. 330.

101. Em sentido contrário, veja-se: SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97 “Esta identificação do dano jurídico com o dano natural (prejuízo) não se revelou tão problemática na fase inicial da responsabilidade civil brasileira, marcadamente patrimonialista, em que a quantificação do dano vincula-se exclusivamente à teoria da diferença. De fato, sendo aferido por uma simples equação matemática entre o patrimônio da vítima anteriormente à lesão e o mesmo patrimônio no momento que lhe é posterior, o dano patrimonial equivale, substancialmente, ao sentido material ou vulgar de dano (dano como prejuízo). Em outras palavras, havendo decréscimo econômico, há dano em sentido patrimonial e sua ressarcibilidade somente fica excluída pela ausência dos demais pressupostos do ato ilícito, isto é, pela ausência da ilicitude da conduta ou de nexo de causal entre a conduta e o dano” (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97).

102. Para uma ampla análise das implicações práticas de uma correta aplicação da teoria da diferença, veja-se: PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., p. 195-198. No direito brasileiro, no mesmo sentido CARNAÚBA, Daniel. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013. P. 53 e STEINER, Renata. Op. cit., p. 47.

103. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., 2011, p. 335.

hipotética, normativamente construída, em que esta vítima estaria na hipótese de ausência do fato danoso, não significa subscrever integralmente todos os aspectos da teoria de Friedrich Mommsen, construída e desenvolvida na ambiência do século XIX¹⁰⁴. Passa-se a analisar algumas das críticas mais frequentes à aplicabilidade da teoria da diferença, bem como a eventual possibilidade de sua superação.

A alegação de inadequação da teoria da diferença a algumas facetas das pretensões indenizatórias, como ocorre nos casos de indenização *in natura*, pode ser afastada ao se constatar que a comparação, ínsita à hipótese diferencial, não necessita ser realizada entre “grandezas patrimoniais”, mas pode ser efetuada entre os chamados “estados reais do lesado”¹⁰⁵.

É exatamente essa noção de comparação entre situações da vítima, uma delas construída normativamente a partir de uma análise contrafática, que poderia até mesmo flexibilizar a principal crítica que se observa em relação à teoria da diferença: sua aplicabilidade aos danos extrapatrimoniais. De acordo com os ditames do art. 944 do Código Civil brasileiro, necessita-se avaliar a indenização, inclusive dos danos extrapatrimoniais, conforme a “extensão do dano” e, portanto, pode-se entender que “uma fórmula comparativa também seja neles observável”¹⁰⁶.

Ademais, não se pode admitir que a noção de hipótese diferencial deveria ser afastada nos conhecidos casos de indenização equitativa, que podem ser observadas, no Direito Brasileiro, nas hipóteses dos arts. 928, parágrafo único, e 944, parágrafo único, ambos do Código Civil. Efetivamente, esses casos afastam-se da aplicação de um dos princípios mais diretamente relacionado à teoria da diferença: o princípio da reparação integral do prejuízo¹⁰⁷. Entretanto, observa-se aqui apenas uma modificação no cálculo da indenização, que somente poderá ser implementada após se conhecer a integral extensão do dano nos casos concretos, não afastando, portanto, a teoria da diferença “enquanto método de determinação do dano”¹⁰⁸. Ora, a indenização equitativa, que poderá considerar inúmeros elementos para a adequada medida da indenização, obrigatoriamente necessita partir da determinação do dano integral no caso concreto, obtida por intermédio da aludida comparação entre dois estados do lesado.

104. MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 555-552.

105. MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 559.

106. STEINER, Renata. Op. cit., p. 51. Apontando que parcela da doutrina indica até mesmo a aplicabilidade dos conceitos de dano emergente e de lucro cessante à seara dos danos extrapatrimoniais, veja-se: GUEDES, Gigela Sampaio da Cruz. Op. cit., p. 68-69.

107. Para a compreensão da indenização equitativa no direito brasileiro como expressão de exceção ao princípio da reparação integral do prejuízo, veja-se: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 80 e ss.

108. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 54-55.

Há grande discussão sobre a possibilidade de a teoria da diferença poder abarcar toda a complexidade do mecanismo da *compensatio lucri cum damno*¹⁰⁹. Ulrich Magnus¹¹⁰ adota posicionamento intermediário, pois entende que, na atual conformação do Direito alemão, a fronteira entre a *compensatio lucri cum damno* e a operação usual de quantificação de danos é ainda vaga e possui um interesse preponderantemente teórico, pois nem mesmo questões práticas concernentes ao ônus probatório adviriam dessa distinção¹¹¹. Todavia, afirma estar bastante difundida a opinião, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que o instituto se distancia do simples cálculo de danos¹¹².

Destarte, uma aplicação automática e simplista da teoria da diferença faria com que todas as vantagens advindas do ato danoso deveriam ser descontadas no momento da valoração do dano. Essa utilização da *compensatio lucri cum damno* causaria enormes injustiças em variados casos concretos, como no exemplo dos parentes da vítima assassinada que possivelmente não poderiam reclamar os prejuízos patrimoniais advindos do fato danoso, porque foram agraciados com uma parte da herança¹¹³. Para se evitar esse tipo de injustiça, o instituto vem apresentando critérios próprios, intensamente caracterizados por noções valorativas e casuísticas¹¹⁴.

-
109. Tratou-se desse tema em PETEFFI DA SILVA, Rafael; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, p. 281-312, out.-dez. 2017. Entre os autores que admitem a necessidade da teoria da diferença levar em conta a *compensatio* está DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas. 1999. p. 319. Para o autor, “Los sostenedores de la teoría de la diferencia en materia de concepción del daño, no tiene más remedio que admitir la computación de beneficios.” Entretanto, o mesmo autor adverte que a teoria da diferença propiciaria utilização automática e abstrata da *compensatio*, incompatível com a sua correta aplicação (DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., 1999, p. 335). No mesmo sentido, PANTALEÓN, Angel Fernando. Comentário al art. 1029 del Código Civil. In: *Comentario del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991. T. III, p. 1989 e ss.
110. MAGNUS, Ulrich. “Vorteilsausgleichung” – a typical German institute of the law of damages?. In: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich (Coord.). *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015. P. 1. Importante lembrar que, no Direito alemão, o instituto da *compensatio lucri cum damno* vem sendo analisado sob o termo *Vorteilsausgleichung*.
111. MAGNUS, Ulrich. Op. cit., p. 3. Texto original: “A further and more precise borderline between Vorteilsausgleichung and damages calculation may be of theoretical interest but appears to be practically unnecessary. Even under the aspect of burden of proof there probably is – and should be – no difference”.
112. MAGNUS, Ulrich. Op. cit., p. 2.
113. PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 118.
114. PETEFFI DA SILVA; LUIZ, 2017. Suportando esse entendimento MAGNUS, Ulrich. Op. cit., 2015, p. 3 e ss.; LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. P. 486, Texto original: “Da der Schadensersatzanspruch nach der

Pelo que foi exposto, pode-se considerar que a teoria da diferença não se coloca como efetivo fundamento primordial da teoria da *compensatio lucri cum damno*, mas tampouco se mostra antinômica ou incompatível com a compensação dos prejuízos com as vantagens sofridas pela vítima, tendo em vista que a hipótese diferencial não é necessariamente construída sob o ponto de vista estritamente “matemático”, mas pode e deve levar em conta elementos de ordem valorativa. Portanto, a construção normativa da hipótese diferencial, levando-se em conta o patrimônio global da vítima, “existe apenas na medida em que uma determinada vantagem individual possa ser atribuída a uma correspondente desvantagem independente”¹¹⁵, na lição da jurisprudência germânica. Eventual vantagem econômica, objetivamente auferida pela vítima em decorrência do dano, somente será considerada na determinação do seu estado patrimonial global, observado após o evento danoso, se satisfizer os critérios erigidos pela teoria da *compensatio lucri cum damno*.

Durante a análise da sua aplicabilidade prática, observou-se que a teoria da diferença é dependente de uma hipótese normativa e contrafática, fundamentando-se em uma visão relacional de dano, que será igualmente observada quando se averiguar, no próximo item, outras abordagens contemporâneas da noção de interesse.

Portanto, admite-se que a teoria da diferença traduz uma noção normativa de dano com conteúdo eficaz próprio, pois consubstancia um dos principais marcos no desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil, responsável por um afastamento da ideia de dano como mera manifestação fenomênica (naturalística), normalmente vinculada a uma noção de deterioração, perecimento ou destruição de bens.

Parcela da doutrina alerta que o conceito contemporâneo de interesse, na ambiência da responsabilidade civil, não se afasta da noção relacionada à evolução do *id quod*

*Differenzhypothese auf den im maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Vermögenssaldo gerichtet ist, könnte man die Berücksichtigung entstandener Vorteile als Frage der Schadensberechnung qualifizieren, für die die auch im übrigen geltenden Grundsätze den Ausschlag zu geben hätten. Es besteht heute weitestgehend Einigkeit, daß die Problematik der Vorteilsausgleichung nicht auf diesem Wege, sondern nur mittels wertender Entscheidungen zu bewältigen ist. Dieser Umstand erfordert eine Abgrenzung von Vorteilsausgleichung im eigentlichen Sinne und Schadensberechnung”. Trad. De Thatiane Fontão Pires: “uma vez que a pretensão indenizatória é dirigida, conforme a teoria da diferença, ao balanço patrimonial existente num dado momento, poder-se-ia qualificar a consideração das vantagens decorrentes como uma questão do cálculo dos danos, para o que os princípios, de outro modo alegados, também teriam sido decisivos. Há, hoje, consenso generalizado de que a problemática da *Vorteilsausgleichung* [*compensatio lucri cum damno*] não deve ir por esse caminho, e sim ser realizada somente por meio de decisões de mérito valorativas. Essa circunstância exige uma delimitação da *Vorteilsausgleichung* em sentido estrito e do cálculo de danos” (PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 118).*

115. BGH V ZR 115/96, j. 06.06.1997. Trad. Pires a partir do original: „Ein solcher Zusammenhang besteht nur insoweit, als sich ein bestimmter einzelner Vorteil auch einem bestimmten einzelnen Nachteil zuordnen läßt“ (apud PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 125).

*interest*¹¹⁶, intimamente conectada com a teoria da diferença¹¹⁷. Em países como a Alemanha, a noção de interesse é também associada a distintas abordagens do aspecto relacional encontrado na teoria do dano, tal como o interesse como dano patrimonial global e como contraposição ao caráter objetivo de verificação do dano (*estimatio rei*), consagrando a metodologia subjetiva de identificação do dano indenizável em seu conceito estrito¹¹⁸. Na Inglaterra, nas hipóteses de indenizações compensatórias¹¹⁹ (*compensatory damages*), a comprovação da hipótese diferencial, consubstanciada na ideia de *loss*¹²⁰, costuma ser um dos requisitos mais prestigiados¹²¹.

Nota-se, portanto, que a compatibilidade da teoria da diferença com os modernos desafios impostos pela responsabilidade civil contemporânea depende, em grande parte, da flexibilização, da atualização ou da compreensão mais sofisticada de algumas diretrizes observadas na gênese da teoria, ocorrida no século XIX.

Entretanto, mesmo com o trabalho de *aggiornamento* da teoria da diferença, algumas soluções observadas em diversos países, na seara da responsabilidade civil, podem se mostrar desarmonicas com a estrutura lógica da hipótese diferencial. Inegavelmente, essa desarmonia, na visão de respeitadores autores, é especialmente ilustrada pelos desafios impostos pela problemática da irrelevância negativa da causa virtual¹²².

-
116. ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 826. Para quem: “Quod actoris interest refers to the plaintiff’s ‘interest’ (in the modern sense of the Word)”. (grifou-se).
117. STEINER, Renata. Op. cit., p. 43. Em relação ao dano patrimonial, esse também era o sentir de Aguiar Dias: “a ideia de interesse (*id quod interest*) atende, no sistema de indenização, à noção de patrimônio como unidade de valor. O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação” (AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 718).
118. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 520-529. Este autor alerta que, no Direito português, a noção de interesse goza de pouco prestígio na teoria geral da responsabilidade civil, mas identifica, na doutrina alemã “uma predominância para a *identificação do ‘interesse’ com o dano*, medido nos termos da fórmula mommseniana da diferença, ou como medida de indemnização (isto é, a própria diferença).”
119. sabe-se que na tradição da *Comon Law* são admitidas outras modalidades de indenizações, como as meramente punitivas, chamadas de *punitive damages*.
120. A exata definição de termos como *damage*, *loss*, *injury* e *harm* está longe de ser consensual no Direito inglês. Alguns julgados muito conhecidos da *House of Lords* admitem a hipótese da diferença sendo albergada sob o conceito de *damage*. Nesse sentido, veja-se: NOLAN, Donal. Op. cit., 2017, p. 256.
121. STEEL, Sandy. Op. cit., p. 242.
122. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., 1998, p. 7-8; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 207 e ss.

Mesmo inexistindo consenso doutrinário sobre a efetiva irrelevância da causa virtual e nem mesmo sobre constituir problemática relacionada ao dano ou ao nexo de causalidade¹²³, nota-se posicionamento que sustenta que a aplicação tradicional da teoria da diferença, especialmente no que toca a situação contrafática em que estaria a vítima na ausência do fato danoso, teria que obrigatoriamente levar em consideração a causa virtual, algo que somente aconteceria em situações específicas¹²⁴. Portanto, parte da doutrina que agasalha a tese da irrelevância negativa da causa virtual sustenta que o dever de indenizar nasceria em desfavor do causador da deterioração de um bem da vítima, ainda que não se cause um dano “entendido como ‘diferença’ no patrimônio do lesado”¹²⁵.

Uma análise objetiva do dano, baseada na deterioração do bem jurídico afetado e afastada da noção subjetiva concreta e dinâmica¹²⁶, teria que ser observada para se admitir a indenização da vítima que foi morta pelo ofensor (causa direta), ainda que o dano morte fosse seguramente causado por algum tipo de causa virtual posterior (colapso do prédio em que a vítima estaria momentos depois). Desse modo, ainda admitindo a possibilidade de se considerar a problemática da causa virtual como uma exceção que comprovaria a regra de aplicabilidade da teoria da diferença, nota-se que a sua aplicação deve ser sempre precedida de cuidadosa análise crítica.

Neste item mostrou-se o desenvolvimento da noção de *id quod interest* na tradição do Direito Civil, consubstanciando uma noção relacional e subjetiva do dano que ainda hoje, em alguns ordenamentos, representa a noção jurídica contemporânea de dano indenizável, considerado em seu sentido estrito.

Ainda que a contundência dos desafios conceituais impostos à teoria da diferença possa abrir espaço para renovadas noções de interesse, os modelos de compreensão da teoria do dano baseados em hipóteses diferenciais manterão a sua importância na contemporaneidade, contribuindo para suportar um conceito jurídico de dano com conteúdo eficaz próprio.

Contudo, pelas complexidades impostas pela aplicação contemporânea da teoria da diferença e pela amplíssima utilização do termo “interesse” no Direito das Obrigações, faz-se necessária a análise das aplicações mais destacadas, no intuito de verificar a sua potencialidade para consubstanciar um conceito normativo de dano.

123. Veja-se, para ampla análise do problema em Portugal e na Alemanha, MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 639-710.

124. No Direito Brasileiro, de acordo com a lição de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, são exemplos das poucas situações em que o legislador confere relevância à causa virtual os arts. 399, 667, 862 e 1218 do Código Civil. (CRUZ, Gisela Sampaio da. Op. cit., 2005, p. 250-251).

125. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., 1998, p. 8.

126. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 622.

2.2. As múltiplas acepções do termo interesse: as possibilidades de entendimento do dano como lesão a interesse

Até o presente momento, observou-se uma tentativa de identificação de conceitos normativos de dano que pudessem garantir um conteúdo normativo próprio para o instituto, ou seja, que não transformassem o dano em mero elemento estéril, dependente de uma análise conjunta com outros requisitos da responsabilidade civil para alcançar relevância jurídica.

Demonstrou-se que a noção de dano como interesse (interesse como representação do próprio dano) apresenta-se como séria candidata para concretizar o conceito jurídico contemporâneo de dano indenizável em sua acepção estrita. Hodiernamente, a noção de dano como “lesão a interesse” goza de igual ou maior prestígio. Contudo, infelizmente, a mera enunciação da locução “lesão a interesse” não possui o condão de demarcar completamente os limites do conceito jurídico de dano, necessitando-se de uma profunda tarefa de contextualização¹²⁷.

Apesar do *interesse* ser considerado uma noção confusa e imprecisa¹²⁸ – especialmente por ser utilizado por inúmeras áreas do Direito, sempre com significados distintos – as possíveis idiosincrasias observadas em relação à aplicação do conceito serão aprofundadas no próximo capítulo deste trabalho.

Emilio Betti denuncia que a confusão entre uma visão meramente psicológica e a uma abordagem normativa do interesse contribui para que se tenha uma noção pouco precisa dessa categoria. Deve-se afastar a primeira, vinculada ao desejo do sujeito, e abordar o interesse como a relação entre um sujeito, que anseia satisfazer as suas necessidades, e o bem capaz de prover esses anseios e carências¹²⁹.

127. LE TOURNEAU, Philippe. Op. Cit., p. 556. Nas palavras do autor: “Les auteurs saisissent les préjudice à travers ses multiple variété (préjudice matériel, moral, corporel, commercial...) plutôt que dans son essence, sauf à affirmer qu’il peut être défini d’une façon large comme étant *l’atteinte à un intérêt*, ce qui ne fait que déplacer la difficulté conceptuelle sans la résoudre”.

128. BETTI, Emilio. Interesse. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Editrice Torinese, 1962. P. 838. Para uma relação entre motivo, fim e interesse no Direito Civil, veja-se: SACCO, Rodolfo. *Motivo, fine, interesse*. 2012. Acesso em: [http://bddx.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow]. Acesso em: 03.09.2018.

129. BETTI, Emilio. Interesse. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Editrice Torinese, 1962. P. 838: “Certamente esatta é l’intuizione que muove dalla relazione di un soggetto (immaginato carente) con un bene o con una situazione prospetati siccome ad esso accessibili e valutati como idonei a colmarne la carenza e soddisfarne l’esigenza. Di qui nasce l’idea di una inclinazione o vacazione di un soggetto verso un oggetto stimato idoneo a soddisfarlo.” Para uma relação entre motivo, fim e interesse no Direito Civil, veja-se: SACCO, Rodolfo. *Motivo, fine, interesse*. 2012. Disponível em: [http://bddx.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow]. Acesso em: 03.09.2018.

Seguindo essa linha de entendimento, alguns autores identificam os elementos principais na constituição do que se poderia chamar de uma noção geral de interesse: (i) o sujeito, (ii) a necessidade ou carência pertencente ao sujeito e (iii) o bem, detentor da idoneidade ou aptidão para satisfazer a necessidade pertencente ao sujeito. Alguns autores juntam, a estes elementos básicos, o “vínculo relacional”, que seria observado “entre a faculdade de apetência ou a inclinação volitiva, para a satisfação da necessidade com o bem; e o bem, considerado idóneo para a satisfação da necessidade”¹³⁰.

Mesmo quando circunscritos à seara jurídica, a multiplicidade de significados atrelados ao interesse é considerável, bastando lembrar, inicialmente, a utilização dessa categoria em outras searas do Direito, como no Direito Público (interesse público) e no Direito Processual (interesse de agir). Ainda que limitado ao Direito Civil, o intérprete encontra-se diante de uma utilização ampla da noção de interesse¹³¹.

Não se discute, por exemplo, que a análise do interesse do credor na prestação contratual é elemento fundante para o manejo de algumas posições jurídicas¹³², como a retratada no direito potestativo de resolução contratual¹³³. Ao se ilustrar a multiplicidade de usos do interesse relacionados ao Direito Civil, descortina-se o problema central para o objetivo do presente trabalho: a existência de alguns interesses que não geram o dever de indenizar quando violados, ou seja, interesses juridicamente tutelados que, diante de uma lesão, não oferecem ao seu titular a pretensão reparatória.

130. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 494.

131. STEINER, Renata. Op. cit., p. 29-30. Para a autora: “Refere-se, por exemplo, ao interesse do sujeito como substrato da legitimidade – como se passa no interesse na anulação do negócio jurídico (art. 168, CC), em sentido análogo à legitimidade processual (art. 17, Código de Processo Civil de 2015) –, ao interesse como objeto contratual do mandato e do seguro (i.e. a atuação e a assecuração de um interesse), o mesmo se passando na gestão de negócios (arts. 653, 757 e 861, CC), e às inúmeras qualificações dos interesses ligados aos direitos reais (interesse social, legítimo, do condomínio e dos possuidores, por exemplos). Em nenhuma dessas menções o legislador preocupou-se – nem se considera que deveria tê-lo feito – em definir o termo “interesse”.

132. SACCO, Rodolfo. Op. cit., p. 6-8; e FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 43. Para o último autor: “A prestação visa primordialmente a suprir a necessidade de alguém (credor) de obtenção de um bem ou de realização de um fato. Até a ocorrência do pagamento, há, de um lado, a necessidade do credor (decorrente de sua carência, de seus desejos, curiosidades, aspirações ou qualquer outro móvel subjetivo) e, de outro lado, um bem ou um fato que, proveniente de outra pessoa (o devedor), é capaz de satisfazer essa necessidade. Entre o bem ou o fato e a necessidade encontra-se o *interesse*, palavra que, como demonstra a sua origem latina (*inter est*), porta em si o significado de estar entre algo, no meio. Até a realização da prestação, há o interesse; com ela, há o preenchimento do espaço que medeia a necessidade e o bem ou o fato. A esse preenchimento se costuma denominar ‘satisfação do interesse.’” (Ibidem, p. 43).

133. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. P. 114 e 132; e MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 523.

Considere-se a hipótese do terceiro *interessado* no inadimplemento de uma obrigação, regulada pelo art. 304 do Código Civil brasileiro. O ordenamento jurídico qualifica como interessado aquele terceiro que pode, em decorrência do inadimplemento do devedor, sofrer algum tipo de efeito negativo em sua própria esfera jurídica¹³⁴, observando-se a situação do sublocatário ou do avalista como exemplos clássicos¹³⁵. Há critério normativo para a seleção dos interesses tutelados: não se tutelam os meramente emocionais, observados, por exemplo, quando o pai ou a namorada do devedor intentam quitar a dívida deste para com o credor, na esperança de satisfazer seus “interesses”, meramente afetivos¹³⁶.

Pense-se, portanto, na situação do sublocatário que tem como objetivo realizar o pagamento dos aluguéis atrasados, na tentativa de evitar uma ação de despejo, e é ilicitamente impedido pelo credor (locador), o qual somente aceita receber a prestação diretamente do locatário. A “lesão ao interesse juridicamente tutelado” do terceiro interessado, neste caso, ilicitamente perpetrada pela conduta do locador, abriria a possibilidade para a tutela do interesse lesado, mediante provocação do Estado-Juiz e por intermédio de ações consignatórias. Entretanto, uma eventual tutela típica das demandas indenizatórias somente se ofereceria ao sublocatário lesado em caso de efetivo dano, materializado, possivelmente, no eventual futuro despejo.

Caso o locatário (devedor) pudesse posteriormente quitar as obrigações com o locador (credor) ou o sublocatário obtivesse êxito em suas demandas consignatórias, evitando o despejo ou qualquer outra consequência nefasta em sua esfera jurídica, o desrespeito à situação jurídica do sublocatário, ou a “lesão ao interesse juridicamente tutelado”, perpetrada pelo locador, não seria fonte de um dano indenizável.

Outros inúmeros exemplos poderiam ser expostos, como no caso da invasão de um imóvel comercial desativado. Nessa hipótese, evidente é a existência de interesse jurídico do titular do direito de propriedade em gozar do seu bem com exclusividade, cuja lesão poderá ser legitimamente tutelada pelo Estado-Juiz, chancelando pretensões possessórias. Mais uma vez, caso a invasão não gere nenhum prejuízo, uma “hipótese diferencial”, ou a lesão à concreta idoneidade do bem para satisfazer as necessidades do seu titular, não haverá dano indenizável a ser reparado¹³⁷.

134. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.

135. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.

136. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.

137. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte especial. Direito das obrigações. Fatos ilícitos absolutos*. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012. T. 53. P. 262. “O fato pode ser fato ilícito absoluto sem causar dano. Entrou B na casa de A, sem permissão, mas nenhum prejuízo patrimonial ou não-patrimonial resultou do seu ato imprudente”.

Tendo em vista os exemplos fornecidos, nota-se que, em alguns Códigos Civis, apesar de ser encontrada inúmeras vezes¹³⁸, a palavra interesse acaba por não respaldar o significado empregado neste texto¹³⁹. O direito privado utiliza-se do termo interesse, portanto, em “contextos *variados*, com sentidos nem sempre coincidentes, e para efeitos *diversos*¹⁴⁰”, devendo o seu significado ser revelado em cada seara jurídica.

Como resolver os problemas trazidos por esses exemplos, em que a lesão a um interesse é observada, mas não se verifica o surgimento de um dano a ser indenizado? Existe a necessidade de se identificar o sentido exato da “lesão a interesse” na ambiência da responsabilidade civil, estabelecendo uma demarcação complementar aos limites do conceito de dano indenizável, necessários para amenizar a vagueza semântica e operacional da noção de interesse, que, como já alertado, é “aproximativa e imprecisa”¹⁴¹.

Em obras dedicadas ao “interesse contratual negativo” e ao “interesse contratual positivo”, categorias identificadas com os danos gerados na esfera dos incumprimentos localizados na seara contratual e pré-contratual, alguns autores dão notícia de dois significados possíveis para o interesse, sendo o primeiro afeto ao âmbito da ilicitude (anti-juridicidade), ou seja, referente à situação jurídica tutelada; enquanto o segundo estaria intimamente relacionado com o dano ou com sua forma de quantificação¹⁴², podendo-se admitir a criação de uma dicotomia entre um “interesse-posição jurídica” e o “interesse-prejuízo” ou “interesse-dano”¹⁴³.

138. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 488. O autor indica que a palavra interesse aparece mais de oitenta vezes no diploma civil português, mas em nenhum momento com o sentido de dano ou prejuízo, que seria o “o candidato mais relevante para densificação do substantivo presente na expressão ‘interesse contratual negativo’ ou ‘interesse contratual positivo’” (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 492 e 493).

139. STEINER, Renata. Op. cit., p. 28-30. A autora afirma que o termo interesse aparece 54 vezes no Código Civil brasileiro. Ainda assim, as normas afeitas à responsabilidade civil não se utilizam da expressão “interesse” de maneira expressa.

140. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 491.

141. BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 838.

142. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 502. Apesar de constituir tema lateral ao presente trabalho, importa notar que a simples lesão a interesse juridicamente tutelado, ainda que na sua conformação de “situação jurídica”, não é suficiente, em algumas situações, para a caracterizar a conduta ilícita ou antijurídica do lesante. Com efeito, a lesão a interesses inegavelmente tutelados, como a vida, pode não eivar de ilicitude a conduta do lesante, caso este esteja protegido por alguma das pré-excludentes, tal como a legítima defesa. Para o assunto, veja-se: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit.

143. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 507. A apresentação da dicotomia entre “interesse-situação jurídica” e “interesse-dano” é grandemente baseada na obra de Claudio Turco. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè. 1990.

Apesar da dúvida exposta pela doutrina sobre a necessidade desses conceitos para a correta explicação da gênese do interesse-negativo e do interesse-positivo, parece que a diferenciação entre as duas facetas do interesse, quer conectado com a antijuridicidade (interesse-posição jurídica), quer conectado com o dano, apresenta-se como “indubitavelmente interessante”¹⁴⁴. A utilização original do termo interesse positivo e interesse negativo, nas lições seminais de Jhering, restringiam-se à ideia de prejuízo, vinculada à noção comparativa do *id quod interest*, não se imiscuindo com a noção de “interesse-situação jurídica” ou de direito subjetivo¹⁴⁵.

Elastecendo o campo de análise e se afastando de um estudo circunscrito às categorias de interesse contratual negativo e positivo, observa-se que a lesão a alguns interesses vinculados à situação jurídica do seu titular pode não admoestar o “interesse-dano”, ou seja, podem não atrair a pretensão indenizatória, como ilustrado pelo já analisado exemplo do *terceiro interessado*. Até mesmo dispositivos legais especificamente dedicados à responsabilidade civil podem fazer referência ao interesse na sua acepção de mera situação jurídica¹⁴⁶, o mesmo podendo ocorrer com diplomas de harmonização legal, como ocorreu com a hipótese do art. 2:101 dos Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil, de acordo com o explicitado no primeiro capítulo do presente trabalho.

No Direito Brasileiro, pode-se recordar do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, em que os “interesses e direitos dos consumidores” aparecem como “objetos de proteção da norma, ao lado ou em substituição à noção de direito subjetivo”¹⁴⁷ e, portanto, afastada da noção de dano ou prejuízo.

Ainda dentro das múltiplas possibilidades jurídicas do termo interesse na ambiência da responsabilidade civil, parcela da doutrina notou fenômeno típico da doutrina

144. MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 517. O autor acredita que referenciar o interesse negativo como situação jurídica e não apenas como manifestação prejudicial pode ser interessante no contexto italiano, “em que a noção de interesse é autonomizada desde há muito *como situação jurídica tutelada e objecto do dano*”. Porém, o autor entende que, diante das especificidades do direito positivo português, a noção de interesse negativo como situação jurídica não se faz necessária. Steiner, apesar de igualmente afastar a solução proposta por Claudio Turco, entende interessante a relação de simbiose que existiria entre as duas acepções de interesse (STEINER, Renata. Op. cit., p. 63-64).

145. STEINER, Renata. Op. cit., p. 42-43. As correlações entre o interesse jurídico e os direitos subjetivos seriam desenvolvidos posteriormente pelo autor alemão. Em sentido semelhante, confira-se MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 519.

146. Veja-se o art. 483 do Código Civil português, com a interpretação encontrada em PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. P. 472. “A ilicitude pode consistir também na *violação de uma disposição destinada a proteger interesses alheios*” (grifos no original).

147. STEINER, Renata. Op. cit., p. 30.

brasileira: a existência de uma chamada “teoria do interesse”, detentora de características particulares, capazes de sugerir uma contraposição com a teoria da diferença¹⁴⁸, que alegadamente sustentaria um conceito meramente naturalístico de dano¹⁴⁹. O desenvolvimento de presente trabalho já demonstrou que a teoria da diferença se mostra alinhada com a evolução do conceito de interesse (*id quod interest*), bem como consubstancia uma teoria normativa do dano, afastada de uma ideia meramente vulgar ou naturalística. Não haveria, portanto, espaço para a referida contraposição.

Contudo, Renata Steiner bem indica a falta de antinomia entre a teoria da diferença e a aludida “teoria do interesse”, enquanto esta estiver vinculada ao “interesse situação jurídica”¹⁵⁰. Destarte, as duas teorias aludidas apenas teriam as suas eficácias notadas em momentos distintos do processo de formação da relação obrigacional entre vítima (credor) e o causador do dano (devedor), apresentando uma relação de complementariedade.

Entretanto, como já se demonstrou, não se pode olvidar que a lesão ao “interesse situação jurídica” pode gerar diversas formas de tutela, absolutamente distintas da tutela indenizatória que caracteriza a responsabilidade civil, exatamente por não se constituir em elemento da noção jurídica de dano, enquanto este for entendido na sua concepção estrita, dotado de conteúdo eficaz próprio¹⁵¹. A aludida complementariedade entre

148. Com esse diagnóstico, MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 528.

149. Apesar de apresentarem distinções em suas análises, é possível identificar, com essa abordagem, autores como SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 168-169. Com visão parcialmente conciliadora, veja-se: Sanseverino “a teoria do interesse é aquela que explica de modo mais completo a noção moderna de dano, abrindo portas para o reconhecimento de novas modalidades de prejuízo, atendendo a uma exigência do princípio da reparação integral. Nem por isso retira a utilidade da teoria da diferença, que continua a desempenhar um importante papel no ressarcimento de parcela expressiva dos danos materiais” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 137-145).

150. STEINER, Renata. Op. cit., p. 64. Segundo a autora: “Com efeito, não basta compreender o que acontece quando da ocorrência do dano – ou seja, a condução do lesado a uma situação hipotética positiva ou negativa, marca da teoria da diferença –, mas, antes, determinar quando e por qual razão a tutela recairá sobre o interesse positivo ou negativo. Isso diz respeito, essencialmente, à compreensão da situação jurídica tutelada, o qual se confunde com o interesse protegido em cada caso. Em outras palavras, a percepção do problema à luz da noção de interesse como objeto de proteção da norma não coloca os acentos sobre a questão da consequência reparatória – não serve à sua quantificação –, e sim no fundamento do dever de reparar, algo que se mostra tão relevante quanto a primeira concepção antes vista” (Ibidem, p. 64).

151. ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532. O autor bem separa a esfera da ilicitude, em que há a lesão a interesses ou “valores” tutelados pelo direito e a seara do dano, em que a consequência dessa lesão é observada: “uma coisa é, com efeito, a calúnia ou a injúria (a difamação de um facto que fere a honra ou afecta o bom nome de uma pessoa) e outra o dano que a calúnia ou injúria causou (o despedimento do empregado; a perda da clientela, o rompimento do

as teorias referidas somente pode ser aceita, portanto, dentro dos limites da noção ampla do chamado dano indenizável, que se confunde com a observância de um conjunto de requisitos relacionados com a responsabilidade civil e, portanto, com a formação do vínculo obrigacional entre vítima e causador do dano.

Algo semelhante poderia ser observado na doutrina italiana majoritária, que entende a lesão ao “interesse situação jurídica” como um elemento do conceito normativo de dano (dano evento), devido à peculiar introdução da categoria de *danno ingiusto* pelo legislador de 1942, somente admitindo a criação do dever de indenizar após a verificação de um prejuízo concreto e efetivo (dano consequência)¹⁵².

Esse panorama sistemático italiano foi responsável pela criação da igualmente peculiar diferenciação entre “dano evento” e “dano consequência”¹⁵³, sendo a primeira categoria responsável pela identificação da *ingiustizia* do dano (verificação do interesse juridicamente tutelado), relegando para a categoria de “dano consequência” a análise do efetivo prejuízo sofrido pela vítima¹⁵⁴.

noivado, etc.). E a ilicitude reporta-se ao facto do agente, à sua actuação, não ao efeito (danoso) que dele promana, embora a ilicitude do facto possa provir (e provenha até as mais das vezes) do resultado (lesão ou ameaça de lesão de certos valores tutelados pelo direito) que ele produz” (Ibidem, p. 532).

152. SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. 2. ed. Giuffrè: Milão. 2005. p. 48 e 50; VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. 3. Ed. Padova: Cedam. 2005. p. 435; e SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista Ajuris*, v. 47, n. 149, p. 383-408, 2020. p. 396. “Configurando-se, porém, apenas o dano injusto (dano-evento), outros recursos civis (autoproteção, precaução etc.) poderão ser exercidos, mas não subsistirá nenhuma obrigação de ressarcimento. A base dessa abordagem conceitual é, mais uma vez, estabelecida na função de responsabilidade civil, que, de acordo com a opinião mais difundida, não poderia consistir em punir o infrator ou impedir o ato ilícito, mas exclusivamente na reparação da perda sofrida pela vítima ou por outras pessoas próximas a ela, como seus parentes.”
153. Parcela da doutrina brasileira parece ter adotado a lógica observada no Direito italiano, utilizando-se do binômio dano-evento e dano-prejuízo. Segundo este entendimento, o dever de indenizar necessária do dano-prejuízo. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p.45-53, out./dez. 2000. p. 45-53. “O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto que o dano-prejuízo é o dano mediato. Ora, quando se fala em dano moral, é ao dano mediato, que se tem em vista.” (grifou-se). Complementarmente, também é possível evidenciar que esse pensamento vincula do dano-evento ao evento lesivo, na linha do pensamento italiano, nesse sentido, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O direito como sistema complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34.
154. VISINTINI, Giovanna. Op. Cit., p. 435; e SIRENA, Pietro. Op. Cit., p. 395. “Com base nessa abordagem conceitual, o dano-evento (dano injusto) constitui um requisito do ato ilícito como

Entretanto, dentro das balizas do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode admitir que a lesão ao “interesse-dano” seja apenas um fenômeno relegado à fase de quantificação¹⁵⁵, pois a lesão dessa espécie de interesse é elemento essencial da própria constituição do consequente dever de indenizar (relação jurídica obrigacional típica da seara da responsabilidade civil). Como observado no exemplo do terceiro interessado na prestação contratual, em que se verificou a lesão à situação jurídica do sublocatário, o surgimento da tutela indenizatória em favor do lesado foi obstado não apenas por problemas de quantificação, mas pela própria inexistência do *an debeatur*. Esse esclarecimento é importante para se resguardar um conceito de dano com conteúdo eficaz próprio, sem que o dano perca sua função dogmática e acabe por “colapsar na noção de ato ilícito”¹⁵⁶.

Apesar das dificuldades observadas, a noção de dano relacionada à lesão a interesse juridicamente protegido mostra-se fortemente prestigiada na doutrina contemporânea¹⁵⁷. Contudo, a vinculação do interesse protegido à seara das situações jurídicas (antijuridicidade) faz com que importante doutrina entenda que o dano estaria localizado nas consequências aos interesses protegidos¹⁵⁸. Essa noção é compartilhada por

tal, sendo que o dano-consequência (a perda sofrida pela parte lesada) constitui um outro requisito de responsabilidade civil *strictu sensu*, qual seja, a obrigação de ressarcimento. Para que o réu seja condenado a pagar uma indenização, é necessário, portanto, que dois requisitos distintos sejam atendidos: primeiro, o fato que lhe é imputado (geralmente a título de dolo ou culpa) deve ter causado a outros danos injustos (dano-evento), nos termos do art. 2.043 do Código Civil italiano; além disso, como consequência desse evento, o autor deve ter sofrido uma perda (patrimonial ou não patrimonial), conforme o disposto no art. 1.223 do Código Civil de 1942.”

155. Em sentido contrário, STEINER, Renata. Op. cit., p. 68.

156. NOLAN, Donal. Op. cit., p. 260. No original: “The first is that one occasionally comes across instances where the word ‘damage’ is in effect being used (like ‘injury’) as a synonym for a rights violation—in other words, a wrong. Again, this kind of usage is to be deprecated as, when ‘damage’ is collapsed into ‘wrong,’ the utility of the damage concept as a distinct element of the cause of action for negligence is lost.” (grifou-se)

157. Veja-se, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019. P. 123; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARINO, Francisco De Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 655 (o autor utiliza-se da divisão entre dano-evento e dano-prejuízo para marcar as distintas eficácias do interesse).

158. Em obra recente, Judith Martins-Costa manifesta entendimento desses aspectos, visualizando o dano como a consequência da lesão a interesse e não como lesão a interesse: “Trata-se, pois, do efeito (diminuição ou subtração) da lesão a interesse tutelado pelo direito” e “[...] o dano extrapatrimonial diz respeito às repercussões não patrimoniais de lesões a interesses e a bens jurídicos integrantes da esfera do lesado [...]” (grifou-se) (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 407 e 409). No mesmo sentido, CARBONAR, Dante O. Frazon. Dano: uma nova abordagem para a

importante parcela da doutrina sul-americana, fortemente influenciada pela doutrina peninsular, que não se utiliza do termo “dano evento”, mas entende que nas hipóteses de lesão a interesse juridicamente tutelado como um mero *dano lato sensu*, importante para respaldar algumas tutelas de garantias de direitos, como a inibitória, mas insuficiente para gerar o dano ressarcível como fenômeno típico da pretensão indenizatória, que seria dependentes das consequências negativas¹⁵⁹.

Em um primeiro momento, as delimitações conceituais aqui propostas podem parecer alimentar um academicismo estéril, já que tanto o “interesse- situação jurídica” (entendido em conexão com a antijuridicidade) como o “interesse-dano” devem fazer parte da miríade de elementos integrantes da responsabilidade civil, necessários para possibilitar o surgimento do dever de indenizar.

Entretanto, acredita-se que uma limitação mais rigorosa da noção de dano, advinda da diferenciação das inúmeras acepções do termo interesse, representa o instrumental teórico mais apto a densificar os limites conceituais do instituto em sentido estrito, aceito dentro das balizas do ordenamento jurídico brasileiro. Como se verá no próximo item, diferenças operacionais poderão ser notadas dependendo da abordagem a ser adotada.

Assim, a diferenciação rigorosa da lesão a direito subjetivos ou de situações jurídicas, afeitas à seara da ilicitude, em relação ao conceito normativo de dano, necessita ser realizada para que um debate sobre as novas fronteiras do dano na responsabilidade civil possa ser realizado de forma racional, restituindo o papel do dano como efetivo requisito ou “filtro” da responsabilidade civil, com conteúdo eficaz próprio.

3. O INTERESSE COMO SUPORTE PARA A NOÇÃO DE DANO NORMATIVO EM SENTIDO ESTRITO: OPERACIONALIDADE DOS CONCEITOS

Após a identificação das múltiplas acepções de interesse, expostas no capítulo anterior, passa-se a abordar a noção de interesse como elemento apto a definir e operacionalizar a noção de dano em sentido estrito, dentro de uma perspectiva subjetiva e relacional.

3.1. *Dano como interesse e dano entendido como lesão a interesse*

Ainda que a tentativa de se identificar um conceito único de dano possa ser visto por alguns autores como uma aspiração juvenil¹⁶⁰, as duas abordagens que serão analisadas

Responsabilidade Civil contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 31, ano 9, p. 155-192, abr.-jun. 2022. p. 164.

159. Nesse sentido, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 74 e 79; BUERES, Alberto. Op. cit., p. 291.

160. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 815. O autor refere-se a um “pecado da juventude”.

na primeira parte do presente capítulo apresentam-se como as candidatas mais sólidas para embasar um conceito jurídico de dano, alinhadas com a tradição do *id quod interest*.

3.1.1. A noção de dano como interesse

No primeiro item do capítulo anterior abordou-se o desenvolvimento da noção de *id quod interest* até a construção da teoria da diferença, bem como se analisou a eventual capacidade de uma adequada interpretação desta teoria ser capaz de enfrentar os desafios impostos pela responsabilidade civil contemporânea. Diante dessa perspectiva, o conceito de dano se confundiria com o próprio interesse, traduzido pela visão da já analisada “hipótese diferencial”, ou seja, tem-se a noção de *dano como interesse*.

Para ilustrar a aplicabilidade prática dessa noção de dano em sentido estrito, recorde-se que a responsabilidade civil não tutela um bem do ponto de vista estático, mas de maneira relativa¹⁶¹. Para além dos exemplos do microbiologista e do locatário, já lembrados neste trabalho, tem-se que a vítima que utilizava o seu automóvel ilícitamente destruído por outrem apenas para atividades de lazer sofrerá determinado dano, geralmente restrito à categoria dos danos emergentes e eventuais danos extrapatrimoniais. Por outro lado, o titular do veículo utilizado para empreender atividades comerciais observará um dano (interesse) distinto, possivelmente relacionados com a categoria dos lucros cessantes¹⁶².

A “hipótese diferencial”, em ambas as situações, é sensivelmente diversa, pois as vítimas podem se encontrar, após o evento danoso, em situação fática semelhante, mas a posição em que estariam sem a observância deste mesmo evento (auferida por um pensamento contrafático) é bastante díspar, pois a segunda vítima, além de contar com o veículo inalterado, teria auferido os lucros que a utilização do automóvel teria lhe proporcionado.

A referida perspectiva relacional e subjetiva respaldada pela noção de *dano como interesse* se faz notar até mesmo em situações em que existe grave lesão a um determinado

161. NOLAN, Donal. Op. cit., p. 261. Para o autor, “While the issue of exactly what interest is required need not detain us here, the fact that more than one person may have a sufficient interest to bring a claim in respect of damaged property—bailor and bailee, legal and equitable owner—shows us that ‘damage’ in this context is a normative concept associated with a person, not a factual concept associated with a particular physical entity.” (grifou-se). Em sentido semelhante, veja-se: CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 73.

162. “O dano é relativo, depende das circunstâncias objetivas e subjetivas. O dano que se causa ao microbiologista, quebrando-se-lhe o microscópio, não é o mesmo que se causaria ao sertanejo, ou ao trabalhador do campo, que, sem o usar praticamente, tivesse um microscópio entre os objetos da sua casa” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 154). Em sentido semelhante, Mariano Izquierdo, utilizando as expressões dano comum e dano próprio, sendo este último o dano como fenômeno relacional (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 161).

bem pertencente à esfera jurídica da alegada vítima. Ilustra-se essa característica operacional com o mui conhecido exemplo de uma casa na beira de uma estrada que é culposamente destruída por um caminhão desgovernado, mas que já estava com sua demolição contratada para o dia seguinte ao acidente¹⁶³. Nesse caso, a destruição definitiva do bem (casa) poderia até mesmo gerar apenas uma vantagem para o seu titular¹⁶⁴.

Nessa hipótese, nota-se a utilidade da noção de *dano como interesse* para o conceito de dano, pois uma visão distinta do instituto, relacionada ao mero menoscabo de bens, poderia gerar a incorreta conclusão de que o responsável pela destruição da casa tornar-se-ia igualmente responsável por uma obrigação de indenizar. O mesmo raciocínio é utilizado na hipótese em que um ato ilícito absoluto causa a destruição de plantas que seriam necessariamente ceifadas pelo proprietário, pois já não mais dariam frutos¹⁶⁵: a destruição do bem não gerou hipótese diferencial e, portanto, não há dano, no sentido jurídico, a ser reparado. Seguindo-se o raciocínio que suporta a formação do interesse (*id quod interest*), nota-se que não há diferença entre a situação fática do proprietário do imóvel destruído ou das plantas ceifadas após o evento causado pelo indigitado responsável e a situação projetada (contrafática) em que ele estaria na ausência do referido evento.

Nos exemplos apresentados, os requisitos clássicos da responsabilidade civil estão presentes: ato antijurídico e até mesmo culposo do ofensor e o nexo de causalidade entre este ato e a destruição material da casa ou das plantas (que equivaleria à noção naturalística de dano, como menoscabo de bens ou como mera manifestação fenomênica). A hipótese de incidência de algumas normas do ordenamento jurídico, especialmente o

163. DíEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 336. Utilizando-se exatamente do mesmo exemplo, veja-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 22, p. 296-297; BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 17; LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la Responsabilité*. Action Dalloz. Paris: Dalloz, 2021-2022. p. 557.

164. LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 557. “A la limite, un dommage peut même être source de [...] bénéfice pour la ‘victime’: je devais procéder à la démolition d’un vieux bâtiment, quand un poids lourd sort de la route [...] et m’évite de le faire”. Evidentemente que ainda se poderá observar a lesão de interesse mesmo em alguns casos em que o titular não possa mais fruir ou gozar do bem. Se o dono de uma bicicleta se tornou tetraplégico após um acidente, este ainda poderá vendê-la, satisfazendo, deste modo, alguma necessidade específica sua. Na hipótese da casa destruída, por se tratar de bem imóvel destinado à demolição, a possibilidade da venda inexistia.

165. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 264. “O que é atingível não são apenas direitos sobre coisas. Quaisquer direitos e interesses tais, que, feridos, diminuem o patrimônio em que se aglutinam. Se o fato ilícito absoluto, lato sensu, destrói ou deteriora algo que é de alguém, porém tal destruição ou deterioração de modo nenhum causou prejuízo (e. g., a pedra jogada rolou pela ribanceira sem ofender qualquer planta, *ou só ofendeu planta que ia ser ou devia ser cortada, porque não mais daria frutos*), não houve dano que se tenha de ressarcir.” (grifou-se)

art. 927 do Código Civil, somente não serão preenchidos pela existência de um conceito normativamente construído de dano, baseado na noção de interesse. Como a destruição material do bem, além dos demais requisitos da responsabilidade civil, foi observada, somente a admissão de um dano com conteúdo eficaz próprio pode justificar a inexistência de indenização. Uma vez mais nota-se que não se trata de um problema de quantificação, mas de afirmação do dano como requisito da responsabilidade civil, admitindo-se a ausência do *an debeatur*.

Esta análise está alinhada com o desenvolvimento da noção de interesse e da teoria da diferença, focado no item 3.1, em que se demonstrou que a “hipótese diferencial” extraída da aplicação desta teoria também depende de uma análise contrafática e, portanto, distanciada de uma mera noção naturalística, consubstanciando um “conceito subjetivo e uma avaliação concreta do dano”¹⁶⁶.

Contudo, em relação ao exemplo da casa destruída pelo caminhão desgovernado, nota-se posição doutrinária inclinada a considerar a teoria da diferença insuficiente para regular a espécie. Para Díez-Picazo, a hipótese diferencial estaria verificada, pois o bem estava no patrimônio antes do ato ilícito do motorista do caminhão, que foi responsável pelo seu desaparecimento (ainda que parcial)¹⁶⁷.

Pereira Coelho, com acerto, contesta essa visão, ao apontar a suficiência da teoria da diferença para produzir o resultado adequado em situações como a narrada, concluindo pela inexistência de dano indenizável. A correta construção da hipótese diferencial ocorre entre a “situação real e a situação hipotética *actual* do patrimônio do lesado”¹⁶⁸. Não se admite, portanto, que a diferença seja auferida levando-se em conta duas situações fáticas: a que foi verificada antes da destruição do bem e a situação imediatamente posterior ao ato do ofensor. Uma vez mais, é imperioso afastarmos essa noção, tão comum em nossa doutrina e jurisprudência, de acreditar que a indenização deveria transportar a vítima

166. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., , p. 194-195. Lembre-se que outras construções igualmente normativas podem ser consideradas pertencentes à teoria do dano, tal como a *compensatio lucri cum damno*, que terá o condão de obstar a criação do dever de indenizar (sanção jurídica) mesmo quando observados todos os outros requisitos da responsabilidade civil. Nota-se, portanto, que a construção normativa ou jurídica do conceito de dano possui amplo conteúdo eficaz, ainda que afastada de uma análise conjunta dos outros requisitos da responsabilidade civil.

167. DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., , p. 336.

168. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., , p. 197. “Em síntese, haverá que proceder ao apuramento da ‘diferença’ entre a *situação real* e a *situação hipotética* atuais do patrimônio do lesado – isto é, na data mais recente possível –, devendo o montante da indenização apagar ou compensar a exata separação entre elas” (grifou-se). (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. n. 65.3, B., 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 529). No Direito brasileiro, veja-se: AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., 1997, p. 718.

para o *status quo ante*, quando o que se busca é que a indenização a conduza a um equivalente da situação em que ela estaria se o evento danoso não tivesse ocorrido¹⁶⁹.

O presente item demonstrou que a teoria da diferença apresenta-se como ferramenta útil e adequada para informar um conceito normativo de dano. Entretanto, levando-se em conta o raciocínio desenvolvido no item 2.1 do presente trabalho, nota-se que algumas situações, como a representada pelo problema da irrelevância negativa da causa virtual, impõem desafios inegáveis.

Ademais, nota-se o posicionamento visceralmente refratário à teoria da diferença por parte da maioria da doutrina nacional, levando a aproximações com uma noção vulgar de dano. Ainda que não se concorde com o cerne das críticas endereçadas à teoria, normalmente advindas de sua má compreensão¹⁷⁰, reconhece-se que o Direito é um fenômeno cultural e a *opinião geral* sobre a teoria da diferença constitui-se em barreira importante para sua aplicação.

Diante do exposto, ainda que se continue a considerar que o conceito jurídico de dano permaneça alinhado com o racional alicerçado em hipóteses diferenciais, os motivos declinados, mais conectados a questões pragmáticas do que científicas, apontam para se considerar o conceito normativo de dano como *lesão* a interesse o candidato com importantes chances de aceitação pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

3.1.2. A noção de dano como lesão a interesse

Como visto, a noção de dano como lesão a interesse é bastante difundida na doutrina contemporânea. Entre os autores latinos responsáveis por propagar a vinculação de um conceito normativo de dano à acepção de interesse, mas sem fazer alusão à hipótese diferencial, é inegável a influência de Francesco Carnelutti. Em uma primeira mirada, dentro de um aspecto operacional, pode-se verificar que a abordagem de Carnelutti também causa a impressão de sublinhar um caráter relacional e subjetivo como essencial ao conceito jurídico de dano.

O mestre italiano entendia ser equivocado se considerar o dano de uma maneira estática, como simples menoscabo a bens. Ao contrário, um pensamento relacional deveria ser forçosamente levado em conta¹⁷¹, pois a ofensa a um determinado bem poderia

169. Esse tema já foi enfrentado no item 2.1 do presente trabalho. No Direito brasileiro, no mesmo sentido CARNAÚBA, 2013, p. 53; STEINER, Renata. Op. cit., p. 47.

170. Essa análise foi realizada no item 2.1 do presente trabalho.

171. Para Francesco Carnelutti, “[...] in altre parole il danno riguarda sempre la situazione della persona rispetto al bene, non il bene in sé. Appunto il concetto di lesione si attaglia all’interesse, non invece al bene (considerato al di fuori dal suo rapporto con un uomo). Questo è il motivo, per cui la formula può e deve essere semplificata in queste parole brevi: lesioni di interesse. Non credo

lesar diferentes interesses, dependendo da idoneidade deste bem para satisfazer necessidades específicas de determinada vítima.

Para os autores que possuem em Carnelutti forte inspiração, enquanto o bem possui a capacidade de satisfazer necessidades humanas, o interesse representa a possibilidade de um sujeito de direito específico satisfazer as suas necessidades por intermédio de determinado bem¹⁷², seguindo a ideia geral de interesse já enfrentada no item 2.2 do presente trabalho¹⁷³. O bem, portanto, conecta-se com a aptidão genérica para satisfazer necessidades, de modo abstrato, enquanto o interesse aporta especificidade a essa aptidão, consubstanciando uma análise que obrigatoriamente inclui um ou vários sujeitos determinados e a idoneidade do bem para satisfazer suas necessidades. Um bem não é tutelado de maneira abstrata, pois somente os seus proprietários possuem interesses tutelados que se conectam com o bem¹⁷⁴. Segundo o clássico exemplo de Carnelutti, o pão é o bem, a fome é a necessidade e a capacidade ou aptidão do pão satisfazer essa necessidade é o interesse¹⁷⁵. Diante do exposto, poderia se afirmar que enquanto os adeptos das modernas visões da teoria da diferença entendem o *dano como interesse*, os autores alinhados com a visão carneluttiana vislumbram o dano como *lesão a interesse*.

Entretanto, alguns alertas necessitam ser feitos, pois não é possível ignorar que importante doutrina indica que as lições de Carnelutti sobre o interesse não se conectam especificamente com a noção de prejuízo esboçada neste trabalho, antes se relacionando com o interesse como situação jurídica, ou seja, como elemento objetivo do ato ilícito¹⁷⁶, algo que em nossa tradição jurídica se convencionou chamar de antijuridicidade¹⁷⁷.

che il danno possa essere definito più precisamente di così” (CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. 2. Milão: Cedam, 1930. p. 14).

172. BUERES, Alberto. Op. cit., 2001, p. 290; CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 65.

173. Veja-se, especificamente, a lição associada às notas de rodapé 127 e 128.

174. DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 111; CALVO COSTA, p. 73.

175. CARNELUTTI, 1930, p. 30. No original: “La fame è un bisogno; il pane è un bene; poter mangiare il pane, questo è un interesse”.

176. Nesse sentido, em relação à abordagem de Carnelutti, veja-se: Visintini: “Egli però non conosceva affatto que la parola ‘danno’ potesse venire usata anche per indicare il danno risarcibile, cioè la perdita, il mancato guadagno e in genere il depauperamento di cui può essere chiesto il risarcimento, ma aveva una chiara nozione della struttura del fatto illecito, caratterizzata, da un lato, dall’elemento soggettivo della condotta antigiuridica, alias della colpa come disobbedienza all’ comando, e dall’altro lato, dall’elemento oggettivo, l’atto *contra ius*, ovvero la lesione di un interesse giuridicamente rilevante” (grifou-se) (VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p.431-432). No mesmo sentido, MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 530. Veja-se, do próprio CARNELUTTI, Francesco. *Pserseverare Diabolicum*. Foro Italiano, 1952. IV. p. 97-101.

177. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: La Responsabilità*. 2 ed. Milão: Giuffrè. 2012. v. 5. p. 551, nota 22. Veja-se a análise já feita da menção a interesse realizada pelos diplomas de harmonização da responsabilidade civil, no item 2.1 do presente trabalho.

Como já apontado no item 2.2, o desenvolvimento da peculiar figura do *danno ingiusto*¹⁷⁸, no Direito italiano, acabou por atrair para a esfera do dano a tarefa da seleção dos “interesses juridicamente tutelados” (interesse-situação jurídica), intimamente relacionados com o elemento objetivo do ato ilícito¹⁷⁹.

Portanto, a noção de dano como *lesão a interesse*, na linha da doutrina capitaneada por Carnelutti, pode apresentar uma diferença bastante importante, do ponto de vista operacional, em relação à visão de *dano como interesse*, já desenvolvida neste item. Com efeito, já se demonstrou que, na hipótese de uma invasão de imóvel alheio, sem que nenhum prejuízo possa ser observado como consequência desta invasão, tem-se apenas a configuração de um ato ilícito absoluto¹⁸⁰. Autores que entendem que o dano consubstancia lesão a interesse jurídico como situação jurídica possuem entendimento diverso, acreditando haver, em situação idêntica, um *dano lato sensu*¹⁸¹ (dano evento).

Ainda que esses mesmos autores admitam que esse *dano lato sensu*, carente de verdadeira consequência lesiva, poderia apenas atrair outras tutelas em favor do titular do interesse lesado, não sendo capaz de gerar o dever de indenizar (tutela ressarcitória em favor da vítima), a diferenciação não está restrita a um academicismo estéril. Com efeito, ao centrar a análise na situação jurídica da vítima, o exame do eventual e efetivo prejuízo por esta sofrido acaba por ser relegado a uma mera verificação de um menoscabo de bens ou de uma mera manifestação fenomênica. Como afirmava De Cupis, o critério para se considerar o dano como jurídico encontra-se na antijuridicidade do seu ato causador, sendo que o que resta para a configuração do dano ressarcível seria apenas um “simples fenômeno de ordem física”¹⁸². Assim, segundo a doutrina que agasalha esta

178. O Código Civil italiano atual foi promulgado apenas em 1942. As ideias originais de Carnelutti, portanto, precedem esse diploma legislativo.

179. VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 430 e ss. A maior parte da doutrina italiana entende que o artigo 2043 efetivamente deslocou a análise da antijuridicidade para a seara do próprio dano, com o advento da noção de *danno ingiusto*. Nesse sentido, BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. Wrongfulness in the Italian Legal System. In: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998. p. 69 e ss.; SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 395 e LUDOVICO, Giuseppe. Danos não patrimoniais (direito italiano). In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely (Orgs.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Editora PUCSP, 2020. t. 7 (Direito do Trabalho e Processo do Trabalho), p. 4. “[...] o artigo 2.043 identificou no critério da injustiça o requisito indefectível do dano civilmente indenizável, vinculando o conceito de dano juridicamente relevante à antijuridicidade do ato lesivo”.

180. De acordo com Pontes de Miranda: “O fato pode ser fato ilícito absoluto sem causar dano. Entrou B na casa de A, sem permissão, mas nenhum prejuízo patrimonial ou não-patrimonial resultou do seu ato imprudente” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 262).

181. DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 91; CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 75 e 79.

182. DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83 e 84. No mesmo sentido, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 62.

noção de dano, após verificada a lesão à situação jurídica da vítima (interesse-situação jurídica) restaria apenas a observação da “consequência negativa”, da mera manifestação naturalística e fenomênica¹⁸³ ou, ainda, da “perda”, do “ganho não auferido” ou do “depauperamento”¹⁸⁴, ou seja, algo afastado da noção relacional, subjetiva e concreta ligada ao *id quod interest*. Centrar a análise do interesse na situação jurídica do lesado cria o risco, portanto, de novamente se descuidar do estudo do dano em sentido estrito, que voltaria a ostentar contornos meramente naturalísticos¹⁸⁵.

Esse tipo de abordagem poderia levar o intérprete a pensar equivocadamente o exemplo da casa destruída por terceiro em momento em que sua demolição já estava contratada. Segundo a concepção de alguns autores citados, por analisar o interesse enquanto este está vinculado à seara da ilicitude, a invasão do imóvel alheio já seria uma lesão ao interesse do titular do imóvel de exercer o seu gozo com exclusividade¹⁸⁶. Portanto, com a verificação do simples menoscado de bem (casa destruída), isto é, com a evidente transformação fenomênica e naturalística do imóvel, os requisitos do dano em sentido “jurídico” estariam observados. Este resultado é diametralmente oposto ao encontrado com a utilização da noção de *dano como interesse*, anteriormente analisada.

Apesar da análise empreendida nos parágrafos anteriores, não se ignora que a visão da corrente *carneluttiana*, na análise da situação jurídica da vítima, pauta-se por um racional subjetivo e relacional, afastando-se, ainda que no campo da antijuridicidade (elemento objetivo do ato ilícito), de uma mera lesão de bens ou de direitos subjetivos. Acredita-se que esse olhar comunga dos mesmos critérios e princípios da noção do dano como interesse, sendo que alguns autores chegam mesmo a fazer alusão ao *id quod interest*¹⁸⁷. Portanto, considera-se possível aproveitar elementos do racional encontrado

183. BUERES, Alberto. Prefácio. In: CALVO COSTA, Carlos. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 23-27.

184. VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 431-432.

185. Análise semelhante foi realizada no item 2.2, ao mencionar a contraposição da teoria da diferença com a chamada “teoria do interesse”.

186. De acordo com De Cupis, “Aun en los supuestos en que a primera vista, el daño no parece derivarse de la violación del derecho, una atenta reflexión induce a reparar en su presencia. Así, por ejemplo, la entrada abusiva em el fundo ajeno constituye siempre una violación dañosa de la norma protectora del interés del propietario, aunque no se haya ocasionado perjuicio alguno al cultivo, que pueda repercutir en la producción, sin embargo, con ello se ha lesionado el interés del propietario del fundo, que no debe sufrir inmisiones o invasiones en la cosa propia, por cuanto está reservada a su uso exclusivo. Se há perjudicado, por lo expuesto, el interés al goce exclusivo, que constituye precisamente el interés protegido” (DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 91). No mesmo sentido, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 75 e 79.

187. CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 72. O autor, ao adotar a abordagem Carneluttiana de interesse leciona “El interés – que etimologicamente es *id quod interest*: relación, conexión – no

na linha de pensamento de Carnelutti, em que a visão de idoneidade de determinado bem para satisfazer as necessidades de determinada vítima poderia ser analisada de maneira concreta e transportada para a seara do dano, possibilitando que o *dano como lesão a interesse* tivesse capacidade operacional suficiente para sustentar um conceito normativo de dano¹⁸⁸.

A possibilidade de se relacionar o conceito jurídico de dano em sentido estrito com a lesão a interesse não passou despercebida por parcela da doutrina. Fernando Panta-leon, ao se referir ao dano patrimonial, entende que a lesão ao interesse que se conecta com o dano deve ser denominado de “real-concreto”¹⁸⁹. Esse interesse “real-concreto” também pode ser entendido como um interesse “subjetivo-histórico”, ressaltando o caráter relacional entre dano e as especificidades da vítima lesada. A esse respeito, assim se manifesta o autor:

“Puede definirse el daño patrimonial como la lesión de un interés valorable em dinero. Pero entendiendo ‘interés- como el interés ‘subjetivo-histórico’ del concreto dañado en la existencia o integridad de la cosa destuida o deteriorada, o en la realización de la actividad impedida, o en la omisión de la actividad impuesta por la conducta del dañante; no como el interés ‘objetivo-típico’ –del que se habla cuando se define el derecho subjetivo como ‘interés jurídicamente protegido.’”¹⁹⁰

Ao identificar a lesão a interesse na seara do dano, o autor permitiu a visualização de um interesse como idoneidade de um bem para satisfazer as necessidades específicas e

es más que la relación entre el sujeto que experimenta esa necesidad y el bien apto para satisfacer-la” DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 110, também faz alusão direta ao *id quod interest* em suas manifestações.

188. Apesar de estar baseado em algumas premissas distintas, pois se alinha com as críticas feitas pela doutrina espanhola à teoria da diferença, encontra-se, no Direito brasileiro, pensamento de apoio à ideia de lesão a interesse circunscrito à teoria do dano, sem se imiscuir com a ação causadora do prejuízo. FLUMINGAM, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação de Mestrado – USP. Orient. Antonio Junqueira de Azevedo. 2009. p. 136 e ss.
189. PANTALEÓN, Angel Fernando. *Comentario del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991. t. 3. p. 1991. Igualmente admitindo que a noção de dano deve se pautar por um critério subjetivo ou real-concreto, veja-se outras manifestações da doutrina espanhola: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., 2016, p. 162; MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. General Overview (Spain). In: WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2 (essential cases on damage). p. 31. “the prevailing idea is that damage corresponds to the loss of the real or specific interest the victim had in the damaged property, although the objective value of this property can be taken as a valid yardstick for compensation unless specific circumstances changing the measure of damages upward or downward are proven.”
190. PANTALEÓN, Angel Fernando. Op. cit., 1991, p. 1991.

concretas de uma vítima determinada como possível noção normativa de dano. Nessa perspectiva, o dano poderia ostentar um conteúdo eficazial próprio, fundamental para o nascimento do dever de indenizar, vinculado a uma tutela indenizatória.

Essa concepção de dano está alinhada com os mesmos padrões relacionais, concretos e subjetivos já alicerçados pela construção histórica do *id quod interest*, alcançando resultados operacionais adequados¹⁹¹. Nota-se que a lesão do “interesse real-concreto” (interesse-dano) estará vinculada ao nascimento de uma pretensão indenizatória, distinta da plêiade de tutelas capazes de serem observadas quando da lesão a uma qualquer situação jurídica da vítima (interesse “objetivo-típico”, na linguagem de Pantaleon).

Emilio Betti, que entende o interesse como a relação do sujeito com um bem ou uma situação apta a satisfazer a suas necessidades ou carências, não identifica antagonismo entre a noção de interesse e de diferença, já que esta ocorre entre a “situação de carência ou de expectativa insatisfeita de um lado, e a situação projetada idônea a satisfazer a expectativa insatisfeita, com a qual o interesse restaria satisfeito”¹⁹². A contraposição entre a situação fática em que se encontra a vítima após o evento danoso e a situação contrafática em que ela se encontraria sem o referido evento (hipótese diferencial) harmoniza-se com a possibilidade concreta e específica de determinado bem satisfazer as necessidades de determinada vítima, frustrada pelo evento danoso, responsável pela indesejada situação fática que impôs a vítima¹⁹³.

Portanto, pode-se admitir a noção de dano em sentido estrito *como lesão a interesse*, desde que compreendido na visão real-concreta circunscrita à teoria do dano, con-substanciando um conceito jurídico de dano com conteúdo normativo próprio e com inegáveis pontos de contato com a tradição dogmática da construção de uma hipótese diferencial.

A abordagem da noção de interesse aqui apresentada somente descortina uma contínua evolução do conceito normativo de dano, sempre alinhada com as características

191. De acordo com Zimmermann, “Quod actoris interest refers to the plaintiff’s ‘interest’ (*in the modern sense of the word*): he has to get what he was interested in, what concerned him, what was of consequence to him; for, interestingly, the expression is not derived from interesse (– to be in between) but from the phrase ‘quod mea, tua, nostra etc.’ in re est’ (what is in it for me, you, us, etc.). Generally speaking, quod interest was the more modern and flexible counterconcept to the somewhat crude and limiting idea of awarding “quanti ea res est”, and it signified a shift from an objective, standardized point of view to a more sophisticated and equitable approach, characterized by individualizing and, on the whole, subjective criteria.” (grifou-se) (ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 1990, p. 826).

192. BETTI, Emilio. Op. cit., p. 839.

193. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 521, cita a opinião de Planck/Siber (BGB, II, 1, 1914, cit., par. 249, anot. 2, p. 67) “a diferença entre ambas as situações de facto faz o *interesse*, que o lesado tinha na não verificação do fato lesivo. Por isso, o ressarcimento do dano é também ressarcimento do interesse.”

relacionais, subjetivas e concretas, que caracterizam o desenvolvimento da ideia de *id quod interest*¹⁹⁴ desde o Direito Romano até os dias atuais, propiciando a concreção do princípio da reparação integral, um melhor convívio com elementos da responsabilidade civil contemporânea e a identificação do *locus* operacional da tutela indenizatória.

3.2. Injury as such, dano per se e dano in re ipsa: desafios para o enquadramento de algumas figuras na teoria contemporânea do dano

Nos itens anteriores, tentou-se estabelecer a noção jurídica de dano, bem como analisar algumas possibilidades e limites operacionais que esse conceito descortina. Apesar de ser impossível realizar, dentro dos limites do presente trabalho, um amplo e completo exame de todas os reflexos práticos do conceito normativo de dano apresentado, acredita-se que explorar as relações deste conceito com algumas hipóteses, normalmente identificadas com os danos extrapatrimoniais, seja particularmente proveitoso, principalmente por sua importância prática.

Figuras como o *dano per se*, o *injury as such* e o *dano in re ipsa* podem desafiar as fronteiras do dano indenizável, aproximando-se da mera antijuridicidade¹⁹⁵. A dificuldade

194. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 520-529. Mota Pinto entende que a visão amplamente aceita no Direito alemão, imantada pelo moderno entendimento da teoria da diferença e, portanto, pela abordagem do *dano como interesse*, convive com abordagens doutrinárias que apenas vinculam o interesse a uma visão subjetiva que os bens possuem para as vítimas, contrapondo-se à visão estática e objetiva de lesão a bens. Este autor alerta que, no Direito português, a noção de interesse goza de pouco prestígio na teoria geral da responsabilidade civil, mas “Actualmente, na doutrina alemã, distinguem-se vários significados da noção de interesse: o significado de ‘dano patrimonial global’ (Gesamtvermogensschaden), apurado nos termos da hipótese da diferença, pela comparação de situações patrimoniais; o sentido de valor subjectivo dos bens ofendidos para o lesado (em contraposição aos valor objectivo); e um significado que se reporta às expectativas juridicamente protegidas que o (futuro) lesado tem em relação aos seus bens afectados pelo evento lesivo. Se tais diversas noções são por vezes criticadas e se considerou já, mesmo, que são um obstáculo a uma ‘teoria geral do interesse’, a par, ou em lugar, da teoria do dano, com préstimo para a responsabilidade civil, regista-se, porém, sem dúvida, uma predominância para a *identificação do ‘interesse’ com o dano*, medido nos termos da fórmula mommseniana da diferença, ou como medida de indemnização (isto é, a própria diferença)”.

195. NOLAN, Donald. Op. cit., p. 260; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. *Disminuciones psicofísicas*. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 5; e DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83 “Si se quiere considerar que el hecho productor del daño y el daño en sí, son elementos de un proceso complejo, hay que convenir en que el elemento principal, determinante para la producción del efecto jurídico – reacción del derecho – está constituido por el daño. La reacción del derecho, de hecho, estando encaminada a reprimir el daño, se realiza solamente en cuanto aparece allí el daño en sí; cierto, que es necesario que este daño derive de um hecho humano, pero lo decisivo, para que actúe la reacción jurídica, es su existencia concreta” (Ibidem, p. 83). Em sentido semelhante, a lição de Fernando Noronha: “Na relação do dano com o bem violado, é conveniente ressaltar

para se caracterizar alguns prejuízos no campo extrapatrimonial – conjugada com a crença¹⁹⁶ de que a Responsabilidade Civil seria o remédio jurídico mais adequado ou eficiente para evitar ou punir a lesão a alguns direitos – é responsável pela aparição de movimentos que podem flertar conceitualmente com uma responsabilidade civil sem danos.

Dentro das balizas dogmáticas do Direito Brasileiro, essa possibilidade seria impensável¹⁹⁷, pois, seguindo sólida tradição dos sistemas romano-germânicos¹⁹⁸, o Direito brasileiro realiza clara separação entre o dano e a ação que o tenha causado¹⁹⁹,

que aquele não é propriamente a violação deste, e sim a consequência prejudicial resultante dessa violação. A violação do bem, em si mesma, configura o *fato antijurídico*, assim considerado todo fato que se coloque em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas” (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 580).

196. Essa crença é colocada em xeque, de maneira bastante contundente, pela doutrina contemporânea. Nesse sentido, ver: PAPAYANNIS, Diego. Op. cit. p. xxx e CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019. p. 120-121.
197. Durante o presente trabalho já se vaticinou que o dano é o alfa e o ômega da responsabilidade civil, com suporte em doutrina clássica e contemporânea. Posicionando-se especificamente contra o surgimento de qualquer vertente de responsabilidade civil sem dano, consulte-se MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2020. p. 406; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 32; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica*. São Paulo: Atlas, 2015 e ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6. ano 3, p. 89-103, jan.-mar. 2016. Mesmo os autores que entendem que a responsabilidade civil deveria cumprir uma função puramente punitiva, em paralelo à função reparatória, admitem que o ordenamento jurídico brasileiro precisaria de uma modificação legislativa para admitir a hipótese (ROSENVALD, Nelson. O dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 122).
198. REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 64. O autor, ao abordar a construção da ideia de interesse na pandectística alemã assim se manifesta: “A descrição do fato do qual resulta o dever de indenizar o interesse não integra, segundo MOMMSEN, este conceito”. Nesse aspecto, sua obra desvincula o interesse do fundamento de origem da obrigação de indenizar: “são duas questões totalmente diferentes e bem separáveis uma da outra, se no geral existe um interesse, e se uma pretensão à reparação desse interesse é juridicamente fundada”. Em sentido semelhante, ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532.
199. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 32-34. Para Atalá Correa, “uma separação mais clara entre conduta ilícita e dano impede, ao mesmo tempo, que: (i) se veja dano onde ele não existe e que (ii) se use a situação como pretexto para impor punição onde a lei previamente não a estabelece” (CORREA, Atalá. Dano Moral: 20 anos de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO. Rodrigo Gomes de;

geralmente também caracterizada como ilícita. Com efeito, os arts. 186 e 187 do Código Civil Brasileiro definem, em grande parte, os limites do ato ilícito²⁰⁰, mas o surgimento do dever de indenizar somente ocorre nos casos em que essa ilicitude seja causadora de dano efetivo, como bem definido pelo *caput* do art. 927 do mesmo diploma.

Ademais, o art. 944 estabelece o princípio da reparação integral, ressaltando que o dano será quantificado pela sua extensão. Não há margem, portanto, para a aceitação de figuras que se consubstanciem em simples ato atentatório a direitos, sem qualquer tipo de dano aferível, ainda que por intermédio de presunções²⁰¹.

Como já explicitado nos itens anteriores, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que uma noção de “dano evento” foi aceita, o dever de indenizar surge somente na hipótese de real verificação de dano (dano consequência). A resposta do ordenamento jurídico ao ato ilícito ou à “lesão a interesse” que não dá origem a prejuízo resta circunscrita a outras tutelas, tais como inibitória, possessória, restituitória, entre outras²⁰².

No Direito Brasileiro, também se observa a mesma plêiade de tutelas para dar guarida a lesões de situações jurídicas (interesses juridicamente tutelados), reservando-se a tutela indenizatória para os casos de efetiva presença de dano. Fundamental exemplo é fornecido pela Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, que assim anuncia: “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020. P. 85).

200. Importante destacar que a menção ao dano no art. 186 é descabida, conforme lição de Fernando Noronha: “O art. 159 do Código de 1916 referia a necessidade de ocorrência de um dano, mas evidentemente este não entra na noção de ato ilícito, como dito no texto. No entanto, nesse Código a referência era compreensível, porque o dispositivo, ao mesmo tempo que definia o ato ilícito, estatua a obrigação de reparar o dano que resultasse dele. Já no art. 186 do Código de 2002, que se limita a dar uma noção de ato ilícito, sem cuidar de suas consequências jurídicas, que passaram a ser estabelecidas noutro lugar (art. 927, *caput*), a referência ao dano é injustificada” (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 387).
201. ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Comparative Report). (in) WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. V. 2: essential cases on damage, p. 709. Apesar de admitir que alguns poucos países europeus aceitam uma função punitiva para o dano extrapatrimonial, a primazia da função compensatória parece ser um dos poucos consensos do panorama europeu a respeito do dano extrapatrimonial. “In most countries covered in this survey the damages award serves the purpose of compensation. This is supposed to be the case also with regard to nonpecuniary damage, even if it is widely acknowledged that a sum of money can hardly ‘compensate’ for the loss of an eye or a limb.”
202. SALVI, Cesare. Op. cit., p. 48; VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 435; SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 396. No mesmo sentido, em relação ao Direito brasileiro, veja-se: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Pauli de. Op. cit., p. 98.

Note-se que o STJ admite que houve uma lesão a direito subjetivo ou interesse enquanto situação jurídica, tanto que concede à vítima a tutela jurídica necessária para realizar o cancelamento do cadastro indevido. A possibilidade de indenização, entretanto, somente ocorrerá quando um dano efetivo for comprovado²⁰³.

3.2.1. *A problemática do dano per se, especialmente em relação aos transplantes do Direito italiano*

Limitações observadas no Direito italiano (art. 2059 do Código Civil) em relação à possibilidade de se indenizar danos extrapatrimoniais foram responsáveis por criar, em certo momento histórico, ousados e criativos movimentos jurisprudenciais²⁰⁴, que tiveram impacto no Direito brasileiro. A Corte de Cassação admitiu a reparabilidade das categorias de dano biológico e de dano existencial²⁰⁵, caracterizados pela simples violação advindas da lesão a direitos constitucionalmente resguardados (dano-evento)²⁰⁶, dando guarida para a criação de figuras de *dano per se*, cuja tutela indenizatória dar-se-ia pela simples lesão a um direito subjetivo (interesse-situação jurídica).

A evolução jurisprudencial, entretanto, fez com que a Corte de Cassação italiana reconhecesse a necessidade de ratificar a função reparatória como primeira propulsora da Responsabilidade Civil, em detrimento de eventual função punitiva. Assim, em um movimento jurisprudencial iniciado na última década do século passado, a jurisprudência passou a exigir a prova de efetivo prejuízo e requalificou os danos biológicos “como uma espécie de dano-consequência”²⁰⁷. Em relação aos danos existenciais, são observadas as presunções naturalmente admitidas em sede de dano extrapatrimoniais, mas a prova do

203. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p. 45-53, out./dez. 2000. Utilizando-se da diferenciação entre dano-evento e dano-prejuízo, o autor entende que “O dano-evento é, pois, o dano imediato, enquanto que o dano-prejuízo é o dano mediato. Ora, quando se fala em dano moral, é ao dano mediato, que se tem em vista.”

204. BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 186-203; LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 6 e ss.

205. Não é possível, nos limites do presente trabalho, realizar uma análise minudente a respeito do longo e complexo caminho de criação doutrinária e jurisprudencial das categorias de dano biológico e de dano existencial.

206. SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 398-399; LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 7. Assim se manifesta o autor em relação ao *Leading case* da Corte Constitucional italiana sobre o dano biológico “De acordo com esta perspectiva, a lesão da integridade psicofísica constituiria o evento causado pelo ilícito, enquanto as outras tipologias de dano representariam a consequência do mesmo. Em outras palavras, a ressarcibilidade da lesão da saúde existiria independentemente do fato que a lesão tivesse provocado uma perda efetiva, a ser ressarcida, portanto, seria a lesão em si do interesse constitucionalmente tutelado” (Idem).

207. SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 398.

dano existencial concreto é igualmente imprescindível, condizente com a sua natureza atual de dano que não se caracteriza como mera violação de direito subjetivo²⁰⁸.

Efetivamente, este é o posicionamento contemporâneo em relação a qualquer dano extrapatrimonial, seguindo os ditames do art. 2.687, 1, do Código Civil italiano, que afasta a aceitação dos chamados dano *in re ipsa* em sua configuração *iure et iure*, isto é, considerados como sinônimos de dano *per se*²⁰⁹. Mesmo em searas com evidente desigualdade entre as partes, como a encontrada nas relações trabalhistas, a Corte de Cassação entendeu a possibilidade da violação dos interesses protegidos (direitos subjetivos) no âmbito da relação contratual de trabalho não gerar consequências indenizáveis. Discussões muito semelhantes podem hoje ser observadas em algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro²¹⁰.

Assim como o Direito italiano abandonou a possibilidade de admitir a configuração de uma noção de dano extrapatrimonial objetiva, baseada meramente na violação

-
208. “La giurisprudenza ravvizza un danno conseguenza nel danno esistenziale, che comunque dev'essere provato, seppure con l'ausilio di presunzioni” (BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 187, nota 209).
209. Salvi assevera que a decisão de 31 de julho de 2003, da Corte de Cassação, ressaltou a necessidade probatória do dano sofrido, afastando a modalidade de dano *in re ipsa*, abandonando a “superada teoria do dano-evento” (SALVI, Cesare. Op. cit., p. 56). Sirena afirma ainda “segundo o que estabelece o art. 2.697, 1, do Código Civil, o ônus de provar o dano reparável incide sobre o lesado, não sendo reconhecidos danos normativos, ou *in re ipsa*, que sejam reparáveis independentemente da prova da sua existência ou do seu montante. Todavia, provada a lesão de um direito constitucionalmente garantido da pessoa, a jurisprudência presume, até que se prove o contrário, que o autor tenha sofrido um correspondente dano não patrimonial (sem prejuízo de um recurso a uma avaliação médico-legal, se se tratar de lesão psicofísica)” (SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 401).
210. Ludovico afirma “Nesse sentido expressaram-se em 2006 as Seções Unidas da Cassação, as quais foram chamadas a dirimir o conflito surgido entre a orientação que, em caso de desqualificação, considerava *in re ipsa* o dano existencial sofrido pelo trabalhador, e a orientação que considerava necessária a demonstração da existência efetiva do dano. (...) A necessidade da prova da existência efetiva do dano verifica-se sobretudo com relação ao dano existencial, razão pela qual – como justamente assinalam as Seções Unidas – este tipo de dano não pode ser automaticamente deduzido da desqualificação profissional, não sendo possível excluir que “a lesão dos interesses relacionais, ligados à relação trabalhista, permaneça essencialmente sem efeitos, isto é, não provoque consequência prejudiciais à esfera subjetiva do trabalhador” (LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 32). A doutrina brasileira dá conta de divergência jurisprudencial a esse respeito. Nesse sentido, confira-se TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Notas sobre o dano moral no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 30, p. 33-60, out.-dez. 2021. p. 42: “Em que pese o amplo reconhecimento da possibilidade, em tese, de configuração de dano existencial por imposição reiterada do trabalhador a jornada excessiva, identifica-se relevante controvérsia, no âmbito do próprio TST, sobre a necessidade de o trabalhador reclamante comprovar os prejuízos concretos que a jornada excessiva lhe teria causado.”

de direitos constitucionalmente admitidos (dano biológico), autores sul-americanos diretamente vinculados às noções carneluttianas de interesse possuem abordagens semelhantes. No contexto dos danos extrapatrimoniais, é coerente com o aspecto relacional imanente ao conceito jurídico de dano a visão que entende não bastar a mera lesão a bens ou direitos como a intimidade, integridade física ou honra para a caracterização do dano indenizável, ainda que fundamentais para “defender a dignidade humana”²¹¹. Como efeito, faz-se necessário analisar a idoneidade destes bens e direitos personalíssimos para satisfazer as necessidades particulares e concretadas da vítima²¹² (interesse real-concreto), nos moldes da Súmula 385 do STJ.

3.2.2. *Os problemas relacionados ao injury as such, aos danos autônomos e à possibilidade de recepção de novos tipos de dano no ordenamento jurídico brasileiro*

Em relação aos grandes diplomas de harmonização da responsabilidade civil europeia, o prestígio da noção de dano *per se* não se fez notar nos Princípios Europeus de Responsabilidade civil (PETLS), mas não passou despercebido em outros estudos de direito comparado²¹³. Em relação ao “Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, o conteúdo do dispositivo VI.-6:204²¹⁴ levantou acirrada crítica da doutrina germânica, por estabelecer que haveria espaço para indenização de um chamado *injury as such*, independentemente da indenização de danos patrimoniais e extrapatrimoniais (*economic or non-economic loss*).

Em artigo escrito por 6 prestigiados autores alemães, Reinhard Zimmermann, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Horst Eidenmüller, Florian Faust e Hans Christoph Grigoleit, existe a advertência sobre a irrelevância da prescrição a respeito do *injury as such*, pois o dispositivo 2:201 do mesmo diploma já garante a indenização integral dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais possivelmente sofridos pela vítima. Como, no contexto do DCFR, não se notam as restrições do Direito italiano à reparação de danos

211. BUERES, Alberto. Op. cit., p. 287.

212. “En tal sentido, observamos que en el daño moral, por caso, es falso que la lesión a un bien o a un derecho de la personalidad genere, de suyo, un daño moral. La imagen, la intimidad, el honor, etcétera, *si bien se tutelan para defender la dignidad humana*, lo cierto es que *no tienen un valor a los efectos resarcitorios per se*. Por ende, el perjuicio moral adviene debido a que esos bienes o derechos de la personalidad satisfacen *necesidades -intereses-* del espíritu, el cual está asentado en otro bien: la integridad psicofísica” (BUERES, Alberto. Op. cit., 2001, p. 287). (Grifou-se)

213. INFANTINO, Marta. Diffusing Law Softly: Insights into the European Travels of Italian Tort Law. *Journal of European Tort Law*, v. 6, n. 3, p. 260-281, 2015. p. 278-280.

214. Art VI.-6:204: “Injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss”.

extrapatrimoniais específicos, nenhuma necessidade existe para se importar uma figura semelhante ao dano biológico, sem falar no grande risco de uma dupla indenização de um mesmo prejuízo. Se a indenização da integralidade dos danos já está garantida, o que sobraria para ser indenizado sob o manto do *injury as such* (*dano per se*)²¹⁵?

A tentativa de criação de certos danos “autônomos”, distanciados das categorias de dano patrimonial e de dano extrapatrimonial, também tem servido para fomentar a criação de certas hipóteses indenizatórias (*heads of damages*) desprovidas de qualquer consequência para a vítima, afastando-se do conceito jurídico de dano. Tal situação foi observada na construção da indenização do dano “pela perda do tempo útil”. Não há dúvidas que a perda do tempo pode causar severos prejuízos, tanto patrimoniais como extrapatrimoniais, que devem ser amplamente indenizados quando provados, mas não se pode admitir responsabilidade civil advinda de mera lesão a bem jurídico (tempo?), sob pena de se contemplar uma hipótese de responsabilidade civil sem dano, com o intuito único de punir o ofensor²¹⁶.

É imperioso salientar que a necessidade de existência de um dano, dentro de um paradigma relacional, subjetivo e concreto, normativamente construído, é um requisito do ordenamento jurídico nacional e não representa uma limitação à admissão de novos danos indenizáveis ou à proteção às vítimas. São constantemente reconhecidas pelo Direito novas situações juridicamente protegidas (interesses)²¹⁷, cuja lesão poderá gerar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, dependendo do caso concreto.

-
215. EIDENMULLER, Horst Eidenmu et al. The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 4, p. 659-708, 2008. p. 683-684 “In contrast to Italian law, however, the DCFR does not limit compensation for non-economic loss to the category of pain and suffering: Art VI.-2:101 (4) expressly declares loss of amenities—impairment of the quality of life—to be worthy of redress independent of, and in addition to, pain and suffering in the narrow sense of the term. Therefore, other than Italian law, the DCFR simply does not need the concept of ‘injury as such’ on top of a broad concept of non-pecuniary loss that goes well beyond the pain actually felt by the victim. In allowing compensation both for impairment of the quality of life (loss of amenities) and for injury as such, the DCFR is in serious danger of reproducing identical loss under two separate heads of damage. The risk of double compensation is imminent.”
216. Trabalhou-se essa abordagem em BASTOS, Daniel Deggau; PETEFFI DA SILVA, Rafael. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p.1-27, set. 2020.
217. Na tradição da *Civil Law*, a antijuridicidade sempre foi o filtro para admitir novas situações jurídicas protegidas (interesses). Nesse sentido, veja-se: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p.185-186 e DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 93. Para o último autor: “La antijuridicidad, repetimos, es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto.” Em sentido semelhante, ZANNONI, Eduardo. Op. cit., 2005, p. 55. “No es objeto de esta obra el estudio de la tipificación del ilícito relativo a la lesión o agravio a los derechos de la personalidad. Este estudio corresponde, específicamente, a otra área del terna de la responsabilidad civil: la antijuridicidad.”

A noção de dano defendida no presente trabalho suporta a construção de “novas” categorias patrimoniais e extrapatrimoniais como a perda da chance, o dano reflexo ou por ricochete, o dano advindo de *wrongful conception* e *wrongful birth* e mesmo o dano pela perda do tempo útil, desde que adequadamente fundamentado²¹⁸. O movimento de contínua expansão da responsabilidade civil, tanto na seara patrimonial como na seara extrapatrimonial, é amplamente compatível com a imposição legal de observância de um dano efetivo sofrido pela vítima.

3.2.3. A adequada abordagem das manifestações das subjetividades humanas da vítima

Tem-se observado, na doutrina brasileira, uma certa obsessão por desvincular o dano extrapatrimonial de qualquer noção relacionada com as consequências concretamente observadas na subjetividade da vítima, como o seu sofrimento, consternação ou constrangimento, apontando a lesão a interesse (situação jurídica) como único alicerce jurídico para a definição desse tipo de dano, como se fosse possível sustentar uma antinomia absoluta entre os dois fenômenos. Entretanto, se mera lesão a direito subjetivo ou a “interesse situação-jurídica”, ainda que constitucionalmente garantido, fosse suficiente para o surgimento do dever de indenizar, o fenômeno teria que ser observado de maneira uniforme, como solução sistêmica, inclusive nos casos de ofensa a outros direitos subjetivos ou interesses legítimos constitucionalmente resguardados, como o do proprietário. Não se tem notícia de doutrina ou jurisprudência que defendam essa possibilidade²¹⁹. Como já defendido no presente trabalho, a mera invasão de propriedade alheia, sem a comprovação de uma consequência danosa, não gera o dever de indenizar, ainda que direito constitucionalmente resguardado tenha sido lesado (propriedade).

218. PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013; PETEFFI DA SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, ano 3, p. 207-240, abr.-jun. 2016; PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, n. 117, p. 311-341, mar. 2010; BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p.1-27, set. 2020.

219. Essa mesma constatação é feita por Borghetti: “On pourrait certes faire valoir que la violation du droit constitue en elle-même un préjudice. *Il s’agit cependant d’un préjudice abstrait, pour ne pas dire virtuel*. En tout état de cause, cette explication n’est guère satisfaisante, car elle ne dit pas pourquoi cette solution ne s’applique qu’à certains droits bien particuliers. Ainsi, la jurisprudence n’a jamais affirmé, à notre connaissance, que la violation d’un droit de propriété entraîne nécessairement un préjudice pour le titulaire de ce droit” (BORGHETTI, Jean-Sébastien. *Op. cit.*, p. 6, nota 32, grifou-se).

Tanto uma hipótese diferencial observada na seara extrapatrimonial, assim como a capacidade concreta e subjetiva de um bem extrapatrimonial satisfazer necessidades humanas (dano como lesão a interesse real-concreto) acabam por frequentemente se aproximar das variadas manifestações do espírito humano, seguidamente traduzidas como angústia, humilhação, desconforto, constrangimento, sofrimento ou dor. Em inúmeras hipóteses, a situação fática em que a vítima se encontra após a ofensa aos seus bens jurídicos extrapatrimoniais – como os direitos da personalidade, por exemplo – apresenta-se *concretamente diferente* da situação contrafática e normativamente construída em que a vítima estaria sem a ofensa (hipótese diferencial) exatamente pela observância das citadas consequências negativas relacionadas ao espírito humano²²⁰. A lesão a esses bens jurídicos (situações jurídicas) retirou-lhes a aptidão ou idoneidade para, analisadas as subjetividades da vítima, satisfazer uma concreta necessidade humana básica: manter o seu titular afastado de consequências negativas como a vergonha, humilhação, frustração, constrangimento, dor, a falta de amenidades da vida, entre outros.

Munido dessa concepção, o Superior Tribunal de Justiça entende que não se pode indenizar a veiculação de inverídica e desabonadora informação se esta não agrava a situação gerada por informação pretérita, igualmente contrária à honra da vítima, mas veiculada legitimamente, por intermédio de lícita inscrição nos cadastros de restrição ao crédito (Súmula 385). A situação da vítima após a lesão ao seu direito subjetivo não parece mais gravosa do que aquela em ela estaria se a veiculação de notícia inverídica não tivesse ocorrido, pois a pecha de má pagadora já havia lhe sido imposta, lícitamente.

É absolutamente legítimo que entendimentos divergentes sobre a situação fática da vítima após o ato ilícito sejam apresentados, mas, para que se situem nos limites dogmáticos do Direito Brasileiro, não poderão estar centrados em uma argumentação exclusivamente baseada na lesão a situações jurídicas ou a direitos subjetivos, aptas a apenas atestarem a ilicitude da conduta do ofensor. O efetivo prejuízo da vítima não é mera consequência do dano, mas apresenta-se como seu cerne significativo e existencial, vinculado ao *an debeatur*.²²¹ Em 2014, o Superior Tribunal de Justiça julgou um dos

220. A favor da possibilidade de se utilizar uma fórmula comparativa na análise dos danos extrapatrimoniais, veja-se: STEINER, Renata. Op. cit., p. 51.

221. De acordo com Zavala de González, “La objeción fundamental que suscitan las teorías que hacen coincidir el daño con la materia lesionada – sea que se atienda al derecho violado o al interés menoscabado – es que no atienden al perjuicio en sí mismo, sino a su proveniencia; con ello y de algún modo, el daño resarcible quedaría reducido a la antijuridicidad. Sin embargo, cuando el Derecho se ocupa de reparar, no es relevante el exclusivo mal que entraña la lesión, intrínsecamente considerada, sino las concretas consecuencias – económicas o espirituales – que aquélla infiere a la víctima” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. Op. cit., p. 5); e JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 33-34 e ss.

precedentes²²² mais lembrados pela doutrina brasileira²²³, distinguindo o dano da mera ilicitude.

Apesar de se sustentar que o dano extrapatrimonial necessita de verificação de algum tipo de consequência efetiva para a vítima, é evidente que esta pode se distanciar da mera dor ou sofrimento e se manifestar em situações mais complexas. Aliás, nem mesmo se pode afirmar que a noção de dano apresentada neste trabalho imponha a necessidade de uma total consciência da vítima em relação ao dano sofrido. Um dos temas mais debatidos na Europa refere-se à possibilidade de se indenizar severos danos sofridos pela vítima, que resta em estado de coma após o evento danoso. Como a vítima não possui consciência do penoso estado em que se encontra, algumas posições, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, inclinaram-se para uma impossibilidade de indenização, por não existir efetivo efeito danoso e pelo fato da vítima não ter condições de gozar das compensações financeiras advindas da indenização²²⁴. Outras abordagens, apoiando a indenização dos danos sofridos pela vítima a sua integridade física, recorrem à ideia de *injury as such* ou de dano *per se*²²⁵.

Acredita-se que ambas as abordagens estejam equivocadas. Advoga-se pela indenização da vítima lesada, exatamente nos moldes da jurisprudência da Grã-Bretanha, que admite não existir a possibilidade de *pain and suffering*, em decorrência do estado comatoso, mas defende a inequívoca existência de dano efetivo consubstanciado no *loss*

-
222. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.269.246/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Órgão Julgador: 4ª T., j. 20.05.2014, Publicação: *DJe* 27.05.2014. “A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, *ofendendo-a de maneira relevante*” (grifou-se).
223. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit., 2019, p. 122; ALMEIDA, F. C. Inversão do ônus da prova, lesão a direitos de personalidade e dano imaterial: análise do REsp 1.269.246/RS. *Revista IBERC*, v. 6, n. 1, p. 175-193, 2023.
224. Nesse sentido, parte da doutrina suíça que pensou que teria havido uma pura punição para o médico anestesista que culposamente ministrou uma overdose de medicamentos que acabou por deixar a vítima em um estado vegetativo. WINIGER, Bénédict; FLEURY, Patrick; FEHR, Pierre-Emmanuel/ AVRAMOV, Philippe. Non-pecuniary damage without harm (Switzerland). (in) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 663. Discorda-se frontalmente da visão da doutrina suíça.
225. Essa é a leitura feita por parte da doutrina alemã em casos de lesão à saúde da vítima que, além das lesões à sua integridade física, gera estado de coma. MARTENS, Sebastian; ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Germany). (in) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v 2: essential cases on damage. p. 659.

*of amenity*²²⁶. A análise da situação da vítima em coma descortina inegável hipótese diferencial, tendo em vista que o estado comatoso observado depois do dano é diametralmente oposto à situação em que a vítima estaria (gozando de maneira plena de sua vida) caso o evento danoso não tivesse sido observado²²⁷. Existe lesão a um interesse específico e concreto da vítima.

Note-se que o direito estrangeiro, ao contrário do que se observa amiúde na cena jurídica brasileira, não possui pruridos e nem constrangimento ao fazer referência a aspectos relacionais e concretos da subjetividade da vítima quando trata do dano extrapatrimonial: dor e sofrimento (*pain and suffering*) e perda das amenidades da vida (*loss of amenity*) são termos que balizam o discurso em obras de direito comparado sobre a responsabilidade civil²²⁸, honrando as melhores tradições das noções normativas de dano, baseadas no *id quod interest* e afastadas de uma rudimentar visão naturalística.

Como visto, nos casos em que a vítima adentra estado comatoso imediatamente após o ato danoso, a ausência de elementos como a dor e o sofrimento (*pain and suffering*) não representam empecilho para a configuração do dano extrapatrimonial ressarcível. Contudo, em algumas situações, a falta de alguma capacidade sensorial da vítima, isto é, a incapacidade de estar exposta a sentimentos como dor e sofrimento poderá mitigar ou até mesmo afastar qualquer tipo de indenização²²⁹.

O Tribunal de Relação do Porto diminuiu a indenização que normalmente é concedida em hipóteses de dano reflexo extrapatrimonial em decorrência de morte de cônjuge porque o cônjuge sobrevivente (vítima reflexa) apresentava sérios problemas de

226. ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Comparative Report). (in) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 716.

227. Em sentido semelhante, a judiciosa decisão da Suprema Corte de Justiça da Áustria (Oberster Gerichtshof). “A person who is deprived of his ability to perceive experiences suffers harm which is at least as significant in liability law terms as interference with his well-being through pain” (KARNER, Ernst. Non-pecuniary damage without harm (Austria). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 661.

228. MARTENS, Sebastian; ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2011, p. 659. Essa é a leitura feita por parte da doutrina alemã em casos de lesão à saúde da vítima que, além das lesões à sua integridade física, gera estado de coma.

229. Nesse sentido, a leitura do Enunciado 445, da V Jornada de Direito Civil, deve ser feita de maneira muito cuidadosa “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”. O exemplo do estado comatoso mostra que sentimentos como dor e sofrimento não são requisitos para a indenização do dano moral em todas as situações, mas seguidamente será exatamente esse tipo de manifestação humana que consubstanciará o dano ressarcível.

demência, ainda que nos raros momentos de lucidez fosse possível aquilatar a morte do ex-marido²³⁰. Uma argumentação baseada nas subjetividades da vítima também foi elaborada pela Suprema Corte da Áustria, que admitiu a indenização pela fratura nas duas pernas da vítima cadeirante, apesar desta não poder sentir dor em decorrência da fratura. Essa situação teria o condão de diminuir a indenização concedida à vítima, mas o caso concreto demonstrou que a vítima sofreu com febres e vômito no dia do acidente, assim como teve que se submeter a penosas cirurgias posteriores e alguns desconfortos relacionados com a sua deficiência física. Portanto, a análise da condição concreta e subjetiva da vítima pautou a *ratio decidendi*²³¹ do Tribunal.

Não se pode ignorar que muitas cortes parecem admitir a existência de dano utilizando-se das criticadas expressões “dano normativo” ou “dano objetivo”, em situações de lesão de interesses-situações jurídicas no campo extrapatrimonial, como em algumas hipóteses de lesão de direito da personalidade²³², ou até mesmo no campo patrimonial, como se reconhece em algumas jurisdições em hipóteses de dano por violação à concorrência²³³

-
230. PEREIRA, André; MANUEL VELOSO, Maria. Non-pecuniary damage without harm (Portugal). In: WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 679.
231. KARNER, Ernst. Non-pecuniary damage without harm (Austria). In: WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 662. A Suprema Corte da Áustria, entretanto, admitiu que uma soma mínima poderia ser deferida a título de indenização, pela violação do direito de personalidade *as such*. Entende-se que Situação totalmente diferente ocorreria se a vítima lesada já se encontrasse em estado de coma quando do ato danoso. Imagine-se um paciente que se encontra em coma devido a uma patologia. Durante seu estado de inconsciência, uma enfermeira, por imperícia, deixa cair um bisturi que acaba por causar um corte na perda do paciente. Imagine-se que nenhuma dor ou desconforto tenha sido sentido pela vítima e nem mesmo qualquer tipo de dano estético pode ser verificado no momento em que a vítima recobra a consciência, um ano após o fato danoso. A lesão a direito da personalidade parece inegável, permitindo, dependendo das circunstâncias do caso, imaginar-se até mesmo consequências na seara criminal para a enfermeira. Entretanto, neste caso, não se vislumbra um dano efetivo como lesão a interesse real e concreto.
232. LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 558. Ao criticar a “desintegração do dano” em relação a uma “teoria dos direitos subjetivos”, observada na atual jurisprudência francesa em caso de responsabilidade civil por lesão a direitos da personalidade, assim se manifesta o autor “il est vrai qu’une mesure de cessation d’illicite peut être prononcée sans nécessité d’un préjudice, et que la violation du droit consomme une illicéité, cependant, des dommages et intérêt présupposent l’existence d’un préjudice et s’y mesurent, il fait donc remplir à la condamnation pécuniaire une fonction autre que réparatrice”; com crítica semelhante, veja-se: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 33-34 e ss.
233. BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., p. 6, nota 32; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 557.

ou no caso do chamado “dano de uso”²³⁴, ainda que seja complexo extrair da *ratio decidendi* de muitas decisões se existe uma verdadeira indenização por mero fato antijurídico ou se existiria uma forte presunção *iuris tantum*²³⁵ em relação ao dano pretensamente sofrido pela vítima²³⁶.

É nesse sentido de se estabelecer presunções relativas que se admite, apesar dos evidentes problemas terminológicos, a utilização da expressão dano *in re ipsa* em conformidade com as balizas do ordenamento jurídico brasileiro, pois se pode facilmente presumir, em algumas situações de danos extrapatrimoniais, o dano efetivo sofrido pela vítima. Parcela da doutrina identifica e critica uma contemporânea tendência do Superior Tribunal de Justiça em respaldar o que seria uma “vertente subjetiva do dano moral”²³⁷,

-
234. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 583-590. Concorde-se com a crítica do autor a alusão a um chamado “dano normativo” ou “dano objetivo” para sustentar a indenização de um dano ocorrido pela privação de uso de determinado bem. Paulo Mota Pinto afirma que as consequências específicas da privação do bem é que caracterizam o dano e não a mera lesão ao direito subjetivo: “como concretizações dependentes de elementos subjectivos e contextuais, as *vantagens concretas do gozo* autonomizam-se, quer do direito pessoal de gozo, por exemplo, de um locatário, quer daquele *ius utendi e fruendi* do proprietário em que se traduz a faculdade de utilização” (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 588).
235. Alguns autores entendem que os danos, nos casos de concorrência desleal, seriam apenas presumidos, *en raison des difficultés que susciterait sa preuve directe*, ainda que essa ausência de provar possa conferir a essas hipóteses um aspecto de pena privada. (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 11-13).
236. Mesmo em relação aos danos morais coletivos, existe a necessidade de se verificar uma efetiva consequência para a verificação do dano. Em relação a essa complexa categoria jurídica, alguns autores entendem que a configuração do dano moral em perspectiva coletiva nem mesmo seria possível. (Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 48 e ss. e ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 117 e ss.). Outros autores apoiam a sua indenização, mas indicam que o dano moral coletivo não poderia se confundir com a mera antijuridicidade (Nesse sentido, TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 44 e ss.), entendendo pela necessidade de efeitos concretos sobre o patrimônio moral da coletividade, (Nesse sentido, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit., p. 128). Apesar de contar com jurisprudência pacífica, interessante a menção do autor ao julgado: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.726.270/BA, rel. Min. Nancy Andrichi, rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Órgão Julgador: 3ª T., j. 27.11.2018, DJe 07.02.2019, em que o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva entende que não basta a mera lesão à situação jurídica (interesse) dos consumidores garantido pelo § 2º do art. 43 do CDC, asseverando expressamente que, apesar da ofensa ao comando legal, o ato ilícito “passou ao largo de produzir *sofrimentos, intranquilidade social* ou alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, descaracterizando, assim, o dano moral coletivo.” (grifou-se)
237. TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Op. cit., p. 45-46 citam as seguintes decisões do STJ em confirmação à sua afirmação: STJ, 4ª T. AgInt no REsp 1.827.470/PR, j. 15.10.2019.

caracterizada pela “dor psicológica sofrida pela vítima”²³⁸. De acordo com o exemplo da vítima que adentra em estado comatoso logo após o evento danoso, acredita-se que a jurisprudência não adota uma noção simplória caracterizada somente pela dor psicológica sofrida pela vítima. Ao contrário, acerta a Corte brasileira ao adotar um conceito subjetivo, relacional e sofisticado para a verificação do dano moral, na linha dos parâmetros impostos pelo ordenamento jurídico nacional e pela tradição do *id quod interest*²³⁹.

Durante o presente trabalho apresentaram-se possibilidades de noções normativas de dano, afastadas de uma mera noção naturalística, mas vinculadas a um prejuízo efetivo sofrido pela vítima. Levando-se em conta o arcabouço jurídico brasileiro, examinando as *normas* dedicadas à responsabilidade civil, acredita-se que a noção de dano baseado

Em sentido similar, v., ilustrativamente, STJ, 3ª T. AgInt no REsp 1.795.421/SP, j. 27.5.2019; e STJ, 3ª T. REsp nº 1.605.466/SP, j. 16.8.2016; STJ, 4ª T. AgInt no AREsp 1.701.482/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 30.11.2020. Em sentido similar, v., ilustrativamente, STJ, 4ª T. AgInt no AREsp 1.692.558/AL, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 23.11.2020; e STJ, 3ª T. AgInt no AREsp 1.506.584/RJ rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10.8.2020.

238. TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Op. cit., p. 46.

239. Ainda que não contando com uma *ratio decidendi* totalmente esclarecedora, pode-se observar julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça que ratificam as teses colocadas o presente trabalho. De forma paradigmática encontram-se acórdãos que vinculam o conceito de dano *in re ipsa* à seara probatória, tendo em vista a presunção de consequências prejudiciais para a vítima. Nesse sentido, STJ. REsp 1.512.001/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª T., j. 27.04.2021, *DJe* 30.04.2021, em que o causador de um acidente de trânsito não foi condenado pelo pagamento por danos morais, apesar de ter se evadido do local do acidente, pois, no caso concreto, a vítima recebeu auxílio imediato do SAMU, evitando que o ato reprovável do agente causasse efetivos prejuízos à vítima. De acordo com o voto do Ministro Relator, o dano *in re ipsa* somente é admitido quando “determinados atos ilícitos sempre ocasionam dor e sofrimento, dispensando, por conseguinte, a produção de qualquer indício do dano, possibilidade prevista no art. 375 do CPC/2015”. Felipe Teixeira Neto, ao comentar o acórdão, manifesta-se de maneira semelhante “Na situação posta, o Tribunal considerou duas hipóteses possíveis de serem aventadas: ainda que reprovável, a evasão do demandado (condutor do veículo) do local dos fatos, a depender das consequências concretas dela decorrentes, poderia ou não gerar um dano moral, ainda que *in re ipsa*. E, no caso concreto, à míngua de consequências diretas e específicas decorrentes da evasão do local, ainda que inferidas a partir de máximas de experiência comum, concluiu no sentido da inexistência de um dano moral indenizável.

Duas, portanto, foram as teses reconhecidas no acórdão, que incrementam o percurso de aperfeiçoamento da aplicação da categoria jurídica em debate. A primeira delas, no sentido de que o dano decorre invariavelmente das consequências do fato imputável ao agente e não da sua gravidade em si, seja ela abstrata ou mesmo concreta; a segunda, de que o dano moral, para que possa ser presumido *in re ipsa*, pressupõe o exame acurado das circunstâncias do fato e a demonstração, ainda que em tese, da sua potencialidade abstrata a comprometer atributos inerentes à personalidade, alterando a sua situação *ex ante*” (grifou-se) (TEIXEIRA NETO, Felipe. Dano moral *in re ipsa* e dano por mera conduta: comentários ao Recurso Especial 1.512.001/SP. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 36, ano 10, p. 323-345, jul.-set. 2023).

em uma mera lesão de direitos (situações jurídicas), sem a presença de dano efetivo sofrido pela vítima, seria admitir um “dano anti-normativo”²⁴⁰.

CONCLUSÕES

Diante dos argumentos expostos no presente trabalho acredita-se que se possa extrair algumas conclusões principais, que possibilitam a construção de um conceito normativo de dano para o direito civil contemporâneo:

1. Ainda que se tenha admitido que a noção ampla do termo “dano indenizável” possui utilidade dogmática, pois traduz a observância da totalidade dos requisitos para a formação do dever de indenizar, a construção de uma noção estrita de dano indenizável mostrou-se fundamental para a fixação de um conceito de dano com grau relevante de autonomia e com conteúdo eficaz próprio.

2. A noção de dano como mera lesão ou menoscabo de bens aproxima-se de uma noção naturalística, incapaz de absorver a riqueza e a multiplicidade das manifestações danosas indenizáveis. Observou-se, portanto, desde o Direito Romano, a tentativa de construção de uma noção sofisticada e relacional, baseada no *id quod interest* (interesse), apta a recepcionar os distintos e relativos efeitos sentidos pelas vítimas diante da lesão a bens tutelados.

3. De acordo com o contexto da época, a pandectística alemã do século XIX traduziu essa noção de interesse na chamada teoria da diferença, em que o dano em seu sentido jurídico seria definido pela comparação da situação patrimonial real em que a vítima se encontra após o dano e da situação hipotética (normativamente construída) na qual ela estaria se o evento danoso não houvesse ocorrido.

240. Em sentido semelhante, ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., p. 716, ao comentar as decisões que admitiam a reparação sem uma efetiva consequência danosa para a vítima: “These are all somewhat helpless, occasionally speculative, and ultimately unconvincing attempts to rationalise a decision that is based, ultimately, on a feeling of compassion with persons who have been particularly severely injured rather than on strictly legal argument”. No Direito Brasileiro também não passaram despercebidos pela doutrina os riscos em se admitir uma responsabilidade civil afastada de seus elementos essenciais, determinados pelo ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v.6, n. 24, out./dez. 2005): “E nem mesmo a caótica intervenção do Estado em áreas sociais críticas – como saúde, transporte, segurança pública – autoriza o superdimensionamento do dever de reparar para a promoção de justiça retributiva entre particulares. Tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima”. Em sentido semelhante, pugnando pelo respeito aos elementos essenciais da Responsabilidade Civil, veja-se: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, ano 3, p. 115-137, jul.-set. 2016.

4. Essa “hipótese diferencial” representou a resposta da época para um distanciamento definitivo de uma noção naturalística de dano, capaz de conferir a resposta para os desafios observados no momento histórico de sua criação. Ainda que os contornos da teoria da diferença, ambientados no *sex. XIX*, possam parecer insuficientes para recepcionar a ampla gama de manifestações danosas da contemporaneidade, mostrou-se que a ideia de uma “hipótese diferencial” continua atualíssima e útil para configurar e quantificar os danos atualmente verificados, inclusive em relação aos danos extrapatrimoniais. A “hipótese diferencial” confunde-se com a própria noção de dano, respaldando um conceito normativo de dano *como* interesse.

5. Apesar da inegável importância do *interesse* na configuração de um conceito normativo de dano, verificou-se tratar-se de expressão utilizada em “contextos *variados*, com sentidos nem sempre coincidentes, e para efeitos *diversos*”²⁴¹, devendo o seu significado ser revelado em cada seara jurídica.

6. Nesse sentido, empreendeu-se distinção entre o interesse quando relacionado à situação jurídica da vítima e quando esse interesse efetivamente conecta-se com o prejuízo, admitindo-se as expressões “interesse-situação jurídica” e “interesse-dano”.

7. A lesão ao “interesse situação jurídica” pode gerar diversas formas de tutela, absolutamente distintas da tutela indenizatória que caracteriza a responsabilidade civil, exatamente por não se constituir em elemento da noção jurídica de dano, enquanto este for entendido na sua concepção estrita, dotado de conteúdo eficaz próprio.

8. Abordou-se a noção de interesse como elemento apto a definir e operacionalizar a noção de dano em sentido estrito, dentro de uma perspectiva subjetiva e relacional. Para tanto, demonstrou-se que a noção de dano como interesse, atrelada a uma hipótese diferencial, ainda representa um racional útil para a identificação de danos indenizáveis, ressaltando a importância do dano como requisito autônomo e inafastável para o surgimento do dever de indenizar.

9. A noção de dano como *lesão a interesse real-concreto* mostrou-se apta a configurar o conceito jurídico de dano com conteúdo eficaz próprio, desde que o interesse seja entendido como a idoneidade de determinado bem jurídico para satisfazer necessidades *específicas e concretas* da vítima e afastado da seara da ilicitude, onde apenas se identificam situações jurídicas protegidas pelo direito, sem conferir tratamento aos prejuízos sofridos pelas vítimas.

10. Reafirmou-se a inafastabilidade do dano como requisito imposto pelo ordenamento jurídico brasileiro para o surgimento do dever de indenizar. Alertou-se que figuras como o *dano per se*, o *injury as such* e o *dano in re ipsa* podem desafiar as fronteiras do dano indenizável, aproximando-se da mera antijuridicidade.

241. MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 491.

11. Seguindo sólida tradição dos sistemas romano-germânicos, o Direito brasileiro realiza clara separação entre o dano e a ação que o tenha causado. Com efeito, os arts. 186 e 187 do Código Civil Brasileiro definem, em grande parte, os limites do ato ilícito, cuja verificação pode proporcionar, para a vítima, o manejo de tutelas possessórias, inibitórias e restituições, entre outras. O surgimento do dever de indenizar, contudo, somente ocorre nos casos em que essa ilicitude seja causadora de dano efetivo, como bem definido pelo *caput* do art. 927 do mesmo diploma e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

12. Os danos não são configurados pela simples violação a direitos constitucionalmente resguardados (dano-evento), afastando-se a aceitação de figuras como o *dano per se* e o *injury as such*, já rejeitadas até mesmo pela jurisprudência italiana, berço de figuradas como o dano biológico e o dano existencial.

13. A noção de dano defendida no presente trabalho suporta a construção de “novas” categorias patrimoniais e extrapatrimoniais como a perda da chance, o dano reflexo ou por ricochete, o dano advindo de *wrongful conception* e *wrongful birth*, o dano existencial e mesmo o dano pela perda do tempo útil, desde que adequadamente fundamentado.

14. A configuração do dano extrapatrimonial pode ocorrer sem a observância de sentimentos como a dor ou o sofrimento da vítima (exemplo da vítima que adentra estado comatoso). Porém, em inúmeras hipóteses, a situação fática em que a vítima se encontra após a ofensa aos seus bens jurídicos extrapatrimoniais – como os direitos da personalidade, por exemplo – apresenta-se *concretamente diferente* da situação contrafática e normativamente construída em que a vítima estaria sem a ofensa (hipótese diferencial) exatamente pela observância das consequências negativas relacionadas ao espírito humano. Assim, manifestações humanas como constrangimento, humilhação, dor e perda de amenidades da vida podem não ser mera consequência do dano, mas representar seu cerne significativo e existencial, vinculado ao *an debeatur*.

15. É no sentido de se estabelecer presunções relativas que se admite, apesar dos evidentes problemas terminológicos, a utilização da expressão dano *in re ipsa* em conformidade com as balizas do ordenamento jurídico brasileiro.

16. O conceito jurídico de dano como lesão a interesse real-concreto é capaz de conferir conteúdo normativo próprio ao instituto, respaldando uma noção relacional, dinâmica e concreta, alinhada às normas fundamentais da Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6. ano 3, p. 89-103, jan.-mar. 2016.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 1.
- ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. *Revista dos Tribunais*, n. 759, p. 11-23, jan. 1999.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*. Coimbra: Almedina, 2006.
- BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p.1-27, set., 2020.
- BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade civil pela perda do tempo: dano ressarcível e categorias indenizatórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto: uma análise comparada com o Direito norte-americano*. Tese (Doutorado). Florianópolis: Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2020.
- BETTI, Emilio. Interesse. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Editrice Torinese, 1962.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: La Responsabilità*. 2 ed. Milão: Giuffrè. 2012. v. 5.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien. Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civil extracontractuelle. In: BORGHETTI, Jean-Sébastien; DESHAYES, Olivier y PÉRÈS, Cécile. *Études offertes à Geneviève Viney*. Paris: LGDJ. 2008.
- BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- BUERES, Alberto. Prefácio. In: CALVO COSTA, Carlos. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. Wrongfulness in the Italian Legal System. In: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of Tort Law: Wrongfulness*. Haia: Kluwer International, 1998.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1993.
- BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madri: Tecnos, 1998.

- CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- CALVO COSTA, Carlos A. Las nuevas fronteras del daño resarcible. *La Ley*, 2005. p. 1413-1430. Disponível em: [www.calvocosta.com.ar/articulos.php]. Acesso em: 30.06.2020.
- CARBONAR, Dante O. Frazon. Dano: uma nova abordagem para a Responsabilidade Civil contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 31, ano 9, p. 155-192, abr.-jun. 2022.
- CARNAÚBA, Daniel. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Direito civil/responsabilidade civil: o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2010.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p.115-131, jul.-dez. 2019.
- CORREA, Atalá. Dano Moral: 20 anos de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- DE CUPIS, Adriano. *El Daño: teoría general de la responsabilidad civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch. 1975.
- DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis & Deakin's Tort Law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madri: Civitas. 1999.
- _____. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2011. v. 5.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: Responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DOMINGO, Elena Vicente. El Daño. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. 2. ed. Navarra: Aranzadi. 2013.
- EIDENMULLER, Horst Eidenmu et al. The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 4, p. 659-708, 2008.

- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013. t. 66.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- INFANTINO, Marta. Diffusing Law Softly: Insights into the European Travels of Italian Tort Law. *Journal of European Tort Law*, v. 6, n. 3, p. 260-281, 2015.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p. 45-53, out./dez. 2000.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O direito como sistema complexo e de 2ª Ordem; sua autonomia, ato nulo e ato ilícito, diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal, necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KARNER, Ernst. Non-pecuniary damage without harm (Austria). In: WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter, 2011. v. 2: essential cases on damage.
- LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil-Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2021-2022.
- LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la Responsabilité*. Action Dalloz. Paris: Dalloz, 2021-2022.
- LUDOVICO, Giuseppe. Danos não patrimoniais (direito italiano). In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely (Orgs.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Editora PUCSP, 2020. t. 7 (Direito do Trabalho e Processo do Trabalho).
- MAGNUS, Ulrich. “Vorteilsausgleichung” – a typical German institute of the law of damages?. In: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich (Coord.). *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015.

- MARINO, Francisco De Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTOFU, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTENS, Sebastian; ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Germany). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v 2: essential cases on damage.
- MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. General Overview (Spain). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2 (essential cases on damage).
- MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrichi no STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 2009. t. 2.
- MEKKI, Mustapha. La place du préjudice en droit de la responsabilité civile. *Hokkaido Journal of New Global Law and Policy*, v. 5, p. 150-200, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. V. 2. T. 3.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina. 1989.
- MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. V. 1.
- NOLAN, Donal. Rights, Damage and Loss. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, Issue 2, p. 255-275, Summer 2017.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
- OLIPHANT, Ken. England and Wales (Introduction). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter, 2011. v. 2 (Essential cases on damage).
- PANTALEÓN, Angel Fernando. Comentário al art. 1029 del Código Civil. In: *Comentario del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991. t. III.
- PANTALEÓN, Angel Fernando. *Comentario del Código Civil*. Madri: Ministério de Justicia, 1991. t. 3. p. 1991.
- PAPAYANNIS, Diego. *Manual de Daños Extracontractuales*. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- PEREIRA, André; MANUEL VELOSO, Maria. Non-pecuniary damage without harm (Portugal). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage.

- PETEFFI DA SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dano reflexo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, ano 3, p. 207-240, abr.-jun. 2016.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael; LUIZ, Fernando Vieira. *A compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, p. 281-312, out.-dez. 2017.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, ano 6, p.169-241, jan.-mar. 2019.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael; GRAZIEIRO CELLA, José Renato (Org.). *Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, n. 117, p. 311-341, mar. 2010.
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.
- PIRES, Thatiane Cristina Fontão. *Vorteilsausgleichung*: a compensatio lucri cum damno na responsabilidade civil alemã. Florianópolis: Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Direito das Obrigações. Extinção das obrigações*. Atual. Nelson Nery Jr.; Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 25.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Bens. Fatos Jurídicos*. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte especial. Direito das obrigações. Fatos ilícitos absolutos*. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 53.
- PUSHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. *Revista Direito FGV*, v. 1, n. 1, p. 91-107, 2005.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Atualizado por Fernando Peña Lopez. 5. ed. Madri: Arandiz, 2014. t. 1.

- REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil: a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no Direito Civil brasileiro*. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, 2015.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, ano 3, p. 115-137, jul.-set. 2016.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSENVOLD, Nelson. O dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSENVOLD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018.
- SACCO, Rodolfo. *Motivo, fine, interesse*. 2012. Acesso em: [<http://bddd.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow>]. Acesso em: 03.09.2018.
- SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. 2. ed. Giuffrè: Milão, 2005.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista Ajuris*, v. 47, n. 149, p. 383-408, 2020.
- STEINER, Renata. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVOLD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. Dano moral *in re ipsa* e dano por mera conduta: comentários ao Recurso Especial 1.512.001/SP. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 36, ano 10, p. 323-345, jul.-set. 2023.
- TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v.6, n. 24, out./dez. 2005.
- TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Notas sobre o dano moral no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 30, p. 33-60, out.-dez. 2021.
- TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.
- VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 2013. V. Les conditions de la responsabilité.
- VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. 3. ed. Padova: Cedam, 2005.

- VON BAR, Christian. *The common European law of torts*. Oxford: Oxford University Press, v. 2, 2000.
- WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press. 2008.
- WINIGER, Bénédicte; FLEURY, Patrick; FEHR, Pierre-Emmanuel/ AVRAMOV, Philippe. Non-pecuniary damage without harm (Switzerland). In. WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage.
- WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2. Essential cases on damage.
- WINIGER, Bénédicte. Comparative Report (Subjective Value). In: WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual: parte general*. Madrid: Dykinson, 2015.
- ZANNONI, Eduardo. A. *El daño em la responsabilidade civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea: 2005.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. *Disminuciones psicofísicas*. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Comparative Report). (in) WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cidade do Cabo: Juta & Co, 1990.
-



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Dano moral *in re ipsa* e dano por mera conduta: comentários ao Recurso Especial 1.512.001/SP, de Felipe Teixeira Neto – RDCC 36/323-345; e
- Dano: uma nova abordagem para a responsabilidade civil contemporânea, de Dante O. Frazon Carbonar – RDCC 31/155-192.