



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

NÁDIA CAROLINA BRENCIS GUIMARÃES

DANO MORAL POR PERDA DE UMA CHANCE

NÁDIA CAROLINA BRENCIS GUIMARÃES

DANO MORAL POR PERDA DE UMA CHANCE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^a. Dra. Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral

Londrina
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Guimarães, Nádia Carolina Brencis.

Dano moral por perda de uma chance / Nádia Carolina Brencis Guimarães. - Londrina, 2023.
202 f.

Orientador: Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2023.

Inclui bibliografia.

1. Perda de uma chance - Tese. 2. Dano moral - Tese. 3. Dignidade da pessoa humana - Tese. 4. Interesse existencial - Tese. I. Amaral, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

NÁDIA CAROLINA BRENCIS GUIMARÃES

DANO MORAL POR PERDA DE UMA CHANCE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Orientadora: Prof^a. Dra. Ana Cláudia
Côrrea Zuin Mattos do Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof^a. Dra. Daniela Braga Paiano
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Fernando Moreira Freitas da Silva
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Londrina, 20 de outubro de 2023.

A Deus, único digno de toda honra, glória e
louvor.

À minha mãe por tudo!

AGRADECIMENTOS

A Deus, por dar-me a vida, saúde e forças para superar todas as dificuldades, por conceder-me tantas bênçãos, oportunidades maravilhosas e apresentar-me as pessoas certas durante a caminhada. Sem sua graça e cuidado constante, nada poderia ser realizado.

À Professora Dra. Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral, minha orientadora, por toda a atenção e incentivo dispensados durante a orientação. Nos momentos de escuridão, mostrou-me o caminho e tornou este trabalho possível.

À Professora Dra. Daniela Braga Paiano por toda a generosidade e contribuição durante suas aulas e no exame de qualificação.

À Universidade Estadual de Londrina, e a todo o corpo docente e técnico pelo conhecimento, aprendizado e crescimento que me proporcionaram.

À minha mãe Eva Eliane Brencis por todo o amor, apoio e cuidado. Sua companhia e auxílio nas visitas às bibliotecas tornaram a pesquisa mais simples.

Aos meus avós Cecilia e Pedro Brencis (*in memoriam*), cuja lembrança continua viva, seu exemplo de força me impede de desistir.

Aos meus colegas de mestrado por toda as experiências que compartilhamos. Especialmente ao Arthur Lutiheri Baptista Nespoli, sua amizade tornou esse percurso mais leve e agradável, sua colaboração e apoio não podem ser expressos em palavras.

À Jéssica e demais colaboradoras da biblioteca da Unicesumar pelo empenho em auxiliar-me na localização das referências. Ao Dioleno da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, tão prestativo ao possibilitar a utilização do sistema COMUT.

À Universidade Estadual de Maringá, minha casa durante a graduação e especialização, que tão bem me recebeu para a pesquisa bibliográfica.

Ao Gabinete do Juízo Único de Alto Piquiri pela compreensão no momento em que precisei me ausentar.

À Fluência Escola de Oratória e ao Felipe Ferreira Araújo, pela contribuição para a superação de tantas barreiras.

Por fim, à toda Igreja Presbiterana do Brasil em Mandaguari, pelas orações para que esse sonho se concretizasse. Ao Rev. Izaías Sorce Dias, além de Pastor, suas experiências como doutorando encorajaram-me a seguir em frente.

[...] o homem, em geral, não se resigna a ser vítima do destino, mas procura alguém responsável por todos os seus infortúnios.

(Jean Penneau)

RESUMO

GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis. **Dano moral por perda de uma chance**. 2023. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

À medida que a consciência social se altera, incorporando novos interesses como merecedores de tutela, provoca-se a responsabilidade civil a trazer soluções para problemas anteriormente irrelevantes. Quando o modelo de ressarcimento se mostra insuficiente para atender às necessidades humanas, torna-se necessária a incorporação de novos fundamentos ou funções. Os prejuízos aos interesses aleatórios, que anteriormente eram fatalidades a serem suportadas pelo lesado, despertaram a necessidade de proteção jurídica, inicialmente em relação aos danos patrimoniais, e posteriormente, aos extrapatrimoniais. Os danos extrapatrimoniais, categoria também em transformação, buscam atender aos anseios de tutela da pessoa humana, inexistindo consenso sobre sua definição. Propõe-se analisar como se caracteriza o dano moral por perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Tem-se, como hipótese, que resultaria da existência de uma chance séria e real em um processo aleatório destinado à consecução de um interesse extrapatrimonial existencial. Objetiva-se identificar os requisitos que diferenciam a perda de uma chance dos danos hipotéticos e fixar balizas para a verificação do dano moral, por violação aos interesses aleatórios, no caso concreto, sem o recurso à casuística ou subjetivismo do intérprete. Mediante o uso de pesquisa teórico-bibliográfica e jurisprudencial, e do método dedutivo, identifica-se que a perda de uma chance, tanto nos casos em que houve impedimento da obtenção de uma vantagem futura quanto da tentativa de evitar um prejuízo já ocorrido, constitui um dano diverso do benefício almejado com o processo aleatório, consistente na perda da própria chance ou oportunidade, cujo valor é proporcional à probabilidade de êxito. A perda de uma chance deve ser analisada no caso concreto, aferindo-se se era séria e real com base nas circunstâncias específicas do processo aleatório e características pessoais do lesado, diferenciando-a de um dano hipotético. O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, implica em uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, cuja interpretação e incidência nas relações sociais constituem o dano moral como meio de ressarcimento dos danos extrapatrimoniais que lesionem os direitos da personalidade ou a dignidade. A injustiça do dano deve ser examinada por um juízo de ponderação entre os interesses contrapostos, com a prevalência dos interesses existenciais. A verificação do dano moral por perda de uma chance não deve estar vinculada aos efeitos anímicos do dano, significando que a mera frustração decorrente da interrupção do processo aleatório não é, por si só, indenizável. Portanto, o dano moral por perda de uma chance pressupõe a verificação cumulativa no caso concreto de uma chance séria e real de êxito no processo aleatório interrompido pelo fato danoso. Além disso, é fundamental que o interesse aleatório esteja relacionado à esfera existencial da pessoa e a interrupção tenha violado direitos da personalidade ou substrato material da dignidade humana, individualizados no caso concreto.

Palavras-chave: perda de uma chance; dano moral; dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade; interesse existencial.

ABSTRACT

GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis. **Moral damage for loss of a chance**. 2023. 191 f. Dissertation (Master's degree in Business Law) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

As social consciousness changes, incorporating new interests as worthy of protection, civil liability is provoked to bring solutions to previously irrelevant problems. When the compensation model proves to be insufficient to meet human needs, it becomes necessary to incorporate new fundamentals or functions. Damages to random interests, which were previously fatalities to be borne by the injured party, aroused the need for legal protection, initially in relation to property damages, and later, to extra-patrimonial damages. Non-patrimonial damages, a category also undergoing transformation, seek to meet human needs for protection, with no consensus on its definition. It is proposed to analyze how moral damage for to loss of a chance is characterized in the Brazilian legal system. It is hypothesized that it would result from the existence of a serious and real chance in a random process aimed at achieving an existential extra-patrimonial interest. The aim is to identify the requirements that differentiate the loss of a chance from hypothetical damages and establish benchmarks for verifying moral damage, due to violation of random interests, in the specific case, without resorting to casuistry or the interpreter's subjectivism. Through the use of theoretical-bibliographical and jurisprudential research, and the deductive method, it is identified that the loss of a chance, both in cases where there was an impediment to obtaining a future advantage or in an attempt to avoid a loss that has already occurred, constitutes a damage other than the benefit sought from the random process, consisting of the loss of the chance or opportunity itself, the value of which is proportional to the probability of success. The loss of a chance must be analyzed in the specific case, assessing whether it was serious and real based on the specific circumstances of the random process and personal characteristics of the injured party, differentiating it from a hypothetical damage. The article 1, item III, of the Federal Constitution, by establishing the dignity of the human person as the foundation of the Republic, implies a true general clause for the protection of the human person, whose interpretation and incidence on social relations constitute moral damage as a means of compensation of extra-patrimonial damages that harm personality rights or dignity. The injustice of the damage must be examined by a balancing judgment between opposing interests, with the prevalence of existential interests. The verification of moral damage for loss of a chance must not be linked to the mental effects of the damage, meaning that the mere frustration resulting from the interruption of the random process is not, in itself, compensable. Therefore, moral damage for a loss of a chance presupposes the cumulative verification in the specific case of a serious and real chance of success in the random process interrupted by the harmful event. Furthermore, it is essential that the random interest is related to the person's existential sphere and the interruption has violated personality rights or material substrate of human dignity, individualized in the specific case.

Key-words: loss of a chance; moral damage; dignity of the human person; personality rights; existential interest

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PERDA DE UMA CHANCE	14
2.1	CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITO	14
2.2	REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE	33
2.3	NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE.....	47
2.3.1	Dano: Lesão a um Interesse Tutelado	48
2.3.2	Dano Patrimonial e Extrapatrimonial.....	53
2.3.3	Natureza Jurídica do Dano por Perda de uma Chance	58
2.4	QUANTIFICAÇÃO	67
3	CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL.....	76
3.1	DISTINÇÃO ENTRE OS DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS.....	79
3.2	BREVE EVOLUÇÃO DO RESSARCIMENTO POR DANO MORAL	84
3.3	CONCEPÇÕES DO DANO MORAL	89
3.3.1	Concepção Clássica ou Subjetiva.....	90
3.3.2	Concepção Objetiva.....	95
3.3.2.1	Ofensa aos direitos da personalidade	97
3.3.2.2	Ofensa à dignidade da pessoa humana	105
3.4	DANO MORAL E NOVOS DANOS	123
4	DANO MORAL POR PERDA DE UMA CHANCE	134
4.1	APLICAÇÃO DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA OU SUBJETIVA	134
4.1.1	Dano Moral Puro: Inexistência de Chance Séria e Real	135
4.1.2	Dano Moral Subjetivo por Perda de uma Chance: Chance Séria e Real	142
4.2	APLICAÇÃO DA CONCEPÇÃO OBJETIVA DE DANO MORAL	144
4.2.1	Natureza Exclusivamente Extrapatrimonial da Chance	145
4.2.2	Espécie de Dano Extrapatrimonial Diverso do Dano Moral	152
4.2.3	Dano Moral Objetivo por Perda de uma Chance: Chance Séria e Real e Interesse Existencial	154
4.3	DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL.....	163

4.4	DANO MORAL POR PERDA DE UMA CHANCE NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	172
5	CONCLUSÃO	183
	REFERÊNCIAS.....	188

1 INTRODUÇÃO

As interações sociais estão em constantes transformações; a cada dia, novos interesses são notados como dignos de tutela, exigindo da responsabilidade civil respostas aos conflitos sociais.

A estrutura da responsabilidade civil subjetiva baseada na culpa e no ressarcimento exclusivo dos danos patrimoniais, mostrou-se insuficiente para a tutela das pessoas, especialmente a partir do despertar das atenções para as necessidades não só patrimoniais, como também existenciais.

Incorporou-se a responsabilidade objetiva como modo de alargar a reparação dos danos em que não fosse possível ao lesado demonstrar a culpa do responsável. Admitiu-se, com hesitação, a compensação dos danos morais, e atualmente discute-se a necessidade do estabelecimento de critérios seguros para evitar a banalização dos danos extrapatrimoniais, diante da constante identificação de novas situações lesivas e interesses tuteláveis que impedem uma segura sistematização da matéria.

Os danos aos interesses aleatórios passam por um processo semelhante. Se antes eram irrelevantes juridicamente e deveriam ser suportados pelo lesado como um acontecimento fortuito, hodiernamente, devem ser ressarcidos. Não se tolera mais que o dano decorrente da interferência indevida de um fato sob responsabilidade do lesante permaneça sem indenização.

Primeiramente, admitiu-se a reparação dos danos patrimoniais decorrentes da perda de uma chance nos casos em que o processo aleatório, que levaria o lesado a alcançar um benefício ou evitar um prejuízo, foi interrompido por fato de outrem. Agora, a controvérsia não está na possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais almejados como fim no processo aleatório, mas sim em como selecionar os casos em que haverá ressarcimento.

A teoria da perda de uma chance é aplicável às relações extracontratuais e negociais de qualquer natureza. No caso específico da atuação dos advogados e médicos, embora assumam obrigações de meio e não garantam a obtenção de sucesso, devem empregar todas as medidas disponíveis e apropriadas para o êxito. Havendo responsabilização nos casos em que ocorram danos e sejam demonstrados os requisitos para o ressarcimento.

Neste contexto, o dano moral é uma das espécies de danos

extrapatrimoniais em constante discussão, e sem consenso quanto à sua conformação. Pode ser identificado como o efeito anímico sobre o lesado ou, de forma objetiva, pela identificação do interesse extrapatrimonial atingido pela lesão.

O dano moral por perda de uma chance reúne em uma só figura dois elementos controvertidos da responsabilidade civil, e que são verificados por uma infinidade de modos pela doutrina e jurisprudência. O que gera insegurança e problemas em sua aplicação aos casos concretos.

Em relação ao dano por perda de uma chance, há divergência quanto ao seu enquadramento como dano ou relativização do nexo de causalidade em algumas hipóteses, o que repercute em sua natureza jurídica, nos requisitos de sua caracterização, e em diferenças na aplicação da probabilidade de êxito encontrada. Já na seara do dano moral, há discrepância sobre ser sinônimo ou não de danos extrapatrimoniais e qual critério diferenciador deve ser adotado. Identificado o dano moral como espécie, questiona-se quais são os interesses tutelados.

Esse cenário de incertezas gera dificuldades práticas no âmbito do processo judicial, especialmente em relação à divergência de entendimento sobre a natureza jurídica do dano pela perda de uma chance. Podendo justificar o afastamento da reparação no caso concreto, por considerar-se a sentença *ultra petita*, e repercutir diretamente na quantificação do dano.

Além disso, a insegurança jurídica sobre o que constitui o dano moral e a perda de uma chance impede a adequada consideração da rubrica indenizatória no custo dos produtos e serviços, bem como no cálculo atuarial em seguros e no mercado financeiro, exercendo uma influência significativa nas relações obrigacionais.

Portanto, propõe-se analisar, por meio de pesquisa teórico-bibliográfica e jurisprudencial, utilizando do método dedutivo, como se caracteriza o dano moral por perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. Para essa finalidade, dividiu-se o estudo em três partes:

Inicialmente, apresenta-se o contexto em que os interesses aleatórios galgaram relevância jurídica, introduzindo o conceito da teoria da perda de uma chance. Explora-se a prescindibilidade da cisão em prejuízo e causalidade parcial, bem como os requisitos de caracterização para que seja um dano certo e não hipotético. Além disso, examina-se a possibilidade de a natureza jurídica ser considerada como dano patrimonial ou extrapatrimonial, e aborda-se o método de quantificação.

No capítulo intermediário, verificam-se as propostas de diferenciação entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, expondo as concepções para a identificação do dano moral em seu aspecto subjetivo ou objetivo, bem como a possibilidade de cumulação com outras espécies de danos extrapatrimoniais. Propõe-se um formato de sistematização e pondera-se a pertinência dos novos danos em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, na terceira parte, averíguam-se as propostas apresentadas na doutrina e jurisprudência para identificação do dano moral por perda de uma chance à luz dos requisitos de caracterização da perda de uma chance e do dano moral abordados anteriormente.

Portanto, pretende-se contribuir para o aperfeiçoamento das demandas ressarcitórias, indicando-se aportes teóricos para que a busca da reparação integral ao lesado – tendência contemporânea da responsabilidade civil – não esteja dissociada da coesão necessária para proporcionar segurança jurídica aos litigantes e a todos aqueles afetados pela ocorrência – mesmo que abstrata – do dano, seja incluindo o custo do ressarcimento no fornecimento de produtos ou serviços, bem como no atuar defensivo para a evitabilidade de demandas judiciais.

2 PERDA DE UMA CHANCE

A adequada compreensão dos danos aos interesses aleatórios como ressarcíveis demanda a percepção de que a responsabilidade civil é um instituto jurídico em constante transformação para atender os anseios sociais e tutelar as múltiplas manifestações da pessoa humana.

Inicialmente, demonstra-se como a responsabilidade civil ajusta seus institutos diante da identificação de lacunas que impedem o ressarcimento de interesses identificados como juridicamente relevantes. Em seguida, apresenta-se o interesse aleatório como merecedor de tutela, a qual é efetivada pela incorporação da teoria da perda de uma chance no âmbito da reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITO

A responsabilidade civil é um instituto jurídico em constante evolução e aperfeiçoamento, acompanhando o desenvolvimento e as transformação das relações sociais.

Em sua origem, a responsabilidade civil tem a ideia de pena privada, equivalente à vingança. Nas civilizações antigas, ao causador do dano lhe era infligido um dano ou prejuízo equivalente ao suportado pela vítima, por iniciativa coletiva, e posteriormente dos prejudicados, sendo a responsabilidade objetiva, porque “não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano” (DINIZ, 2023, p. 14, *ebook*).

Mais tarde, há o período da composição voluntária, na qual o lesado e o lesante transigiam acerca do pagamento de um resgaste (*poena*), que correspondia à uma soma pecuniária ou bens, a critério da vítima. Houve a sucessão pela composição tarifaria ou obrigatória, na qual há previa fixação da pena, como por exemplo na Lei das XII Tábuas (LIMA, 1938, p. 11).

Posteriormente, o Estado assumiu a posição ativa para a punição, não somente dos crimes cometidos em face dele próprio, mas também dos particulares, e a vítima deveria buscar o ressarcimento pelo dano (ROSENVALD, 2022, p. 37, *ebook*).

A “evolução do instituto da responsabilidade extra-contratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento

subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo” (LIMA, 1938, p. 16). Assim, inseriu-se o requisito da culpa para que fosse possível a responsabilização civil, permitindo-se a isenção de qualquer responsabilidade se o lesante não tivesse procedido com culpa (DINIZ, 2023, p. 14, *ebook*).

Dessa forma, tradicionalmente, exige-se para a indenização de danos que o lesado cumpra o ônus de demonstrar a cumulação dos elementos: ato ilícito, composto por uma conduta culposa do responsável, dano e o nexo de causalidade.

Prevalecia a regra do tudo ou nada, existindo para o lesado duas opções: ou provava a presença de todos os elementos e recebia a indenização, ou não logrando êxito, deveria suportar integralmente o dano.

Essa concepção de responsabilidade civil, apesar de promover o ressarcimento para a vítima, tinha por finalidade assegurar que o responsável apenas arcasse com os danos que causou com culpa *lato sensu*¹, priorizando-se mais a proteção do patrimônio do agente danoso do que a tutela do lesado.

Considerava-se inadequado impor o dever de ressarcimento, que implica diretamente em decréscimo patrimonial ao lesante, se inexistisse um desvalor de sua conduta, ou seja, um ato ilícito.

Tal perspectiva é justificada pela estrutura do direito privado com viés estritamente patrimonialista, e predomínio de valores como a autonomia da vontade e o individualismo. Preponderava a noção de que as pessoas poderiam agir livremente, ainda que causassem danos a outrem, e que tão somente quando verificada a ilicitude da conduta, é que haveria o dever de ressarcimento:

A lógica capitalista incentiva a liberdade dos agentes econômicos através de um aparato jurídico que minimamente interferisse na circulação de riquezas e no exercício de atividades negociais. Daí que qualquer pessoa eventualmente atingida por força do exercício de tais atividades deveria demonstrar cabalmente ter sido o dano o resultado de um ilícito culposo que lhe gerou lesões em razão de um comportamento adequadamente produzido pelo agente econômico. Diante da complexidade da obtenção pelo ofendido destes elementos probatórios, esta tarefa era conhecida sutilmente como a “prova diabólica” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 201).

¹ O avanço na teoria da culpa é notado pelo afastamento e desvinculação dos critérios subjetivos, que foram substituídos por padrões objetivos, facilitando sua verificação: “Mesmo no interno da teoria subjetiva, a culpa expiou a sua conotação moral, eis que já não mais demanda a análise psicológica e anímica da conduta do ofensor, convertendo-se em culpa normativa e aferida com base em parâmetros objetivos de comportamento, facilitando sobremaneira a sua identificação no caso concreto” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 202).

Dessa forma, o patrimônio do lesante era assegurado nos casos em que a vítima não cumprisse satisfatoriamente com o ônus da prova da culpa.

No entanto, o avanço da sociedade industrializada e tecnológica do último século² transformou o modo de vida dos indivíduos, aumentando exponencialmente a exposição das pessoas a diversas situações com potencial danoso³. O modelo de regulação das relações interpessoais pautado no predomínio da autonomia privada e da culpa tornou-se insuficiente, especialmente em razão da dificuldade de comprovação dos elementos da responsabilidade civil.

Verificou-se nas relações de trabalho, por exemplo, a transição da produção artesanal especializada para as fábricas após a Revolução Industrial. Os trabalhadores, muitas vezes sem preparo técnico, foram expostos a rotinas extenuantes e precisaram se adaptar ao ritmo das máquinas que automatizaram o trabalho, e poderiam possuir lâminas, prensas, dentre outros, o que acentuava o risco de acidentes (JOSSERAND, 1941, p. 459).

Se o trabalhador fabril sofresse um acidente em decorrência de falta de instrução, má utilização ou conservação de uma máquina, apenas seria indenizado se comprovasse a culpa do empregador. Isso era improvável naquele estágio de inovação, de forma que se denominou a prova da culpa, de “prova diabólica” (SCHREIBER, 2009, p. 17; LISBOA, 2012, item 28.1). Portanto, atribuía-se diversos danos à uma fatalidade, um acontecimento lastimável, que deveria ser suportado pelo lesado, em razão da ausência de demonstração do elemento subjetivo.

O aumento das situações com potencial lesivo, e o custo social que esses acontecimentos cominavam à toda a sociedade, tornaram necessárias alternativas ou novos fundamentos para que as pessoas não mais ficassem desamparadas.

Diversas legislações foram incorporadas ao ordenamento jurídico para reduzir os excessos de liberdade de atuação dos indivíduos, aos quais era

² “A evolução científica e industrial conduziu, como já é truísmo dizer, a uma substancial majoração do potencial lesivo da autonomia privada. A exploração de novas fontes de energia; as técnicas de produção em massa; a ampla comercialização de medicamentos e terapias que refletem descobertas relativamente recentes da ciência médica; o desenvolvimento desconcertante dos transportes terrestres, aéreo e marítimo; a explosão da mídia; tudo que caracteriza, enfim, a sociedade contemporânea esconde, por trás de si, um enorme potencial de dano (SCHREIBER, 2009, p. 84).

³ “Sin embargo, hoy en día y a partir del desarrollo del maquinismo y el aumento de la intensidad de la circulación automotriz, los daños resultantes de ataques a la integridad corporal de la persona humana se han vuelto habituales y altamente perjudiciales” (AZPEITIA; LOZADA; MOLDES, 1998, p. 28).

permitido agir como bem entendessem para a satisfação de seus interesses⁴. A ampla autonomia da vontade foi reformulada para que o agir humano respeitasse limites, como a boa-fé, a função social, a equidade, entre outros, com a finalidade de garantir proteção mútua, assegurar a coesão social e a convivência pacífica entre os indivíduos⁵.

Dentre as repercussões no âmbito da responsabilidade civil, a culpa deixou de ser inafastável. Ao ponto de se afirmar que é um elemento accidental prescindível (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2022, p. 22, *ebook*)⁶ em razão do extenso rol de hipóteses de responsabilidade objetiva disperso na legislação, bem como da cláusula geral de responsabilidade pelo risco⁷, aplicando-se a responsabilidade subjetiva majoritariamente nas relações entre particulares e atividades desempenhadas por profissionais liberais.

É neste contexto que ocorre a mitigação ou flexibilização da culpa como filtro de reparação, estando hodiernamente as atenções voltadas ao segundo obstáculo à reparação: a demonstração do nexo de causalidade (SCHREIBER, 2009, p. 50).

Ocorreram alterações estruturais e funcionais dos institutos jurídicos devido à superação do paradigma patrimonialista predominante no Código Civil de 1916 e que já não mais atendia aos anseios sociais do final do século XX. Após a Constituição Federal de 1988, o protagonismo passa para a tutela da pessoa humana⁸ em todas as suas nuances e interesses, especialmente os existenciais e o de livre desenvolvimento de sua personalidade, irradiando-se sobre todos os ramos do direito

⁴ “Com efeito, ao protagonista do Código Civil, sujeito de direitos e proprietário, cabia somente velar por seus familiares e por seus bens, apresentando-se desvinculado do tecido social que o envolvia” (MORAES, 2017, p. 103).

⁵ O próprio dano é identificado por Carlos Alberto Ghersi (1997, p. 48) como decorrência de uma crise de governabilidade. Esta teria função preventiva para a evitabilidade da ocorrência de danos, correspondendo a uma técnica para consolidação da paz social.

⁶ Os elementos “básicos o comunes [da responsabilidad civil] son: el hecho humano, el daño y la relación de causalidad” (GHERSI, 1997, p. 40).

⁷ Pode-se distinguir a responsabilidade objetiva como aquela prevista expressamente em lei, como no exemplo do artigo 932 do Código Civil, e a responsabilidade pelo risco, está relacionada ao exercício de atividades com maior potencial lesivo, conforme previsto na cláusula geral do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

⁸ “A radical mudança de perspectiva aqui apenas reflete, e não poderia ser diferente, a metamorfose dos papéis do lesante e do lesado no sistema da responsabilidade civil em geral. Se antes a vítima era obrigada a suportar, corriqueiramente, o dano sofrido – dano cuja causa, na maior parte das vezes, se atribuía não a seu autor, mas ao destino, à fatalidade, ou à vontade de Deus–, já em meados de século XX passaria ela, a vítima, a desempenhar a função de protagonista da relação jurídica instaurada a partir do evento danoso, conseguindo garantir de forma cada vez mais eficaz o seu crédito, isto é, a reparação” (MORAES, 2017, p. 148).

(FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 202).

O Constituinte não se limitou a regulamentar temas de organização do Estado e fazer poucos apontamentos sobre o indivíduo, como era característico dos textos anteriores. Ao contrário, outorgou “aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional” que em conjunto com a previsão de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais são o núcleo essencial da Constituição (SARLET, 2011, p. 37).

A dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal) é o valor fundamental de nossa sociedade, antecedida apenas pela soberania e a cidadania, pilares indispensáveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito (MORAES, 2017, p. 119-120). Este é imprescindível para a preservação da convivência interpessoal em que a dignidade humana é efetivada.

Inúmeras matérias anteriormente reguladas apenas no âmbito infraconstitucional foram incorporadas à Constituição, como a reparação de danos⁹. O artigo 5º, inciso V (é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação) estabelecem o ressarcimento amplo de danos como direito fundamental.

A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais estão vinculados e constituem “um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo” (SARLET, 2011, p. 16). Dessa forma, a negativa de um direito fundamental inerente à pessoa humana, implica na negativa da própria dignidade (SARLET, 2011, p. 48).

O ressarcimento de danos, que era matéria de direito privado, está contemplado entre os direitos e garantias inalienáveis e insuprimíveis para o indivíduo, uma vez que constitui cláusula pétrea nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

A abordagem constitucional do tema não significa que todos os danos sejam indenizáveis, já que sofrer perdas e danos é inerente à vida em sociedade e

⁹ “Ao interesse do tema, sobressai a dignidade da pessoa humana, por ser a vulneração a essa dignidade fonte que supre o direito de danos. A toda hora, a qualquer momento, a dignidade do ser humano é malferida. Seja nos pequenos gestos de discriminação, seja no seio familiar, onde sempre surgem momentos de intensa turbacão, a afronta à dignidade enseja e dá azo a diversas causas de dano moral” (SANTOS, 2015, p. 10).

deve ser tolerado¹⁰. No entanto, há um limite do que deve ser suportado, e a partir do qual o dano deve ser ressarcido. Esse limite é “variável e adaptável pelo direito aos valores da sociedade segundo as vicissitudes do tempo” (LÔBO, 2022, p. 345, *ebook*).

A responsabilidade civil é o *lôcus* em que se discute o ressarcimento de danos, exigindo-se a reestruturação de seu fundamento e função para proporcionar, por meio dela, tutela ampla à pessoa. Portanto, a tendência contemporânea é que, uma vez identificada a origem do dano, ocorra a indenização. Posteriormente é que se debruçará na identificação do lesante individualmente considerado ou na existência de culpa¹¹, como ocorre na securitização, solidarização (condenação de edifícios edilícios, condenação dos grupos), ou o risco integral para os danos ambientais.

Os efeitos da tutela existencial proporcionada pela Constituição Federal e pela cláusula geral de reparação de danos prevista no artigo 927, *caput*, do Código Civil resultam na inexistência de tipologia estanque dos danos indenizáveis, especialmente extrapatrimoniais, permitindo a eleição dos interesses mercedores de tutela jurídica na análise do caso concreto (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 205-206). Também possibilita a ressarcibilidade de interesses anteriormente não tutelados, uma vez que “à medida que o conceito de pessoa se transforma, novos danos são a ele acrescidos, em decorrência mesma de uma visão mais integral desse conceito” (SILVA, C., 2015, s.p.).

Dessa maneira, se identificada uma lacuna que permita a imposição de que o lesado suporte danos atribuíveis à responsabilidade de outrem, deve-se buscar soluções jurídicas para superá-la.

É neste cenário que se fala em responsabilidade civil por perda de uma chance. Se outrora, os danos decorrentes da interrupção de um processo destinado ao alcance de um interesse aleatório eram irreparáveis, por serem considerados uma fatalidade, atribuída ao acaso ou ao sobrenatural (CARNAÚBA,

¹⁰ “Exemplo é a perda de uma relação de emprego, ou o dano em virtude do insucesso de um negócio ou atividade econômica, ou o dano ao transportado no transporte de cortesia, sem dolo do transportador (STJ, Súmula 145). São perdas oriundas do risco normal de viver em sociedade” (LÔBO, 2022, p. 345, *ebook*).

¹¹ Em maior extensão, Daniel de Andrade Levy (2012, p. 221-224) propõe a “cisão parcial” da responsabilidade civil em direito de danos e direito das condutas lesivas. O primeiro terá como finalidade a proteção da vítima e os efeitos do ilícito, especialmente por mecanismos extrajudiciais. O segundo se encarregará da investigação da causa do dano e da conduta danosa, visando à dissuasão de comportamentos, recolocando a culpa como elemento básico da responsabilidade civil, sem retardar o ressarcimento à vítima.

2013, p. 74), a evolução das relações sociais demonstrou a existência de um interesse tutelável que não pode mais ser integralmente suportado pelo lesado.

A teoria da perda de uma chance¹² designa as situações em que a chance ou a oportunidade de alcançar uma situação vantajosa ou de evitar um dano foi definitivamente frustrada por um fato¹³ de outrem.

Existia um processo aleatório em curso que poderia trazer uma situação mais benéfica para o interessado, porém foi frustrado por fato de outrem, de forma que o resultado aleatório nunca chegará a ser conhecido. Também se refere às situações em que era possível evitar um dano ou reduzir sua extensão, mas aquele que estava obrigado a adotar as medidas necessárias para interromper o encadeamento desvantajoso, não o efetuou, ou o fez de forma extemporânea¹⁴.

Isto é, “o significado jurídico da perda da chance traduz-se na subtração de uma possibilidade, probabilidade ou esperança, e ainda de expectativas do indivíduo de auferir um lucro ou vantagem, como também de evitar a ocorrência de um evento danoso” (AMARAL, 2015, p. 65).

Há um impedimento de que a vítima usufrua das chances anteriormente disponíveis, porque a chance

frustrada no es más que privar a alguien de la oportunidad de participar en un hecho o evento de resultado incierto, aunque probable en grado serio; importa reclamar la imposibilidad de entrar en la disputa o evento en el cual se habría

¹² ““Chance” es una palabra francesa, significativa de oportunidad u ocasión propicia” (GONZÁLEZ, 1996, p. 442)

¹³ Optamos por utilizar “fato” e não “ato” ou “conduta” porque, no atual estágio de desenvolvimento social e tecnológico, não somente a conduta humana volitiva pode ensejar a responsabilidade civil, mas também as situações em que é imputada a responsabilidade pelo fato de terceiro, de coisas ou de animais a outrem. Neste sentido: “Em geral, a doutrina nega a existência de fato *stricto sensu* ilícito, argumentando que o fato da natureza não pode ser ilícito. Ilícitude seria valoração de ato humano e, portanto, não serviria para adjetivar fato natural, que é indisciplinável pelo homem e, conseqüentemente, pelo direito. Mas, consoante esclarecemos quando do estudo do fato jurídico *stricto sensu*, a juridicidade do fato (igualmente a ilicitude) decorre de sua vinculação a alguém, a quem são atribuídos efeitos no campo do relacionamento humano. O fato, em si, é indiferente às normas jurídicas, mas, se dele decorrem interferências na esfera jurídica de alguém, o direito o toma tal qual acontece e determina qual o comportamento que as pessoas por ele afetadas devem adotar. Assim, como o fato jurídico *stricto sensu* (lícito) atribui direitos (pretensões) às pessoas a ele vinculadas, o fato *stricto sensu* ilícito tem o efeito de criar deveres (obrigações) a quem esteja a ele ligado como imputável” (MELLO, 2022, p. 105, *ebook*).

¹⁴ Luis Medina Alcoz (2009, p. 46) defende que, na perda de uma chance, seja qual for a concepção adotada, o problema está na causalidade. Define a perda de uma chance como: “[...] se traduce em un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso”.

definido la obtención o no del beneficio [...] (CNCiv., Sala C, 17/6/85, LL, 1986-C-33 *apud* GONZÁLEZ, 1996, p. 446).

Matilde Zavala de González (1996, p. 444) cita diversas decisões jurisprudenciais argentinas que demonstram a concepção de que a chance, enquanto probabilidade suficiente de benefício econômico futuro, integra as faculdades de agir da pessoa.

Dessa forma, a oportunidade que outrora era irrelevante ao ordenamento jurídico passa a motivar o ressarcimento, em razão da identificação da existência de uma utilidade para o seu titular. A chance de ter a sentença revertida pelo Tribunal só é relevante e tem valor para o sucumbente. O diagnóstico correto e temporâneo só é relevante para o enfermo que procura ajuda médica. A oportunidade de vencer um concurso de beleza ou de ingresso no serviço público só tem serventia para aquele que se dispõe e faz sua inscrição, ainda que existam outros com melhores qualidades ou mais capacitados e que não se inscreveram.

Identificam-se duas hipóteses de perda de uma chance, a depender do momento em que está situada a aleatoriedade. Nos casos em que o processo aleatório em curso foi interrompido de forma a impossibilitar o conhecimento do resultado final, a álea está em saber se a vantagem seria ou não alcançada. Já nos casos em que o processo chegou ao fim e resultou em um prejuízo – que se tornou conhecido –, a incerteza situa-se em qual seria o resultado se ele não chegasse ao final, ou seja, se o processo desfavorável fosse interrompido por quem estava obrigado a fazê-lo. Essa incerteza do que teria ocorrido sem o fato danoso é denominada de incerteza contrafactual:

uma sublimação da álea que inicialmente atingia os interesses da vítima. Antes da interferência, o elemento desconhecido cingia-se ao desdobramento da realidade - a vítima obterá a vantagem aleatória desejada? A intervenção do réu desnatura essa incerteza, que, outrora um possível futuro, converte-se ao futuro do pretérito - a vítima obteria essa vantagem? (CARNAÚBA, 2013, p. 31-32).

A perda de uma chance na França é criação jurisprudencial que, após as primeiras decisões sobre o tema, recebeu atenção da doutrina. Ora se afirmava sua pertinência, ora se faziam críticas, em que se advogava contrariamente à possibilidade de seu reconhecimento e reparação.

As principais objeções à possibilidade de reparação da perda de uma chance decorrem da dificuldade de identificação da ocorrência dos requisitos de

certeza e atualidade do dano, bem como da existência do nexo de causalidade. Essas questões impediam o ressarcimento, porque ao lesado cabia o ônus de demonstrar que a vantagem final almejada se concretizaria senão fosse o fato imputado ao responsável.

De acordo com as regras tradicionais da responsabilidade civil, a chance perdida não deveria ser aceita, e a indenização deveria ser negada. No entanto, essa solução está em desacordo com a compreensão geral do que é justo (ALCOZ, 2009, p. 50), critério histórico variável conforme a estrutura social vigente.

Negando-se a reparação pela perda de uma chance, existem dois caminhos que impõem o ônus da incerteza sobre apenas um sujeito: ao lesante, quando reconhece um nexo causal duvidoso, ordenando a reparação total; ou ao lesado, quando mantém inflexíveis as regras probatórias, negando o nexo de causalidade e, conseqüentemente, o ressarcimento. A perda de uma chance, portanto, distribui o ônus da incerteza entre as partes, de forma que o lesante responderá apenas conforme sua contribuição para o dano (ALCOZ, 2009, p. 31), ou seja, pela chance retirada do lesado em razão de sua conduta.

Com a teoria da perda de uma chance, não mais se exige a prova diabólica da vítima, que deveria comprovar com a certeza exigida pelas regras processuais que a vantagem desejada seria alcançada. Compreende-se que a perda da oportunidade é um dano diverso da vantagem esperada, pois esta última é sempre hipotética “em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos” (SAVI, 2012, p. 2-3).

Assim, embora incerto se o lesado teria êxito no processo em curso, a incerteza está no resultado final, no alcance da vantagem esperada ou na inevitabilidade do prejuízo. Justamente por isso a indenização não corresponde ao valor do bem jurídico almejado, mas é proporcional à probabilidade de êxito.

Embora se utilize a nomenclatura independente ou autônoma para designar a perda de uma chance em relação ao dano final, esses não são os termos mais adequados, porque a oportunidade sempre estará vinculada a vantagem final esperada, seja para a fixação de sua natureza jurídica ou para a quantificação do dano (SILVA, 2013, p. 144; ROCHA, 2021, p. 121). Este terá o valor da vantagem final esperada reduzida à probabilidade de ser alcançada, como base do *quantum* indenizatório.

Na perda de uma chance, portanto, “se ha privado al damnificado,

pues, por un acto contratio a derecho de una facultad de actuar, lícita, a través de la cual podía lograr un beneficio patrimonial” (ZANNONI, 1982, p. 52).

É também um dos fundamentos para a ressarcibilidade da chance perdida o princípio do *neminem laedere* já que inexistente o direito de lesar ou causar dano à outrem, e muito menos o de não responder pelas consequências (ROCHA, 2021, p. 86). Neste sentido, a liberdade de agir se contrapõe à responsabilidade pelos danos causados.

A tutela dos interesses aleatórios por meio da responsabilidade civil passou por um processo de evolução até que se chegasse à reparação da perda de uma chance. Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 81) esclarece que são possíveis três hipóteses para solucionar os litígios: negar a existência de um direito à indenização; tentar neutralizar a incerteza contrafactual por meio de presunções de fato; ou admitir a incerteza inerente ao interesse lesado, e conceder apenas a reparação das chances perdidas como consequência do fato danoso.

Inicialmente, as indenizações eram negadas devido à necessidade de comprovação do nexo de causalidade e a existência do dano. Este era entendido como a diferença entre os bens que o lesado possui e os que hipoteticamente teria caso o fato danoso não tivesse ocorrido. A vítima não conseguiria evidenciar a certeza do prejuízo, ante a ausência de prova de que estaria em uma situação melhor se não fosse o fato atribuído ao responsável. Além disso, não poderia confirmar o nexo causal entre o fato imputado ao responsável e o não alcance da vantagem final esperada (CARNAÚBA, 2013, p. 82)¹⁵.

Essa impossibilidade decorre da existência de outros elementos ou circunstâncias que poderiam ter impedido o lesado de obter a vantagem desejada. Mesmo ao eliminar o evento danoso, ainda não era possível verificar com a probabilidade e verossimilhança exigidas pelos lucros cessantes que o benefício almejado se concretizaria.

Neste ponto, observa-se que nos primórdios, a teoria da perda de uma chance ainda estava pouco desenvolvida, inexistindo precisão quanto ao objeto da indenização: se era o resultado final, ou a chance em si considerada. Quando se buscava a reparação do dano final, o adequado era o indeferimento, devido à ausência dos elementos da responsabilidade civil (dano certo e nexo de causalidade).

¹⁵ Defende a regra do “ou tudo, ou nada” para a perda de uma chance médica: Penneau (1992), René Savatier (1973) e Yvonne Lambert-Faivre (1996) (*apud* NORONHA, 2013, p. 273, *ebook*).

A recusa em conceder a indenização não atende à reparação integral dos prejuízos e a tendência da “responsabilidade civil é de conceder proteção às diversas espécies de expectativas legítimas das vítimas, inclusivas as expectativas aleatórias” (CARNAÚBA, 2013, p. 84).

Isso porque a responsabilidade civil, assim como todos os institutos jurídicos, está em constante desenvolvimento e deve acompanhar as mudanças nas relações interpessoais que repercutem em alterações nos anseios sociais e na noção de justiça (MORAES, 2006, p. 253-254). Portanto, novas situações passaram a ser consideradas lesivas e, conseqüentemente, atraem o dever de ressarcimento se demonstrada a ocorrência do dano.

A rejeição do ressarcimento ao interesse aleatório lesado, com base na dúvida sobre a existência do prejuízo ou do nexo de causalidade, beneficiaria aquele que causou o perdimento da chance ou da oportunidade, uma vez que a dúvida representa a “repercussão jurídica de sua conduta” e o que fundamentaria sua irresponsabilidade (CARNAÚBA, 2013, p. 85).

Em um segundo momento, passou-se a adotar a técnica das presunções de fato¹⁶ por meio de raciocínio probatório, na qual o resultado aleatório é considerado como um fato inacessível de ser provado diretamente. No entanto, esse resultado pode ser inferido por meio do deslocamento do objeto da prova para fatos acessíveis que demonstrem a probabilidade de sua ocorrência. Isso ocorre, por exemplo, quando a partir das marcas de frenagem é possível inferir a velocidade em que um veículo trafegava (CARNAÚBA, 2013, p. 87).

Assim, com base nas presunções, o Magistrado determinaria qual seria o resultado final do processo aleatório em curso, eliminando a incerteza contrafactual. Isso é feito levando em consideração a extensão da possibilidade de o evento favorável ser ou não realizado, o que permite concluir se a vantagem era certa ou incerta (CARNAÚBA, 2013, p. 89-90). Aplicando-se a técnica das presunções de fato, no caso concreto, se verificado, por exemplo, que um candidato em um concurso tinha grande probabilidade de aprovação, seria concedida a indenização correspondente ao total da vantagem final esperada.

¹⁶ Embora as presunções legais ou de direito e as presunções de fato tenham a função de superar as incertezas, elas não se confundem. As primeiras são previstas em lei, e sua aplicação é impositiva ao magistrado. Já as outras derivam da “própria prudência do magistrado e de seu poder de apreciação dos fatos que lhe são trazidos à análise” (CARNAÚBA, 2013, p. 87).

Da mesma forma que a negativa do ressarcimento com fundamento na ausência de comprovação dos elementos da responsabilidade civil era extremamente injusta ao lesado, a técnica das presunções de fato se mostra prejudicial aos lesantes, porque, neste caso responderiam por danos além dos causados por sua conduta. Se o fato danoso retirou apenas a chance do lesado, apenas esta será indenizada.

Por fim, entre os dois extremos, tem-se a técnica da reparação de chances propriamente dita, na qual ocorre o deslocamento da reparação. Em vez de se ressarcir a vantagem almejada pelo lesado, a indenização será por outro prejuízo, consistente na perda da própria chance de alcançar o benefício esperado. Isso não implica apenas no mero reconhecimento de uma nova espécie de prejuízo, mas sim na verdadeira substituição de um prejuízo por outro. A álea deixa de estar na constatação do prejuízo para interferir no *quantum* indenizatório (CARNAÚBA, 2013, p. 103-107).

No mesmo sentido, Sérgio Savi, ao expor as contribuições de Adriano De Cupis, indica que, com o enquadramento no “dano emergente, consistente na perda da chance de vitória e não na perda da vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexos causal entre o ato danoso do ofensor e o dano” (SAVI, 2012, p. 11).

O deslocamento do objeto da reparação, da vantagem final desejada para a própria chance ou oportunidade, que constitui também um bem jurídico passível de lesão, é a base teórica para a compatibilização e superação da crítica à reparação dos interesses aleatórios, por serem considerados danos hipotéticos (SOUZA, 2015, p. 773).

A perda de uma chance não é lucro cessante, uma vez que a probabilidade de alcançar a vantagem é diversa. Nos lucros cessantes, não existe apenas a mera expectativa ou possibilidade de alcançar benefícios futuros, mas sim a privação de lucros que o lesado já titularizava, ou seja, já tinha direito (ZANNONI, 1982, p. 48).

Diversas classificações foram propostas pela doutrina para os casos de perda de uma chance, sendo majoritariamente divididas em dois agrupamentos: a clássica, típica, ou de obtenção de uma vantagem, e a médica, atípica, ou de prevenção de um prejuízo.

A perda de uma chance clássica, típica, ou de obter uma vantagem,

refere-se à perda de uma oportunidade de alcançar uma vantagem futura. Essa está pacificada na doutrina e jurisprudência, na qual existe um dano indenizável, diverso da vantagem que se esperava alcançar com o processo aleatório. O dano corresponde à perda da oportunidade e não à própria vantagem almejada.

É o caso do participante de programa de entretenimento que foi eliminado e impedido de disputar as próximas fases por erro na contagem dos pontos¹⁷; o advogado que deixou de recorrer ou apresentar contestação tempestivamente, ou não propôs a ação no prazo prescricional¹⁸; o professor que não teve oportunidade de participar de concurso para ascensão na carreira¹⁹. Desde que demonstrada que a chance de êxito era séria e real (ver item 2.1) e os demais requisitos da responsabilidade civil haverá dano indenizável.

O processo aleatório é interrompido e a chance é individualizada como uma propriedade anterior. O lesado participa do processo aleatório somente até a ocorrência do fato danoso, em razão da concomitância entre a perda da oportunidade e o resultado final consolidado de imediato (HIGA, 2011, p. 172).

Por outro lado, a perda de uma chance médica, atípica ou de evitar um prejuízo refere-se às situações em que havia um processo desfavorável em curso, mas que poderia ter sido interrompido por um ato de outrem que estava obrigado a fazê-lo. E por não ser obstado a tempo, chegou ao final.

Conforme indicado por Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 71, *ebook*), “pela Lei Aquilia, Chironi acrescenta, excluía-se o *nonfare*; pelo direito moderno o *fare*, como também o *nonfare* pode importar em contradição ao direito

¹⁷ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS. REALITY SHOW. FASE SEMIFINAL. CONTAGEM DOS PONTOS. ERRO. ELIMINAÇÃO. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. PERDA DE UMA CHANCE. CABIMENTO. DANOS MORAIS DEMONSTRADOS. [...] (STJ. REsp n. 1.757.936/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/8/2019, DJe de 28/8/2019).

¹⁸ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO QUE NÃO PROMOVEU A EXECUÇÃO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA EM TEMPO HÁBIL DANDO CAUSA À PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. IRRESIGNAÇÃO SUBMETIDA AO NCPC. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA, DO NEXO DE CAUSALIDADE E DA SERIEDADE CHANCE PERDIDA QUE ESBARRAM NA SÚMULA Nº 7 DO STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO E A CARACTERIZAÇÃO DE DANOS MORAIS QUE NÃO PODEM SER REVISTOS SEM REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. [...] (STJ. AgInt no AREsp n. 1.737.042/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022.)

¹⁹ AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCURSO PARA ASCENSÃO NA CARREIRA DE DOCENTE. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. DEVER DE REDUZIR PREJUÍZO. REEXAME DE ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (STJ. AgInt no REsp n. 1.831.113/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/9/2020, DJe de 24/9/2020).

alheio. Quem quer que podendo impedir a lesão, não o faça, deverá responder pelo dano causado”.

As hipóteses de perda de uma chance se diferenciam na medida em que:

Na perda de chance clássica o fato antijurídico interrompeu o processo (vantajoso) em curso e o possível dano resulta desta interrupção, ao passo que no caso da perda de chance de evitar um prejuízo o dano surge porque o processo em curso (agora danoso) não foi interrompido, quando poderia ter sido; se tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem se poder saber agora se realmente isto teria acontecido. Diversamente do que acontece nos casos que cabem na perda de chance clássica, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Agora sabe-se que ocorreu um dano e que este é resultante do processo que estava em curso; o que se pergunta é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências, que interromperiam o processo (NORONHA, 2013, p. 271, *ebook*).

Embora não esteja restrita exclusivamente aos casos médicos²⁰, é na nesta seara que ocorrem os casos mais frequentes de perda de uma chance de evitar um prejuízo, recebendo a denominação de perda de uma chance de sobrevivência ou de cura. São as hipóteses em que houve erro ou atraso de diagnóstico ou na realização do tratamento, impedindo o doente de receber a intervenção mais adequada no momento em que buscou ajuda médica. Circunstância que leva o paciente à óbito, ter sequelas ou redução do seu tempo de sobrevivência em razão do

²⁰ Exemplo fora da área médica, é o da empresa de sistema de alarme que não funcionou durante um assalto. Embora o delito pudesse ocorrer da mesma maneira, a Corte de Cassação francesa condenou a empresa a ressarcir a chance perdida pelo estabelecimento comercial de evitar o assalto (SILVA, 2013, p. 100 e 157).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná analisando situação semelhante reconheceu a responsabilidade civil da empresa de segurança por perda de uma chance em razão do não funcionamento do sistema de monitoramento à distância e vigilância 24 horas, fixando o *quantum* indenizatório na metade do prejuízo sofrido pelo lesado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ALARME MONITORADO. NÃO FUNCIONAMENTO. FURTO. CONTRATO NÃO ASSINADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA DO SERVIÇO. CAUSA DESCONHECIDA. ÔNUS DA PROVA. PERDA DE UMA CHANCE. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURAÇÃO. VALOR. METADE. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. É inexistente contrato não assinado e não reconhecido por um dos supostos contratantes. Diante da falha do serviço prestado e não comprovada qualquer excludente da responsabilidade da fornecedora, tem esta o dever de indenizar os prejuízos do consumidor. Ainda que fosse possível ter a interrupção da linha telefônica como causa da ausência do funcionamento do sistema de alarme instalado pela ré no estabelecimento da autora, os termos do contrato firmado pelas partes não afastam a responsabilidade da requerida. O dever de indenizar se configura pela perda da chance de evitar o dano sofrido pela requerente, cuja indenização, diante das particularidades do caso concreto, é fixada em valor igual à metade do prejuízo da autora. (TJPR - 10ª Câmara Cível – AC 585881-9 - Francisco Beltrão - Rel.: DESEMBARGADOR VITOR ROBERTO SILVA – Unânime- J. 08.10.2009).

desenvolvimento natural da própria doença. Consubstancia-se em não oportunizar o tratamento mais adequado dentre as medidas disponíveis e de acordo com o estado da arte, ceifando a chance de recuperação. Porém não é possível afirmar se esse fato foi a causa dos danos:

A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar *ab origine* o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 103).

Há intensa divergência acerca da natureza jurídica atribuída à perda de uma chance de evitar um dano já ocorrido, oscilando entre a relativização do nexo de causalidade ou prejuízo.

Sustentando a natureza dúplice da perda de uma chance, na qual, se o prejuízo final ocorreu, trata-se de um problema de causalidade, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 54), explica que, nestes casos, de acordo com a doutrina anglo-saxã e francesa, deve-se buscar conhecer a contribuição do responsável para a ocorrência do dano, utilizando-se de uma causalidade parcial.

Um exemplo simples seria responsabilizar o médico por sua conduta ativa ou omissiva, enquanto a contribuição decorrente do desenvolvimento natural da doença seria suportada pela vítima, por ser um fato extraordinário. Isso porque na gênese da teoria se buscava a responsabilização do médico pelo dano final, mas reduzindo-a conforme o grau de causalidade atribuída ao desenvolvimento do processo aleatório.

Essa concepção se justifica pela impossibilidade de se afirmar que, sem o diagnóstico ou tratamento apropriado, certamente o enfermo iria a óbito ou não. É igualmente possível o padecimento em decorrência do desenvolvimento normal da enfermidade, ainda que receba o tratamento em tempo e modo adequado, ou que ocorra uma cura inexplicável, independentemente do tratamento. Nas questões de saúde, existe um risco inerente.

Nos casos de convalescença, independente do tratamento adequado, não haverá discussão sobre o perdimento da chance. É neste ponto que Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 109) não visualiza a existência de um dano autônomo e

independente decorrente da perda da própria chance nos casos médicos. O prejuízo distinto do benefício esperado seria de difícil imaginação “nos casos em que o processo aleatório chegou até o final, já que se apresenta dependente da definitiva perda da vantagem esperada pela vítima”.

Portanto, quando se fala emnexo de causalidade para a perda de uma chance de evitar um prejuízo que aconteceu, se considera que a conduta do médico foi, em certa medida, a causa da morte do paciente. Nesse contexto, busca-se a indenização do dano final, na proporção da contribuição da conduta médica para esse resultado. Diante da injustiça das regras do “tudo ou nada”, passa-se a tentar identificar a colaboração do médico para reduzir a indenização a esse patamar.

Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 63) se posiciona pela prescindibilidade de dois vieses para a perda de uma chance, de forma que não seria necessária a cisão em dano ou relativização do nexode causalidade:

Em nosso ver, essa corrente que enxerga a existência de dois conceitos de perda da chance, seja para refutar a utilização do conceito em casos de dificuldade causal, seja para aceitar essa utilização, não se sustenta. De rigor, todo e qualquer caso de perda de chances envolve uma mesma dificuldade causal, e a existência de um conceito único de reparação de chances pode ser compreendida se recorrermos a duas noções lógicas: a noção de causa necessária e a noção de causa suficiente.

Vynicius Pereira Guimarães (2020, p. 2750-2759) identifica a perda de uma chance na seara médica como um prejuízo que aconteceu, já conhecido como dano autônomo. Ao entender que a chance é um interesse juridicamente tutelável, consubstanciado na oportunidade de que o processo aleatório desfavorável fosse interrompido, a discussão sobre sua frustração não se daria no âmbito do nexode causalidade como elemento da responsabilidade civil, mas sim do dano, como na perda de uma chance clássica.

Torna-se necessário identificar que o bem jurídico “vida” é diverso do bem jurídico “chance de sobreviver” para fins de fixação da responsabilidade civil:

O médico que, culposamente, não realiza determinado tratamento capaz de dar à vítima 20% de chance de sobreviver, não lesionou o bem jurídico vida. A lesão, a bem da verdade, foi ao bem jurídico chance de sobreviver, que o profissional retirou do paciente ao não aplicar o tratamento correto. Por essa razão, intui-se que a indenização devida pelo médico seja fração (no caso, de 20%) do dano final, já que este não lhe deve ser imputado (GUIMARÃES, V., 2020, p. 2755).

Dessa forma, a perda de uma chance ocorre independentemente do

dano final, mas para ser ressarcida, depende da ocorrência do prejuízo, o qual demonstrará a imprescindibilidade da oportunidade na interrupção do processo danoso em curso²¹ (GUIMARÃES, V., 2020, p. 2760-2761).

Isso porque o objeto de reparação não é a própria chance perdida considerada em si mesma, mas o dano decorrente da perda, o qual deve ser evidenciado para que ocorra a reparação, e isso se dá pela ocorrência do dano final (AAGAARD, 1998, p. 1343).

Adiante, será esclarecido que o dano ressarcível está vinculado ao interesse na utilidade da chance para o lesado. Se inexistente o dano final, o proveito estaria ausente. Ao considerar a chance na perspectiva da utilidade, esclarece-se a crítica de dependência do dano final exposta por Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 109).

O mero risco de dano em decorrência de um atraso de diagnóstico, por exemplo, não é indenizável, já que

a chance constitui, pois, uma entidade dependente de uma outra, representando a sua tutela um instrumento de proteção de outro bem. Mais uma vez aqui se manifesta a ideia de que a noção de perda de chance consubstancia uma tutela de segunda linha. Ora, se o bem a proteger não foi afetado (dada a verificação *in casu* do resultado final), esta tutela não se revela necessária (PEDRO, 2019, p. 199-200).

Em um exercício retrospectivo, retornando-se ao momento do dano, em que a chance foi subtraída do lesado, não se pode afirmar com certeza se o celer e adequado diagnóstico garantiria a cura. No entanto, lhe seria oportunizada uma chance de superar a enfermidade. Dessa forma, não se buscará mais verificar se houve ou não nexos de causalidade com o dano final, mas sim se a oportunidade de cura era séria e real, e se esta foi subtraída do paciente. Portanto, assemelhando-se à perda de uma chance clássica, ocorrendo o ressarcimento da chance em si considerada²².

²¹ No mesmo sentido: “Sua abordagem pode ter dois focos: o dano ou a relação causal. O chamado *approche* restritivo, que se situa no nível do dano (é a perda certa de uma vantagem provável - é o caso do concurso perdido); *approche* extensivo, que se situa no plano do nexos causal (o dano se realiza, mas não se pode demonstrar com certeza a relação entre a falta cometida e o resultado - é o caso do erro médico). Acertada é a primeira corrente. Porquanto o resultado final (resultado mediato) está fora da relação “perda da chance”, o que se indeniza é o dano pela perda da oportunidade. O resultado final deve existir, mas não interessa para o exame do dano e da causalidade da perda da chance, apenas serve para assegurar a legitimidade da expectativa (concurso, cura) e para a avaliação da indenização pela oportunidade perdida (prêmio, vida, saúde), considerando o bem mediato” (AGUIAR JÚNIOR, 2018, p. 442).

²² “Também aqui o dano só pode consistir na perda da própria chance que o lesado tinha, anteriormente ao fato antijurídico, perda esta que é um prejuízo distinto do benefício que era esperado (dano final)” (NORONHA, 2013, p. 274, *ebook*).

Assim, aquando da prática de um comportamento censurável por parte de um médico, deparamo-nos com duas relações causais e dois danos distintos. A primeira ligando de forma certa e clara o acto do médico à perda da possibilidade de cura ou sobrevivência. Aqui o comportamento daquele foi causa necessária para o aparecimento deste prejuízo. Na segunda relação é que surgem as dúvidas, quando, perante o dano da morte ou do agravamento da doença, não se consegue provar o nexo causal entre este e a conduta do agente. Desta forma, será somente o primeiro dano que será possível indemnizar, pois é apenas aquele que preenche todos os requisitos da responsabilidade civil, nomeadamente no que respeita à prova do nexo causal. Percebe-se facilmente que, sem a actuação do médico, as «chances» de cura ou de sobrevivência do doente seriam superiores em alguma medida e é essa diferença que se visa ressarcir, não de uma forma parcial mas sim integral (ROCHA, 2014, p. 33, *ebook*).

Entendimento semelhante é proposto por Georges Durry e Yves Chartier (*apud* SILVA, 2013, p. 82-83 e 247) que sustentam ser possível estender a aplicação da perda de uma chance clássica para os casos médicos, pois caracterizam-se como “uma espécie de dano específico” que não se diferencia das hipóteses clássicas.

As soluções (causalidade parcial ou prejuízo) em muito se diferenciam, embora forneçam resultados semelhantes. Na perspectiva do prejuízo, verificar-se-á o valor da vantagem esperada (cura, que a contrário *sensu* é equivalente à evitabilidade da morte), e sob ela insidiar-se-á a proporção de chances (bem jurídico) subtraídas pelo médico. Por outro lado, no caso de adoção da causalidade parcial, verificar-se-á o valor do dano final (morte), e multiplicar-se-á pela contribuição da conduta do médico para o resultado, ou seja, a chance retirada do paciente.

Entretanto, há diferença substancial em relação ao ônus da prova, fundamentação jurídica, entre outros. A perspectiva do prejuízo garante maior segurança jurídica e efetividade na reparação de danos, e, conseqüentemente, de tutela da pessoa.

Possivelmente, por esse motivo, é que nos Tribunais Pátrios, pouco se discute sobre a perda de uma chance de cura se referir ao prejuízo ou ao nexo de causalidade (SILVA, 2013, p. 210). No direito francês, essa discussão fica restrita à construção doutrinária e não aos Tribunais (SILVA, 2013, p. 89).

A jurisprudência brasileira parece ter unificado a perda de uma chance²³, analisando-a como dano diverso da vantagem esperada, mesmo na seara

²³ Em voto divergente, a Ministra Nancy Andrighi manifestou-se neste sentido durante o julgamento do Resp n. 1.335.622/DF ao analisar a divergência doutrinária entre causalidade ou prejuízo na perda de uma chance médica, consignando que: “A solução para esse impasse, contudo, está em notar que a

médica. Identificando o nexo de causalidade pela conduta que impediu a oportunidade de o paciente interromper o processo aleatório desfavorável. No entanto, é importante ressaltar a existência de decisões em sentidos diversos, que oscilam desde a relativização de nexo de causalidade, prejuízo na modalidade de dano emergente, lucro cessante, um terceiro gênero de dano patrimonial, e até mesmo dano exclusivamente extrapatrimonial.

O aspecto importante a ser considerado para a caracterização da perda de uma chance é que mesmo em obrigações de meio, como a dos advogados e médicos, ao aceitarem a contratação precisam adotar um “comportamento diligente devendo aproveitar as chances que o respetivo cliente ou doente dispunham e não as dissipar por ato culposo próprio ou dos seus auxiliares” (PEDRO, 2019, p. 206).

Há, ainda, aqueles que incluem na perda de uma chance de evitar um prejuízo, a falta de informação. Nesta hipótese, o lesado perde a oportunidade de fazer uma escolha mais adequada, evitando um prejuízo ou reduzindo a sua extensão, devido à omissão de quem estava obrigado a prestar a informação (NORONHA, 2013, p. 274, *ebook*). Exemplo clássico, inclui o médico que deixa de informar os riscos de uma cirurgia quando o paciente poderia optar apenas pelo tratamento com próteses (Penneau *apud* NORONHA, 2013, p. 275, *ebook*).

A hipótese é criticada por Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 152), para quem a álea presente nestes casos não é desconhecida pela vítima, que tem conhecimento se faria ou não outra escolha se soubesse da informação. A dúvida existiria apenas para as outras pessoas, já que a própria vítima “é a única pessoa que controla essa álea e que pode afirmar, com toda segurança, se a informação ocultada teria ou não mudado sua opinião”.

No mesmo sentido, Rute Teixeira Pedro (2019, p. 200) entende que a

responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal com o resultado. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a vítima. Com isso, resolve-se, de maneira eficiente, toda a perplexidade que a apuração do nexo causal pode suscitar. [...] O valor dessa doutrina, em que pesem todas as críticas a que foi submetida, está em que, a partir da percepção de que a chance, como bem jurídico autônomo, é que foi subtraída da vítima, o nexo causal entre a perda desse bem e a conduta do agente torna-se direto. Não há necessidade de se apurar se o bem final (a vida, na hipótese deste processo) foi tolhido da vítima. O fato é que a chance de viver lhe foi subtraída, e isso basta. O desafio, portanto, torna-se apenas quantificar esse dano, ou seja, apurar qual o valor econômico da chance perdida.” (STJ. REsp n. 1.335.622/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012, DJe de 27/2/2013).

aleatoriedade deve ser exógena, não dependendo da vontade daquele que detém as chances, pois a escolha é um elemento subjetivo do lesado.

No entanto, considerando que a vivência humana influencia as decisões do ser humano, é provável que a vítima faça outra escolha, não assumindo novamente o risco, caso tenha experimentado um prejuízo pela ausência da informação. Logo, o que se tem conhecimento é qual seria a escolha do lesado na atualidade, após a ocorrência do dano, mas não no passado, antes de conhecer as consequências da falta de esclarecimento.

Neste contexto, a informação relevante é a que impediria o lesado de contratar, ou a que implicaria em cuidados de sua parte, caso conhecesse o risco de dano, para evitá-lo. Portanto, a omissão de informação que era determinante para que um dos contratantes impedisse um dano ou reduzisse a sua extensão pode ensejar a perda de uma chance, por obstar que o lesado evitasse o dano.

Demonstrada a necessidade e a possibilidade de que os danos aos interesses aleatórios sejam indenizados, torna-se necessário verificar quais são os requisitos para que a perda de uma chance tenha relevância para o Direito.

2.2 REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE UMA CHANCE

Partindo do pressuposto de que a perda de uma chance se enquadra no prejuízo, ou seja, consiste em um dano diverso da vantagem final, é necessário que estejam presentes os mesmos requisitos para que o dano seja indenizável.

No entanto, o ressarcimento por perda de uma chance é uma situação peculiar, na qual os elementos constituintes da responsabilidade civil são de certa forma modificados. O dano será recomposto tão somente em relação à situação em que a vítima se encontrava antes do fato danoso. O nexo de causalidade e a certeza do prejuízo têm o objeto de prova deslocado para a perda da própria vantagem, e não mais se relacionam ao dano decorrente da vantagem não alcançada.

A análise dos requisitos para a caracterização da perda de uma chance indenizável deve ser feita no caso concreto (SANTOS, 2015, p. 75; BOCCHIOLA *apud* SAVI, 2012, p. 21), e apreciada objetivamente (MARTINS-COSTA, 2009, p. 541)²⁴.

²⁴ “As chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas: um paciente, que sofre de um câncer incurável, pode, mesmo assim, manter suas

A perda de chances e a frustração de oportunidades são inerentes à vida humana no convívio em sociedade, tornando-se necessário diferenciar as chances com relevância jurídica de meras conjecturas (LÔBO, 2022, p. 349, *ebook*).

A perda de uma chance que será indenizada é aquela que representa um interesse jurídico do lesado²⁵. Portanto, não se trata de conceder ressarcimento para mero interesse de fato, mera expectativa, desejos, sonhos ou ambições frustradas, mas tão somente àquelas situações que se revestem de requisitos mínimos que possibilitem extrair a existência de um interesse legítimo violado²⁶.

A indenização de “expectativas incertas ou pouco prováveis” não é admitida em nosso ordenamento jurídico (GONDIM, 2005, s.p.). Torna-se necessário, além dos demais requisitos de todo dano indenizável, que a chance seja séria e real, terminologia amplamente utilizada pela doutrina e jurisprudência. Isso significa que deve ser demonstrada a utilidade ou o proveito que poderia proporcionar ao lesado para alcançar uma situação melhor ou evitar um prejuízo. E que a oportunidade realmente existia em sua esfera de disponibilidade, dando concretude à probabilidade de efetiva realização do conteúdo esperado pelo processo aleatório.

Os requisitos exigidos para que a perda de uma chance seja indenizável servem como “barreiras protetoras (*“garde-fous”*)” (MONTEIRO, 1989, p. 297), contra o excesso de responsabilização possivelmente gerado, caso qualquer expectativa seja considerada como perda de uma chance indenizável. O que poderia até mesmo incentivar uma medicina defensiva que seria prejudicial a todos (PEDRO, 2021, p. 423). Por essa razão, nos acórdãos portugueses, para que seja reparável, a chance deve ser “séria, consistente, com razoável grau de probabilidade” (PEDRO,

esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura. Se, diferentemente, o câncer estava numa fase inicial, podendo ser tratado, mas o médico, por negligência, não realiza os exames, ou os interpreta equivocadamente, com certeza se estará diante da perda de uma chance de sobrevida, cientificamente comprovável, sabendo-se que o período de “sobrevida” pode alcançar vários anos, ou mesmo o câncer, em estágio inicial, ser totalmente extirpado” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 541).

²⁵ No entanto, “a chance quando visualizada como concreta e efetiva possibilidade para alcançar um determinado bem, é considerada não apenas uma expectativa de fato, mas um ente patrimonial, independente, jurídica e financeiramente, apta a ser avaliada de forma autônoma” (AMARAL, 2015, p. 71). Em nota de rodapé, a autora complementa: “o fundamento encontra-se no fato de que tudo o que acarreta benefício ao sujeito, ampliando a sua esfera jurídica, em conformidade com o ordenamento jurídico, é digno de proteção normativa, sendo que no direito europeu, os interesses legítimos não são definidos em relação aos direitos subjetivos, mas são a esses normativamente equiparados” (AMARAL, 2015, p. 71-72).

²⁶ Para diferenciar-se o dano eventual ou hipotético e a perda de uma chance “interesa remarcar que la “chance” jurídicamente reconocible no es la que se apoya em meros “castillos en el aire” o em simples “sueños de ganancia”, puesto que existía ya alguna situación fáctica o jurídica que recreaba la razonable aspiración o expectativa.” (GONZÁLEZ, 1996, p. 443).

2019, p. 201).

A certeza como requisito do dano exige “que a ofensa aos interesses do lesado seja efetiva sem qualquer margem de dúvidas acerca de sua existência”, afastando os prejuízos hipotéticos ou de duvidosa verificação (SANSEVERINO, 2010, p. 165). No entanto, a demonstração do prejuízo pode ser relativizada, sendo “suficiente que ele seja bastante verossímil” (LE TOURNEAU *apud* SANSEVERINO, 2010, p. 165).

No que se refere à certeza da chance, a exigência de que o lesado demonstre que estaria em uma situação melhor caso não ocorresse o fato danoso é um dos elementos que justificaram a negativa da indenização na gênese da teoria. Isso porque, devido à própria natureza aleatória é impossível a verificação da diferença entre o estado que o lesado estaria sem o evento danoso e o que está após.

Constituindo-se a chance apenas em uma probabilidade de lucro, maior ou menor, a depender do caso concreto, nunca se afirmaria com certeza que o objetivo final almejado seria incorporado à esfera de bens do lesado (GUEDES, 2011, p. 121).

Dessa forma, há um deslocamento do objeto da prova (CARNAÚBA, 2013, p. 103). O que será indenizado é a diferença entre o que o lesado tinha no momento do dano e o que passou a ter, eliminando-se a incerteza do prejuízo pela não obtenção da vantagem almejada.

É por isso, que Henri Lalou (1955, p. 52) explica que nos casos de perda de uma chance, dispensa-se a certeza do dano, entendido neste caso como o alcance da vantagem final, e exige-se apenas a certeza da probabilidade, ou seja, a chance do alcance da vantagem pelo lesado, por inexistir dúvidas de que houve a frustração da oportunidade.

Uma vez demonstrado que, sem o fato danoso, o lesado alcançaria a vantagem esperada, não estamos mais no campo da perda de uma chance, mas sim do lucro cessante, porque o lesante teria frustrado uma expectativa de lucro certo do lesado. Ou seja, se ao retirar o fato danoso, o benefício almejado seria alcançado, o dano final é resultado exclusivo do fato antijurídico, devendo o lesante reparar a integralidade do prejuízo causado, que neste caso é o dano final (NORONHA, 2013, p. 261, *ebook*).

Necessário ressaltar que nos casos em que se apurar que a probabilidade de êxito era próxima de 100%, não haverá propriamente a reparação

da perda de uma chance, mas sim do dano emergente ou lucro cessante correspondente à vantagem final.

É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que há Súmula Vinculante conforme os interesses do cliente que não teve a medida judicial cabível deflagrada em momento oportuno, já que o êxito do demandante está assegurado (SAVI, 2012, p. 79).

No AgInt no AREsp n. 1.737.042/RJ²⁷ analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi mantida a decisão do Tribunal de Origem que constatou a perda de uma chance porque advogado não promoveu a execução individual da sentença coletiva em tempo hábil, dando causa à prescrição. O causídico foi condenado ao pagamento do valor total da execução. Indicou-se que “o direito material do autor era certo e determinado, pois já havia pronunciamento judicial favorável à sua tese, com trânsito em julgado. Restava-lhe tão somente prosseguir com a execução individual”.

O autor sofreu lucro cessante porque perdeu a vantagem final esperada, a qual era um acontecimento certo, estando ausente a álea que caracteriza

²⁷ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO QUE NÃO PROMOVEU A EXECUÇÃO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA EM TEMPO HÁBIL DANDO CAUSA À PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. IRRESIGNAÇÃO SUBMETIDA AO NCPC. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA, DO NEXO DE CAUSALIDADE E DA SERIEDADE CHANCE PERDIDA QUE ESBARRAM NA SÚMULA Nº 7 DO STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO E A CARACTERIZAÇÃO DE DANOS MORAIS QUE NÃO PODEM SER REVISTOS SEM REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...]

2. O Tribunal estadual entendeu que o cumprimento individual da sentença coletiva prolatada em benefício da parte não foi requerido em tempo hábil, o que caracterizaria negligência dos advogados responsáveis pelo caso. Impossível assim, ultrapassar as conclusões do acórdão recorrido sem revolver fatos e provas, o que veda a Súmula nº 7 do STJ.

3. Da mesma forma, o assinalado nexos causal entre a conduta omissiva dos causídicos e o resultado danoso não pode ser afastado sem reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula nº 7 do STJ.

4. Impossível, de igual maneira, ultrapassar a conclusão fixada na origem a respeito da seriedade da chance perdida sem esbarrar na mencionada Súmula nº 7 do STJ.

5. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.

6. Nada obstante, quanto maior a probabilidade de verificação do evento frustrado, mais deve o valor da indenização se aproximar da expressão econômica daquele mesmo evento.

7. Na hipótese, o acórdão recorrido indicou elementos fáticos para chegar ao valor indenizatório que melhor refletisse os prejuízos sofridos pela vítima. Impossível, assim, rever essa conclusão, tendo em vista, mais uma vez, a Súmula nº 7 do STJ.

8. Finalmente, tendo o acórdão recorrido afirmado que a situação descrita nos autos ultrapassou o mero descumprimento contratual e causou efetivamente prejuízos morais por configurar uma quebra de confiança, não há como afirmar o contrário sem reexaminar fatos e provas. Também com relação ao ponto incide, portanto, a Súmula nº 7 do STJ.

9. Agravo interno não provido. (STJ. AgInt no AREsp n. 1.737.042/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022).

a perda de uma chance. Estava pendente apenas a apuração do *quantum* em liquidação de sentença e aguardar o processo de execução em face da Fazenda Pública, que, como apontado na decisão, é solvente.

Na Itália, para que a chance seja considerada séria e real, e, portanto, indenizável, é necessária a demonstração da probabilidade de êxito superior a 50% (cinquenta por cento) (SAVI, 2012, p. 3). Elegeu-se um percentual mínimo para que seja considerada séria e real, de forma que “a separação das chances reparáveis é feita a partir daquilo que é mais provável: a obtenção ou a não obtenção do resultado” (CARNAÚBA, 2013, p. 124). Mesma orientação é seguida pela jurisprudência e parte da doutrina portuguesa (ROCHA, 2021, p. 92-93 e 122).

Na doutrina nacional, Sergio Savi (2012, p. 79) é um dos defensores deste entendimento. Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 98) indicam que a melhor doutrina exige o percentual mínimo de 50% de probabilidade de sucesso, o qual seria um critério adequado para eleição dos casos em que há perda de uma chance indenizável.

A exigência é criticável por não atender a um critério de razoabilidade. Isso porque se uma parte demonstrar 49,9% de probabilidade de êxito, não será indenizada, mas se outra demonstrar 50%, o será (GUEDES, 2011, p. 120).

Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 142) afirma que há situações em que é facilmente verificável com “razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo”. Destaca ainda que a atribuição de grau mínimo, como 50%, ensejaria a redução da perda de uma chance sempre que houvesse algum tipo de concorrência, porque havendo mais de dois inscritos, não se alcançaria o percentual necessário para que a chance fosse considerada séria e real.

Portanto, essa forma de verificação da chance pode resultar em “discriminações injustificáveis”, uma vez que o importante a ser analisado é a relevância do interesse do lesado. Mesmo que as chances de fracasso sejam maiores do que as de êxito, a oportunidade não pode ser ignorada tão somente por esse motivo. Até mesmo na Itália, em alguns casos o critério é afastado (CARNAÚBA, 2013, p. 124).

Ainda, que a probabilidade mínima possa evitar os custos do processo judicial (considerando as despesas endo e extra processuais), que podem ser até mesmo superiores ao valor da chance, ou ser filtro para impedir pedidos em que a

probabilidade era insignificante, não se pode considerar que esse padrão atenda aos critérios de justiça preponderantes em nosso ordenamento jurídico hodiernamente.

No atual cenário de proteção integral à pessoa por meio da responsabilidade civil, não é adequado estabelecer um critério prévio e rígido para exclusão da indenização. Isso implicaria em violação à igualdade almejada após a Constituição Federal de 1988. Entendimento diverso corresponderia à afirmação de que o interesse aleatório de apenas alguns deve ser protegido, apenas em razão da probabilidade que lograram êxito demonstrar no processo judicial.

Para Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 194)

a não adoção de um padrão rígido consubstanciado na fixação de um percentual mínimo constitui solução mais justa, por conceder ao juiz a possibilidade de auscultar os fatos que permitam a sua convicção da injustiça do dano, propiciando uma decisão equânime na dificultosa tarefa de fixação do dano pela perda de uma chance.

Há a inconveniência do decurso de todo o trâmite processual e, mesmo diante da demonstração de probabilidade concreta de obtenção da chance, a sentença ser de improcedência simplesmente por não atingir 50% de probabilidade.

Embora o promovente possa empregar medidas prévias para a verificação da probabilidade antes da propositura da ação indenizatória, o parecer técnico contratado pela parte não corresponderá obrigatoriamente à conclusão do perito nomeado pelo Juiz, o que tornaria a ação judicial que já possui uma aleatoriedade intrínseca, ainda mais incerta quanto ao seu resultado.

Nos Estados Unidos da América também há uma preocupação com a seriedade das chances, vinculada à probabilidade. Por esse motivo, defende-se a restrição da perda de uma chance à seara médica devido à falta de estatísticas seguras em outras áreas (SILVA, 2013, p. 139).

Na *common law*, a probabilidade é utilizada de forma diversa da Itália. No sistema causal norte-americano, especialmente no âmbito médico, aplica-se o padrão *more likely than not*. Por meio dele, se verificado que o paciente foi privado de mais de 51% das chances de cura ou de sobrevivência, restará caracterizado o nexo de causalidade entre o fato imputado ao agente e a perda da vantagem esperada (dano final), o que afasta a aplicação da perda de uma chance. Portanto, a teoria é aplicada tão somente aos casos em que a chance perdida era inferior a 50% (SILVA, 2013, p. 141).

Neste sistema jurídico, a aplicação da perda de uma chance torna-se desnecessária quando a oportunidade tem probabilidade superior a 50%, porque o dano a ser indenizável corresponderá ao total da vantagem esperada, ante a facilitação da apuração do nexo de causalidade. Se há uma probabilidade de mais de 50%, considera-se que o fato atribuído ao réu foi condição necessária ao dano final, ou seja, para a perda da vantagem esperada (SILVA, 2013, p. 146).

A utilização de percentuais pré-fixados no direito norte-americano tem como consequência assegurar a reparação mais ampla à vítima, e não de obstar sua pretensão:

As noted above, although the loss of chance potentially also bears some causal relation to the plaintiff's ultimate failure to recover, by definition, the lost chance is not a but-for - a more-likely-than-not - cause of her failure to recover; otherwise, the case would be a straightforward tort claim (AAGAARD, 1998, p. 1341)²⁸.

O direito brasileiro não adota nenhum entendimento em que um percentual pré-fixado de probabilidade seja relevante por si só para determinar se a chance é séria e real ou para permitir a indenização completa da vantagem esperada – dano final. Portanto, havendo probabilidade razoável aferível no caso concreto, será possível o ressarcimento, considerando-se a chance séria e real, sem basear-se em quantitativos mínimos.

Exemplo de não aplicação de percentuais mínimos para a fixação do *an debeatur*, é encontrado no caso paradigma analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 788.459/BA²⁹, conhecido como “Caso Show do Milhão”. Embora os Ministros tenham considerado que a chance da autora acertar a resposta era de apenas 25%, deferiram a indenização por perda de uma chance, ao invés de negarem o pedido tão somente porque a probabilidade estava abaixo de 50%.

²⁸ Tradução livre: “Como observado acima, embora a perda de oportunidade também tenha potencialmente alguma relação causal com a incapacidade final do requerente de se recuperar, por definição, a oportunidade perdida não é uma causa “but-for” - uma causa mais provável do que não - da falha em se recuperar; caso contrário, o caso seria uma reivindicação direta de responsabilidade civil”.

²⁹ RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ. REsp n. 788.459/BA, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006, p. 334).

O entendimento, entre os juristas nacionais, é evidenciado pela aprovação do Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁰, de autoria de Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 142). Embora não tenha caráter normativo ou vinculante, é representativo da posição doutrinária dos participantes, e fixou que a teoria não está adstrita a percentuais apriorísticos.

Na França, não se exige porcentagem mínima de êxito. A verificação da seriedade está vinculada à demonstração da probabilidade, porém sem tabelamento. Além disso, leva-se em consideração o interesse da vítima na chance perdida, o qual pode ser verificado pelos esforços que ela empreendeu para alcançar a vantagem esperada (CARNAÚBA, 2013, p. 126).

Neste sentido, Antônio Jeová Santos (2015, p. 74) esclarece que “o sonho de prosperidade, sem que tivesse existido de forma preexistente uma situação fática que pudesse propiciar a expectativa ou aspiração, não é perda de chance, mas *ens imaginationis*”.

Ainda, as “chances não equivalem a expectativas subjetivas. Daí que as chances somente se tornam ressarcíveis quando o processo que conduza a elas já se tenha deflagrado. Caso contrário, ficamos no campo dos danos hipotéticos” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 232).

Portanto, a certeza na perda de uma chance está vinculada a seriedade e realidade. Apesar de incerto o alcance do resultado almejado, deve ser demonstrado que o lesado estava em uma situação que o possibilitaria conseguir o resultado esperado, reunindo as condições necessárias para tanto, e que, inexistia no momento do fato danoso, qualquer impedimento ou exclusão de sua obtenção (PEDRO, 2019, p. 201).

Pode-se extrair a seriedade da chance observando se o processo aleatório foi deflagrado, considerando, dentre outros elementos, os marcos temporais de proximidade entre o fato danoso e o alcance da vantagem.

No entanto, o lapso temporal não pode ser um critério absoluto, pois outros fatores podem indicar a seriedade no caso concreto (SILVA, 2013, p. 141).

Nesse sentido, a jurisprudência francesa nega a indenização da perda

³⁰ Enunciado 444: “Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos” (AGUIAR JÚNIOR, 2012, s.p.).

de uma chance de exercer uma profissão quando o lesado sequer estava “engajado” para alcançá-la. O engajamento pode ser evidenciado pelo início do processo de preparação (CARNAÚBA, 2013, p. 127) como estudos, cursos preparatórios, ingresso em carreira com possibilidade de ascensão, entre outros.

Portanto, exige-se que a vítima já esteja vivenciando uma situação concreta na vida que favoreceria a chance de obter um benefício ou a possibilidade de livramento, e que essa foi obstruída ou impedida pelo lesante (ANDRIGHI, 2014, p. 255).

Em sentido diverso, Matilde Zavala de González (1996, p. 301) flexibiliza a necessidade de início do processo aleatório que levaria o lesado a alcançar o benefício esperado, bastando um contexto favorável:

En efecto, a nuestro juicio no es necesario que hoy (al tiempo del hecho dañoso) la víctima estuviese en la situación idónea para aspirar a la realización de las ventajas. Lo exigible es sólo un contexto favorable que permita suponer que, sea de inmediato o inclusive más adelante, se habría llegado a estar en la situación que permitiría el logro de los beneficios esperados.

Ao abordar a prova do prejuízo, Agostinho Alvim (1972, p. 182) com base em Giorgi, explica que cabe ao credor demonstrar que os danos são atuais ou, pelo menos, certos em sua existência futura, e que o “objeto da obrigação consiste [...] numa prestação útil ao credor”.

Portanto, a necessidade de demonstração da seriedade e realidade pressupõe que seja evidenciada a utilidade para o lesado em relação à impossibilidade de alcançar um benefício igual ou superior, e que o processo que levaria à vantagem já havia sido iniciado:

debe exigir-se que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas, al momento del evento dañoso. Distinto es que el damnificado aduzca que el evento dañoso le privó de esa situación idónea, es decir, que le privó de colocarse ante la chance misma, pues entonces, realmente, no se indemnizaría la pérdida de las probabilidades sino un daño que queda en el terreno de las puras conjeturas o hipótesis, es decir, un daño eventual. Es que aun cuando la chance es indemnizable, la indemnización repara un interés actual de la víctima, que no existe cuando quien se pretende damnificado no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida (ZANNONI, 1982, p. 56).

É justamente na utilidade da chance para o lesado que se verifica a existência do interesse e a motivação que justifica o ressarcimento dos danos aos

interesses aleatórios.

A chance representa o caminho disponível ou acessível ao lesado para alcançar algo que deseja, seja um bem patrimonial ou extrapatrimonial, assim como sua própria realização como pessoa, assegurada pelos direitos da personalidade. Portanto, a chance reúne as características para constituir um interesse do lesado, considerando-se que

Segundo a clássica definição de Henri Capitant, o interesse é *un avantage d'ordre pecuniaire ou moral*. Esse conceito nuclear nos parece válido tanto para os interesses no mundo fático como para aqueles recepcionados no ambiente jurídico: o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa; a etimologia dessa expressão confirma essa exegese – *quod inter est*, isto é, um certo qualificativo aderente a um objeto e que o torna atraente ao observador. A nota comum é sempre a busca de uma situação de vantagem, que faz exsurgir um interesse na posse ou fruição daquela situação. Mesmo o interesse “processual” não foge a esse núcleo comum: ele é reconhecido quando o processo se revela útil e necessário à obtenção de certa posição de vantagem, inalcançável de outro modo. [...] A diferença entre os interesses – *lato sensu* – e o interesse jurídico está em que o conteúdo axiológico daqueles primeiros é amplo e variável, na medida em que sua valoração é deixada ao livre arbítrio dos sujeitos; ao passo que o interesse jurídico, por definição, tem seu conteúdo valorativo já prefixado na norma de regência (MANCUSO, 2019, Page RB-1.1).

No sentido da necessidade da demonstração da utilidade para o lesado, o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp n. 1.220.911/RS³¹ analisou o caso de um candidato em concurso público reprovado no exame psicotécnico que pediu a indenização por perda de uma chance, mas afirmou que “não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal.” Ou seja, restou demonstrada a inutilidade para o lesado da

³¹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ.

[...]

5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente "nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp. 91-92), dentre outras.

6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp n. 1.220.911/RS, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 25/3/2011).

oportunidade de que supostamente foi privado.

Já no REsp n. 1.335.622/DF³², em voto divergente e vencido, a Ministra Nancy Andrichi evidenciou a necessidade de que fosse verificado se a internação da paciente em unidade de terapia intensiva teria conferido uma chance real e concreta de sobrevivência. Caso confirmado, haveria perda de uma chance, caso contrário, inexistiria dano indenizável.

Portanto, a chance séria e real deve proporcionar ao lesado “efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada” aplicando o princípio da razoabilidade (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 96). De forma que

quando os juízes condicionam a reparação de uma chance ao seu caráter real e sério, eles não querem nada além da prova concreta de que a vítima estimava aquela chance e que, assim, essa perda representa uma lesão efetiva a um interesse seu. O objetivo dos tribunais é de descartar os falsos interesses, inexplicavelmente “descobertos” pela vítima apenas no momento em que ela propôs sua ação de reparação (CARNAÚBA, 2013, p. 127).

A probabilidade de ocorrência do resultado final poderá ser verificada no caso concreto, por meio da utilização de outras ciências, como a estatística, pesquisas empíricas para a verificação do grau de probabilidade de sucesso de um tratamento médico não indicado, ou do grau de êxito do tratamento se a doença fosse identificada anteriormente, jurimetria para verificação da probabilidade de acolhimento da tese do recurso intempestivo pelo Tribunal *ad quem*, entre outros.

Além disso, há a necessidade de “pessoalizar” a situação em análise, porque as estatísticas e outros elementos são abstratos. No caso do advogado que perdeu o prazo processual, pode-se proceder ao “julgamento dentro do julgamento” verificando qual a provável decisão que seria tomada. Na seara médica, averiguam-se “as características pessoais do paciente, os elementos circunstanciais do contexto espaço-temporal em que ele se localize e todas as particularidades distintivas do caso singular” (PEDRO, 2019, p. 202-203)³³.

³² (STJ. REsp n. 1.335.622/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012, DJe de 27/2/2013).

³³ “Quer dizer, mesmo que se recorra, nomeadamente com o arrimo providenciado pelas presunções naturais ou *hominis* (art. 351.º) e com apelo a provas de primeira aparência, a consideração de informações que se retiram do curso normal dos acontecimentos (a rapidez da reação que as forças policiais têm no exemplo do assalto, a observância dos critérios de seleção nos concursos, por exemplo) e se carregem, com recurso a prova pericial (art. 388.º), os dados colhidos no corpo científico que subjaz ao exercício profissional numa dada área de atividade (os dados colhidos na doutrina e na jurisprudência ou as informações e protocolos com que os médicos trabalham), é necessário averiguar se os contornos particulares da situação concreta a distanciam da regularidade constatada” (PEDRO, 2019, p. 202).

A chance hipotética é identificada quando se verifica que para sua “concretização seriam necessárias outras causas, ou seja, retirando-se a conduta do réu, o ganho esperado dependeria de outros fatores para ocorrer, como ganhar um concurso, ou promoção em emprego, que dependem de outros acontecimentos”. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu, por exemplo “[...] que simplesmente excluindo-se a conduta realizada pelo terceiro não se concluiria pela alegada chance perdida” (GONDIM, 2005, s.p.).

Dessa forma, a seriedade da chance será verificada quando, no caso concreto, além do início do processo necessário para o alcance da vantagem, não restar nenhum outro requisito extraordinário necessário a ser superado.

Também, no que diz respeito à certeza do dano, deve-se examinar se, com o fato danoso, as chances foram definitivamente extirpadas do patrimônio do lesado (ROCHA, 2021, p. 129). Se houver outro modo do lesado alcançar o mesmo benefício, não restará demonstrado que a conduta do lesante foi determinante para a frustração da vantagem almejada.

Isso implica que, se for possível ao lesado alcançar o benefício posteriormente ou de outro modo, não haverá a incerteza irreversível necessária, como, por exemplo, no caso em que é possível ao participante de uma licitação injustamente excluído, sagrar-se vencedor se o procedimento for anulado e, portanto, repetido (ALCOZ, 2009, p. 42).

A situação do lesado deve ser definitiva, o fato danoso atribuído ao responsável deve ter “detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas” (ZANNONI, 1982, p. 51).

Porém, não se pode confundir o caráter definitivo da perda da possibilidade de disputar o resultado em um processo aleatório já em curso e o óbice permanente de alcançar a vantagem final por outros meios, porque “há a possibilidade de início, em momento outro, ainda que tardio, de novo processo aleatório que conduza à obtenção da mesma ou semelhante vantagem” (AMARAL, 2015, p. 263-264).

É o caso do fato danoso que impediu o estudante de participar da última fase de um vestibular. No ano seguinte, poderá se inscrever novamente, mas “outras circunstâncias podem interferir em suas chances de aprovação” no concurso seguinte. Não se afasta a responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas a quantificação do dano deverá observar a transitoriedade (AMARAL, 2015, p. 263-264).

Sérgio Novais Dias (1999, p. 62), ao abordar a responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance, identifica que se trata de relação contratual. A ausência de manifestação processual pertinente gera inadimplemento. Estando o devedor em mora, responde pela impossibilidade da prestação, não se aplicando as excludentes do caso fortuito ou da força maior. Salvo se comprovasse a ausência de culpa ou que o dano sobreviria mesmo quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada, conforme disposições do artigo 957 do Código Civil de 1916 reproduzido no artigo 399 do Código Civil de 2002³⁴.

Neste sentido, o advogado não seria responsabilizado se demonstrasse que o dano aconteceria ainda que a obrigação fosse desempenhada, comprovando que a pretensão não seria acolhida mesmo que praticado o ato faltoso (DIAS, 1999, p. 62). Da mesma forma, o médico ao evidenciar que o óbito ou as sequelas eram inevitáveis.

O suposto lesante ao comprovar que a adoção de outra conduta não impediria o dano, provaria a inexistência da chance séria e real, por ausência de probabilidade razoável e conseqüentemente não existiria interesse ressarcível.

Embora a previsão legal se refira às relações contratuais, sua essência também se aplica à responsabilidade extracontratual. Isso ocorre porque, ao demonstrar que mesmo sem a interrupção do processo aleatório, a vítima não alcançaria o benefício ou evitaria o prejuízo, o nexo de causalidade é rompido e a chance esvaziada, não sendo séria e real no caso concreto.

Portanto, a perda de uma chance está situada entre dois extremos. O primeiro, em que é inexistente a possibilidade de que o resultado final seja alcançado, e, portanto, inexistente chance séria e real. O outro, é aquele em que se demonstrou que era certo o alcance da vantagem final. Nessa situação, também não haverá perda de uma chance, por ser desnecessária, pois há a comprovação dos requisitos para a reparação dos lucros cessantes (PEDRO, 2019, p. 199-202).

Deve-se verificar o nexo de causalidade entre a atuação do lesante e a chance perdida, o qual deve ser estabelecido em relação à chance e não ao dano final. A única incerteza no nexo casual está relacionada ao resultado final (GONDIM,

³⁴ Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

2005, s.p.).

[perda de uma chance clássica] O lesado deve provar que o fato externo existia ou estava programado; que ele estava (naquele momento) em condições de alcançá-lo; que o réu praticou a ação que eliminou a expectativa de obter o resultado aleatório, sem que incida causa excludente da responsabilidade do agente. A avaliação será feita com os dados da concorrência causal do agente, das condições de o lesado alcançar o resultado, no nível da probabilidade.

[perda de uma chance de evitar um prejuízo] O lesado deverá provar que (i) a expectativa de evitar existia, com os cuidados preventivos que adotara; (ii) a ineficiência dos serviços de proteção, que eliminaram a sua expectativa; (iii) o grau de probabilidade de evitar o resultado mediato (AGUIAR JÚNIOR, 2018, p. 444).

Dessa forma, a vedação à reparação do dano hipotético prevista no artigo 403 do Código Civil³⁵ não afasta a possibilidade de reparação da perda de uma chance porque “se a vítima provar a existência do dano e a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 546).

Na Argentina, o Código Civil y Comercial de la Nación na reforma de 2014³⁶ contemplou expressamente a perda de uma chance entre os danos indenizáveis, estabelecendo que no caso de perda de uma chance deve haver a demonstração de possibilidade razoável e da relação de causalidade.

Assim, nota-se a tendência de que a perda de uma chance, além de ser indenizável em decorrência da cláusula geral de danos reparáveis, no caso do Brasil, prevista no artigo 186, 187 e 927 do Código Civil, passe a ser disciplinada também na legislação, assegurando-se a sua reparação e as balizas orientativas para sua aferição no caso concreto.

³⁵ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁶ Artículo 1737. Concepto de daño Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Artículo 1738. Indemnización La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Artículo 1739. Requisitos Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. (ARGENTINA, 2014, s.p.).

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE

Pode-se visualizar a natureza dúplice, ou o duplo viés na perda de uma chance, em que na hipótese clássica ou de alcançar uma vantagem constituir-se-á em dano, decorrente da privação da própria oportunidade. E quando se referir à possibilidade de evitar um prejuízo já ocorrido, discutir-se-á a causalidade³⁷ em relação ao dano final.

Luis Medina Alcoz (2009, p. 48-50) defende que na perda de uma chance em qualquer de suas modalidades, enfrenta-se a teoria geral da causalidade. O entendimento de que se trata de dano moral ou uma coisa já integrada ao patrimônio jurídico do lesado seriam ficções, constituindo, na verdade, um regime de imputação probabilística que “da entrada a la ideia de una causalidad meramente posible y que permite la reparación parcial de un daño eventual sin negarle ficticiamente esta calidad”. O cálculo que se realiza ao incidir a probabilidade aferida sobre o valor total do dano final proporcionaria a medida exata da causalidade parcial entre o fato ilícito e o dano.

Exemplifica sua posição expondo a evolução da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Se naquela época foram criadas figuras paliativas, como a culpa presumida ou ampliada, atualmente, os juristas diante da necessidade de reconhecer a responsabilidade sem causa provada, argumentam com construções como “que la chance es una cosa cuya perdida produce un daño emergente” (ALCOZ, 2009, p. 73-74).

Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 256) sustenta a natureza dúplice da perda de uma chance. Nos casos em que o processo aleatório não foi interrompido e chegou ao fim, permitindo o conhecimento do resultado, envolve uma causalidade parcial. O recurso à estatística teria por finalidade medir a contribuição do lesante para a ocorrência do dano final, sendo as chances perdidas causas parciais para a perda da vantagem ou ocorrência do dano final. Já nos casos clássicos, constitui um conceito específico de dano.

Esclarecida a possibilidade de que a perda de uma chance tenha natureza jurídica de causalidade, mas filiando-nos à concepção de que tem natureza

³⁷ “Entrementes, os que comungam com a visão de Jacques Boré poderão dela discordar, por entender que as chances perdidas seriam fruto da utilização de uma causalidade parcial, visto que não possuem qualquer autonomia em relação ao dano final” (SILVA, 2013, p. 144).

una, consistindo em prejuízo, seja qual for a classificação adotada, porque sem o fato danoso o lesado poderia estar em uma situação melhor. Torna-se necessária a adequada identificação da natureza jurídica do dano por perda de uma chance (patrimonial ou extrapatrimonial), o que terá repercussões diretas no reconhecimento de sua ocorrência no caso concreto e em sua quantificação.

2.3.1 Dano: Lesão a um Interesse Tutelado

A legislação não definiu o que é dano, deixando essa tarefa para a doutrina e a jurisprudência. Não há consenso sobre as possibilidades de caracterização, pois o conceito evoluiu de uma definição estritamente relacionada ao patrimonialismo, para incluir a lesão ao interesse tutelado. Atendendo às necessidades de operacionalização da reparação por danos extrapatrimoniais.

O dano é o elemento inafastável da responsabilidade civil, sem o qual não há o dever de indenizar. A mera ilicitude da conduta não é relevante para a responsabilidade civil (VARELA, 2000, p. 597) como desencadeadora do ressarcimento.

Sendo a definição tradicional da responsabilidade vinculada ao dever jurídico de restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico do lesado (DIAS, 2012, p. 43), ou seja, o retorno ao *status quo ante*, com a restauração do estado em que o lesado estaria sem a ocorrência do evento danoso. Observa-se que o dano como indispensável ao dever de indenizar é extraído da própria definição de responsabilidade civil.

Inexistindo prejuízo, não haverá divergência entre o estado da vítima antes e após a ocorrência do fato danoso a ser ressarcido (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 92).

O conceito de dano, assim como os demais institutos jurídicos, está em constante transformação devido às alterações nas necessidades sociais. Isso está relacionado “ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida”, estando em maior importância o patrimonial ou existencial a depender do que é mais relevante ao grupo social (MARTINS-COSTA, 2001, p. 181).

Inicialmente, o conceito de dano era concebido de forma objetiva, como uma alteração da realidade material, correspondia às consequências naturais. Nesse contexto, o ressarcimento se daria pela reparação *in natura*, ou na

impossibilidade pela entrega de outro bem com as mesmas características. O dano era percebido como a frustração do titular em relação as utilidades efetivas do bem. Essa concepção pode ser aplicada atualmente aos casos em que o bem é improdutivo, tem mercado e natureza fungível, porque o “valor do bem é coincidente ao interesse que representa ao proprietário” (BENACCHIO, 2018, p. 437-438). Portanto, o dano era aferido tendo como base o valor comum, de troca ou de venda (FISCHER, 1938, p. 35).

Assim, quando a substituição do bem for impossível, avalia-se o dano real por meio de uma avaliação abstrata, que deve coincidir com a exata soma em “dinheiro correspondente à diminuição patrimonial causada pela lesão” (VARELA, 2000, p. 600). Em outras palavras, se o veículo abalroado tem o valor de mercado de R\$ 50 mil, esse será o valor ressarcível.

Posteriormente, vinculou-se a noção de dano à de diminuição de um patrimônio, reconhecendo que o valor abstrato do bem atingido não ressarce todas as relações do proprietário em relação aos bens. O montante econômico poderia ser superior à avaliação. Assim, o dano deve ser aferido de forma subjetiva, contemplando a integralidade dos prejuízos, considerando-se que o dano atinge “os interesses da vítima em seu patrimônio e não apenas o bem lesado”³⁸ dando origem a teoria da diferença (BENACCHIO, 2018, p. 438-439).

A extensão do dano passa a ser aferida pela diferença negativa encontrada na comparação entre o patrimônio que o lesado deveria possuir se não tivesse ocorrido o dano (estado imaginário) e o que efetivamente possui após o fato danoso (FISCHER, 1938, p. 24).

A avaliação concreta do prejuízo é realizada casuisticamente, por exemplo, “toma em conta o valor mais alto a que o comprador teve de adquirir certa mercadoria, por lhe não ter sido entregue, na data pactuada, aquela que comprara” (VARELA, 2000, p. 600).

É por meio dessa avaliação subjetiva, portanto, que os lucros cessantes são ressarcíveis. O artigo 402 do Código Civil de 2002, com redação similar à do artigo 1.059 do Código Civil de 1916, estabelece que “Salvo as exceções

³⁸ Agostinho Alvim (1972, p. 213) cita o seguinte exemplo: “Assim, o valor de um cavalo, considerando só por só, e, portanto, o prejuízo ocasionado com a sua perda, pode não estar em equivalência com a perda do mesmo animal, se considerarmos que o dono bem poderia possuir dois animais idênticos, valendo a parilha mais do que a soma dos dois. Uma parilha é coisa coletiva (Cód. Civ., art. 54, n. II) e o seu valor nem sempre corresponde à soma das unidades”.

expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, contemplando o lucro cessante no que se deixou de lucrar. Demonstrando assim a opção do legislador pela avaliação concreta ou subjetiva do prejuízo (ALVIM, 1972, p. 216). Além disso, admite-se a avaliação do equivalente ao bem pelo valor de afeição, conforme o artigo 952, parágrafo único do Código Civil³⁹.

Ainda que o dano concreto ou subjetivo seja inferior ao dano abstrato ou objetivo, apenas o primeiro será indenizado, a fim de evitar enriquecimento ilícito do lesado (ALVIM, 1972, p. 216). Dessa forma, para que se configure o dano, é necessário que o bem ainda tenha valor para o lesado após o fato lesivo, admitindo-se o “valor de uso ou estimativo, [...] como o cachorro que ninguém compraria, mas o dono prefere a qualquer outro de boa raça” (LÔBO, 2022, p. 334, *ebook*).

O dano enquanto vinculação à diminuição patrimonial após a aceitação da ressarcibilidade do dano moral, passa a ser conceituado como

a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, a privacidade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial quanto não patrimonial, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 92).

No entanto, embora essa definição possibilite uma maior abrangência para os danos patrimoniais, não permite a adequada reparação dos danos extrapatrimoniais. Estes não podem ser mensurados por meio da teoria da diferença devido à sua natureza que impede a quantificação *in pecúnia*, mas tão somente o arbitramento de uma compensação a critério do Magistrado.

Assim, identificou-se o dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado. O direito não tutela os bens em si considerados – objeto –, mas sim o interesse de sujeitos determinados que verificam a aptidão genérica para a satisfação de uma necessidade humana através de um bem (DE CUPIS, 1970, p. 39)⁴⁰. De modo que

³⁹ Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.

⁴⁰ O prejuízo ao interesse pode não estar acompanhado do prejuízo às utilidades do bem. Adriano De Cupis (1970, p. 40) indica o exemplo do roubo de um relógio. O proprietário sofre um dano devido à

o objeto de toda a tutela jurídica são, não os bens, mas os interesses. Indubitavelmente que a essência final do direito exige que ele não dirija a sua tutela, senão a entidades compreendidas no domínio útil humano. [...] a tutela jurídica, conseqüentemente não tem por objeto os bens considerados em si mesmos, mas situações particulares dos sujeitos relativamente aos bens. Essas situações são precisamente “os interesses” (DE CUPIS, 2008, p. 40).

A conjugação da avaliação pela concepção subjetiva e do interesse permite entender o dano como a perda *in natura*, seja pela destruição, subtração ou deterioração de bens materiais ou incorpóreos vinculados aos interesses amplamente considerados do lesado (materiais, espirituais ou morais) e que são tutelados pelas normas jurídicas (VARELA, 2000, p. 598).

Isso porque, a noção de interesse violado derivada do fato de que a “norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica” (SILVA, C., 2015, s.p.). Portanto, o dano não é a lesão a um bem, mas corresponde, em última análise, à “transgresión a la tutela otorgada por la norma al sujeto poseedor del bien menoscabado” (BREBBIA, 1950, p. 91).

Portanto, embora *a priori*, o dano se confunda com a diminuição de qualquer coisa ou interesse da vítima, só há relevância para o direito quando atingir um bem relacionado a um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico (STOCO, 2014, título V, capítulo XIII, item III), ou violar qualquer valor inerente à pessoa humana, reconhecido como socialmente sério e útil. Isso ocorre porque a responsabilidade civil, assim como qualquer outra obrigação, tem como objetivo a realização de um interesse legítimo do credor (NORONHA, 2013. p. 188-189, *ebook*).

O interesse⁴¹, portanto, é o que “interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa” (MANCUSO, 2019, Page RB-1.1). Em um contexto econômico, por exemplo, o interesse pode se traduzir como “lucro”, “renda”, “ganho”, “benefício

privação da possibilidade de satisfazer suas necessidades por meio do objeto retirado do seu patrimônio, mas o bem permanece intacto nas mãos de outrem. A situação é diferente quando o relógio é danificado ou destruído, pois, nesse caso, além da impossibilidade de satisfazer a necessidade do proprietário, ocorre a perda de utilidade do relógio.

⁴¹ “Por interesse entende-se a relação entre um sujeito e um bem (interesse em sentido subjetivo: em algumas ocasiões falou-se de interesse como transposição, no plano jurídico, da necessidade e do desejo advertido pelo sujeito). Contrapõe-se a esta uma concepção objetiva (ou normativa) de interesse, como “exigência de bens ou valores para realizar ou proteger”, graduados hierarquicamente, em uma sociedade em um ordenamento historicamente determinado (cfr, retro, § 8)” (PERLINGIERI, 2002, p. 31).

pecuniário””. Portanto, “ter “interesse” em realizar certo negócio ou operação financeira significa ter uma perspectiva favorável a uma dada situação de vantagem” (MANCUSO, 2019, Page RB-1.3).

É “a situação de cada um em relação ao bem, em virtude da qual lhe seja possível, lhe seja fácil, lhe seja seguro emprega-lo na satisfação de uma necessidade, esta situação é o interesse que é, a relação entre o homem e o bem” (CARNELUTTI *apud* AGUIAR DIAS, 2012, p. 820).

Dessa forma, do ponto de vista jurídico, o dano consiste em mais do que a mera diminuição de um bem. É a aniquilação, redução, alteração de uma situação favorável de uma pessoa em relação à satisfação de seus interesses por meio dos bens (DE CUPIS, 1970, p. 7 e 37) de qualquer natureza, ou seja, a privação ou a redução da utilidade para o lesado.

A própria resistência no Brasil, à indenização da perda de uma chance é explicada pela “impossibilidade de atribuir à oportunidade perdida um valor econômico que pudesse ser tomado como diminuição econômica” por meio da teoria da diferença (SCHREIBER, 2009, p. 100).

O dano em sentido jurídico, portanto, é melhor apresentado em relação ao interesse do lesado, e não sobre o bem em si considerado:

El daño es el menoscabro a todo interés que integra la esfera del actuar lícito de la persona, a consecuencia del cual ella sufre la privación (en sentido lato) de un bien procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso (ZANNONI, 1982, p. 22).

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 206-207) conceituam o dano como “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, seja ele patrimonial, extrapatrimonial, individual ou metaindividual”. E que deve sempre ser verificado no caso concreto e levando em consideração também os interesses do lesante:

O que se entenderia como *interesse jurídico*? É sempre aquilo que historicamente determinada comunidade considera digno de tutela jurídica. E como podemos aferir se este interesse será *concretamente merecedor de tutela*? Em caminho já percorrido com segurança por Anderson Schreiber, devemos considerar que o juízo do merecimento da tutela por parte dos tribunais somente poderá derivar de uma análise precisa e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitação gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz de circunstâncias peculiares. Com isso,

revela-se uma faceta do dano até então desprezada pela doutrina: a de funcionar como uma espécie de cláusula geral, que permite ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente violado consiste, na égide do ordenamento jurídico vigente, em um interesse digno de proteção, não apenas em abstrato, mas também, e sobretudo, face ao interesse que se lhe contrapõe.

Apresentado como o dano se manifesta em relação aos interesses do lesado tutelados pela norma jurídica, e a necessidade de que haja utilidade para que ocorra a reparação, proceder-se-á à exposição dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, para em seguida verificar-se qual a natureza jurídica do dano por perda de uma chance.

2.3.2 Dano Patrimonial e Extrapatrimonial

Tradicionalmente, a natureza patrimonial ou extrapatrimonial do dano é atribuída com base do interesse do lesado. Os critérios de distinção entre as duas espécies serão indicados no item 3.1. Por enquanto, apenas serão apresentados os conceitos, e posteriormente a possibilidade de atribuição de uma ou outra natureza à chance perdida.

A definição de dano patrimonial está diretamente vinculada a noção de patrimônio como relações econômicas apreciáveis em dinheiro (FISCHER, 1938, p. 13). Ou seja, são decorrentes de lesões que representam uma diminuição econômica dos bens ou interesses titularizados pelo lesado, não se limitando ao que é materializado, corpóreo, mas também incluindo as relações jurídicas imateriais com expressão econômica, como os direitos de crédito e os direitos autorais (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 117, *ebook*).

Os bens patrimoniais e seus frutos podem ser trocados por outros bens ou frutos de outros bens. Sua utilidade pode ser comparada com a de outros bens, o que é facilitado pela medida em valores econômicos, ou seja, em dinheiro. Possuem característica de exterioridade⁴², valorabilidade pecuniária e capacidade de atender às necessidades econômicas. Consequentemente, o interesse patrimonial é a utilidade que um bem patrimonial pode proporcionar à determinado sujeito (DE CUPIS, 1970, p. 50-51).

⁴² Adriano De Cupis (1970, p. 51) indica que os bens internos não poderiam ser incluídos no âmbito patrimonial, porque seriam desprovidos de utilidade econômica direta. Portanto, o dano não patrimonial é o relativo a interesses não patrimoniais e deve ser definido em oposição – ou por exclusão – aos danos patrimoniais.

Assim, o patrimônio é “a totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição duma pessoa”, no sentido da possibilidade de o titular usar e fruir materialmente, pressupondo a ofensa ou diminuição de certos valores econômicos (FISCHER, 1938, p. 16 -20).

Para a existência do dano patrimonial, basta o aumento das dívidas, ainda que inexista alteração nos valores ou bens positivos, assim como na frustração de um lucro ou aquisição (FISCHER, 1938, p. 24). Isso ocorre porque o patrimônio não é apenas o complexo de posições jurídicas ativas titularizadas pelo indivíduo, contemplando também o passivo (NERY; NERY JUNIOR, 2022, Page RB-25.4; FISCHER, 1938, p. 14).

Por isso, a constatação do dano patrimonial e de sua extensão é realizada por meio da teoria da diferença sem grandes dificuldades (VARELA, 2000, p. 599), e em regra o pagamento da indenização corresponderá à exata extensão do dano, ocorrendo a completa recomposição do patrimônio do lesado.

No entanto, nada impede que a reparação seja realizada *in natura*, sendo esta preferível por assegurar de forma mais simples a recomposição do patrimônio. Por exemplo, se um vaso de cristal fungível for quebrado, nada melhor do que reparar o dano pela entrega de outro com as mesmas características. Sem prejuízo de que existindo algum elemento distintivo que eleve o valor do bem, seja realizada a reparação natural acrescida de um valor pecuniário (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 224-225).

Os interesses econômicos não se limitam ao que é exterior ao indivíduo, assim como os interesses não econômicos não se limitam ao que é interior. A afetação de um ou outro pode repercutir em perdas econômicas ou danos afetivos (NORONHA, 2013, p. 219, *ebook*).

Deve-se compreender que as potencialidades humanas, enquanto instrumentos, podem ter natureza também econômica, já que o aspecto econômico engloba não apenas o ter, mas também o “poder hacer” como médio de “obtener”. O si se quiere expresarlo de outra manera: la lesión inmediata a lo que el sujeto “es” puede repercutir mediatamente en lo que “tiene” (o verosímilmente podría haber llegado a tener)”. Mesmo que os bens extrapatrimoniais não tenham valor econômico *per se*, ao serem empregados com finalidades produtivas, adquirem essa característica (GONZÁLEZ, 1996, p. 53).

Neste sentido, Carlos Alberto Gherzi (1997, p. 63) leciona que atualmente, o dano patrimonial, enquanto acumulação de bens, cedeu lugar ao econômico. Este último considerado como a capacidade da pessoa humana de gerar riquezas, suas relações econômicas, a acumulação privada, entre outros.

A chance, com natureza patrimonial, para Sérgio Savi (2012, p. 13) com base em Maurizio Bocchiola, significa “em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda”, assumindo valor econômico e conteúdo patrimonial consistente na “não ocorrência de uma eventualidade favorável”, evidenciando-se a utilidade e o interesse para o lesado.

Neste contexto econômico, caracterizado por um intenso fluxo de negociações e de atividades produtivas, em que a conquista de novos clientes, por exemplo, tem repercussões em ganhos financeiros, é que a oportunidade tem valor econômico (ROCHA, 2021, p. 86).

O exemplo pode ser melhor explorado quando se pensa em uma carteira de clientes, conquistada ao longo de anos por uma empresa. Quanto maior a carteira, maior é a avaliação de mercado do empreendimento. Não há nenhuma garantia ou certeza de que efetivamente os clientes irão contratar no futuro, mas há um valor nessa oportunidade de contratação. Se assim não fosse, inexistiriam cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho ou empresariais.

O dano patrimonial pode ser verificado de duas formas: danos emergentes e lucros cessantes.

Os danos emergentes, também denominados danos positivos, são a redução ou o que o lesado perdeu em decorrência do dano (VENOSA, 2023, p. 394, *ebook*). Sua finalidade é recolocar o lesado na condição em que se encontrava no momento do dano. Correspondem ao “empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar” (DINIZ, 2023, p. 32, *ebook*).

Não estão restritos apenas à redução do ativo do lesado, mas também englobam o aumento do passivo nos casos em que o lesado já está insolvente e a lesão “apenas acentua a sua debilidade econômica” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 224). Portanto, compreende tanto a diminuição do patrimônio (ativo) quanto o aumento do passivo (VARELA, 2000, p. 599).

Os lucros cessantes, por sua vez, são os denominados danos

negativos, e correspondem ao que o lesado foi privado de receber devido ao dano ocorrido, como uma determinada vantagem ou lucro esperado (VENOSA, 2023, p. 394, *ebook*). Embora não seja necessária uma certeza absoluta de obtenção do lucro, é necessário demonstrar uma probabilidade objetiva decorrente do desenvolvimento normal dos fatos, considerando o caso concreto (DINIZ, 2023, p. 32, *ebook*). O juiz deve

mentalmente, eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado, a título de lucro cessante, seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 94).

Isto é, mantendo-se as mesmas condições econômicas de determinado local, presume-se que o lesado teria obtido no futuro o mesmo lucro anterior ao fato danoso (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 227).

Evidente que outras condições podem ser consideradas, especialmente diante da recente pandemia do COVID-19, que excepcionalmente, em questão de dias, impediu o exercício de atividades econômicas e circulação de pessoas. Resultando na redução a zero da renda de diversos profissionais dedicados às mais diversas atividades consideradas não essenciais, e o aumento exponencial de outras como *delivery* e comércio online.

Em outras palavras, o lucro cessante é “a consequência futura de um fato já ocorrido” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 94). Isso inclui os valores que o lesado deixou de obter devido a um acidente que o incapacitou. Em caso de morte, os recursos recebidos pelos familiares e que eram revertidos para o sustento e manutenção daqueles que dependiam do falecido, entre outros.

Admite-se o recurso a presunções, especialmente no que diz respeito ao lucro cessante futuro, desde que demonstrado com certeza objetiva que seria obtido. A criança ou adolescente, por exemplo, salvo comprovada outra causa incapacitante, provavelmente desenvolveria atividade laborativa como decorrência da natural evolução humana. Quando essa possibilidade é inviabilizada devido ao evento danoso, deve ser reparada (AZPEITIA; LOZADA; MOLDES, 1998, p. 33-35).

A existência de outras circunstâncias que poderiam impedir o lucro⁴³

⁴³ “[...] seria possível objetar que, ainda mesmo sem o acidente, poderia ele não vir a ter os lucros esperados, ou por não ser procurado pelos seus clientes, ou por outra razão, sendo certo que qualquer destas hipóteses, uma vez aceita, exoneraria o devedor” (ALVIM, 1972, p. 189).

não implica em automática exclusão da indenização. A redação legal afasta essas hipóteses ao prever o ressarcimento do que razoavelmente deixou de lucrar. O termo razoavelmente deve ser interpretado no sentido de que não “se pagará aquilo que fôr razoável (idéia quaitativa) e, sim, que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (idéia que se prende à existência mesma do prejuízo)” (ALVIM, 1972, p. 189- 191).

Exemplo que ilustra claramente a diferença entre as duas hipóteses, é o do taxista que tem seu carro abalroado por outro motorista. Em virtude do acidente, sofrerá danos patrimoniais, na medida em que terá que reparar os danos ocasionados ao veículo (danos emergentes) e pela perda das corridas que poderia realizar durante o período em que o veículo estivesse danificado ou no conserto (lucros cessantes) (AMARAL, 2015, p. 129; FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 891). Isso ocorre porque, no momento do dano, o valor dessas corridas ainda não estava integrado ao seu patrimônio, havia apenas uma expectativa por parte do lesado de que iria realizá-las.

Os danos emergentes e os lucros cessantes são diferenciados pelo impacto da lesão no *status quo ante*: depreciação do estado anterior; e ausência de melhora após o dano, respectivamente. A partir desta constatação, é equivocada a concepção de que a indenização recoloca a vítima no *status quo ante*, porque se assim o fosse, não haveria reparação dos lucros cessantes (CARNAÚBA, 2013, p. 167).

Os danos extrapatrimoniais, por sua vez, são definidos de forma residual aos danos patrimoniais. Neste momento, a expressão extrapatrimonial é utilizada de forma ampla, por meio de um critério de exclusão, já que no Capítulo 3, será abordada a diferenciação em relação ao dano moral.

A doutrina diverge quanto à questão de os danos extrapatrimoniais serem ou não sinônimos dos danos morais. De modo geral, reconhece-se que há uma imprecisão terminológica, porque utiliza-se a mesma nomenclatura de outros ordenamentos jurídicos. Mantém-se a expressão dano moral como gênero para designar os danos não patrimoniais por tradição. Dessa forma, salvo ressalva do autor, em regra, quando se menciona dano moral, ele é empregado como sinônimo de dano extrapatrimonial, que, como gênero, corresponde a todo dano aos interesses sem conteúdo econômico, como o dano moral, dano ambiental, social, entre outros.

Brevemente expostas as modalidades de danos, passa-se a analisar

a natureza jurídica do dano por perda de uma chance.

2.3.3 Natureza Jurídica do Dano por Perda de uma Chance

Dentre aqueles que admitem a perda de uma chance como dano – ainda que apenas nos casos clássicos⁴⁴ – a natureza jurídica é controvertida. Variando entre ser considerada como dano patrimonial ou extrapatrimonial, e a partir disso, subdividindo-se em categorias como dano emergente, lucro cessante, terceiro gênero de dano patrimonial, dano moral ou dano extrapatrimonial diverso do moral.

Admite-se também que a perda de uma chance possa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, assumir natureza jurídica diversa, tanto patrimonial como extrapatrimonial, ou híbrida quando ambas as hipóteses ocorrerem concomitantemente em decorrência do mesmo fato, mas envolvendo interesses distintos.

No início da discussão acerca da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, os doutrinadores tendiam a incluí-la nos lucros cessantes considerando-a como uma modalidade de dano na qual o lesado deixou de lucrar ou de crescer algum benefício em seu âmbito de propriedade.

Embora não mencione expressamente, José de Aguiar Dias (2012, p. 827) inclui os casos de perda de uma chance em nota de rodapé ao tratar dos lucros cessantes e da exigência de “uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto”⁴⁵.

Também, Sérgio Novais Dias (1999, p. 67) trata a perda de uma chance como espécie de lucro cessante ao exigir a demonstração da certeza, ainda que provável, de que a medida judicial não realizada pelo advogado teria êxito. A chance desprovida de probabilidade de êxito é considerada como apta a gerar apenas dano moral.

⁴⁴ Sérgio Savi (2012) e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2015) limitam seus estudos à perda de uma chance clássica.

⁴⁵ Indica como exemplo em nota de rodapé n.º 1194: “Assim, a probabilidade de: ganhar uma causa; vencer uma corrida de cavalo, vencer um concurso; ganhar na Bolsa; obter o prêmio em uma exposição de pintura, probabilidade perdida, respectivamente, em consequência de fato do advogado; do transportador que não conduziu o animal a tempo ou do espectador que provocou o acidente de que resultou originariamente a sua má colocação; do mandatário que não promoveu a habilitação do candidato, a ele confiada; do banqueiro que não proporcionou em tempo o numerário ao cliente; do indivíduo que destruiu o quadro etc. [...]”(DIAS, 2012, p. 827)

A posição do autor é confirmada, no caso em que o causídico contratado para mover uma ação trabalhista, não o faz, deixando ocorrer a prescrição material. O autor indica que o advogado deveria ser responsabilizado pelas verbas rescisórias que não mais poderiam ser cobradas pelo cliente (DIAS, 1999, p. 45-46).

Em outro exemplo, ao referir-se ao dano decorrente do julgamento improcedente da ação por insuficiência de provas, em que houve suposta omissão do advogado na oitiva das testemunhas levadas à audiência pelo cliente, Sérgio Novais Dias (1999, p. 76) indica que o advogado em sua defesa deverá produzir as referidas provas e que

[...] caberá ao juiz da ação indenizatória proposta pelo cliente apreciar qual seria o provável resultado da sentença da ação de acidente de veículos, se ali as duas testemunhas do cliente fossem ouvidas. Caso considere que o resultado seria provavelmente favorável ao cliente, o advogado será condenado a pagar a este aquilo que deixou de receber na ação. Caso contrário, a ação indenizatória será julgada improcedente.

Ou seja, o autor indica que caso o advogado seja sucumbente na ação movida pelo cliente, deverá reparar o dano final, e não o correspondente à própria chance considerada *per se*.

O enquadramento da perda de uma chance como lucro cessante ocorre majoritariamente nos casos em que se pretende o ressarcimento da integralidade da vantagem final almejada. Nessa perspectiva, a perda de uma chance seria subsidiária nos casos em que o processo aleatório chegou ao dano final, devendo ser empregada somente quando todas as possibilidades de verificação do nexos causal forem esgotadas, conseqüentemente, resultando na impossibilidade de reparação do dano final (SILVA, 2013, p. 252).

Quando atribuída a natureza de dano emergente, a chance é considerada uma propriedade anterior do lesado, que integrava o seu conjunto de bens. Após o fato danoso, essa “pertença antecedente, material ou imaterial” é excluída, “tornando a situação da vítima pior do que aquela em que estava anteriormente” (HIGA, 2011, p. 80-81).

Se presentes os requisitos de caracterização, a chance insere-se no “rol de bens imateriais como um direito expectativo paulatinamente consolidado por seu titular”. Representa uma ofensa à um interesse econômico do lesado, correspondente ao necessário para “eliminar perdas econômicas efetivamente decorrentes da lesão, reequilibrando o patrimônio da vítima” (FARIAS; BRAGA

NETTO; ROSENVALD; 2015, p. 240).

O ressarcimento do dano patrimonial por perda de uma chance tem peculiaridades, já que ocorrerá tão somente para recolocar o lesado na situação anterior ao evento danoso, o que é característico dos danos patrimoniais emergentes. Não se trata de lucro cessante, uma vez que o “óbice à melhora da situação do lesionado” não é suprido pela indenização, devido à ausência de comprovação do dano final e do nexo de causalidade em relação a ele. Esse é desconhecido e não reúne os requisitos de certeza, verificados por meio da comparação entre o estado hipotético de ausência de dano e a realidade após evento danoso (CARNAÚBA 2013, p. 168-169).

Para Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 134), a natureza jurídica é de dano emergente *suis generis*, por ser preexistente ao fato danoso e sua perda gerar uma diminuição patrimonial. É necessária a diferenciação do dano emergente em sua configuração clássica, porque o método de quantificação, por meio da aplicação da probabilidade de alcance da vantagem sobre o valor do resultado final esperado, difere do critério da diferença que ordinariamente é empregado para o dano emergente. Dessa forma, “se coloca em parêntese com o lucro cessante, e o dano emergente, como modalidade distinta de dano patrimonial, aqui denominado dano emergente *suis generis*, em razão das linhas de semelhança traçadas”.

Para Sérgio Savi (2012, p. 57), a perda de uma chance será sempre um dano patrimonial, uma “subespécie” de danos emergentes. Nesse caso, supera-se a necessidade de comprovação da certeza do dano, ao distinguir-se entre a chance de alcançar e o próprio benefício esperado⁴⁶.

Assim, a perda de uma chance é um dano independente do resultado final. Se este último não atende ao requisito de certeza necessário para ensejar o dever de indenizar, e por isso não constitui lucro cessante, é inegável a existência de uma possibilidade de vitória antes da ocorrência do fato danoso, e a sua perda é um dano emergente (DE CUPIS, 1970, p. 164)⁴⁷.

⁴⁶ “Não estamos diante de uma hipótese de lucros cessantes em razão da vitória futura que restou frustrada, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que deixou de existir” (SAVI, 2012, p. 57).

⁴⁷ Fernando Moreira Freitas da Silva (2015, p. 128-129) indica a filiação da natureza jurídica de dano emergente na doutrina italiana por Maurizio Bocchiola (1976), Giuseppe Cassano (2012), Cesare Massimo Bianca (2012), entre outros, “não se vislumbrando na doutrina italiana atual adeptos à vetusta tese de lucros cessantes”.

Carlos Alberto Gherzi (1997, p. 72) afirma que a perda da chance é um terceiro gênero de danos econômicos, intermediário ao dano emergente (perda de valores acumulados) e o lucro cessante (possibilidade de ganho). A chance é um acontecimento em potencial, porém mensurável quando certo grau de probabilidade for demonstrado.

No Brasil⁴⁸, Silvio Venosa (2023, p. 391 e 610, *ebook*) concorda com esse posicionamento, afirmando que a perda de uma chance não se encaixa em nenhuma das outras duas hipóteses, não podendo ser verificada em abstrato. De modo que “é utilizada para calcular a indenização quando há um dano atual, porém, ainda incerto na sua valorarção (*sic*), ou seja, a potencialidade de uma perda” (VENOSA, 2023, p. 586, *ebook*).

Seria uma nova espécie de dano patrimonial, diversa e intermediária entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Se fosse uma das duas hipóteses, o lesado teria que comprovar de maneira inequívoca, que o benefício esperado se concretizaria sem o evento danoso, o que é impossibilitado pela álea. A perda de uma chance decorreria da violação de um interesse de fato da vítima, e os danos emergente e lucros cessantes da lesão a um direito subjetivo (MELO, 2013. p. 464).

O dano por perda de uma chance não se limita ao dano patrimonial. A natureza extrapatrimonial pode ser indicada de forma exclusiva, alternativa, cumulativa ou híbrida, o que será melhor esclarecido no Capítulo 4. Por ora, apontam-se as possibilidades de enquadramento encontradas doutrinariamente.

Entre os que consideram a perda de uma chance como dano exclusivamente extrapatrimonial, para Antônio Jeová Santos (2015, p. 73) é um dano futuro, agravador do dano moral. Para ser indenizável, depende da certeza e atualidade de sua existência, constatável pelas consequências causadas no espírito da vítima, ainda que impossível quantificá-lo matematicamente.

O dano moral futuro é possível, na medida em que alguns danos, continuam a produzir seus efeitos mesmo após a prolação da sentença e de forma continuada. Como por exemplo, nos danos à integridade física, em que há

⁴⁸ No REsp 1.244.685/SP, o Superior Tribunal de Justiça adotou tal entendimento, consignando que “A teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”. (STJ. REsp n. 1.244.685/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/10/2013, DJe de 17/10/2013).

incapacidade permanente, como consequência da prolongação do estado atual das coisas ou de seu agravamento, devendo essa circunstância ser considerada na fixação da indenização (PIZARRO, 2000, p. 105).

Seria o caso do talentoso violinista cuja carreira foi frustrada por um acidente que lesiona os tendões do braço direito, e “a perda da chance gerou menoscabo em decorrência da frustração da carreira”. A impossibilidade de se casar, devido a uma deficiência ou deformidade, visto que atualmente o matrimônio não mais representa benefícios financeiros⁴⁹. Também, pode-se verificar a perda de uma chance nos casos em que o acidente deixa a pessoa inapta para o sexo, ou na perda de um braço que impede a prática de atividades esportivas. Na perda da visão, que impede a leitura (SANTOS, 2015, p. 74).

Nestes exemplos indicados pelo autor, parece haver uma confusão entre a perda de uma chance e os denominados danos existenciais. Estes são danos com repercussão sobre a essência ou o modo de ser da pessoa⁵⁰, e não necessariamente uma oportunidade séria e real de alcançar um benefício ou evitar um prejuízo em um processo já deflagrado.

A perda de uma chance ocorreria apenas quando os efeitos indicados resultassem, por exemplo, de uma falha médica que privou o lesado do tratamento adequado capaz de proporcionar a cura. A cegueira resultante de um acidente é um dano à integridade física e deve ser quantificado considerando a continuidade da produção dos efeitos ao longo do tempo. No entanto, inexistindo o processo aleatório, não se trata de uma perda de uma chance.

Há ainda quem considere a perda de uma chance como dano exclusivamente patrimonial (DIAS, 1999, p. 52 e 67; FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD; 2015, p. 239; SAVI, 2012, p. 57).

Nesta perspectiva, o dano extrapatrimonial apenas ocorreria quando

⁴⁹ Igualmente apontado por Matilde Zavala de González (1996, p. 452) e Ramón Daniel Pizarro (2000, p. 110).

⁵⁰ “O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. O dano existencial se consubstancia, como visto, na alteração relevante da qualidade de vida, vale dizer, em um “ter que agir de outra forma” ou em um “não poder mais fazer como antes”, suscetível de repercutir, de maneira consistente, e, quiçá, permanente sobre a existência da pessoa. Significa, ainda, uma limitação prejudicial, qualitativa e quantitativa, que a pessoa sofre em suas atividades cotidianas. (...)” (SOARES, 2009, p. 44).

inexistisse chance de êxito e, conseqüentemente, ausente repercussão patrimonial. Nos casos de falta de manifestação processual, consistiria “na frustração de não ver a pretensão reexaminada por um órgão jurisdicional superior” (DIAS, 1999, p. 52 e 67). Na ausência de uma oportunidade séria e real, a perda da “mera expectativa”, eventualmente se tornaria um agravador do dano moral⁵¹, podendo ocorrer cumulativamente com o dano emergente nos casos em que havia probabilidade de êxito (SAVI, 2012, p. 57-60)⁵².

Seria possível a cumulação dos danos patrimoniais decorrentes da frustração do acréscimo econômico com o dano moral, “em face dos prejuízos pela perda da oportunidade, consistentes na dor, sofrimento, despreço pela vida etc., também conforme a situação” (MELO, 2013. p. 473).

Embora Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 239) admitam a possibilidade de que a perda de uma chance possa ter repercussões nas situações existenciais do lesado ou de seus familiares, indicam que o dano moral será uma consequência eventual do dano econômico, agregando-se a ele. No entanto, argumentam que não há dano moral pela perda de uma chance⁵³. O dano moral seria possível se fosse demonstrado que não existiam os requisitos (chance séria e real) aptos para caracterizar o dano patrimonial. Criticam o Enunciado 444 do Conselho da Justiça Federal⁵⁴ por considerarem que “o dano extrapatrimonial, se houver, será representado pela ofensa a qualquer outro bem jurídico que traduza um *plus* à privação da propriedade de um bem por um dano injusto”.

⁵¹ Para exemplificar, cita o caso de um candidato em concurso público impedido ilegitimamente de participar da prova oral pela comissão organizadora do concurso. O candidato “poderá requerer a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais emergentes (perda da chance) e por danos morais (a frustração decorrente do ato ilícito)” (SAVI, 2012, p. 57).

⁵² Sérgio Savi (2012, p. 122) em sua conclusão indica que “A perda de uma chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, pode, dependendo do caso concreto, dar origem a duas espécies de danos - patrimoniais e extrapatrimoniais -, cumulados ou não. [...]”. À primeira vista, a conclusão poderia ser considerada “contraditória” (HIGA, 2011, p. 79). No entanto, a integralmente da obra de Sérgio Savi demonstra que a possibilidade de cumulação ou não dos danos patrimoniais e morais exposta na conclusão, se refere à possibilidade de ocorrência isolada dano moral puro, ou de acrescentar-se ao emergente decorrente da perda de uma chance, a depender do caso concreto.

⁵³ Nelson Rosenvald (2020, s.p.) ao manifestar sua adesão à tipologia do dano extrapatrimonial como gênero composto pelo dano moral, à imagem, existencial e estético, reafirmou seu posicionamento de que a perda de uma chance gera apenas danos patrimoniais: “Ademais, a demarcação das fronteiras da figura do dano existencial é pedagógica, realçando a impropriedade da aplicação da teoria da perda de uma chance para além do domínio das relações patrimoniais”.

⁵⁴ Enunciado 444: “Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos” (AGUIAR JÚNIOR, 2012, s.p.).

A diferença entre os dois posicionamentos está na identificação do dano. Enquanto Sérgio Novais Dias, Sérgio Savi e Raimundo Simão Melo identificam a perda de uma chance extrapatrimonial pela concepção subjetiva, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, o fazem por meio da concepção objetiva. O que será abordado no item 3.3 e no Capítulo 4.

A posição doutrinária e jurisprudencial que sustenta a impossibilidade de o dano decorrente da chance perdida ser exclusivamente moral necessita de aprofundamento teórico para fundamentar essa conclusão (HIGA, 2011, p. 124).

Aqueles que distinguem a natureza jurídica com base na natureza do bem, direito ou interesse violado, reconhecem que o dano decorrente da perda de uma chance pode ser classificado como patrimonial ou extrapatrimonial.

A natureza dúplice do dano dependerá do interesse contido no processo aleatório frustrado. Podendo ser patrimonial, e neste caso dano emergente *suis generis*, ou extrapatrimonial quando o interesse violado tiver essa natureza. É possível a cumulação com o dano extrapatrimonial decorrente da lesão a outros interesses extrapatrimoniais diversos da chance (AMARAL, 2015, p. 134; CARNAÚBA, 2013, p. 168-170).

Ao seguir a natureza do bem pretendido, o dano teria natureza extrapatrimonial somente se preenchesse os mesmos requisitos de caracterização do dano patrimonial, ou seja, se a chance fosse séria e real, mas relacionada a um bem extrapatrimonial (SILVA, 2013, p. 217-219). Não é suficiente a mera frustração de expectativa.

A abordagem de Flávio da Costa Higa (2011, p. 82), embora ofereça resultado semelhante, tem fundamentação diferente. A subdivisão estanque que enquadra os danos emergente e os lucros cessantes apenas como espécies do dano patrimonial seria equivocada, resultando em “dificuldade de justificar a perda de uma chance quando o evento danoso acarreta prejuízos exclusivamente na esfera imaterial ou, então buscar a natureza jurídica a partir do resultado final”. Essa classificação deveria ser estendida aos danos morais⁵⁵.

⁵⁵ Silvio Neves Baptista (2003, p. 87 apud HIGA, 2011, p. 82): “Segundo alguns autores, a classificação do dano em dano emergente e lucro cessante é uma subdivisão dos danos patrimoniais, o que não nos parece correto, uma vez que é perfeitamente possível estendê-la a certas hipóteses de danos morais. No caso, por exemplo, de erro médico cuja lesão incapacita o paciente para o trabalho, o dano não consiste apenas na ofensa corporal (dano emergente), mas também na privação dos ganhos da atividade laboral do ofendido (lucro cessante); o dano estético que impede a atividade profissional de

Nesta perspectiva, a natureza jurídica do dano por perda de uma chance está vinculada aos efeitos da lesão. Considera-se que é possível a ocorrência de dano moral devido a lesões a bens materiais, assim como de dano patrimonial em caso de lesão a direitos não patrimoniais. Estendendo-se a categoria dos danos emergentes às lesões ao patrimônio imaterial, é nesta que estaria a perda de uma chance. A qual teria “característica de “situação lesiva”, que pode gerar todas as espécies de reparação por responsabilidade civil previstas no ordenamento, por força do desarmamento ilícito de uma posição jurídica favorável – real e séria” (HIGA, 2011, p. 83-84).

A perda de uma chance pode ter natureza jurídica híbrida simultaneamente no caso concreto. A quantificação deve ser realizada atribuindo “um valor econômico em razão dos danos emergentes e, em seguida, ao seu prudente arbítrio, fixar o dano moral”. A eventual crítica acerca da ocorrência do *bis in idem* é superada pela possibilidade de cumulação prevista no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e nas Súmulas 37 e 387 do Superior Tribunal de Justiça (SILVA, 2014, p. 14-15).

Essa possibilidade é viabilizada ao considerar que a perda de uma chance não é uma nova espécie de dano, mas sim uma nova situação lesiva⁵⁶ (HIGA, 2012, p. 126; TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, capítulo IX, item 1), que resulta da identificação do interesse aleatório como merecedor de tutela. Inexistindo a possibilidade de estabelecer um rol de fatos que gerem a perda de uma chance, ou de interesses que possam ser lesionados, e sequer a fixação da natureza jurídica de forma estanque.

Em geral, essa é a posição daqueles que optam por não vincular a natureza jurídica da perda de uma chance aos danos emergentes, devido à possibilidade de envolverem interesses extrapatrimoniais. Dessa forma, seria uma nova situação lesiva com potencialidade para gerar tanto dano patrimonial como

uma atriz deve ser indenizado pela lesão física em si (dano emergente), e pelo prejuízo financeiro que a artista vier sofrer em razão do dano físico”.

⁵⁶ “Com efeito, a célere evolução da sociedade e o desenvolvimento de novas tecnologias impõem novos desafios ao intérprete-aplicador do direito, desafios esses que repercutirão também na seara do direito dos danos. Diante de tal preocupação, a civilística contemporânea se empenha para demonstrar a possibilidade de existência de novos danos ressarcíveis – novidade essa que não diria respeito propriamente às categorias de dano já consagradas (danos extrapatrimoniais e danos patrimoniais – estes na faceta de danos emergentes ou de lucros cessantes), mas sim ao reconhecimento de novas hipóteses fáticas deflagradoras do dever de indenizar” (SILVA, 2016, p. 207-208).

extrapatrimonial, a depender dos interesses em jogo (GUEDES, 2011, p. 125)⁵⁷.

Neste sentido, para Fernando Noronha (2013, p. 262 e 264, *ebook*), a perda de uma chance pode ocasionar tanto danos extrapatrimoniais quanto danos patrimoniais.

Ao abordar a perda de uma chance não indica precisamente como se daria o dano extrapatrimonial. No entanto, ao trabalhar o tema dos danos extrapatrimoniais esclarece que são contrapostos aos danos patrimoniais, e “se traduzem na violação de quaisquer interesses não suscetíveis de avaliação pecuniária”. Também podem ser denominados de danos morais em sentido amplo, já que os “verdadeiros danos morais só são os danos anímicos” (NORONHA, 2013, p. 223, *ebook*).

Em relação à natureza jurídica patrimonial, é acompanhado por Bruno Miragem (2021, p. 98, *ebook*), admitindo que possa ter a natureza de lucro cessante (frustração de uma vantagem futura) ou dano emergente (frustração da evitabilidade de um dano futuro):

Ora, para além de o dano da chance perdida poder ser extrapatrimonial, acontece que, nos casos em que ele tiver natureza patrimonial, representará umas vezes a frustração de um ganho e outras uma efetiva redução no patrimônio. Mesmo que o valor da chance perdida tenha de ser computado com referência ao dano final, teremos ou reparação relativa a um certo percentual da vantagem que era esperada (o que ainda é lucro cessante), ou reparação por uma percentagem do prejuízo ocorrido (o que será dano emergente) (NORONHA, 2013, p. 264, *ebook*).

Em sentido semelhante, mesmo entre os opositores da reparação da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, argumenta-se que as situações indicadas como perda de uma chance poderiam ser reparadas como danos materiais ou morais⁵⁸. A recusa em aceitar a perda de uma chance como categoria autônoma de dano ocorre devido à percepção de que, nesse caso, se trabalharia com suposições, com o “se”, ensejando que os danos fossem hipotéticos ou eventuais, em contrariedade com o disposto no artigo 186 e 403 do Código Civil, que exigem o dano presente e efetivo (TARTUCE, 2022, p. 376, *ebook*).

⁵⁷ A autora indica a necessidade de afastar-se da natureza de lucro cessante.

⁵⁸ “A perda de uma chance, reitere-se o meu pensamento, trabalha com suposições, com o se. Além disso, no caso brasileiro, ampliou-se em muito o conceito de dano moral, visualizado como uma lesão a direitos da personalidade ou uma lesão à dignidade humana. Assim, muitos dos exemplos citados enquadrar-se-iam perfeitamente na ideia de prejuízo moral. Em outras situações, como no citado julgado do programa televisivo, os lucros cessantes são categoria segura para o enquadramento do que convém denominar danos por perda de uma chance” (TARTUCE, 2022, p. 643, *ebook*).

Diante das possibilidades expostas, evidencia-se que os autores que se dedicaram ao estudo do tema nos últimos vinte anos, posicionam-se expressivamente pela perda de uma chance com natureza patrimonial como dano emergente prioritariamente, por considerá-la como um bem já integrado à esfera patrimonial do lesado no momento do fato danoso.

A divergência sobre a possibilidade de a perda de uma chance ter natureza extrapatrimonial cumulada ou não com a patrimonial pode ser considerada superada. O ponto de discussão atual é se constitui dano moral ou outra espécie de dano extrapatrimonial. Esse aspecto será melhor explorado quando abordada a necessidade dos novos danos em nosso ordenamento jurídico (item 3.4) e da perda de uma chance como dano diverso do dano moral (item 4.2.2).

2.4 QUANTIFICAÇÃO

Identificada a ocorrência do dano por perda de uma chance, torna-se necessária sua quantificação, que será proporcional à probabilidade de concretização da oportunidade perdida.

A quantificação⁵⁹ é o momento em que o juiz estabelece as diretrizes para determinar o valor da indenização, levando em consideração a probabilidade que o lesado tinha de alcançar o benefício almejado, e que será aplicado posteriormente sobre o montante total do dano final. Por outro lado, a liquidação é a apuração da condenação, convertendo-a em pecúnia por meio de cálculos matemáticos (AMARAL, 2015, p. 186-187).

Assim, existem dois momentos distintos para a verificação do *quantum* indenizatório. O primeiro é quando o juiz analisa a presença dos requisitos caracterizadores, identificando se há uma chance séria e real e qual era a probabilidade de êxito, resultando em uma condenação ao ressarcimento e indicando na sentença quais critérios deverão ser usados para fixar o valor em fase própria. O segundo momento ocorre quando os critérios indicados na sentença são aplicados, tornando a obrigação líquida e certa. Essas duas fases podem ocorrer

⁵⁹ “Ao tratar da quantificação, deve-se pensar na atividade realizada pelo magistrado no momento da prolação da sentença em que, reconhecendo a existência do dano, fixa a forma de apuração, para que posteriormente seja possível apresentar ao lesado o montante, representado em pecúnia, que receberá a título de indenização” (AMARAL, 2015, p. 189).

concomitantemente na prolação da sentença de mérito quando todos os elementos necessários para tornar a sentença exequível já estão presentes.

A liquidação da perda de uma chance poderá ser realizada de três formas. A discricionária, na qual o intérprete terá liberdade para a avaliação com base nas evidências constantes nos autos, considerando a natureza da lesão e a prova da causalidade. A proporcional, na qual a perda de uma chance é calculada multiplicando o valor total da perda sofrida pelo autor pela redução percentual na chance de recuperação. E, a indenização integral do dano final, na qual todas as perdas são indenizadas, sem que se leve em consideração a extensão da redução de probabilidade do alcance do benefício final esperado (AAGAARD, 1998, p. 1348-1349)⁶⁰. A combinação da liquidação discricionária com a proporcional é a que permite ao Magistrado arbitrar um valor que corresponda à extensão da chance, especialmente nos casos de danos extrapatrimoniais.

A liquidação do *quantum* ressarcitório tanto dos danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais por perda de uma chance seguirá etapas diversas da fixação ordinária.

Inicialmente, será verificado o valor que seria arbitrado caso o objeto de indenização fosse a incerta vantagem esperada. Ou seja, qual o lucro esperado pelo cliente que não teve seu recurso interposto tempestivamente? Qual o prêmio almejado por aquele que foi impedido de competir no concurso? Qual a compensação fixada ao pai que perdeu o filho devido à ausência de tratamento médico ou sequelas de um erro médico (que a contrário *sensu* representam o valor do dano que seria evitado)?

A quantificação da perda de uma chance depende da natureza jurídica do dano (SILVA, 2013, p. 144). Portanto, neste primeiro momento, seguirá as mesmas regras de qualquer indenização. Tratando-se de dano patrimonial, utilizar-se-

⁶⁰ Todd S. Aagaard (1998, p. 1349-1351) indica que a avaliação discricionária é a mais adequada para quantificação dos danos por perda de uma chance ao permitir a avaliação do caso específico: "The discretionary method allows the jury "to consider an abundance of evidence and factors, including evidence of percentages of chance of survival along with evidence such as loss of support and loss of love and affection, and any other evidence bearing on the value of the lost chance," (Smith v. State Dept. of Health & Hosp., 676 So. 2d 543 (La. 1996)) but traditional safeguards protect against the possibility that the jury will make a serious mistake in weighing this evidence" (AAGAARD, 1998, p. 1356). Tradução livre: "O método discricionário permite que o júri "considere uma abundância de evidências e fatores, incluindo evidências de porcentagens de chance de sobrevivência junto com evidências como perda de apoio e perda de amor e afeto, e qualquer outra evidência relacionada ao valor da perda da chance", mas as salvaguardas tradicionais protegem contra a possibilidade de o júri cometer um erro grave".

á a teoria da diferença, por meio de operações aritméticas, para verificação da alteração patrimonial do lesado após o dano. Sendo danos extrapatrimoniais, sua extensão não é aferida por meio da teoria da diferença, porque em regra tratam-se de bens imateriais, proceder-se-á ao arbitramento judicial fundamentado conforme as circunstâncias do caso concreto.

Em seguida, será necessário determinar com a maior precisão e confiabilidade possível qual era a probabilidade de êxito que a vítima possuía no momento do fato danoso, seja para alcançar o benefício ou evitar o prejuízo. Nesta fase da quantificação, a álea assume o protagonismo, acentuando os desafios da adequada reparação dos danos por perda de uma chance.

Fixar-se-á: qual era a probabilidade de que o recurso fosse provido? E de que o competidor vencesse o concurso? Qual a probabilidade de cura ou de não ter sequelas que o paciente possuía no momento em que o médico lhe privou do diagnóstico ou tratamento correto?

Para realizar essa verificação, o jurista poderá recorrer a outras ciências, como a estatística, que, no estágio atual de desenvolvimento, podem fornecer critérios seguros para auxiliar o intérprete com base nos dados do que ordinariamente acontece, analisando a questão de forma interdisciplinar, se necessário.

O artigo 375 do Código de Processo Civil determina que “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. Isso permite ao Magistrado utilizar todos os recursos de convencimento que possam auxiliá-lo na verificação mais fidedigna possível da probabilidade que o lesado tinha de concretizar a chance no momento do fato danoso.

Em Portugal utiliza-se a equidade⁶¹ quando não for possível fazer o

⁶¹ No processo 21963/15.6T8PRT.P1.S1, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal indica como se dá a quantificação por meio da equidade: “Em sede de quantificação do dano, não podendo ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará, equitativamente, dentro dos limites que tiver por provados, de acordo com o disposto pelo artigo 566º, nº 3, do Código Civil. Segundo a jurisprudência, «a noção de equidade tem, pois, essencialmente que ver com a “vertente individualizadora da justiça”, a equidade traduz um juízo de valor que significa, na determinação «equitativamente» quantificada, que os montantes não poderão ser tão escassos que sejam objectivamente irrelevantes, nem tão elevados que ultrapassem as disponibilidades razoáveis do obrigado ou possam significar objectivamente um enriquecimento injustificado (cf. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 29-04-98, Proc. n.º 55/98 e de 10-09-2009, proc. n.º 341/04.8GTTVD.S1). Assim, o *quantum indemnizatório* não será determinado de acordo com critérios matemáticos, mas segundo a equidade, uma vez que a teoria da diferença não é adaptável ao dano

cálculo, conforme previsão do disposto no n.º 3 do artigo 566.º, que dita “se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados” (PEDRO, 2019, p. 209).

Identificado o valor da vantagem hipotética almejada (dano final) e a probabilidade que o lesado tinha de alcançá-la, fixar-se-á o valor final da chance perdida que “corresponderá ao valor encontrado no primeiro juízo, reduzido proporcionalmente à luz do grau de probabilidade incorporado na chance” (PEDRO, 2019, p. 209).

Isso porque “o valor da reparação do dano da chance perdida vai ficar dependente do grau de probabilidade, que havia, de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, do grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado” (NORONHA, 2013, p. 263, *ebook*).

Na prática, se o cliente alega ter um prejuízo de R\$ 10.000,00 em razão do recurso intempestivo, e a probabilidade de reversão da sentença em seu favor, considerando tanto o conjunto probatório quanto a jurisprudência dominante era de 70%, a indenização será fixada em R\$ 7.000,00. Da mesma forma, se a indenização pelas sequelas ao paciente se constatada a origem no erro médico, seria de R\$ 100.000,00, e a chance de êxito do tratamento, verificada em estudos clínicos da mesma patologia, era de 45%, a indenização será fixada em R\$ 45.000,00.

No entanto, a quantificação não poderá ser arbitrada com base apenas na análise meramente objetiva, por meros cálculos aritméticos da situação. As características e peculiaridades das circunstâncias e do lesado que possam afetar a realização da vantagem devem ser levadas em consideração (ROCHA, 2021, p. 122).

Aplicando-se essa observação ao caso do Show do Milhão (REsp n.

“avançado” da perda de chance. Aqui, pode ter-se em conta, porque estamos no domínio da equidade, a circunstância de os lesantes, autores do crime, serem emigrantes e terem sido condenados a penas de 17 anos de prisão, o que pode, em abstrato, provocar dificuldades na execução imediata da sentença. Todavia, não existem dados que suportem a conclusão das instâncias de que seria ínfima a probabilidade de as autoras receberem efetivamente o dinheiro da indemnização, a ponto de ficar quebrado o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Os créditos demoram 20 anos a prescrever e, na falta de informação sobre os bens presentes e futuros dos devedores, sempre teria de ser atribuída uma determinada probabilidade de sucesso à execução da sentença, a rondar os 25%. Assim, de acordo com a equidade, que se baseia em critérios normativos de razoabilidade, igualdade e proporcionalidade (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-12-2019, proc. n.º 480/12.1TBMMV.C1.S2), deve computar-se a indemnização pelo dano patrimonial da perda de chance em 100.000,00 euros” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 21963/15.6T8PRT.P1.S1. 1.ª Secção. Relator: Maria Clara Sottomayor. 09/03/2022).

788.459/BA – ver nota 29), em que havia 25% de chance de acertar uma das quatro alternativas, probabilidade que qualquer um teria, há que se considerar que aquela competidora em razão de sua desenvoltura durante todo o programa e por ter se preparado para estar lá, teria maiores condições de acertar do que outro sem qualquer preparação prévia (SILVA, 2013, p. 204-205).

A probabilidade de acerto de 25% é mínima. É como lançar um dado, obrigatoriamente haverá uma chance em seis de acertar ou ter o resultado esperado. A condição de preparo da participante era superior à de um competidor despreparado, ela sabia inclusive que inexistia resposta para pergunta, o que não é esperado do homem médio.

Se a existência de esforços pessoais do lesado para a implementação do benefício esperado ou ao menos o deflagrar desse processo é considerado para a verificação em concreto dos requisitos da perda de uma chance séria e real. Também deve-se ponderar para o estabelecimento da probabilidade de se alcançar o benefício almejado na fase de quantificação. Em muito se diferencia a situação na qual em uma prova composta por uma única fase, o concursado estuda há cinco anos, se comparado com aquele que iniciou sua trajetória há um ano. Quanto melhores as condições do indivíduo para o alcance do benefício esperado, maior é a probabilidade de êxito.

Quanto aos critérios, a serem utilizados, Ramon Daniel Pizarro (2000, p. 112) traça algumas balizas para a quantificação do dano moral decorrente da perda de uma chance:

1. Cuál habría sido la situación de la víctima si la chance invocada se hubiese realizado. Se debe tomar en cuenta, para ello, la existencia y grado del álea.
2. La chance en sí misma, valorada en función del interés conculcado, de la probabilidad de su producción y del carácter reversible o irreversible del perjuicio que provoque su frustración.
3. El monto indemnizatorio que hubiese correspondido en caso de haberse concretado la chance y obtenido el beneficio esperado. Los jueces deben considerar integralmente el álea que afecta la realización de la chance perdida; es por ello que la indemnización deberá ser, en principio, menor que la que correspondería en caso de certeza total del daño. Lo que no significa que por tratarse de una chance, se mande a pagar sumas irrisorias, que (por lo general) constituyen una burla para el damnificado.

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 278) propõe que devem ser observados:

“[...] o interesse jurídico protegido, a extensão e gravidade do dano, o

sofrimento experimentado pelo ofendido, a condição econômica do ofensor, a posição socioeconômica da vítima, a repercussão social do dano e, por fim, o potencial inibitório do valor estabelecido. Associados a esses critérios, deve-se considerar, ainda, o caráter definitivo da chance perdida, que, quando se tratar da violação de interesses extrapatrimoniais, ganha maior relevância.

Acerca da quantificação da perda de uma chance na seara médica, Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 145) ilustra a verificação e a quantificação em um caso concreto, demonstrando que deve “refletir a porcentagem de chances perdidas”:

A metodologia utilizada pela jurisprudência norte-americana guarda as mesmas linhas seguidas pelos juristas franceses. Destarte, em *Falcon v. Memorial Hospital*, a Suprema Corte de Michigan julgou o caso de uma gestante que faleceu logo após o parto, devido a uma embolia. Os peritos admitiram que a morte era imprevisível e o médico não poderia ser responsabilizado. Entretanto, trinta e sete e meio por cento (37,5%) das pessoas que sofrem o mesmo problema que a Sra. Falcon sobrevivem, desde que recebam o correto tratamento médico. No caso em tela, foi constatado que a falta de uma terapêutica correta por parte do médico retirou as chances de vida da Sra. Falcon. Desse modo, o dano concedido representou trinta e sete e meio por cento (37,5%) do valor que seria concedido se o médico fosse considerado responsável pela morte da vítima.

Nota-se, portanto, que a indenização nunca deverá ser idêntica à integralidade do que o lesado esperava caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente sua oportunidade. Um candidato em um concurso, por exemplo, não poderia ser remunerado igualmente àquele que exerceu a profissão e por isso, trabalhou e assumiu o ônus. O ressarcimento deverá então ser proporcional ao necessário para um novo período de estudos ou a “diferença entre os vencimentos do cargo almejado e o valor que, no período da recuperação, o concursado havia recebido no desempenho de sua atividade normal” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD; 2015, p. 233).

Por tratar-se de um dano diverso da vantagem esperada, o valor arbitrado pela perda de uma chance nunca poderá corresponder ao dano final (CARNAÚBA, 2013, p. 113; SAVI, 2012, p. 134; SILVA, 2013, p. 143). Isso porque se for igual ao montante total, o fato lesivo atribuído ao responsável constituiria a causa do dano final, absorvendo-se assim, o valor da chance e configurando lucros cessantes. No entanto, o valor inferior da chance, não implica em ausência de reparação integral.

Se o olhar do intérprete estiver para a vantagem esperada ou o prejuízo que se pretendia evitar, concluir-se-á pela ocorrência apenas de uma reparação parcial. Equívoco este já indicado no início da teoria, em que se negava a

indenização por impossibilidade de demonstração pelo lesado de que estaria em uma situação melhor e do nexo de causalidade entre o fato danoso e a vantagem almejada (CARNAÚBA, 2013, p. 135).

O artigo 944 do Código Civil estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano, ou seja, se a chance é o dano reparável, tão somente o valor referente a ela será indenizado. Não se indeniza o prejuízo final parcialmente, mas integralmente a própria chance.

A responsabilidade civil, em sua função ressarcitória, tem por finalidade retornar o lesado ao *status quo ante* e restaurar o equilíbrio econômico-jurídico da vítima que foi abalado em decorrência do dano sofrido (DIAS, 2012, p. 43) impedindo o ressarcimento da vantagem final que é hipotética.

A vítima na perda de uma chance será recolocada por meio da indenização na posição que se encontrava antes do dano, se tinha apenas a chance, enquanto oportunidade, esta não tem a mesma extensão da vantagem esperada. Logo, se adequadamente verificados os critérios de quantificação, haverá a reparação integral, medida na perfeita extensão da chance.

Embora a indenização não deva servir de enriquecimento sem causa do lesado em desfavor do devedor tal premissa tem sido utilizada como justificativa para limitação das indenizações em detrimento da vítima, especialmente nos casos de danos extrapatrimoniais (CASILLO, 1994, p. 86). Torna-se necessário o emprego do *in dubio pro creditoris*. Existindo dúvida, o juiz deve dar preferência à indenização mais ampla para a vítima. Evitar o risco de que o ofensor pague mais, não pode se sobrepor ao de que a vítima receba menos do que tem direito. Entendimento diverso seria tutelar o lesante em detrimento do lesado, estando aquele que opta por causar um dano sujeito a tal solução (CASILLO, 1994, p. 87).

Dessa forma, ainda que a indenização seja limitada ao valor da chance que é proporcional à probabilidade de êxito, em todas as fases da aferição do *quantum* indenizatório, havendo dúvidas, o juiz pode fixar uma porcentagem mais favorável à vítima, assegurando a plena tutela da dignidade da pessoa humana.

Observando a base principiológica da responsabilidade civil contemporânea, que preconiza que nenhum dano a um interesse juridicamente tutelado deve ficar sem reparação, e que o foco do ressarcimento deve estar sempre na vítima do fato danoso, não há impeditivos para a indenização decorrente da perda de uma chance quando constatada a privação de uma chance séria e real de utilização

deste bem para obter um benefício desejado ou evitar um dano. Devendo a indenização ser calculada proporcionalmente à probabilidade de que a vantagem fosse alcançada, resultando assim no valor da chance considerada *per se*.

Por fim, é pertinente indicar que o aprimoramento na análise dos requisitos de caracterização da chance séria e real e de sua quantificação, assim, como de todos os institutos jurídicos, inclusive do dano moral que será abordado no capítulo 3, tem influência nas relações negociais.

Isso porque, a aplicação incorreta dos requisitos permitindo a reparação da perda de uma chance quando inexistente a seriedade e a realidade, ensejará um aumento indevido nos casos de ressarcimento por perda de uma chance. Da mesma forma, o cálculo do valor sem observar a probabilidade de êxito constatada no caso concreto ou arbitrado de forma aleatória, pode ensejar indenizações em valores destoantes, tanto exorbitantes quanto ínfimos.

As relações negociais são diretamente influenciadas pelos riscos que oferecem aos contratantes – no qual inclui-se o custo da reparação ou prevenção de danos –, que o pode influenciar no preço estabelecido e na adoção ou não de medidas de prevenção de danos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 384, *ebook*).

O seguro de responsabilidade civil⁶² demonstra com maior clareza o impacto da inadequada análise dos requisitos de reparação por perda de uma chance ou de sua quantificação inobservar a probabilidade de êxito no caso concreto.

O cálculo do prêmio cobrado do segurado, além de considerar o risco por ele informado, também se baseia nas estatísticas de danos e na média do valor indenizatório fixado, visando alcançar “certo equilíbrio entre prêmio (puro) e risco garantido” por meio de cálculos matemáticos (MIRAGEM, PETERSON, 2022, p. 74, *ebook*):

A técnica securitária determina, de especial modo, o método de cálculo do prêmio puro, isto é, da parcela do prêmio necessária à garantia dos sinistros futuros, composta pelo prêmio estatístico e pelo carregamento estatístico de segurança, a qual serve de base para a formação global do preço da garantia. Em apertada síntese, o seu processo de cálculo pode ser compreendido em duas etapas. Em um primeiro momento, chega-se ao prêmio estatístico pela

⁶² Thiago Junqueira (2022, p. 22) analisa a perda de uma chance no âmbito do seguro E&O de advogados (Errors and Omissions), espécie de seguro responsabilidade civil. O autor indica que a impossibilidade de precisar se o cliente alcançaria o benefício esperado, caso não houvesse a falha do advogado, torna necessário que mesmo nos casos de inexistência de cláusula contratual específica de aplicação da perda de uma chance, a regulação do seguro observe os requisitos de caracterização e de quantificação, sob pena de não o fazendo, o segurador indenizar mais do que o segurado estaria obrigado.

divisão do valor esperado de sinistros entre os segurados que compõem o grupo mutual (técnica da mutualidade). O valor esperado de sinistros, por sua vez, é obtido pela multiplicação da frequência dos sinistros pelo valor médio dos sinistros (técnica atuarial). Para tanto, considera-se a média resultante da aplicação da probabilidade estatística sobre as ocorrências passadas, decorrente da classificação dos segurados em grupos relativamente homogêneos, com base em determinados fatores de riscos, eleitos pelo segurador e analisados no processo de subscrição, que possam influenciar essa mesma probabilidade, e sobre os quais poderá incidir eventual sobretaxa. Em um segundo momento, acrescenta-se ao prêmio estatístico o carregamento estatístico de segurança, que se destina à cobertura de eventuais desvios ou flutuações aleatórias do risco acima da média. Para a formação desse carregamento, importam três principais fatores: a massa ou a quantidade de segurados; a variação do valor dos sinistros com relação à média; e o número do desvio à direita da média (nível de significância).

Dessa forma, a correta identificação dos requisitos da chance séria e real, e aplicação dos critérios de sua quantificação além de assegurem a reparação justa à vítima, produzem impactos extra partes processuais, gerando repercussões sobre toda a sociedade.

3 CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL

O dano moral pode ser caracterizado por meio de um critério de exclusão, no qual todos os danos que não tenham natureza patrimonial são classificados como danos morais em sentido amplo⁶³, assim considerado como um gênero que contempla o dano moral *stricto sensu* e outros danos não patrimoniais.

Apesar da consagração do termo “dano moral” na doutrina e legislação brasileira, a terminologia não tem a mesma abrangência que a designação “danos extrapatrimoniais” oferece para a diferenciação residual da universalidade de hipóteses de danos sem natureza patrimonial (NALIN, 1996, p. 96).

A adoção da nomenclatura “dano moral” no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreu devido à importação do conceito utilizado na França, sem observar a diferença de conteúdo semântico entre os dois idiomas. Embora a grafia seja idêntica, o termo “moral” no francês significa “espiritual ou intelectual, enquanto em português diz respeito aos bons costumes e à ética, ao conjunto de nossas faculdades morais”⁶⁴ (NALIN, 1996, p. 97).

Em outros ordenamentos jurídicos, a expressão utilizada é dano extrapatrimonial ou não patrimonial⁶⁵. No Código Civil de 1916, não havia distinção na natureza dos danos que poderiam ser reparados⁶⁶, embora na prática houvesse restrição à possibilidade de indenização dos danos não patrimoniais, dentre outros

⁶³ “Segundo entendimento generalizado na doutrina, e consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e o próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações inflingidas ao ofendido.” (CAHALI, 2015, p. 18). No mesmo sentido, a título de exemplo: José de Aguiar Dias (2012, p. 839) e Maria Helena Diniz (2023, p. 42, *ebook*).

⁶⁴ Em espanhol o significado é similar: “[...] “Moral” es, en efecto, el “conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico” (sexta acepción), las cuales consisten en la capacidad de entender, querer o sentir, que constituyen la esencia del hombre; también es “moral” lo que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia (segunda acepción)” (Diccionario de la lengua española, 1984, apud GONZÁLEZ, 1996, p. 50).

⁶⁵ Clayton Reis (2019, p. RB-2.5, *ebook*) indica que o Código Civil português denomina “danos não patrimoniais”; o Código Civil alemão (BGB) prevê que “dano que não é dano patrimonial”; o Código Civil italiano “Danni non patrimoniali”; o Código Civil francês refere-se apenas a “un dommage” sem se referir a que tipo de dano.

⁶⁶ Em sentido semelhante, a redação do Código Civil argentino antes da reforma em 2014, também não fazia distinção entre as espécies de danos indenizáveis, inexistindo dúvida acerca da possibilidade de reparação dos danos não patrimoniais: “Toda disminución de la integridad física humana es materia de resarcimiento obligado, dentro del cual debe incluirse la merma de las aptitudes psíquicas del individuo, lo que de por sí constituye un daño resarcible. Los artículos 1109 y 1103 del Cód. Civil no distinguen entre daño físico y psíquico. Se refieren simplemente a “daño” e inequívocamente incluyen tanto a uno como a outro” (AZPEITIA; LOZADA; MOLDES, 1998, p. 27).

fundamentos, devido à inexistência de previsão legal.

Contrariando o entendimento predominante na época, João Casillo (1994, p. 52) argumenta que, embora o conceito de dano tenha sido relegado à doutrina, era possível extrair um conceito legal da conjugação do artigo 159 e 178, § 10, inciso IX do Código Civil de 1916⁶⁷, que admitiam a contemplação de danos além dos patrimoniais, em razão da expressão “violar direito”. Se a intenção fosse restringir apenas ao dano patrimonial, bastaria “dizer que aquele que causasse prejuízo ficaria obrigado a repará-lo”, ou substituir a conjunção alternativa por outra com sentido de cumulação.

A insuficiência da utilização do termo dano moral para abarcar residualmente todos os danos de natureza não patrimonial ocorre porque esses danos não estão restritos à sentimentos como dor, tristeza ou sofrimento. Mas, tutelam a “todos os bens personalíssimos, os complexos de ordem ética, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português” (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011, p. 113).

No mesmo sentido, Aparecida Amarante (1996, p. 240) aponta a insuficiência do dano moral como gênero, se analisado sob a perspectiva da dor e do sofrimento, porque não estão presentes em todos os danos não patrimoniais. Portanto, dano moral e extrapatrimonial não têm o mesmo sentido.

A utilização dos termos dano patrimonial e dano extrapatrimonial é a que representa o ponto distintivo das duas categorias, inclusive em razão da prescindibilidade da dor para existência do dano, devendo o dano moral ser espécie do gênero dano extrapatrimonial (SEVERO, 1996, p. 35).

A ausência de precisão técnica da terminologia empregada na utilização do termo “dano moral” como gênero que contempla residualmente todos os danos extrapatrimoniais, pode

se prestar a enganos, confundindo o dano com eventual “dor”, aplasmar, num mesmo molde, numerosíssima tipologia, dificultando a visualização da multiplicidade de aspectos que o dano à esfera existencial pode acarretar. A tipologia dos danos à pessoa, ou à personalidade, por sua vez, deve discernir entre aqueles constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da

⁶⁷ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Art. 178. Prescreve: [...] § 10. Em cinco anos: [...] IX. A ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade; contado o prazo da data em que se deu a mesma ofensa ou dano.

personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica (danos físicos, psíquicos, estéticos), inclusos os “danos ao projeto de vida”, e ao “livre desenvolvimento da personalidade”, os danos à vida de relação, inclusive o “prejuízo de afeição” e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais (MARTINS-COSTA, 2009 p. 468).

Portanto, tanto na concepção subjetiva quanto na objetiva do dano moral, existem outros danos não patrimoniais que não se relacionam com a personalidade do indivíduo ou com a sua dignidade, mas são enquadrados como dano moral, em razão da generalização do termo em contraposição ao dano patrimonial.

O mais adequado seria a utilização da expressão danos extrapatrimoniais em contraposição e de forma residual aos danos patrimoniais, sendo esse, um gênero composto pelo dano moral e outros tipos de danos relacionados à interesses extrapatrimoniais:

Seria alcançada, assim, a reunião numa mesma etiqueta – dano extrapatrimonial – das duas definições mais correntes na doutrina: a que identifica a área não-patrimonial com os prejuízos de caráter moral; e a que constrói tal definição em termos residuais, reconduzindo à categoria a heterogeneidade dos danos, quaisquer que sejam, não configuráveis em termos patrimoniais (MARTINS-COSTA, 2009, p. 469-470).

No entanto, em razão da redação “dano moral” na Constituição Federal de 1988 e a utilização costumeira na legislação⁶⁸, jurisprudência e doutrina,

⁶⁸ Indica-se a exceção na Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que incluiu o Título II-A “Do Dano Extrapatrimonial” e recebeu críticas doutrinárias em razão da tentativa de tabelamento das indenizações e vinculação ao salário da parte. Neste sentido: “A nova lei, contudo, não observou na integralidade a noção constitucional de juízo de equidade para a análise dos fatos danosos e da decisão indenizatória, uma vez que preferiu retomar o antigo critério do tarifamento do valor da reparação — critério que é tido como incompatível com o princípio da proporcionalidade sufragado pela Constituição de 1988 (art. 5º, V e X, CF), [...] O tarifamento está explicitado no art. 223-G, § 1º, incisos I, II, III e IV, a par dos §§ 2º e 3º do mesmo art. 223-G. Se não bastasse a incompatibilidade desse critério de fixação da indenização com a Constituição de 1988 — conforme exaustivamente explicado -, o diploma legal agregou fator adicional de incompatibilidade, ou seja, o parâmetro do salário contratual do ofendido como regra geral para cômputo da indenização. Tal parâmetro propicia injusta diferenciação entre o patrimônio moral de seres humanos com renda diversa - circunstância que acentua o desajuste da lei nova à matriz humanista e social da Constituição e da ordem jurídica internacional regente dos Direitos Humanos no País.” (DELGADO, 2019, p. 788). Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal no julgamento em conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.050, 6.069 e 6.082 consignou a seguinte ementa: “Ações diretas de inconstitucionalidade. 2. Reforma Trabalhista. Artigos 223-A e 223-G, §§ 1º e 2º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017. Parâmetros para a fixação do quantum indenizatório dos danos extrapatrimoniais. 3. Ações conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme a Constituição, de modo a estabelecer que: 3.1. As redações conferidas aos art. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 3.2. Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e §1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superior aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da

não há separação do significado, sendo necessária a identificação no caso concreto da intenção do intérprete.

Nesta ocasião, a expressão dano moral não é utilizada como gênero, mas sim como uma espécie de dano extrapatrimonial⁶⁹, ao lado dos danos aos direitos políticos, ao meio ambiente, danos coletivos, sociais, entre tantos outros. Não existindo limitações à identificação de novos interesses merecedores de tutela pela sociedade. Adianta-se, que a consagração constitucional da reparabilidade do dano moral tem como finalidade a tutela da pessoa humana em todos os seus interesses, que, em maior ou menor grau, estão relacionados à personalidade ou à dignidade.

A diferenciação em dano moral *stricto sensu*, como dano à reputação, embora seja de grande relevância teórica para estabelecer critérios de visualização no caso concreto, não transforma automaticamente outros bens e interesses relacionados à personalidade ou à dignidade humana em outras espécies de danos extrapatrimoniais autônomos.

Necessário, portanto, identificar os critérios de distinção entre o dano patrimonial e extrapatrimonial (gênero) para em seguida propor elementos que caracterizem o dano moral (espécie).

3.1 DISTINÇÃO ENTRE OS DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

Independentemente da terminologia que se adote (dano moral, dano imaterial, dano extrapatrimonial), inicialmente a caracterização se dá por um critério de exclusão: os danos não relacionados ao patrimônio serão extrapatrimoniais.

A impossibilidade de unificação da terminologia empregada é indicada com precisão por Wilson Melo da Silva (1969, p. 14-16), ao exemplificar a diversidade de nomenclaturas adotadas na França, na Itália, e na língua espanhola, afirmando que a existência dos danos não patrimoniais é o único ponto comum sobre o tema.

A definição por exclusão é insuficiente para estabelecer os danos não patrimoniais, ao defini-los por negação, não há contribuição para a determinação de

igualdade.” (STF. ADI 6050, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26-06-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-08-2023 PUBLIC 18-08-2023).

⁶⁹ A sistematização do dano extrapatrimonial como residual e um gênero que contempla diversas espécies de danos não patrimoniais é indicada, por exemplo, por Sérgio Severo (1996, p. 36), Judith Martins-Costa (2009, p. 469-470), Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 136) e Francisco Amaral (2018, p. 651).

seu conceito, limite ou conteúdo. Há o risco de que essa categoria fique restrita à sombra do dano patrimonial (PIZARRO, 2000, p. 28-29).

No entanto, na prática, observa-se que a partir de uma lesão a um determinado bem, podem surgir tanto danos patrimoniais quanto extrapatrimoniais. Torna-se necessário identificar balizas para a distinção entre as duas espécies de danos, e, conseqüentemente, a forma de ressarcimento e o tratamento jurídico adequado. A diferenciação tem como objetivo não apenas a conceituação, mas também a identificação no caso concreto das regras jurídicas aplicáveis. Identificado que o dano é do gênero extrapatrimonial, deve-se buscar a definição de cada uma das espécies.

A distinção entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, pode se dar por meio da natureza do direito ou bem jurídico violado; da natureza do interesse afetado pelo fato danoso; ou pelas conseqüências e efeitos da lesão no bem jurídico protegido (GONZÁLEZ, 1996, p. 33-34).

A diferenciação com fundamento nas conseqüências ou efeitos da lesão se dá pela observação das repercussões ou conseqüências do dano sobre o lesado:

quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do Direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em conseqüência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material (DIAS, 2012, p. 839).

Para Wilson Melo da Silva (1969, p. 13), o dano moral constitui-se em “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”, devendo-se atentar à natureza do prejuízo final para o seu reconhecimento.

Assim, o dano extrapatrimonial ou moral é definido por exclusão ao que é material e econômico, e não somente ao patrimônio porque o bem moral também integra o patrimônio do lesado em sentido amplo (ZENUN, 1995, p. 75).

Sérgio Severo (1996, p. 38-43) adota o critério de que a distinção entre os danos deve ser feita com base nos efeitos e não nas causas. Para o autor, a grande relevância está na conceituação negativa, em contraposição ao dano

patrimonial, sendo desnecessária uma definição substancial aos danos extrapatrimoniais.

O dano ressarcível não se constitui apenas na lesão ao bem ou interesse, mas na manifestação dos efeitos decorrentes da conduta lesiva. São essas consequências que serão reparadas e que permitem a mensuração do dano, o qual deve consubstanciar-se em um prejuízo apreciável (GONZÁLEZ, 1996, p. 38-40).

A existência de um interesse do lesado sobre o bem é pressuposto do dano ressarcível, e a lesão ao interesse é a causa ou fato gerador do dano, e não o seu conteúdo. A causa não serve para determinar a essência ou qualificação do dano, o que deve se dar com base em seu conteúdo. Portanto, a diferenciação “sólo es factible atendiendo a la concreta y ulterior consecuencia de la lesión: hay daño patrimonial si el resultado es antieconómico y daño moral si el resultado es antiespiritual” (GONZÁLEZ, 1996, p. 40-43).

Ainda, Ramón Daniel Pizarro (2000, p. 35-36) se alinha a essa posição ao entender que entre a lesão e o menoscabo existe “una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último”. O dano extrapatrimonial é sempre uma consequência desvaliosa que deriva da lesão à um interesse não patrimonial. A distinção entre o patrimonial e o extrapatrimonial deve ser feita com base nas repercussões da ação lesiva sobre a pessoa.

Portanto, o dano extrapatrimonial ressarcível seria identificado não pela lesão, mas sim pelos efeitos provocados (SANTOS, 2015, p. 62).

Quando a distinção é realizada com base na natureza do direito ou bem jurídico violado, o foco está no fato do bem ou direito relacionado ter conotação patrimonial ou extrapatrimonial. *A priori*, o dano a um veículo seria sempre patrimonial, enquanto o dano ao nome de uma pessoa seria sempre extrapatrimonial. Esse é o critério que se aproxima do comumente denominado dano material como contraposto ao dano moral. O dano material normalmente afeta bens corpóreos e exteriores ao indivíduo e que têm natureza patrimonial. Por outro lado, o dano moral não teria materialidade, por afetar bens imateriais, e integrantes ou interiores ao indivíduo, como a honra e a integridade psíquica, não tendo valoração econômica.

Henri Lalou (1955, p. 105) expõe a oposição entre os direitos patrimoniais, que resultam em satisfações pecuniárias (como direitos reais, direitos pessoais, direitos intelectuais, lucros provenientes do exercício de uma profissão), e os direitos extrapatrimoniais (que incluem direitos políticos, direitos inerentes à

personalidade – direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou expressão – e os direitos familiares). Esclarece que a diferenciação dos danos de acordo com a natureza do direito seguiria essa classificação.

Deste critério, verifica-se a possibilidade de que tanto os danos patrimoniais ou extrapatrimoniais sejam diretos ou indiretos.

A lesão a bens extrapatrimoniais seria verificada pela natureza do bem afetado pelo dano. O dano extrapatrimonial direto seria a violação do interesse não patrimonial “enraizado em los bienes y derechos personalíísimos (integridade física, libertad e integridade espiritual, como uma tripartición del conjunto de dichos bienes)” diretamente e sem intermediários. Nos casos em que o dano recaia sobre um bem patrimonial e afeta interesses extrapatrimoniais, ocorrerá dano extrapatrimonial indireto (AZPEITIA; LOZADA; MOLDES, 1998, p. 51).

Se o interesse for patrimonial, a coincidência da mesma natureza do bem, gerará dano patrimonial direto. No entanto, se o bem for extrapatrimonial, o dano é patrimonial indireto.

Essa definição é criticável em razão da dificuldade de precisar quais são os bens que lesionados irão gerar danos morais (BREBBIA, 1950, p. 91)⁷⁰, e porque a lesão à um bem ou direito de determinada natureza, não poderia gerar danos de outra natureza (ORGAZ *apud* ZANNONI, 1982, p. 232).

Por último, quando a distinção é realizada com base na natureza do interesse afetado pelo fato danoso, é necessário ter como ponto de partida, que o interesse jurídico é a relação do indivíduo em face de um direito ou bem de qualquer natureza (material ou imaterial) que possa ser útil para satisfazer uma necessidade. Esse interesse constitui uma faculdade de atuar que integra a esfera do lesado (ZANNONI, 1982, p. 233).

O critério de exclusão se aplica na medida em que o dano extrapatrimonial será todo aquele relacionado a um interesse que não tenha utilidade econômica direta (DE CUPIS, 1970, p. 51).

Um mesmo direito pode ensejar interesses das duas ordens, e a mesma lesão a um bem pode causar dano de naturezas diversas porque

⁷⁰ “Seria aventurado afirmar, verbigracia, que todo atentado a la tranquilidad de espíritu determina un daño moral, pues todo acto ilícito, ataque tanto un bien patrimonial como extrapatrimonial, produce la mayor parte de las veces una turbación en la tranquilidad espiritual del sujeto passivo del agravio” (BREBBIA, 1950, p. 91).

el criterio de la distinción no radica em el distinto carácter del derecho lesionado sino em el diverso interés que es presupuesto de ese derecho. Sólo así es posible hablar del daño patrimonial indirecto, que es el perjuicio patrimonial o material que ha provocado un ataque a un derecho extrapatrimonial. Coexisten, o pueden coexistir ambos intereses como presupuestos de un mismo derecho (ZANNONI, 1982, p. 232).

A possibilidade de que a lesão a um direito cause danos de naturezas distintas é verificada em um acidente em que ocorreu lesão à integridade corporal da vítima, que é um direito da personalidade. O lesante deverá ressarcir ao menos: o dano extrapatrimonial decorrente da lesão ao interesse à incolumidade física; o dano patrimonial decorrente das despesas médicas (dano emergente) e a incapacidade laboral (lucros cessantes) (ZANNONI, 1982, p. 233).

Definir o dano como patrimonial ou não, com base na natureza do direito, bem ou interesse lesado, é defini-lo de forma abstrata, e recebe críticas por fundamentar-se não no próprio dano, mas sim em sua “proveniência” (GONZÁLEZ, 1996, p. 35). Ao se concentrar no direito, bem ou interesse lesionado, por serem critérios objetivos e abstratos, haveria uma espécie de tabelamento das indenizações extrapatrimoniais, porque os interesses são uniformes para as pessoas, e têm o mesmo valor, como por exemplo, a integridade física (GONZÁLEZ, 1996, p. 36 e 543).

A crítica não se sustenta, o critério que se pretende estabelecer como valor universal nos danos extrapatrimoniais é o valor do bem jurídico em razão de sua tutela pelo ordenamento jurídico. Isso não significa que o bem, uma vez lesionado, tenha um valor uniforme para todos os indivíduos. Após a constatação da lesão ao interesse e a verificação da existência do dano ressarcível, o intérprete deve considerar as repercussões da lesão, e outros critérios objetivos e subjetivos na fixação do *quantum* indenizatório.

Em decorrência da própria definição de dano moral em sua concepção objetiva, o critério distintivo pelos efeitos da lesão, não apresenta resultados práticos, porque as consequências são facultativas para sua configuração no caso concreto. Desse modo, deve-se optar pelo critério que leva em consideração a natureza dos bens, direitos ou dos interesses lesados.

3.2 BREVE EVOLUÇÃO DO RESSARCIMENTO POR DANO MORAL

Inicialmente, o dano moral não era considerado passível de indenização em nosso ordenamento jurídico. Tecnicamente, por inexistir previsão legal no artigo 159 do Código Civil de 1916, que possibilitasse a extensão do dever de reparação aos danos não patrimoniais.

Entendimento fundamentado no viés patrimonialista predominante no direito privado até o século passado. De acordo com essa abordagem, “a pessoa humana e todas as suas potencialidades eram reduzidas à dimensão do sujeito de relações econômicas e do patrimônio como reflexo direto da personalidade”. Compreendia-se o corpo humano como um direito de propriedade com valor econômico (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 219).

Além disso, entendia-se que os bens extrapatrimoniais estavam suficientemente protegidos por meio do direito penal (SILVA, C., 2015, s.p.). Consideração que não se mostra suficiente, diante da crescente tendência de descriminalização e despenalização das condutas típicas, especialmente aquelas em que os bens jurídicos tutelados se referem ao indivíduo, sem repercussões significativas no contexto social.

A reparação dos danos morais também encontrava óbice na impossibilidade de se cogitar a indenização pelo sofrimento e de se mensurar o dano para fixação do equivalente entre a dor e o dinheiro. Sob um critério naturalístico, o valor pecuniário não proporciona o mesmo efeito aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Se há supressão do decréscimo patrimonial, o dinheiro não tem a capacidade de cessar a dor⁷¹ (ALVIM, 1972, p. 234-235).

Portanto, considerava-se que em razão da impossibilidade de reparação decorrente da natureza diversa entre o dinheiro e os danos extrapatrimoniais, apenas “numa concepção grosseiramente materialista da vida se poderia admitir a ideia de ressarcir com o dinheiro os danos de caráter não patrimonial” (VARELA, 2000, p. 603). A compensação de uma ofensa imaterial à honra ou a perda de um filho com dinheiro, era vista como uma negação da sensibilidade (PEREIRA,

⁷¹ “Tem-se afirmado constituir a reparação pecuniária do dano não patrimonial um violento absurdo, pois os bens imateriais e o dinheiro são grandezas incomparáveis, não sendo, por conseguinte, possível que estes resultem pecuniariamente <indenizados> como se indemniza o património” (FISCHER, 1932, p. 233).

2022, p. 335, *ebook*). Não se considerava que haveria apenas uma mitigação para consolar o dano moral em sua concepção subjetiva (ALVIM, 1972, p. 235).

Também, em razão da ausência de aniquilamento do dano por meio da indenização, considerava-se a transitoriedade do sofrimento como impeditivo da possibilidade de reparação do dano moral, acreditava-se que apenas o tempo é que aliviará as dores da alma (MORAES, 2017, p. 146).

A suposta imoralidade de se atribuir um preço à dor e a ausência de demonstração de efeitos da diminuição dos bens extrapatrimoniais, diante do conjunto de valores da época, tornava mais aceitável deixar a vítima sem qualquer reparação, do que a realizar em pecúnia.

Dessa forma, as dificuldades de operacionalização tanto na identificação quanto na reparação⁷² do dano moral eram usadas como justificativas para negar a sua reparação. Adotava-se “a atitude cômoda de utilizar essas mesmas dificuldades como escusa” para a ressarcibilidade (CASILLO, 1994, p. 51).

Por esse motivo, os defensores do ressarcimento indicavam que a negativa da compensação para aqueles que sofreram danos não patrimoniais seria “mais imoral e bem mais injusto [do que a reparação pecuniária]. [...] Imoral é fazer comércio dos bens de ordem espiritual, não o pretender o ressarcimento dos danos que lhe sejam causados” (VARELA, 2000, p. 604).

Neste mesmo sentido, da maior imoralidade da negativa de reparação do dano moral, é o apontamento de que ausência de qualquer compensação “só redundaria em benefício do lesante, o qual, além do mais, não suportaria custo algum por esse dano por si causado” (MONTEIRO, 2015, p. 107).

O problema da impossibilidade de verificação natural da extensão do dano, foi superado pela concepção de que a solução mais justa é “conceder uma compensação, reparação ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação” que terá como finalidade atenuar um mal consumado (VARELA, 2000, p. 604).

Permitindo que o valor da compensação pecuniária pelo *pretium*

⁷² Para a corrente negativista da reparação por dano moral, os principais fundamentos seriam: “1. A falta de efeito penoso durável; 2. A incerteza, nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; 3. A dificuldade de descobrir a existência do dano; 4. A indeterminação do número de pessoas lesadas; 5. A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; 6. A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; e 7. O ilimitado poder que se é obrigado a conferir ao juiz.” (LOPEZ, 2021, p. 39-40, *ebook*).

doloris proporcione “a distração que poderia ser obtida com tal quantia, faria tecnicamente com que a vítima retornasse ao seu estado emocional e/ou de bem-estar físico anterior ao dano” (CASILLO, 1994, p. 84).

Portanto, o valor pecuniário fixado se constitui em compensação que embora não remova o dano, “proporciona uma satisfação ao lesado, susceptível de o compensar. E entre os interesses que o dinheiro permite satisfazer incluem-se, indubitavelmente, interesses de vária (*sic*) ordem, mesmo de ordem espiritual ou ideal” (MONTEIRO, 2015, p. 107).

Neste sentido, em termos de precisão terminológica, os danos patrimoniais são reparáveis, enquanto os danos extrapatrimoniais são compensáveis. Em outras palavras, no dano patrimonial, em regra, o lesante proporciona ao lesado o mesmo bem violado, suprimindo o decréscimo patrimonial com dinheiro. Por outro lado, nos danos extrapatrimoniais, não é possível a recomposição ao *status quo ante*. Embora a retratação, o direito de resposta, ou as tutelas inibitórias assegurem – em princípio – a cessação dos efeitos de um dano à honra, por exemplo, há o dano já consumado, e nesta parcela é impossível a reversão da afetação já ocorrida⁷³.

Da mesma forma, que a exigência da culpa evoluiu para a posterior responsabilidade objetiva, a não ressarcibilidade dos interesses aleatórios para perda de uma chance, o dano moral foi gradualmente admitido em razão da conscientização social da necessidade de tutela também dos danos sem repercussão econômica:

e o que mudou neste caso foi exatamente a consciência coletiva acerca do conceito de justiça; o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser [re]compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito (MORAES, 2017, p. 147).

Aceita a reparabilidade, ainda se enfrentou barreiras para a aceitação plena da possibilidade de ressarcimento do dano moral puro, entendido como aquele

⁷³ Para Augusto Zenun (1995, p. 124), a abordagem deve ser diferenciada. Não há compensação no dano moral, mas sim derivativos consistentes nas despesas necessárias para minorar e arredar as consequências ou sequelas do dano moral, proporcionando a recuperação do lesado. “Sinceramente, fora desse método de reparação não há o que cogitar, pois, de qualquer outro meio ressalta a aquisição da moral do ofendido, seja qual for a valoração que se adotar, e inacreditável é que se pretenda fixar o valor da moral”.

desvinculado de um dano patrimonial.

Caso mencionado na doutrina, que representou um paradigma para a introdução da reparação dos danos não patrimoniais em nosso ordenamento jurídico, é a ocasião em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de reparação do dano moral aos pais de duas crianças vítimas de um acidente de ônibus. No entanto, a fixação do *quantum* indenizatório manteve-se vinculada à questão patrimonial, porque deveria ser liquidada com base no valor gasto pelos pais com a criação e educação dos filhos. Portanto, não se reparou efetivamente qualquer aspecto extrapatrimonial, mas sim patrimonial (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 259).

O mesmo cenário manteve-se quando se considerou que a perda de um filho, ainda que em tenra idade, significava a frustração da possibilidade de amparo na velhice dos pais, e a indenização estava relacionada à contribuição potencialmente obstada pelo evento danoso (MORAES, 2017, p. 49).

Dessa forma, gradativamente passou-se a aceitar a reparação dos danos morais quando estavam vinculados a um dano patrimonial reconhecido⁷⁴. No entanto, essa concepção mantinha-se fortemente ligada ao viés patrimonialista do direito privado. Na prática, mantinha-se a negativa do dano moral, já que este não era reconhecido isoladamente (PEREIRA, 2022, p. 95, *ebook*).

A possibilidade de cumulação das reparações quando um fato gere danos de naturezas múltiplas, se dá porque:

É preciso entender que, a par do patrimônio, como “complexo de relações jurídicas de uma pessoa, economicamente apreciáveis” o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, o bom conceito de que desfruta na sociedade, os sentimentos que exornam a sua consciência, os valores afetivos, mercedores todos de igual proteção da ordem jurídica (PEREIRA, 2022, p. 101, *ebook*).

⁷⁴ NÃO É ADMISSÍVEL QUE OS SOFRIMENTOS MORAIS DEEM LUGAR A REPARAÇÃO PECUNIÁRIA, SE DELES NÃO DECORRE NENHUM DANO MATERIAL. (STF. RE 11786, Relator(a): OROZIMBO NONATO, Relator(a) p/ Acórdão: HAHNEMANN GUIMARÃES, Segunda Turma, julgado em 07-11-1950, DJ 19-01-1951 PP-00567 EMENT VOL-00029-01 PP-00271 ADJ 01-09-1951 PP-02544).

PODE SER REPARADO PECUNIARIAMENTE O DANO MORAL, QUE HAJA PRODUZIDO CONSEQUÊNCIAS MATERIAIS. SE O DANO É SOMENTE MORAL, NÃO HÁ O QUE SER RESSARCIDO EM DINHEIRO. (STF. RE 11974, Relator(a): ROCHA LAGOA, Relator(a) p/ Acórdão: HAHNEMANN GUIMARÃES, Segunda Turma, julgado em 12-05-1953, DJ 28-01-1954 PP-01115 EMENT VOL-00162-01 PP-00216 ADJ 02-09-1957 PP-02292).

Embora a doutrina⁷⁵ já indicasse a necessidade do ressarcimento do dano moral e houvesse algumas decisões neste sentido⁷⁶, foi somente com a previsão legal na Constituição Federal de 1988 que a compensação plena se tornou efetiva, superando os argumentos contrários de outrora.

⁷⁵ Wilson Melo da Silva (1969, p. 304-338) expõe o posicionamento favorável de diversos juristas brasileiros a reparação do dano moral: Orozimbo Nonato, Clóvis Beviláqua, Lauro de Camargo, Antônio Vieira, Pedro Lessa, Martinho Garcês Neto, Hermenegildo de Barros, Pontes de Miranda, Filadelfo Azevedo, Eduardo Espínola, Teixeira de Freitas, Viveiros de Castro, José de Aguiar Dias, Agostinho Alvim, entre outros.

Também, indica que “Em verdade, enfocada, primeiramente, a questão, sob o ângulo puramente doutrinário, não podemos deixar de assinalar que vozes novas se juntam, contemporaneamente, no Brasil às daqueles todos que, com denôdo, já vinham, até então a bater-se pela implementação, entre nós, seja de *jure constituendo*, seja de *jure constituto*, do princípio, positivo, da reparabilidade dos danos morais. E dentre êstes, vale dizer, dentre os mais recentes propugnadores da tese, juristas, magistrados, professores, não poderíamos deixar de apontar Orlando Gomes, W. de Barros Monteiro, José Olímpio de Castro Filho, Paulo Dourado de Gusmão, João Martins, Caio Mário de Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Arnold Wald, Reginaldo Silva, Darci Arruda Miranda, R. Limongi França, Antônio Chaves, Edgard De Moura Bittencourt, José Mauro Bourroul Ribeiro, Angelo Jordão Filho, Sadi de Gusmão, José Luís Samico, José Amado Henriques, etc” (SILVA, 1969, p. 340-341).

⁷⁶ ATROPELAMENTO. MORTE DE FILHO MENOR. RESSARCIMENTO DO DANO MORAL. ADMISSIBILIDADE, NOS TERMOS DOS ARTS. 159, 1.537 E 1.553, DO CÓDIGO CIVIL. PROCEDENTES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (STF. RE 62606, Relator(a): THOMPSON FLORES, Segunda Turma, julgado em 17-04-1969, DJ 27-06-1969 PP-02881 EMENT VOL-00769-03 PP-00924). No voto constou expressamente: “Sucede, porém, que a indenização pela morte de filho menor tem admitido esta Côrte. Não simplesmente como meio de reparar a dor moral, eis que esta é inestimável, e, por isso mesmo, insuscetível de reparação. Mas, como compensação através da reparação econômica, proporcionando sensações que, se não alcançam a restauração da situação primitiva, possam, ao menos, suavizar seus efeitos”.

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PAIS IDOSOS QUE, EM VIRTUDE DE CULPA DO SERVIÇO FERROVIÁRIO NO RESGUARDAR PASSAGEM DE NIVEL, PERDEM FILHO ÚNICO, QUE LHES SERVIA DE ARRIMO E COMPANHIA. DANO MORAL, ÚNICO OCORRIDO NO CASO, CONSIDERADO INDENIZAVEL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF. RE 100783, Relator(a): DÉCIO MIRANDA, Segunda Turma, julgado em 21-10-1983, DJ 18-11-1983 PP-07962 EMENT VOL-01317-03 PP-00734 RTJ VOL-00108-02 PP-00912). No voto constou expressamente: “Perdendo-o, embora fraco de espírito e sem ocupação lucrativa, ficaram sem o único amparo doméstico e companheiro de suas vigílias e isolamento. Está aí o dano moral puro, desrelacionado de detrimientos de ordem material, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se recusa a mandar indenizar: a perda do companheiro de horas mortas, a enchê-las, talvez, mais de preocupação que de tranquilidade e alegrias, mas, de qualquer sorte, um amparo na velhice e no isolamento”.

DANO MORAL PURO. RESTITUIÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE, COM A NOTA 'SEM FUNDOS', A DESPEITO DE HAVER PROVISÃO SUFICIENTE DESTES. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO, A TÍTULO DE DANO MORAL, NÃO SENDO EXIGIVEL A COMPROVAÇÃO DE REFLEXO PATRIMONIAL DO PREJUÍZO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE, POR NÃO ESTAR CARACTERIZADA A NEGATIVA DE VIGENCIA DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, TAMPOUCO O ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. (STF. RE 109233, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 12-08-1986, DJ 19-09-1986 PP-17144 EMENT VOL-01433-02 PP-00246). No voto constou expressamente: “O dano foi considerado existente, com base na prova tendo-se em vista, entre outros fatores, a publicidade dada ao fato. A falta de repercussão patrimonial do prejuízo não tem sido reputada, pelo Supremo Tribunal, como obstáculo ao ressarcimento. [...] No conceito sempre claro de Roberto de Ruggiero, para ser o dano indenizável “basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito” (“Instituições de Direito Civil”, tradução da 6a. edição italiana, com notas do Dr. Ary dos Santos, ed. Saraiva, S. São Paulo, 1937).”

Abriu-se então, campo amplo de invocação do instituto, que foi ainda mais influenciado por outras mudanças legislativas subsequentes à previsão constitucional. Entre essas, destacam-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a criação dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n.º 9.099/1995) e a inclusão dos direitos da personalidade no Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Isso resultou no fortalecimento da proteção à pessoa em detrimento do patrimônio, além de facilitar o acesso à justiça por meio de microssistemas sem a onerosidade da Justiça comum e com regras processuais simplificadas.

3.3 CONCEPÇÕES DO DANO MORAL

Partindo-se da compreensão de que o dano moral é uma espécie do dano extrapatrimonial (ver capítulo 3, nota 69), torna-se necessária a sua definição para que seja possível diferenciá-lo dos outros danos extrapatrimoniais, evitando-se inclusive a ocorrência de *bis in idem*.

O dano moral é um “conceito [que] não se tem logrado êxito em estabelecer de forma decisiva” (AMARAL, 2015, p. 136).

A ausência de consolidação de um conceito ou definição de dano moral permite a inclusão de qualquer coisa, ou seja, de “qualquer “sofrimento humano”. Portanto, torna-se necessário retirá-lo do âmbito do “senso comum ou do bom senso, da opinião dos juízes acerca do que é sofrimento e do que não é” (MORAES, 2019, p. 11).

Isso porque, conceituar o dano moral meramente pelo critério de exclusão ao que não é material ou patrimonial, não fornece elementos que contribuam para a identificação das hipóteses. Ocorrem generalizações e esvazia-se as potencialidades do instituto, levando ao brocardo “se tudo é dano moral, nada é dano moral” (MONTEIRO FILHO, 2014, p. 4).

Não se pretende afirmar a necessidade de estabelecimento de uma fórmula estanque para a determinação dos danos morais. Essa abordagem mostrou-se insuficiente para a tutela da pessoa humana na Itália, em que o estabelecimento de um rol fechado ou típico das hipóteses de danos extrapatrimoniais indenizáveis no artigo 2059 do Código Civil italiano ensejou a criação dos “novos danos” para contornar a limitação legal à reparação de outros danos extrapatrimoniais não vinculados à ocorrência de um crime (ver item 3.4). Em vez disso, enfatiza-se a

necessidade de critérios objetivos que permitam a constatação de sua ocorrência sem subordinação às percepções pessoais ou subjetivismo do intérprete.

3.3.1 Concepção Clássica ou Subjetiva

Dentre as inúmeras possibilidades de conceituação do dano moral propostas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, é expressiva a tendência de sua vinculação aos efeitos negativos sobre o lesado, particularmente entre os autores clássicos.

Para os partidários desta definição, o dano moral estaria configurado quando o lesado demonstrasse que o fato lesivo causou dor, sofrimento, e toda a sorte de menoscabo em seus sentimentos.

Essa abordagem segue a tradição do *pretium doloris* ou *pecúnia doloris*, na qual a indenização do dano moral era vista como a atribuição de um preço à dor e ao sofrimento. Essa perspectiva foi objeto de diversas críticas que apontavam a imoralidade da reparação (SCHREIBER, 2009, p. 127).

Dentre seus precursores está Savatier (*apud* NALIN, 1996, p. 92), que define o dano moral por exclusão como “toute souffrance humaine ne résultant pas d’une perte pécuniaire”⁷⁷.

Também José Aguiar Dias (2012, p. 836) com base na doutrina de Minozzi, identifica o dano moral com conteúdo que “não é dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”. Ao enunciar seu próprio conceito de dano moral, esclarece que

consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito da lesão quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam (DIAS, 2012, p. 853).

Mazeaud e Tunc, ao definirem o dano moral, adotavam dois elementos: não atingir de modo algum o patrimônio; e causar tão-somente, uma dor

⁷⁷ Tradução livre: “Qualquer sofrimento humano não resultante de perda pecuniária”.

moral à vítima. Critérios de ordem negativa e substantiva, respectivamente (SEVERO, 1996. p. 40).

Para Wilson Melo da Silva⁷⁸ (1969, p. 13-14) além de afetar o patrimônio ideal da pessoa, o elemento característico do dano moral é a dor em sentido amplo, abrangendo o aspecto físico ou moral, tal como “os decorrentes das ofensas à honra, ao decôro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal”.

A dor deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo “el miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionada por el hecho danoso” (BREBBIA, 1950, p. 94)⁷⁹. Refere-se à lesão aos sentimentos (GHERSI, 1997, p. 67)⁸⁰.

Constitui-se em sofrimento subjetivo que pode permanecer na esfera íntima do lesado, não necessariamente gerando sintomas ou outras alterações psicopatológicas, diferenciando-se do dano psicológico que tem caráter clínico (MILMAIENE, 1995, p. 75). Há dificuldade de sua mensuração na concepção subjetiva:

De allí que la evaluación, al no poder ser clínicamente objetivable, se halle totalmente sometida a los valores del que observa o juzga. ¿Cómo medir el grado de sufrimiento moral que puede originar un duelo? ¿Cómo evaluar el trauma que genera una difamación injusta, si no se evidencia ante el otro ningún efecto de retorno sintomático? (MILMAIENE, 1995, p. 75).

Yussef Said Cahali (2015, p. 19) apesar de indicar a privação de diversas manifestações da personalidade como elemento do dano moral, o faz vinculando às repercussões negativas, de modo que se extrai uma concepção subjetiva:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na

⁷⁸ Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2014, p. 4) inclui a definição de dano moral de Wilson Melo da Silva entre as objetivas. No entanto, optamos pela sua inclusão entre as subjetivas em razão da exigência do dor em sentido amplo como elementar.

⁷⁹ Roberto Brebbia não se filia a essa corrente, apenas expõe as possibilidades.

⁸⁰ Para o autor, além dos danos morais, são identificados outros danos à pessoa humana no âmbito dos danos extraeconômicos, como dano psíquico, biológico, aos direitos personalíssimos, estético, religiosidade, além dos danos ao patrimônio como repercussões afetivas (GHERSI, 1997, p. 63).

humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (CAHALI, 2015, p. 19).

A concepção subjetiva de dano moral, como é a primeira forma imaginada para justificar a possibilidade de ressarcimento para além dos danos patrimoniais, não deixa de ser influenciada pelo viés patrimonialista vigente à época. Por isso, busca-se adaptar a teoria da diferença à mensuração dos danos extrapatrimoniais. Apura-se a “diferença entre os sentimentos manifestados pelo ofendido antes e depois do dano injusto” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 263)⁸¹. Há um retorno ao sentido natural de dano, ao ser associado a “qualquer prejuízo economicamente incalculável” (SCHREIBER, 2009, p. 103).

Existem inconvenientes decorrentes da concepção subjetiva de dano moral. O principal é a necessidade de que o lesado demonstre a existência das repercussões negativas do dano. No entanto, tratando-se de bens imateriais, em regra, não há como o lesado o fazer:

as dores, os sentimentos e os sofrimentos pertencem ao maior patrimônio do ser humano, que tem alma, onde as lesões se acentuam com maior intensidade, que varia de pessoa a pessoa, pois cada qual tem maneira imanente e específica de sentir, tanto que o poeta dizia lapidarmente: “se o coração no rosto estampasse, quanta gente que ria talvez chorasse!” (ZENUN, 1995, p. 73).

Por isso, o grande esforço realizado pelo intérprete para convencer que o fato lesivo narrado realmente gerou dor, vergonha, constrangimento, preocupações, e outros abalos de ordem moral.

Levando-se à literalidade a concepção subjetiva, chegou-se a afirmar que as pessoas “secas de coração” e que não sofrem com a perda de um ente querido, ou não sentem dor nessas situações, não mereceriam a reparação (ZENUN, 1995, p. 79).

Para tanto, Augusto Zenun (1995, p. 98 e 129)⁸² indica a necessidade de que o lesado seja submetido à prova pericial para apurar o sofrimento, e seguida,

⁸¹ “Embora o legislador os não tenha definido, certo é eles [danos não patrimoniais] reunirem as características do verdadeiro dano; e, por conseguinte, a obrigação de indenizar a que dão origem acha-se sujeita a requisitos idênticos aos daquela que deriva do dano patrimonial” (FISCHER, 1932, p. 229).

⁸² Destaca-se a menção em diversos trechos à apatia causada pelo fato danoso que lesiona bens imateriais do lesado: “daí é que vêm os sofrimentos e os sentimentos, deixando sulcos profundos, transformando a vida daqueles que se tornam apáticos, na indiferença parcial ou total, até mesmo pelos trabalhos, pelos afazeres, pelos negócios, a tudo e a todos!” (ZENUN, 1995, p. 122).

sejam avaliados os derivativos necessários e compatíveis para atenuar os efeitos psíquicos.

Assim, no viés subjetivo do dano moral, torna-se impossível a comprovação de sua ocorrência, porque os sentimentos nem sempre são exteriorizados por meio de alterações comportamentais. Além disso, há o complicador do reconhecimento do dano moral quando o lesado não tem a compreensão dos efeitos da lesão, como as crianças de tenra idade, as pessoas em estado de inconsciência, ou em qualquer outra situação que as prive de aptidões sensoriais⁸³. Além disso, é em virtude da ausência de psiquê que há resistência à possibilidade de reconhecimento da ocorrência de danos morais às pessoas jurídicas⁸⁴⁻⁸⁵.

Diante da dificuldade de comprovação pelo lesado das consequências da lesão, ou seja, dos sentimentos e repercussões negativas do dano, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, passaram a utilizar a expressão dano moral *in re ipsa*. Alternativa que permite dispensar a prova dos efeitos, e assegurar a reparação ao lesado sem a necessidade de “percorrer a *via crucis* da prova do abalo psicológico” (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 51).

Nos casos em que se reconhece o dano moral *in re ipsa*, entende-se que a dor ou os efeitos prejudiciais da lesão são inerentes ao próprio fato danoso, o que suprime a necessidade de comprovação da sua ocorrência no caso concreto.

Por outro lado, é possível a identificação do dano moral pelos efeitos da lesão sem vinculação necessária ao *pretium doloris*.

Neste sentido, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (2014, p. 10-16) não se filia à teoria subjetiva dos efeitos da lesão, vinculada à dor ou sentimentos

⁸³ O masoquista, o insensível, o que padece de hipoalgesia, paciente em coma (SCHREIBER, 2009, p. 129).

⁸⁴ Ressalta-se que, na sistematização proposta dos danos extrapatrimoniais, o dano moral é o *locus* de todos os danos à pessoa humana em decorrência de violação aos direitos da personalidade, dignidade ou interesses existenciais. O denominado dano moral às pessoas jurídicas deveria ser reconduzido à outra espécie de dano extrapatrimonial, como o dano à pessoa jurídica, diverso do dano moral.

⁸⁵ Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva (2021, p. 53 -54) indicam a impossibilidade de estender os direitos da personalidade às pessoas jurídicas, em razão da divergência de tratamento conferida pelo ordenamento jurídico. Por um lado, coloca a empresa com vista à ótica do mercado e da otimização dos lucros, enquanto, por outro, as “categorias atinentes à pessoa humana, cuja dignidade é o princípio basilar erguido ao vértice hierárquico do ordenamento”. Desse modo, o artigo 52 do Código Civil permite a aplicação, por empréstimo, do mecanismo de tutela da personalidade no que couber às pessoas jurídicas, por ausência do “(fundamento axiológico) da proteção à personalidade, concebida como bem jurídico, objeto de situações existenciais”. Os autores sustentam que as violações aos interesses extrapatrimoniais das pessoas jurídicas como o nome, a imagem ensejaria danos econômicos (capacidade de produzir riquezas) ou institucionais quando se referiram à pessoa jurídica sem fins lucrativos, e não morais. No sentido de impossibilidade da transposição mecânica dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, verificar PERLINGIERI, 2002, p. 157-158.

negativos. No entanto, adota construção ligeiramente similar, na qual para fins de reparação, devem ser considerados “os efeitos concretos, que se projetam na pessoa da vítima da lesão sofrida, e não esta abstratamente considerada”. O dano moral se dá por meio do reconhecimento de um “mal evidente” conforme expressão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁶.

À luz de uma teoria subjetiva renovada, o efeito extrapatrimonial tutelado que define o dano moral deve-se apresentar nos moldes do mal evidente mencionado na decisão da corte suprema, vale dizer: o efeito é objetivamente apreciável, perceptível de fora para dentro e não o inverso – este, o palco das controvertidas noções de subjetividade e dor (MONTEIRO FILHO, 2014, p.12).

Na perspectiva apresentada, o dano moral em seu aspecto anímico é a forma mais comum de sua manifestação, envolvendo “las alteraciones pasionales del ánimo (tristeza, pesar, dolor, vergüenza, angustia, etcétera)”. No entanto, a dimensão espiritual do indivíduo não se limita apenas à afetividade ou sensibilidade (sentir), mas também abrange a intelectual (aptidão para entender) e a volitiva (aptidão para querer). Portanto, se o fato danoso afetar negativamente qualquer uma dessas capacidades, haverá dano moral. Incluindo “las situaciones de demencia, descerebración, amnesia, coma, etcétera [...]” e “las técnicas de propaganda, manipuelo sicológico, lavajes de cérebro y outras [...]” “ello es así aunque em ninguno de ambos casos exista dolor o sufrimiento alguno” (GONZÁLEZ, 1996, p. 65-66).

Nestes dois últimos casos, dispensa-se a demonstração da dor como requisito para a reparação. Exige-se, em substituição, os efeitos da lesão ao bem jurídico, suas consequências, as afetações desses bens, ou alterações constatáveis no estado anterior da vítima, para que se caracterize o dano moral.

Com o ajuste da concepção subjetiva, transferindo a verificação dos sentimentos – que são apenas formas de exteriorização ou manifestação do dano moral – para os efeitos de qualquer ordem, as pessoas com ausência de sensibilidade ou compreensão da dor também podem sofrer dano moral (PIZARRO, 2000, p. 38 e 105) sem a necessidade de recurso às presunções anímicas.

Apesar do afastamento dos efeitos necessariamente anímicos da lesão para a verificação do dano moral, não há unanimidade na superação das consequências do fato danoso como elemento de constituição e distinção no caso

⁸⁶ Indicado no voto do Ministro Francisco Rezek no STF. RE 172720, Segunda Turma, Relator(a): Marco Aurélio, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997.

concreto, ainda coexistindo no ordenamento jurídico.

3.3.2 Concepção Objetiva

Em razão da insuficiência da concepção clássica ou subjetiva para a tutela da pessoa, especialmente devido ao subjetivismo dos sentimentos humanos, outras teorias foram desenvolvidas com o objetivo de estabelecer critérios universais para a verificação do dano moral no caso concreto.

As teorias objetivas, portanto, não exigem a comprovação de sentimento humano ou efeitos da conduta para a caracterização do dano moral. O foco está na ocorrência da lesão sofrida pela vítima em um bem jurídico de sua titularidade. Contenta-se com a “prova da violação do bem jurídico tutelado para *ipso facto* caracterizar a lesão, merecedora, por seu turno, da pronta resposta do Direito, por meio dos mecanismos reparatórios disponíveis” (MONTEIRO FILHO, 2014, p. 4).

Há uma separação do conceito jurídico de dano natural, concentrando-se no objeto (interesse) afetado. Estimula-se o estudo do interesse lesado, viabilizando meios de seleção dos danos ressarcíveis (SCHREIBER, 2009, p. 104-105).

A escolha de critérios de ordem objetiva para a caracterização do dano moral implica na eliminação do subjetivismo, não dependendo da maior ou menor sensibilidade do lesado, porque a afetação de todos enquanto pessoas é tutelado igualmente.

Neste ponto, não se discutiria mais os legitimados para pleitear a reparação por danos morais. Isso porque o argumento de que não haveria efeitos da lesão, e, conseqüentemente, dano moral indenizável, no caso do nascituro, das crianças de tenra idade e daqueles com ausência de sensibilidade ou compreensão da dor, é superado⁸⁷ (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 51).

⁸⁷ DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo

Nas conceituações objetivas, a controvérsia relacionada à definição das hipóteses de dano moral *in re ipsa* perde o sentido, uma vez que a prova dos efeitos é dispensada, bastando a demonstração do fato lesivo, que *per se* gerará o dano moral. É suficiente comprovar a lesão ao bem jurídico, “não propriamente o dano, já que evidentemente não há materialidade no dano moral” (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 52).

Essa presunção dos efeitos em decorrência da lesão ao bem jurídico, quando analisada na concepção objetiva ocorre de forma ampla. Isso significa que não se limitará apenas aos casos apontados casuisticamente pela jurisprudência ou doutrina, mas haverá a verificação do dano em razão da lesão aos bens jurídicos extrapatrimoniais decorrente do fato:

o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa*. Acredita que ele existe porque houve a ocorrência do ato ilícito. Quando a vítima sofre um dano, que pela sua dimensão é impossível o homem comum não imaginar que o prejuízo aconteceu. Ninguém, em sã consciência, dirá que a perda do pai ou de um filho não gera desgosto e mal-estar, tanto físico como espiritual, ou que alguém que teve a perna ou um braço amputado não vai passar o resto da vida sofrendo por essa diminuição física. A só consumação do ilícito que faz surgir fatos desta natureza, mostra o prejuízo, a prova *in re ipsa*. (SANTOS, 2015, p. 609).

A partir desses apontamentos, é possível identificar o dano moral em sua concepção objetiva de diversas maneiras, destacando-se a violação aos direitos da personalidade e a violação à dignidade da pessoa humana. Teses que se confundem e, ao mesmo tempo se complementam, conferindo uma ampla tutela a todos os interesses existenciais da pessoa humana.

de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido (STJ. REsp n. 1.037.759/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/2/2010, DJe de 5/3/2010).

3.3.2.1 Ofensa aos direitos da personalidade

A vinculação do dano moral à ofensa ou violação aos direitos ou atributos da personalidade é uma das concepções com viés objetivo que tem substituído a subjetiva na doutrina e na jurisprudência.

Clayton Reis (2019, p. RB-2.6) entende que a nomenclatura mais adequada seria dano não patrimonial ou imaterial, mas utiliza a expressão dano moral como sinônimo, por ser o termo predominante. Identifica que todo dano moral consiste na ofensa aos direitos da personalidade, e o define como o

causado por uma ofensa que atinja um patrimônio imaterial da vítima, desvinculado de qualquer expressão econômica imediata, podendo ter reflexos íntimos consistentes em dor, humilhação, tristeza, vergonha e sentimentos afins, ou externos, prejudicando a boa fama ou reputação.

Carlos Alberto Bittar (2015a, p. 37) verifica a ocorrência dos danos morais na lesão que atinge os “atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como entes sociais, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto”.

Compreende as “lesões às esferas da personalidade humana situadas no âmbito do ser como entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais, ou, conforme os Mazeaud, como atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade” (BITTAR, 2015a, p. 46).

Também⁸⁸, Paulo Lôbo (2022, p. 351-352, *ebook*) identifica o dano moral exclusivamente como violação aos direitos da personalidade e indica que no direito brasileiro não há espaço para o *pretium doloris*, o qual foi substituído pela concepção objetiva.

Estranha-se o reconhecimento do dano moral apenas com a Constituição Federal de 1988, porque “nada mais é do que aquele relativo à personalidade humana, nas suas mais variadas formas.” Assentando-se nela o conceito de proteção jurídica aos direitos inerentes e essenciais do ser humano (SOUZA, 2003, p. 29).

Dessa forma, são os danos produzidos em razão da violação de

⁸⁸ No mesmo sentido: Flávio Tartuce (2022, p. 308, *ebook*), Anderson Schreiber (2014, p. 16, *ebook*), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p. 35, *ebook*).

algum dos direitos inerentes à personalidade⁸⁹, que têm por finalidade a proteção das faculdades ou pressupostos da personalidade, os quais independem da vontade das pessoas para serem adquiridos ou extintos (BREBBIA, 1950, p. 73-76).

Anderson Schreiber (2014, p. 9, *ebook*) expõe que os direitos da personalidade proporcionam alguma segurança e previsibilidade às soluções dos conflitos que possam surgir na vida social, na medida em que permitem “sem rejeitar o caráter aberto da dignidade humana, indicar os principais atributos que a compõem”.

A personalidade deve ser considerada em dois sentidos: o subjetivo, como a aptidão de toda pessoa ser sujeito de direitos e deveres; e o objetivo, consistente no conjunto de características e atributos da pessoa humana protegidos pelo ordenamento jurídico (TEPEDINO, 2004, p. 27), são os diversos aspectos do próprio sujeito, seus prolongamentos e projeções (FRANÇA, 2011, p. 654).

No aspecto subjetivo, a personalidade constitui-se na susceptibilidade de ser sujeito de direitos e obrigações (DE CUPIS, 2008, p. 21). No aspecto objetivo, tem-se os direitos da personalidade, que são essenciais e constituem o mínimo necessário e imprescindível à própria personalidade subjetiva, sem os quais a susceptibilidade restaria irrealizada e sem valor concreto, “a pessoa não existiria como tal” (DE CUPIS, 2008, p. 24). Formam a medula da personalidade (BITTAR, 2015b, p. 37).

Los derechos personalísimos son una defensa de reconocida trascendencia. Negarlos hoy implicaría desconocer la dignidad de la persona, la libre y necesaria expansión individual. La persona quedaría inerte en el tercer milenio, frente a la tecnología de la era atómica, de la cibernética y la biogenética, lo que produciría su destrucción total (CIFUENTES, 2008, p. 97).

Representam o “valor máximo de ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade” (TEPEDINO, 2004, p. 49), de forma a

salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou

⁸⁹ “Según lo expuesto, se entiende por daño la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto producida por un hecho voluntario, que engendra en favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito; y por daño moral, la especie, comprendida dentro del concepto genérico de daño expresado, caracterizada por la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho” (BREBBIA, 1950, p. 83-84).

extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade.

A concepção de dano moral como violação aos direitos ou atributos da personalidade ocorre na medida em que é por meio deles que as pessoas tutelam seus demais interesses existenciais e também patrimoniais⁹⁰.

Matilde Zavala de González (1996, p. 50) ao diferenciar o patrimonial do extrapatrimonial, indica que “el daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (incluyendo [...] sus propias aptitudes en cuanto instrumento de obtención de bienes exteriores); el daño moral incide sobre lo que el sujeto es”.

Tal definição demonstra exatamente o que a concepção objetiva de dano moral resguarda, pois a interferência danosa nos interesses do lesado interferirá em suas características, bens ou valores pessoais e existenciais, bem como em sua relação com o mundo exterior, vinculando-se ao modo de existir da pessoa⁹¹.

Portanto, por meio desses direitos se tutela “um mínimo essencial, a salvaguarda de um espaço privado que proporcionasse condições ao pleno desenvolvimento da pessoa, um “mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade”” (DONEDA, 2005, p. 76).

A essencialidade é variável conforme a consciência moral de determinado grupo, de forma que o estado evolutivo das relações sociais e culturais de um determinado local determinará quais são os elementos reconhecidos como indispensáveis para a existência da pessoa (DE CUPIS, 2008, p. 24-25). Os direitos da personalidade são históricos em relação ao seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, mas já existentes naturalmente, não limitando-se ao que está positivado (SOUZA, 2003, p. 3)⁹².

A maior parte dos direitos da personalidade acompanham a pessoa desde a concepção ou nascimento com vida, exigindo apenas a personalidade subjetiva para serem titularizados e protegidos (SOUZA, 2003, p. 11-12). No entanto, alguns dependem de um fato jurídico típico para se incorporarem à esfera jurídica da pessoa e adquirirem essencialidade, como é o caso do direito moral do autor, das

⁹⁰ “[...] o Direito existe para que a pessoa, em meio à vida social, seja aquinhoadada segundo a justiça com os bens necessários à consecução dos seus fins naturais [...]” (FRANÇA, 2011, p. 656).

⁹¹ Os direitos da personalidade têm “por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa. A vida, a integridade física, a liberdade, e outros, constituem aquilo que nós somos” (DE CUPIS, 2008, p. 31).

⁹² Por exemplo, apenas com a Lei do Ventre Livre, garantiu-se inicialmente ao escravo, o direito ao nascimento em liberdade. Isso não significa que esses direitos não existissem por natureza e essencialidade, mas eram cerceados por atos ilícitos, reconhecidos como legítimos socialmente (SOUZA, 2003, p. 3).

cartas missivas ou da reprodução da imagem. Sem a constituição desses bens, não há o que se tutelar concretamente (BELTRÃO, 2014, p. 20).

A ausência de exterioridade não indica a identidade entre a pessoa e os bens da personalidade, “pois o modo de ser da pessoa não é a mesma coisa da pessoa em si, como sujeito de direito” (BELTRÃO, 2014, p. 34). O sujeito de direito é o homem em sua totalidade, uma unidade completa, e o direito da personalidade é “apenas uma manifestação ou determinada faceta jurídica física, moral ou intelectual da personalidade” (SOUZA, 2003, p. 97).

Por isso, o objeto dos direitos da personalidade é um modo de ser físico ou moral da pessoa, que lhe permite a obtenção de outros bens úteis, mas que não se confunde com estes (DE CUPIS, 2008, p. 36). O elemento característico dos direitos da personalidade é extraído da “conjugação do atributo da não-patrimonialidade, com o do caráter absoluto” (DE CUPIS, 2008, p. 38).

Em razão disso, os direitos personalíssimos têm um regime próprio e diferenciado dos patrimoniais, uma vez que são intransmissíveis, irrenunciáveis, e não comportam limitação voluntária de seu exercício, conforme disposição do artigo 11 do Código Civil. Além disso, podem ser acrescidas outras características indicadas pela doutrina como a imprescritibilidade⁹³ ou a oponibilidade *erga omnes*⁹⁴ (DONEDA, 2005, p. 83).

Deve-se diferenciar a alienabilidade e disposição da mera limitação temporária por ato voluntário, sendo a segunda opção aquela que ocorre nos casos em que o titular cede sua imagem, voz, direitos autorais, etc. Isso porque, o titular

⁹³ A imprescritibilidade refere-se à possibilidade de exercício dos direitos da personalidade, que não se perdem em razão da ausência de uso ou de sua defesa. No entanto, a pretensão de reparação está sujeita ao prazo prescricional previsto em lei para regular a inércia do titular em mover a ação cabível (BELTRÃO, 2014, p. 18).

⁹⁴ O fato de os direitos da personalidade serem absolutos e terem oponibilidade *erga omnes* não significa que não possam ser limitados pelo direito objetivo ou outras situações. Os limites negociais, referem-se às convenções estabelecidas pelas partes e devem observar o “princípio geral da preservação da dignidade humana e o respeito ético da pessoa humana como atributo de uma cláusula geral”. A possibilidade de revogação do consentimento para uso dos direitos da personalidade não implica na retirada da imagem antes cedida e já utilizada para os fins contratuais. Se no momento em que foi cedido para determinado uso não violou a dignidade da pessoa humana, a relação sobre a imagem passa a ser de direito pessoal, sem seu caráter de essencialidade. Os limites intrínsecos são impostos pela lei, diante do complexo normativo do sistema jurídico, de forma que na dinâmica das relações sociais “o exercício do direito deve corresponder aos interesses e fins sociais previstos na própria lei”. É o caso, por exemplo, da autorização do uso da imagem quando necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, ou possibilidade de pena de morte, em caso de guerra declarada. Os limites extrínsecos ocorrem quando há conflito entre dois direitos subjetivos lícitos que tornam incompatível o exercício simultâneo de ambos. Nesse caso, deve-se definir qual irá prevalecer ou se ambos devem ser restringidos igualmente. O que será resolvida pela técnica da ponderação de valores ou interesses (BELTRÃO, 2014, p. 20- 26).

nestas situações, outorga apenas a possibilidade de exploração econômica de seus atributos pelo tempo e para as destinações indicadas contratualmente, não renunciando ao bem imaterial.

A possibilidade de contratualização dos atributos da personalidade é condicionada à inexistência de violação à dignidade humana, e a autorização é sempre revogável, discricionária e unilateral, sem prejuízo de que se indenize as perdas e danos decorrentes da revogação (BELTRÃO, 2014, p. 16). Deve ocorrer exclusivamente com a finalidade de proporcionar o livre desenvolvimento da própria personalidade objetiva do titular (SCHREIBER, 2014, p. 27, *ebook*).

Adriano De Cupis (2008, p. 39) aponta que o Código Civil Italiano prevê poucas hipóteses de direitos da personalidade, e que estes são mais numerosos do que o está na legislação, atribuindo-lhes a natureza de direitos subjetivos⁹⁵.

No Brasil, os direitos da personalidade não se restringem aos expressos no ordenamento jurídico, existindo outros reconhecidos pelos costumes, e pelo Direito Científico, por força do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) (FRANÇA, 2011, p. 656)⁹⁶.

⁹⁵ “Diz-se, geralmente, que existe um direito subjetivo desde que o mecanismo da tutela jurídica do interesse esteja nas mãos do sujeito do mesmo interesse. [...] As posições individuais de proeminência respeitantes aos bens da vida assumem a qualidade de direitos subjetivos, precisamente enquanto dependa do seu sujeito a possibilidade de fazê-las valer determinando a atuação da sanção” (DE CUPIS, 2008, p. 43).

⁹⁶ A título de exemplo, Limongi França (2011, p. 662-664) indica critérios que representariam os aspectos fundamentais da personalidade: “1. Direito à Integridade Física: 1.1 Direito à Vida: 1.1.1 à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de proveta etc.); 1.1.2 ao nascimento (aborto); 1.1.3 ao leite materno; 1.1.4 ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina, esterilização feminina, pílulas e suas conseqüências); 1.1.5 à proteção do menor (pela família, pela sociedade); 1.1.6 à alimentação; 1.1.7 à habitação; 1.1.8 à educação; 1.1.9 ao trabalho; 1.1.10 ao transporte adequado, 1.1.11 à segurança física; 1.1.12 ao aspecto físico da estética humana; 1.1.13 à proteção médica e hospitalar, 1.1.14 ao meio ambiente ecológico; 1.1.15 ao sossego; 1.1.16 ao lazer; 1.1.17 ao desenvolvimento vocacional profissional; 1.1.18 ao desenvolvimento vocacional artístico; 1.1.19 à liberdade física; 1.1.20 ao prolongamento artificial da vida; 1.1.21 à reanimação; 1.1.22 à velhice digna; 1.1.23 relativos ao problema da eutanásia. 1.2. Direito ao Corpo Vivo: 1.2.1 ao espermatozoide e ao óvulo; 1.2.2 ao uso do útero para procriação alheia; 1.2.3 ao exame médico 1.2.4 à transfusão de sangue; 1.2.5 à alienação de sangue 1.2.6 ao transplante; 1.2.7 relativos à experiência científica; 1.2.8 no transexualismo; 1.2.9 relativos à mudança artificial do sexo; 1.2.10 ao débito conjugal; 1.2.11 à liberdade física; 1.2.12 ao “passe” esportivo; 1.3. Direito ao Corpo Morto: 1.3.1 ao sepulcro; 1.3.2 à cremação; 1.3.3 à utilização científica; 1.3.4 relativos ao transplante; 1.3.5 no culto religioso; 2. Direito à Integridade intelectual: 2.1 à Liberdade de Pensamento; 2.2 de Autor, 2.3 de Inventor; 2.4 de Esportista; 2.5 de Esportista Participante de Espetáculo Público. 3. Direito à Integridade Moral: 3.1 à Liberdade Civil, Política e Religiosa; 3.2 à Segurança Moral; 3.3 à Honra; 3.4 à Honorificência; 3.5 ao Recato; 3.6 à Intimidade; 3.7 à Imagem; 3.8 ao Aspecto Moral da Estética Humana; 3.9 ao Segredo Pessoal, Doméstico, Profissional, Político e Religioso; 3.10 à Identidade

Os positivados estão dispersos pela Constituição, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, os direitos básicos, dos quais se assegura o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, e outros, desde que constituam faculdades sem as quais a pessoa humana seria inconcebível (REALE, 2004, s.p.), bem como na legislação infraconstitucional.

A amplificação das hipóteses de direitos da personalidade se dá pela dignidade da pessoa humana constituir-se em cláusula geral de tutela da personalidade prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. A tipificação constante no Código Civil é ampliada no “intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado”. Isso porque as hipóteses legais não “logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em toda as suas possíveis manifestações” (TEPEDINO, 2004, p. 37).

Não é coerente que, em um contexto de direcionamento do direito para a integral e irrestrita proteção da pessoa humana em sua dignidade, os direitos da personalidade estejam restritos ao tímido rol previsto expressamente na legislação ordinária e vinculados à categoria dos direitos subjetivos (MORAES, 2007, p. 4). Estes foram pensados para as relações patrimoniais, para o “ter”, e são insuficientes para a tutela da personalidade, que envolve o “ser”, uma vez que a pessoa se constitui “ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação” (PERLINGIERI, 2002, p. 155).

Então, o valor da pessoa deve ser tutelado *a priori* sem limites, com exceção daqueles casos colocados no seu interesse e no de outras pessoas, tornando-se necessária uma elasticidade que contemple também as situações atípicas relacionadas ao interesse à existência e o livre exercício da vida de relações

Pessoal, Familiar e Social (profissional, política e religiosa); 3.11 à identidade sexual; 3.12 ao nome; 3.13 ao Título; 3.14 ao Pseudônimo; 3.15 à Alcunha”.

Também: “Por isso, podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto). Como se observa, esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual), e, de outro, à sua posição perante outros seres na sociedade (patrimônio moral), representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social).” (BITTAR, 2015b, p. 49).

(PERLINGIERI, 2002, p. 156), a

personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas (PERLINGIERI, 2002, p. 155-156).

As previsões estanques de direitos da personalidade tão somente previstas em Lei terminariam por deixar “de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva” (PERLINGIERI, 2002, p. 156).

Constituem-se em “categorias históricas surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento”, variando o rol conforme cada civilização é enriquecida com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento. Cada direito corresponde a um valor fundamental que se revela a partir do processo histórico e é uma “condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos” (REALE, 2004, s.p.).

É por isso que a tutela da pessoa deve se dar por meio de cláusulas gerais, permitindo que a todo momento novos interesses identificados socialmente sejam incorporados ao rol de direitos da personalidade, permitindo a tutela mais ampla da pessoa. Conseqüentemente novas possibilidades de dano moral são incluídas entre aquelas já consideradas ressarcíveis⁹⁷.

A tutela dos direitos da personalidade pode ter sanções tanto públicas quanto privadas. A primeira ocorre por meio dos direitos dos cidadãos contra o Estado, como a constitucional e a penal. Já a segunda refere-se à responsabilidade civil, tutela específica ordinária e medidas liminares (FRANÇA, 2011, p. 665).

A tutela específica ordinária dos direitos da personalidade, se dá por ações próprias, tais como:

A ação de reclamação tem por objeto reivindicar para o autor (da ação) o

⁹⁷ A mesma dependência histórica identificada para os danos morais é verificada nos direitos da personalidade. Apesar de não vincularem o dano moral apenas aos direitos da personalidade, ao abordarem a evolução histórica do dano moral, Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (2015, p. 261) afirmam que “não nos surpreende que todo o processo de construção de um modelo jurídico atravessa ciclos de resistência, que nada mais são do que etapas necessárias de sua adesão à determinada historicidade e estágio cultural de uma sociedade”.

reconhecimento de um direito que lhe tenta sido negado. A ação de contestação tem por objeto impedir que o réu use pessoalmente de um direito que não tem, em detrimento de um direito do autor. A ação de proibição tem por objeto impedir que o réu use de um direito que não tem em detrimento de um direito do autor, de modo não pessoal (FRANÇA, 2011, p. 666).

A tutela específica liminar se justifica em razão da impropriedade de utilização dos institutos próprios do direito de propriedade, como interditos proibitórios ou mandado de segurança, bem como das medidas cautelares. Tem por finalidade a necessária proteção imediata dos direitos da personalidade (FRANÇA, 2011, p. 667).

Logo, a tutela específica é realizada por meio de instrumentos jurídicos que façam cessar a lesão, seja por meio da concessão da tutela em liminar ou em sentença. Portanto, a responsabilidade civil não é específica dos direitos da personalidade, mas “deve ressaltar-se a importância da evolução da responsabilidade por dano moral, sem o que, mesmo sob esse aspecto, a matéria continuaria insuficientemente protegida” (FRANÇA, 2011, p. 666). Especialmente porque há lesões aos bens jurídicos que se consumam na prática do ato, não havendo espaço temporal para o manejo das tutelas específicas.

A conjugação dos meios de tutela próprios e o ressarcitório é identificado na redação do artigo 12 do Código Civil⁹⁸, que estabelece a tutela inibitória e a responsabilidade civil como mecanismos jurídicos à disposição das pessoas para a proteção dos direitos da personalidade (DONEDA, 2005, p. 84). Além disso, há menção expressa da possibilidade de outras sanções previstas em lei e a expansão da legitimação para os parentes até o quarto grau requerem as medidas cabíveis, quando se tratar de pessoa falecida⁹⁹.

A princípio, a tutela ideal é a não ocorrência ou a imediata interrupção da conduta danosa aos direitos da personalidade. Sendo insuficiente, ou implementada apenas após a ocorrência do dano, recorre-se ao ressarcimento, por equivalente pecuniário. Isso ocorre porque mais vale a inoccorrência do dano, e a ausência de perturbação do indivíduo em seus direitos da personalidade do que a

⁹⁸ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

⁹⁹ Não se trata de transmitir os direitos da personalidade *causa mortis*, porque a lesão aos direitos da personalidade do de *cujus* não atinge diretamente a pessoa dos herdeiros. É a proteção do prolongamento da personalidade após a morte, tendo em vista os aspectos pessoais e a personalidade durante a vida, tutelando-se por exemplo, a “memória do falecido” construída durante a sua vida (BELTRÃO, 2014, p. 14 e 18).

mera tutela ressarcitória.

Dessa forma, embora seja impossível assegurar integralmente o bem jurídico existencial, é possível a “pedido do interessado, a obtenção da quantia que representa o *id quod interest* (o que importa)” (DE CUPIS, 2008, p. 45) por meio da compensação fixada em Juízo.

Na classificação apresentada por Fernando Noronha (2013, p. 220, *ebook*), em que são opostos os danos às coisas e às pessoas. O autor indica que os danos às pessoas normalmente estão vinculados à violação aos direitos da personalidade. No entanto, também destaca outras situações, como as relações jurídicas familiares, o óbito de um familiar ou a destruição de coisas. Assemelhando-se ao dano moral em sua concepção objetiva.

A importância do estudo e da classificação dos direitos da personalidade, para a reparação por dano moral, se dá na medida em que um mesmo fato pode lesionar mais de um desses direitos. Nesses casos, ocorrerá pelo menos uma dupla violação à personalidade, tornando necessária a consideração também dúplice para o ressarcimento pecuniário dos danos (SOUZA, 2003, p. 10).

Portanto, ao compreender o dano moral como a violação aos direitos ou atributos da personalidade, há a recondução de todas as lesões aos interesses da pessoa humana e ao seu pleno desenvolvimento para os danos morais. Garante-se a ampla tutela à personalidade, sem que a definição de dano moral no caso concreto seja baseada em uma abstração de conteúdo.

3.3.2.2 Ofensa à dignidade da pessoa humana

Mesmo entre aqueles que definem o dano moral de forma objetiva, observa-se a falta de consenso sobre seu conteúdo. Isso ocorre porque além da vinculação à ofensa aos direitos ou atributos da personalidade, há quem o defina como violação à dignidade da pessoa humana. E mesmo a tendo como ponto de partida, existem divergências em relação à concretização do preceito fundamental.

Inicialmente, é importante destacar que a sua utilização como fundamentação¹⁰⁰ em qualquer contexto exige que lhe seja dada concretude. Ou seja,

¹⁰⁰ “Uma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao

não basta a invocação do instituto e a afirmação da ocorrência da lesão no caso concreto para que o dano moral esteja configurado.

Embora, a expressão dignidade da pessoa humana transmita desde logo o mandamento de respeito à pessoa, ela é, por si só, uma expressão vaga. Se não for atribuída materialidade de acordo com o contexto em que é utilizada, pode servir como justificativa para qualquer tese jurídica¹⁰¹, ainda que sem efetiva vinculação à proteção da pessoa. Assim procedendo, mantém-se a possibilidade de que tudo seja dano moral ou que nada seja considerado dano moral, a depender do subjetivismo do intérprete.

Dessa forma, a referência, sem o esclarecimento mínimo do que o intérprete se refere naquele contexto, pode resultar mais em “uma desvalorização e fragilização jurídonormativa do princípio do que para a sua maior eficácia e efetividade” (SARLET, 2011, p. 46).

Neste sentido, é necessário dar-lhe um mínimo de concretude permitindo a adequada discussão de ideias e argumentos, impedindo sua banalização.

No contexto jurídico, existem diversas tentativas de densificar esse fundamento basilar. Embora sejam diversas, têm em comum o fato de reconhecerem que se trata de uma qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano (SARLET, 2011, p. 16).

Ao analisar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 28) a define como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação” (MORAES, 2017, p. 84).

¹⁰¹ “Segue-se, então, por força desse diverso entendimento do que seja pessoa humana, um absurdo jurídico: o mesmo texto normativo constitucional, usado para fundamentar tanto a permissão da introdução quanto a proibição da introdução, da eutanásia, do abortamento, da pena de morte, da manipulação de embriões, do exame obrigatório de DNA, da proibição de visitar os filhos etc.” (AZEVEDO, 2002, p. 111).

Ao adentrar o mundo do direito, deixa de ser apenas o “valor moral fundamental” que representava na Filosofia, passando a ter também o *status* de princípio jurídico (BARROSO, 2010, p. 10). Tendo eficácia: i) direta, ao incidir como uma regra, embora vaga; ii) interpretativa, ao condicionar o “sentido e o alcance das normas jurídicas em geral” de modo que a dignidade, em um juízo de ponderação, indicará um “comando concreto”; e iii) normativa, ao possibilitar a interrupção da aplicação de qualquer ato jurídico em sentido amplo que seja conflitante com esse valor fundamental (BARROSO, 2010, p. 11-13).

Além da eficácia, Luís Roberto Barroso (2010, p. 17) disserta sobre o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, vinculando-se às ideias de Kant a respeito de um imperativo categórico que impede a utilização dos demais seres humanos como um meio para atingir determinado fim, indicando que

tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Tal é a situação singular da pessoa humana

Uma maior concretude é verificada por meio dos elementos essenciais que a compõem: o valor intrínseco da pessoa humana; a autonomia da vontade; e o valor comunitário.

O primeiro representa o valor ontológico da dignidade, presente em todos os seres humanos, inclusive aqueles que não têm consciência de si próprios, como os bebês ou pessoas com deficiência intelectual. Portanto, não “depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular” (BARROSO, 2010, p. 21). Tem sua causa nas peculiaridades do ser humano em relação aos demais seres sencientes, “a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular”. A partir desse elemento, originam-se direitos fundamentais, como a vida, a igualdade, a integridade física e psíquica (BARROSO, 2010, p. 38).

A autonomia da vontade, está diretamente relacionada à autodeterminação, que representa o direito ao livre desenvolvimento de todas as esferas de sua vida e à realização de suas escolhas existenciais:

o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver

livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade (BARROSO, 2010, p. 24).

Por sua vez, o valor comunitário abriga o elemento social, englobando os direitos e deveres dos integrantes de uma comunidade definidos em razão dos valores predominantes em determinada sociedade. Constituindo-se em limite à liberdade individual, mas que com ela deve ser harmonizado (BARROSO, 2010, p. 28).

Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 116) identifica o ser humano, em relação a todos os demais seres vivos, por meio de seu fundamento antropológico, pelo qual se reconhece no próximo, dialoga, tem capacidade de amar e abertura potencial para o absoluto. Em decorrência disso, a dignidade humana é concretizada por meio da concepção insular de pessoa, tornando-se um dever básico o reconhecimento da intangibilidade da vida humana.

O imperativo de respeito à vida enseja a necessidade de respeito à integridade física e psíquica (condições naturais), aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais), e aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). É por meio do respeito a essas condições mínimas que a pessoa poderá desenvolver a sua personalidade (AZEVEDO, 2002, p. 116).

Portanto, nota-se nas noções apresentadas que a dignidade da pessoa humana tem como elemento comum a necessidade de resguardo das condições mínimas de existência, liberdade, saúde, e convivência com seus semelhantes e o meio em que está inserida.

A concepção de dignidade da pessoa humana é sistematizada para a aplicação da responsabilidade civil com a finalidade de identificar a ocorrência de dano moral por Maria Celina Bodin de Moraes (2017).

A autora propõe pressupostos mínimos que constituem o substrato material da dignidade da pessoa humana, os quais, quando violados, reduzem o outro à objeto, negando-lhe sua dignidade. Se a situação concreta puder ser reconduzida a pelo menos um deles, existirá dano moral indenizável (MORAES, 2017, p. 117):

considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação – será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, todo aquilo

que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, integridade física e moral – psicofísica-, liberdade e solidariedade (MORAES, 2017, p. 85).

O direito à igualdade¹⁰² corresponde ao não ser discriminado. Se inicialmente bastava a igualdade formal, em que todos receberiam o mesmo tratamento, não tardou a identificação de sua insuficiência, sendo necessário o alargamento para incluir também a igualdade substancial, com vista ao tratamento das pessoas em conformidade com suas desigualdades e necessidades, uma vez que os seres humanos possuem características que os diferenciam entre si, tanto psicofísicas como culturais. Dessa forma torna-se necessária não apenas a igualdade que pressupõe identidade entre os indivíduos, mas o reconhecimento do outro como igual, respeitando-se as diferenças (MORAES, 2017, p. 85-92).

A integridade psicofísica¹⁰³ está relacionada à existência digna, incluindo diversos direitos da personalidade, de forma a garantir o direito à saúde de forma ampla, compreendido como o completo bem-estar psicofísico e social, conforme definido pela OMS (Organização Mundial de Saúde). Isso implica na limitação de toda forma de instrumentalização do ser humano, inclusive nas práticas biomédicas (MORAES, 2017, p. 94-99).

A liberdade¹⁰⁴, que outrora no direito civil era considerada como sinônimo de autonomia privada, concedendo ao indivíduo amplo poder de disposição

¹⁰² “A forma de violação por excelência do direito à igualdade, ensejadora de dano moral, traduz-se na prática de tratamentos discriminatórios, isto é, em proceder a diferenciações sem fundamentação jurídica (*ratio*), sejam elas baseadas em sexo, raça, credo, orientação sexual, nacionalidade, classe social, idade, doença, dentre outras” (MORAES, 2017, p. 90).

¹⁰³ “Exemplificativamente, devem considerar-se como violações ao princípio da integridade psicofísica, além dos chamados danos corporais, os danos causados à imagem, à honra, à privacidade, entre outros, que consubstanciam a categoria dos danos psíquicos. a estes podem ainda ser reconduzidos o dano pela perda de ente querido, o assédio sexual, o assédio moral, a morte de um animal de estimação, o diagnóstico errôneo etc” (MORAES, 2017, p. 101).

¹⁰⁴ “Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir a revista íntima a que é submetido o empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador e outros exames em geral, como, por exemplo, a submissão ao chamado “bafômetro”, ou ainda a impossibilidade de não receber transfusão de sangue por motivos religiosos, a incapacidade de controle acerca dos próprios dados pessoais, o rigor excessivo no exercício da autoridade parental, a restrição à manifestação de pensamento e de crítica, a prisão ilegal e outras circunstâncias que, embora presentes no Direito Civil, têm sido mais tuteladas pelo Direito Penal, tais como o cárcere privado, a violência sexual dentro ou fora do casamento, a falsa denúncia” (MORAES, 2017, p. 107).

nas relações patrimoniais, pressupondo que todos eram iguais em sentido formal, sofreu modificações para regulamentar as situações extrapatrimoniais. Isso foi feito de modo a harmonizar os interesses particulares e sociais, com o objetivo de efetivar os valores constitucionais. Hodiernamente, a liberdade do indivíduo deve ser conjugada e encontrar limites na solidariedade social, e vice versa, permitindo o livre desenvolvimento da personalidade dos integrantes de determinada comunidade (MORAES, 2017, p. 102-108). Dessa forma,

o princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez, mais numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade, significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo como melhor convier (MORAES, 2017, p. 107).

O direito-dever de solidariedade social¹⁰⁵ está relacionado ao reconhecimento da humanidade como coletividade, tornando necessária a proteção jurídica tanto dos integrantes quanto do patrimônio comum, como, por exemplo, o meio ambiente. O artigo 3º da Constituição Federal demonstra a necessidade de atuação promocional e da justiça distributiva que garantam a coexistência humana por meio da reciprocidade e promoção da igualdade substancial (MORAES, 2017, p. 108-117).

Portanto, “identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (MORAES, 2017, p. 114).

A vinculação do dano moral à dignidade da pessoa humana em sede jurisprudencial muitas vezes é acompanhada da menção aos direitos da personalidade. Tal situação se justifica porque a dignidade da pessoa humana é a cláusula geral de tutela da personalidade.

¹⁰⁵ “Em relação à violação daquilo que não pode ser considerado um direito subjetivo, nem uma faculdade, tampouco um poder-dever, a solidariedade, no entanto, pode se dizer fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização: assim, ela abrangeria os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação, mas também os danos causados aos sócios minoritários ou até excluídos de companhias, algumas das espécies de danos sofridos pelos chamados “grandes traumatizados”, como as crianças e os idosos, o descumprimento dos deveres fundados na boa-fé. Daqui evidentemente, se parte para as hipóteses mais conhecidas e tuteladas tendo como fundamento a solidariedade social: os danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente” (MORAES, 2017, p. 116-117).

Assim, em razão da elevação da pessoa como valor supremo do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana assume o papel de cláusula geral de tutela da pessoa, com a finalidade de protegê-la “em suas múltiplas características, naquilo “que lhe é próprio”, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada” (MORAES, 2017, p. 128). Portanto, o dano moral é a violação à dignidade da pessoa humana em qualquer de seus aspectos (PAMPLONA FILHO; ANDRADE JÚNIOR, 2015, p. 12).

Deve ser o ponto de referência para todas as situações em que algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em discussão, dando prioridade à pessoa humana, que é “o valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela” (DONEDA, 2005, p. 82).

Abrange não apenas os substratos da igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade, mas também outros direitos e interesses que se relacionem com a personalidade:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana (MORAES, 2017, p. 132-133).

O Superior Tribunal de Justiça no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.838.972/PR106, analisou-se o caso em que o autor era aposentado por invalidez, e

¹⁰⁶ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO ILEGAL À UTILIZAÇÃO GRATUITA DE TRANSPORTE PÚBLICO. PESSOA VULNERÁVEL. PORTADORA DE ENFERMIDADE MENTAL E HIV. ATO ABUSIVO. DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Na origem, trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais e Tutela Provisória proposta pela parte recorrida contra a empresa recorrente.

2. A sentença julgou procedente o pedido de afastamento da limitação de uso do transporte público e improcedente o pedido de danos morais. Por sua vez, o Tribunal de origem manteve a sentença que deixara de acolher o pedido de indenização por danos morais formulado pela ora recorrida, requerimento esse calcado na injustificada limitação quantitativa, por ato administrativo, do seu direito à gratuidade de transporte público, desprovendo a Apelação interposta.

3. A questão cinge-se apenas a saber se a restrição ilegal, já reconhecida pelo Tribunal de origem - deferiu o pedido da recorrida de afastamento da limitação de uso do transporte público -, de acesso gratuito ao portador de grave enfermidade mental e do vírus HIV, caracteriza dano moral presumido (*in re ipsa*), visto que o ato regulamentar não correspondeu a um mero aborrecimento para o recorrido. "Ao revés, impôs-lhe óbices injustificáveis ao exercício de um direito fundamental (transporte)".

4. No caso em apreço, verifica-se o desacerto do acórdão objurgado ao manter a sentença que deixara de acolher o pedido de indenização por danos morais formulado pela recorrida baseado na imotivada

por isso fazia jus à isenção do pagamento de tarifa “passe livre” para uso do transporte público urbano gerenciado pela ré. No entanto, foi inserida uma limitação ao número de quarenta passagens mensais. A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido de afastamento da limitação de uso do transporte público e improcedente o pedido de dano moral. O Tribunal de origem manteve a sentença.

Foi analisada a possibilidade de reforma da sentença das instâncias inferiores que, embora tenham afirmado a ilegalidade da limitação de uso do transporte público a um número determinado de viagens, não reconheceram a ocorrência de danos morais.

O Superior Tribunal de Justiça ao conceder o pedido de dano moral fundamentou a condenação na violação à dignidade da pessoa humana, considerando a necessidade de que seja efetivado um ambiente propício para convivência comunitária, fazendo menção aos direitos da personalidade. O caso tinha a peculiaridade de que o usuário era portador de grave enfermidade mental e do vírus HIV, o que agravaria o impacto da limitação indevida ao lesado.

Consignou-se ainda no acórdão que o dano moral era *in re ipsa*, dispensada a demonstração da dor, por serem as consequências inerentes à lesão à dignidade humana, de forma que “em diversas oportunidades se deferiu indenização destinada a compensar dano moral diante da simples comprovação de ocorrência de conduta abusiva e injusta e, portanto, danosa”.

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 109) identificam o dano moral à luz da Constituição Federal de 1988 como nada mais do que a violação do direito à dignidade.

Seria possível classificar o dano moral em dois aspectos distintos: dano moral em sentido amplo e em sentido estrito. Isso porque os direitos da

delimitação quantitativa do uso do transporte público, por ato administrativo ilegal, do seu direito à gratuidade de transporte público (direito fundamental).

5. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode-se definir dano moral como lesões a atributos da pessoa, como ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade (REsp 1.426.710/RS, Terceira Turma, DJe 9.11.2016).

6. A jurisprudência do STJ, incorporando a doutrina desenvolvida sobre a natureza jurídica do dano moral, conclui pela possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano, como no caso narrado nos autos.

7. Assim, em diversas oportunidades se deferiu indenização destinada a compensar dano moral diante da simples comprovação de ocorrência de conduta abusiva e injusta e, portanto, danosa.

8. Agravo Interno não provido (STJ. AgInt nos EDcl no REsp n. 1.838.972/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/9/2021, DJe de 10/12/2021).

personalidade “podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis” (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 130, *ebook*).

No dano moral em sentido amplo, ocorre lesão ao direito ou atributo da personalidade, entendido como o conjunto de características essenciais da pessoa humana que a possibilita adquirir e defender os demais bens. Incluem-se todos os graus de violações e todas as ofensas à pessoa, tanto na dimensão individual quanto na social, “ainda que sua dignidade não seja arranhada” (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 130, *ebook*).

Já o dano moral em sentido estrito é a lesão ao direito à dignidade¹⁰⁷, englobando, além da imagem, os “direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade”, os quais se referem diretamente às disposições do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 128, *ebook*).

Considerando o dano moral como uma lesão à dignidade humana, a mera contrariedade não será suficiente para sua configuração. Em decorrência disso, Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 132, *ebook*) fixa as balizas do dano moral indenizável, alocando os sentimentos como consequências de uma agressão à dignidade do lesado. Apenas se configura dano moral quando

a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause dor, vexame, sofrimento ou humilhação; que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar¹⁰⁸.

A opção jurisprudencial pela caracterização do dano moral de forma objetiva é evidente nas decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, ainda é marcante a não desvinculação completa da teoria subjetiva. Isso porque não se abandonou completamente a menção às consequências subjetiva da lesão, havendo indicação em diversos casos de que, em decorrência da lesão aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, os efeitos subjetivos são *in re*

¹⁰⁷ Sérgio Cavalieri Filho identifica a existência de um direito subjetivo constitucional à dignidade, sendo a dignidade humana “a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos” (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 128, *ebook*).

¹⁰⁸ A autor esclarece seu posicionamento indicando que “Como julgador, por quase 40 anos, sempre utilizei como critério aferidor do dano moral se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido (dano moral em sentido estrito e, por isso, o mais grave) ou, pelo menos, se houve alguma agressão, mínima que seja, a um bem integrante da sua personalidade (nome, honra, imagem, reputação etc.). Sem que isso tenha ocorrido, não haverá que se falar em dano moral, por mais triste e aborrecido que alega estar aquele que pleiteia a indenização” (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 128, *ebook*).

ipsa, conforme extrai-se da exposição de Sérgio Cavalieri Filho.

No REsp n. 1.899.304/SP¹⁰⁹, discutiu-se a ocorrência de dano moral no caso de aquisição de alimento com corpo estranho, mesmo que não tenha havido ingestão. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, destacou que, embora em outros julgados sobre o tema tenha identificado o dano moral decorrente dos sentimentos negativos gerados pela exposição ao produto, a jurisprudência da Corte consolidou-se pela prescindibilidade desta demonstração. Basta a exposição à conduta que viole os direitos da personalidade. No caso, identificou-se um “risco

¹⁰⁹ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE ALIMENTO (PACOTE DE ARROZ) COM CORPO ESTRANHO (CONGLOMERADO DE FUNGOS, INSETOS E ÁCAROS) EM SEU INTERIOR. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E INCOLUMIDADE FÍSICA E PSÍQUICA. FATO DO PRODUTO. INSEGURANÇA ALIMENTAR. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL MESMO QUE NÃO INGERIDO O PRODUTO.

1. Ação ajuizada em 11/05/2017. Recurso especial interposto em 24/07/2020 e concluso ao gabinete em 13/11/2020.

2. O propósito recursal consiste em determinar se, na hipótese dos autos, caracterizou-se dano moral indenizável em razão da presença de corpo estranho em alimento industrializado, que, embora adquirido, não chegou a ser ingerido pelo consumidor.

3. A Emenda Constitucional nº 64/2010 positivou, no ordenamento jurídico pátrio, o direito humano à alimentação adequada (DHAA), que foi correlacionado, pela Lei 11.346/2006, à ideia de segurança alimentar e nutricional.

4. Segundo as definições contidas na norma, a segurança alimentar e nutricional compreende, para além do acesso regular e permanente aos alimentos, como condição de sobrevivência do indivíduo, também a qualidade desses alimentos, o que envolve a regulação e devida informação acerca do potencial nutritivo dos alimentos e, em especial, o controle de riscos para a saúde das pessoas.

5. Nesse sentido, o art. 4º, IV, da Lei 11.346/2006 prevê, expressamente, que a segurança alimentar e nutricional abrange “a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos”.

6. Ao fornecedor incumbe uma gestão adequada dos riscos inerentes a cada etapa do processo de produção, transformação e comercialização dos produtos alimentícios. Esses riscos, próprios da atividade econômica desenvolvida, não podem ser transferidos ao consumidor, notadamente nas hipóteses em que há violação dos deveres de cuidado, prevenção e redução de danos.

7. A presença de corpo estranho em alimento industrializado excede aos riscos razoavelmente esperados pelo consumidor em relação a esse tipo de produto, sobretudo levando-se em consideração que o Estado, no exercício do poder de polícia e da atividade regulatória, já valora limites máximos tolerados nos alimentos para contaminantes, resíduos tóxicos outros elementos que envolvam risco à saúde.

8. Dessa forma, à luz do disposto no art. 12, caput e § 1º, do CDC, tem-se por defeituoso o produto, a permitir a responsabilização do fornecedor, haja vista a incrementada - e desarrazoada - insegurança alimentar causada ao consumidor.

9. Em tal hipótese, o dano extrapatrimonial exsurge em razão da exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e à sua incolumidade física e psíquica, em violação do seu direito fundamental à alimentação adequada.

10. É irrelevante, para fins de caracterização do dano moral, a efetiva ingestão do corpo estranho pelo consumidor, haja vista que, invariavelmente, estará presente a potencialidade lesiva decorrente da aquisição do produto contaminado.

11. Essa distinção entre as hipóteses de ingestão ou não do alimento insalubre pelo consumidor, bem como da deglutição do próprio corpo estranho, para além da hipótese de efetivo comprometimento de sua saúde, é de inegável relevância no momento da quantificação da indenização, não surtindo efeitos, todavia, no que tange à caracterização, a *priori*, do dano moral.

12. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp n. 1.899.304/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 25/8/2021, DJe de 4/10/2021).

concreto de lesão à sua saúde e à sua incolumidade física e psíquica, em violação do seu direito fundamental à alimentação adequada”:

“[...]”

35. Não obstante, em que pese esses sentimentos negativos derivados da exposição ao alimento contaminado/violado realmente sejam aptos a causar abalo psicológico, é imperioso considerar que, nos últimos anos, a jurisprudência desta Corte, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, tem cada vez mais reconhecido a possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor ou sofrimento, concluindo que o dano moral se traduz em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja alguns dos aspectos da dignidade do ser humano.

36. De fato, após a Constituição Federal de 1988, que priorizou o ser humano e exigiu que todo o ordenamento jurídico convergisse para a máxima tutela e proteção da pessoa, o dano moral tem sido compreendido como lesão aos “atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 116-117, grifou-se)

37. Daí porque, nessa perspectiva, “o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade” (op. cit., pp 117-118).” [...]

No AgInt no REsp n. 1.964.504/RJ¹¹⁰, a paciente teve que aguardar a transferência da Unidade de Pronto Atendimento – UPA para a Unidade de Terapia Intensiva – UTI com suporte para a realização de hemodiálise, sendo necessário acionar o Poder Judiciário para assegurar a remoção. Considerou-se que a ineficiência do serviço público no caso resultou em danos morais, pois houve violação

¹¹⁰PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. TRANSFERÊNCIA DE UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO - UPA PARA INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA - UTI. NECESSIDADE DE ACIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM PACÍFICA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO. REVISÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE.

[...]

4. No que se refere ao dano moral, a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior firmou-se pela caracterização dos danos morais, na hipótese em que o ato ilícito implica violação a interesses ligados à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade. Precedentes.

5. No caso dos autos, considerada a premissa de que a parte autora, ante a ineficiência do serviço público, teve que acionar o Poder Judiciário para garantir sua transferência para a Unidade de Terapia Intensiva, a qual não pode ser revista na via do recurso especial (Súmula 7 do STJ), nota-se que o acórdão recorrido está em conformidade com a pacífica orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior (Súmula 83 do STJ), razão pela qual o recurso não deve ser conhecido.

6. Agravo interno não provido. (STJ. AgInt no REsp n. 1.964.504/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 19/4/2022.)

do direito à saúde.

Esse é também o fundamento para a condenação à reparação de danos morais nos casos em que ocorre a recusa ou demora injustificada por parte do plano de saúde no fornecimento de tratamento ou atendimento médico¹¹¹.

É necessário ressaltar que, nas teorias objetivas de dano moral, não se prescinde completamente a ocorrência do dano; este é elemento indispensável para o dever de indenizar. No entanto, quando é avaliado de forma objetiva, o foco não está na identificação das consequências, mas sim na efetiva violação da situação subjetiva ou do interesse tutelado.

A dispensa da prova concreta das consequências ou efeitos deletérios da lesão ocorre porque, além de serem imateriais, é possível que a lesão aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana aconteça sem que haja sentimentos negativos.

Com efeito, a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação da indenização a ser concedida. Nem aí, todavia, é imprescindível. E, certamente, em nada auxilia como critério de verificação do merecimento de tutela dos interesses lesados. (SCHREIBER, 2009, p. 130).

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 264) partindo da definição de dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana, aprofundam o conceito para evitar sua utilização indiscriminada

¹¹¹ PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. IPERGS. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OCORRÊNCIA DE DANO MORAL IN RE IPSA. AGRAVO INTERNO DO IPERGS DESPROVIDO.

1. Deferida Assistência Judiciária Gratuita à parte autora (fls. 122), não há falar em deserção do Recurso Especial.

2. A jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de dano moral *in re ipsa* nos casos em que houve a recusa indevida do plano de saúde de realização de procedimento cirúrgico necessário, porquanto há afronta à dignidade da pessoa humana. Precedentes: AgInt no REsp. 1.552.287/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe 3.4.2017; AgInt no REsp. 1.610.337/PR, Rel. Ministro. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 28.3.2017; AgInt no AREsp. 1.016.100/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe 31.3.2017.

3. Os valores a título de indenização por danos morais, fixados em R\$ 20.000,00, e de honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da condenação, não se mostram excessivos e atendem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4. Agravo Interno do IPERGS desprovido. (STJ. AgInt no REsp n. 1.385.638/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 28/11/2017, DJe de 5/12/2017).

justificando qualquer pretensão¹¹², na qual ocorreria a “substituição do subjetivismo da dor e da mágoa pelo subjetivismo da dignidade”.

Identificam o dano moral como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Essa verificação deve ser realizada no caso concreto, considerando-se a dimensão intersubjetiva da dignidade humana. A qual envolve não apenas o âmbito individual do lesado, mas também a sua relação com os demais e os interesses contrapostos, por meio da técnica da ponderação e regras de proporcionalidade (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 266).

A necessidade de verificar, no caso concreto, a lesão ao interesse existencial merecedor de tutela ocorre porque a investigação em abstrato não implica apenas em um novo dano decorrente da violação desse interesse, mas também na criação de “uma nova excludente de ilicitude, consubstanciada na realização daquele interesse por meio de uma conduta, ainda que eventualmente lesiva”, o que legitima outros danos. Portanto, a tentativa de ampliar os danos indenizáveis acaba por ser limitada. Por meio da ponderação¹¹³ dos interesses contrapostos, extrai-se do arcabouço normativo, a solução para o conflito de interesses (SCHREIBER, 2009, p. 137-138).

As repercussões subjetivas sobre o lesado não seriam presumidas, pois são meras consequências eventuais do dano moral. A prova necessária é obtida pela aferição objetiva e concreta da ofensa a um direito da personalidade ou direito fundamental do lesado. Isso requer a consideração da existência de justificação da conduta danosa por meio do “dimensionamento da colisão dos bens jurídicos na concretude do caso”. Assim, se a conduta estava no âmbito da autonomia do lesante, não haverá dano ressarcível (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 267-

¹¹² A mesma conclusão de que a dignidade da pessoa humana pode ser utilizada para fundamentar pretensões diametralmente opostas indicado por Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 111), é demonstrada por Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 265): “É de sabença geral que em numerosas lides tanto o autor como o réu apoiarão as suas fundamentações no princípio da dignidade da pessoa humana; aquele que se diz ofendido em sua honra por uma publicação em contraposição àquele que proclama a liberdade de imprensa. Aquele que quer desconstituir a paternidade biológica em contraposição àquele que quer afirmar a paternidade afetiva; aquele que quer salvaguardar a sua intimidade em contraposição àquele que quer a segurança pública. O conceito extremamente fluido e persuasivo da dignidade se encontraria em todos estes lugares, prestando-se a todo o tipo de fundamentação jurídica”.

¹¹³ “Trata-se, como já se viu, de tomar em consideração os interesses conflitantes e estabelecer entre eles uma relação de prevalência válida para o caso concreto, a partir do exame do dado normativo. O objetivo da ponderação consiste, em outras palavras, em determinar em qual medida um interesse deve, no caso concreto, prevalecer sobre o outro. A premissa do raciocínio ponderativo está em que, na inexistência de regra de prevalência estabelecida pelo legislador, os interesses devem realizar-se na maior medida possível, respeitando-se mutuamente” (SCHREIBER, 2009, p. 166).

269).

A prova do dano, ainda que não reste materialidade, é exemplificada por Anderson Schreiber (2009, p. 198-199), no caso de verificação de dano à honra decorrente de uma notícia de jornal tendenciosa:

Nestas situações, diz-se com frequência que o juiz recorre a presunções de dano. Não parece ser tanto este o caso. O juiz não observa simplesmente a notícia, e a partir dela extrai a ilação de que tenha ou não causado dano à honra da vítima. Ao contrário, o juiz observa a notícia e verifica, objetiva e concretamente, se sua veiculação lesa a honra da vítima, perquirindo, por exemplo, se a notícia emprega contra o autor da demanda expressões difamatórias, se alude ao seu caráter, se lhe dirige ofensa pessoal. Eis como se prova a lesão e, portanto, o dano. Se a vítima se lamentará do fato, se sofrerá com ele, ou se lhe demonstrará indiferença são questões subjetivas que podem, no máximo, servir de indícios da intensidade do dano para fins de sua quantificação, mas não interferem tecnicamente na sua aferição.

Assim, a verificação da ocorrência da lesão é realizada de forma concreta e objetiva, considerando a “relação entre a conduta alegadamente lesiva e o interesse alegadamente lesado”, e independe das repercussões subjetivas sobre a vítima (SCHREIBER, 2009, p. 199).

Nesta perspectiva de dano, o mero aborrecimento ou dissabor ensejariam a ausência de reparação, não por falta de gravidade, mas porque não há afetação da dignidade do lesado. O *an debeatur* independe da verificação da gravidade do ato para seu reconhecimento, uma vez que ela é intrínseca à lesão aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, influenciando a quantificação (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 269).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça mencionou o dano moral como interesse existencial em duas decisões, evidenciando sua não configuração nos casos concretos.

No AgInt no REsp n. 1.739.617/RJ¹¹⁴, o plano de saúde não possuía um especialista entre os profissionais credenciados, e a autora realizou empréstimos

¹¹⁴ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. PROCEDIMENTO REALIZADO NA REDE PRIVADA. REEMBOLSO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INTERESSES EXISTENCIAIS QUE NÃO SE MOSTRAM VIOLADOS. AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO.

1. A negativa de reembolso dos valores pagos para o tratamento médico na rede privada que se fez necessário e a contratação de empréstimo bancário para saldar dívida contraída para tanto não é suficiente a evidenciar dano à dimensão existencial do ser humano, razão por que afastada a condenação ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais.

2. AGRAVO INTERNO DESP ROVIDO (STJ. AgInt no REsp n. 1.739.617/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 4/5/2022).

para custear o procedimento cirúrgico de sua filha. Considerou-se que não houve risco à vida da paciente devido ao pagamento imediato dos honorários médicos pela autora. A negativa de reembolso, constituiu inadimplemento da relação contratual entre as partes, não havendo vilipêndio à esfera de sua personalidade. A transcrição de um trecho da petição inicial, mencionada no voto, demonstra que, da narrativa da recusa e da necessidade de realização do empréstimo, a autora alegou que era "induidoso que a recusa da Ré de efetuar o reembolso está trazendo diversos transtornos à Autora, transtornos estes que ultrapassam o limite do aborrecimento cotidiano", o que não está em conformidade com a jurisprudência da Corte em relação ao que configura dano moral.

Já no REsp n. 1.406.245/SP¹¹⁵, concluiu-se que não houve a

¹¹⁵ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONTRATOS COLIGADOS, COM INTERDEPENDÊNCIA DOS NEGÓCIOS DISTINTOS FIRMADOS. SOLIDARIEDADE OBRIGACIONAL ENTRE A REVENDA E O BANCO QUE FINANCIAM A COMPRA E VENDA PARA REPARAÇÃO DE EVENTUAIS DANOS. INEXISTÊNCIA. DISSABORES E/OU TEMPO DESPENDIDO, COM O CONDÃO DE ENSEJAR RECONHECIMENTO DE DANO MORAL. INVIABILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DE CONSTATAÇÃO DE EFETIVA LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. FATO CONTRA LEGEM OU CONTRA JUS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DECISIVAS. CONDENAÇÃO POR DANO MORAL EM CASOS QUE NÃO AFETEM INTERESSES EXISTENCIAIS. INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO E COM A TRIPARTIÇÃO DE PODERES. CONSEQUÊNCIAS DELETÉRIAS IMPREVISÍVEIS NO ÂMBITO DO MERCADO, EM PREJUÍZO DA PRÓPRIA GENERALIDADE DOS CONSUMIDORES. [...]

3. Embora o autor narre na inicial que pagou três prestações contratuais por receio de ter seu nome incluído em cadastro de órgãos de proteção ao crédito, assim como o temor de que o bem viesse a ser objeto de busca e apreensão requerida por parte do credor fiduciário - circunstâncias que, se concretizadas, poderiam mesmo caracterizar abalo moral -, isso não se verificou. O autor também esclareceu que, em vista dos transtornos, "optou" pela resolução dos contratos coligados para ser reembolsado dos montantes despendidos. Ademais, foi dito na exordial que os dissabores no tocante ao banco recorrente limitaram-se ao fato de ter recebido o contrato somente após 90 dias - a loja de veículos usados negociou o automóvel com o autor, mas não houve o imediato cancelamento da alienação fiduciária anterior a envolver o bem e a outra instituição financeira porque, após a alienação do automóvel pela revendedora de veículos usados, o devedor fiduciante veio a falecer.

4. O direito à compensação de dano moral, conforme a expressa disposição do art. 12 do CC, exsurge de condutas que ofendam direitos da personalidade (como os que se extraem, em *numerus apertus*, dos arts. 11 a 21 do CC), bens tutelados que não têm, *per se*, conteúdo patrimonial, mas extrema relevância conferida pelo ordenamento jurídico, quais sejam: higidez física e psicológica, vida, liberdade (física e de pensamento), privacidade, honra, imagem, nome, direitos morais do autor de obra intelectual. Nessa linha de inteligência, como pondera a abalizada doutrina especializada, mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são tão intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

5. Os "danos morais", reconhecidos pelo Tribunal de origem, limitam-se a "dissabores por não ter havido pronta resolução satisfatória, na esfera extrajudicial, obrigando o consumidor a lavrar boletim de ocorrência em repartição policial". Certamente, não se pode tomar o dano moral em seu sentido natural, e não jurídico, associando-o a qualquer prejuízo incalculável, como figura receptora de todos os anseios, dotada de uma vastidão tecnicamente insustentável, e mais comumente correlacionando-o à dor, ao aborrecimento, sofrimento e à frustração. Essas circunstâncias todas não correspondem ao

exposição de um fato que lesasse os interesses existenciais do autor, e que as repercussões desagradáveis narradas se assemelhavam ao dano em seu sentido natural e não jurídico. Assim, indicou-se que um entendimento diferente resultaria em interferência na atividade econômica, realizando-se, portanto, um juízo de ponderação dos interesses contrapostos.

Se a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade são fundamentos para a verificação do dano moral no caso concreto, também o são para a conclusão de sua inexistência, como demonstrado nas decisões que afirmaram a ausência de violação aos interesses existenciais, mesmo que existente o dissabor ou sentimentos negativos.

Assim, ao adotar uma definição ampla para recepcionar novos interesses erigidos pela sociedade, e ao mesmo tempo rígida, evitando que qualquer coisa seja considerada como dano moral indenizável, impede-se a banalização do instituto.

Portanto, ao utilizar adequadamente a concepção objetiva e sempre identificando claramente qual o substrato da dignidade humana, o direito da personalidade ou o interesse existencial lesado em um caso concreto, é possível evitar a denominada “indústria do dano moral”. Inexistindo fundamentação na “dor” ou em outros sentimentos negativos, e que são inverificáveis no caso concreto, por serem subjetivos, evita-se que qualquer descontentamento do dia a dia seja considerado dano moral.

A negativa do ressarcimento não ocorrerá porque constituiu-se em mero dissabor cotidiano, mas sim porque no caso concreto não houve um interesse existencial, substrato da dignidade humana ou direito da personalidade violado.

É o que ocorreu no REsp n. 1.660.152/SP¹¹⁶, no qual foi analisado se

seu sentido jurídico, a par de essa configuração ter o nefasto efeito de torná-lo sujeito ao subjetivismo de cada um.

6. É o legislador que está devidamente aparelhado para a apreciação e efetivação das limitações necessárias à autonomia privada em face dos outros valores e direitos constitucionais. A condenação por dano moral, em casos que não afetem interesses existenciais merecedores de tutela, sanciona o exercício e o custo da atividade econômica, onerando o próprio consumidor, em última instância.

7. Recurso especial provido para restabelecimento do decidido na sentença (STJ. REsp n. 1.406.245/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 10/2/2021).

¹¹⁶ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INSCRIÇÃO IRREGULAR

a inscrição em órgão de restrição ao crédito em valor maior do que o devido gerava dano moral. Concluiu-se que não, pois a inscrição em si foi devida, e o simples indicativo de valor superior não tinha gravidade suficiente para violar a dignidade do consumidor. O abalo de crédito indevido, que é o que configura o dano moral, violando a dignidade da pessoa humana, estava ausente.

Os exemplos jurisprudenciais demonstram a facultatividade de que o dano moral esteja associado à dor ou à sentimentos, bastando a demonstração do fato danoso que violou o substrato da dignidade, direito da personalidade ou interesses existenciais.

Essa possibilidade já era indicada na distinção realizada por Miguel Reale (1992, p. 23) entre o dano moral objetivo, que ocorre na relação da pessoa com a sociedade, sem necessariamente exigir o elemento dor, e o dano moral subjetivo, que afeta o âmago, causando dor e sofrimento, *in verbis*:

distinguir claramente entre o dano moral objetivo (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem) e o dano moral subjetivo que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.

Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 156-157) propõe uma interpretação da divisão de modo que o dano moral subjetivo seria aquele relacionado aos efeitos da lesão não patrimonial, enquanto o objetivo, refere-se aos direitos da

NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. DÍVIDA EXISTENTE, MAS REGISTRADA A MAIOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. JULGAMENTO: CPC/73.

[...]

6. O dano moral tem sido definido como a lesão a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social, dos quais se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto; o atentado à parte afetiva e/ou à parte social da personalidade, que, sob o prisma constitucional, encontra sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF.

7. Considerada essa dimensão do dano moral - e para frear a atual tendência de vulgarização e banalização desse instituto, com as quais rotineiramente se depara o Poder Judiciário -, ele não pode ser confundido com a mera contrariedade, desconforto, mágoa ou frustração de expectativas, cada vez mais comuns na vida cotidiana, mas deve se identificar, em cada hipótese concreta, com uma verdadeira agressão ou atentado à dignidade da pessoa humana, capaz de ensejar sofrimentos e humilhações intensos, descompondo o equilíbrio psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado.

8. Sob essa ótica, conquanto, no particular, seja evidente o aborrecimento gerado com a anotação de dívida a maior no cadastro de inadimplentes, dela não sobressai ofensa apta a se qualificar como dano moral, porque, embora fosse irregular, a inscrição era devida.

9. E, obviamente, não é o valor do débito que enseja o dano moral, mas o possível abalo ao crédito decorrente do registro de uma situação de inadimplência que não existe.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido (STJ. REsp n. 1.660.152/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 17/8/2018).

personalidade. A subdivisão acaba por interligar as concepções subjetivas e objetivas, estando ambas ainda presentes em nosso ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, Sérgio Severo (1996, p. 41-45) aponta para a aceitação das duas concepções sem que uma implique na exclusão da outra, pois os danos extrapatrimoniais não se resumiriam “às lesões de direitos inerentes à personalidade”. Podendo ser “objetivo, quando atinja interesses não econômicos que não repercutem na sua esfera interna, ou subjetivo, quando importe em sofrimento psíquico ou físico”.

O apontamento realizado pelos autores é de extrema relevância, pois é facilmente observado na prática cotidiana que, embora o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o dano moral no caso concreto, atualmente indique claramente a opção pela concepção objetiva, não o faz de forma unânime. Ainda existem acórdãos que identificam nos sentimentos a ocorrência do dano moral. Além disso, em diversos casos, o Superior Tribunal de Justiça deixa de analisar se houve ou não dano moral devido à limitação ao revolvimento fático imposta pela Súmula 7¹¹⁷, o que acaba por favorecer que as instâncias inferiores ainda verifiquem a ocorrência do dano moral pela concepção subjetiva.

Assim, apesar das vantagens da concepção objetiva, que alivia o ônus da prova das repercussões do dano para o lesado e reduz o extremo subjetivismo do Magistrado, não houve um abandono completo da concepção subjetiva. Ambas podem coexistir até que se alcance uma padronização de entendimento sobre o tema, sendo o caminho indicado pelo Superior Tribunal de Justiça, o do dano moral objetivo.

O dano moral passa por um processo de amadurecimento, exigindo que a comunidade jurídica acompanhe as mudanças nos anseios sociais e se afaste das concepções tradicionais, que foram desenvolvidas em um período de reduzido desenvolvimento da tutela das relações existenciais. A concepção subjetiva do dano moral teve origem em um período de predomínio das relações patrimoniais, o que é evidenciado pelas críticas e oposições à possibilidade de ressarcimento.

Como resultado, a disciplina sobre o dano moral se apropriou, ainda que de forma mitigada, do método utilizado para os danos patrimoniais, exigindo a demonstração do prejuízo, por meio dos seus efeitos. No entanto, esse entendimento

¹¹⁷ SÚMULA n. 07 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

deve ser gradualmente superado pelas decisões judiciais adequando a análise do dano moral à tutela a pessoa em sua integralidade.

3.4 DANO MORAL E NOVOS DANOS

Expostas as possibilidades de caracterização do dano moral, seja pelos efeitos da lesão ou pela natureza do bem, direito ou interesse violado, é necessário verificar a viabilidade da condenação ao ressarcimento do dano moral, cumulada com outros danos extrapatrimoniais que tenham como base bens ou interesses relacionados à tutela integral da pessoa humana.

A noção de novos danos indenizáveis tem origem na expansão dos interesses tutelados e no surgimento de novas situações lesivas, especialmente pelo desenvolvimento tecnológico e a massificação das relações sociais. Indica-se a ocorrência de outros danos não patrimoniais, tais como o dano existencial¹¹⁸, o dano genético¹¹⁹, o desvio produtivo do consumidor¹²⁰. Essa tendência de reconhecimento de novos danos corresponde aos

reflexos de um anseio social, resposta jurídica às alterações sociais – o reflexo da adoção de cláusulas gerais capazes de “rejuvenescer” o sistema, enquadrando a “realidade em evolução” a novas categorias. Os critérios tradicionais cedem em favor da solidarização da responsabilidade civil (FISBERG, 2021, p. 14).

Há uma expansão quantitativa dos danos ressarcíveis devido ao aumento do número de ações judiciais por dano moral, e qualitativa decorrente da expansão dos novos interesses existenciais e coletivos (SCHREIBER, 2009, p. 82-

¹¹⁸ Ver nota 50.

¹¹⁹ “Outra definição de dano genético é apresentada por Erick Valdés e Laura Victoria Puentes: “Definimos daño genético como todo daño, alteración, y modificación, sin fines terapêuticos, a la composición genética del ser humano, capaz de afectar la biología, autonomía, dignidad e integridad del individuo, en virtud de fracturar substancialmente su constitución genética original com fines de predeterminar o determinar artificialmente su existência” (2014, p. 18)” (PAVÃO; ESPOLADOR, 2019, p. 106).

¹²⁰ “[...] é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor, sentindo-se prejudicado, gasta o seu tempo vital – que é um recurso produtivo – e se desvia das suas atividades cotidianas – que geralmente são existenciais. [...] Tal comportamento principal do consumidor – despender tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos” (DESSAUNE, 2019, p. 23-24).

83)¹²¹.

Merece destaque a posição já defendida por Nelson Rosenvald de que o “novo perfil qualitativo e quantitativo do dano e de sua reparação remete a um desenfreado apetite doutrinário e jurisprudencial pela criação de novos espécimes de lesões ressarcíveis, que muitas vezes banalizam e amesquinham o próprio significado” da responsabilidade civil. Resultando em dois fenômenos concomitantes: danos merecedores de tutela são igualmente incluídos na indústria de danos; e novas categorias de danos são reconhecidas sem critérios (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 203).

Neste sentido, a tentativa de enumeração de um novo dano a cada novo interesse jurídico extrapatrimonial ou nova situação lesiva, embora tenha por finalidade ampliar a proteção da pessoa e permitir o ressarcimento mais completo, pode, em muitas situações, acabar por limitar a reparação se o intérprete se deparar com uma hipótese não previamente enunciada, o que vai de encontro ao caráter unitário do valor dignidade (PAMPLONA FILHO; ANDRADE JÚNIOR, 2015, p. 25).

A tentativa de catalogar os danos extrapatrimoniais indenizáveis seria uma tarefa interminável e condenada ao fracasso (MORAES, 2017, p. 166), uma vez que, a cada momento, uma nova situação lesiva pode ser identificada como merecedora de tutela e, portanto, criar um novo dano.

No *quantum debeatur*, a cumulação da reparação de novos danos extrapatrimoniais, como consequência lógica e natural do reconhecimento de sua autonomia poderia resultar em “cifras astronômicas dissociadas da realidade do dano causado” (MERGULHÃO, 2014, p. 75).

Portanto, na prática, tem-se observado a atecnia na enunciação dos novos danos, e a correspondente desigualdade nos julgamentos de procedência ou improcedência, além da tendência de “corte” no pedido em segundo grau de jurisdição para reduzir o valor final (MERGULHÃO, 2014, p. 76).

Isso porque, as novas categorias de danos “no ha sido acompañada por coincidencias en lo terminológico ni en lo conceptual” o que leva à uma anarquia

¹²¹ Anderson Schreiber (2009, p. 89-91) indica a existência de decisões mencionando: dano à vida de relação, perda de concorrencialidade, dano por redução de capacidade laboral genética, dano sexual, hedonístico, possibilidade do nascimento não programado de uma criança por falha na cirurgia de esterilização gerar dano consistente no custo de manutenção do filho indesejado, dano existencial de emissão de ruído, dano de férias arruinadas, de ruptura ou desenvolvimento insatisfatório de relações familiares, dentre outros.

na reparação dos danos extrapatrimoniais à pessoa (PIZARRO, 2017, s.p.).

Doutrinariamente, para a reparação de outros danos extrapatrimoniais relacionados à pessoa, além do dano moral, faz-se referência ao direito italiano, no qual essa classificação é mais desenvolvida.

Isso porque, o artigo 2.059 do Codice Civile¹²² de 1942, limita os danos extrapatrimoniais indenizáveis apenas àqueles determinados pela lei, fazendo referência ao artigo 185 do Código Penal italiano. A partir disso, há corrente doutrinária que limita os danos extrapatrimoniais aos decorrentes de um ilícito que constitua um delito. Ainda que se demonstrasse todos os requisitos do dever de indenizar (dano, nexos de causalidade, conduta culposa ou caso de responsabilidade objetiva, e nexos de imputação) não haveria reparação se não houvesse tipificação penal para o fato (SOARES, 2012, p. 200-201).

Posteriormente, passou-se a interpretar a reparação de danos extrapatrimoniais conforme a Constituição italiana, e qualquer ofensa à saúde física ou psíquica da pessoa representaria dano injusto, indenizável com base no artigo 2.043 do Codice Civile¹²³ de 1942, independentemente da tipificação penal, já que haveria violação ao art. 32 da Constituição italiana que garante o direito à saúde, considerado como direito fundamental (SOARES, 2012, p. 201).

Nas decisões nº 88, de 12 de julho de 1979, e nº 184, de 30 de junho de 1986 da Corte Constitucional italiana, os “danos biológicos foram diferenciados dos danos morais puros, estes corretamente entendidos como uma afetação negativa do ânimo do lesado” (SOARES, 2012, p. 201), ou seja, o dano moral em sua concepção subjetiva.

Assim, interpretou-se a prescrição do artigo 2.059 como aplicável tão somente aos danos morais subjetivos. Anderson Schreiber (2009, p. 108) com base em Cesare Salvi (1989), indica que no âmbito do Direito Italiano, “[...] o dano moral resta delimitado ao tradicional “danno morale-suggestivo”, identificado com a dor, física e psíquica, cuja ressarcibilidade é concedida apenas nas hipóteses de crime”.

Houve grande crescimento dos danos biológicos, e a consideração

¹²² “Art. 2059 Danni non patrimonial. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)”. Tradução livre: “Art. 2.059 Dano não patrimonial: O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados na lei”.

¹²³ “Art. 2043 Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Tradução livre: “Art. 2043 Qualquer ato doloso ou negligente que cause dano injusto a outrem obriga o autor do ato a ressarcir o dano”.

dos “danos imateriais, diversos do dano moral, como danos biológicos, era uma forma de tutelar esses direitos, sem precisar voltar à discussão a respeito das “amarras” do art. 2.059” (SOARES, 2012, p. 202).

Avançando na identificação dos aspectos do dano imaterial, Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, no início da década de 1990, identificaram que “os casos em que a pessoa sofria uma alteração prejudicial externa, concreta e relevante na sua vida, ou, mais precisamente, sofria um “comprometimento prejudicial em seu cotidiano””, era uma situação diversa do conceito de dano moral e dano biológico. O dano existencial foi reconhecido pela jurisprudência italiana com base no artigo 2º da Constituição italiana (SOARES, 2012, p. 203).

Portanto, a jurisprudência e doutrina italianas buscam soluções para permitir um ressarcimento mais amplo dos interesses extrapatrimoniais, em um sistema fechado ou com tipicidade dos danos morais (SCHREIBER, 2009, p. 105). O que foi alcançado pela identificação de outros danos não patrimoniais sem o inicial aspecto subjetivo do dano moral, cumulando-se as indenizações quando possível, ou indenizando-se apenas o “novo dano” quando inexistente tipificação criminal¹²⁴.

Anderson Schreiber (2009, p. 112-113) indica que na doutrina italiana há preocupações em relação à expansão do dano existencial, que em razão da “inexaurível capacidade de advogados e magistrados para “inventar” novas espécies de dano” pode levá-los a acolher todas as demandas indenizatórias, sem a adequada identificação e seleção dos interesses juridicamente tutelados.

A necessidade de identificação de novos tipos de danos, justifica-se nos ordenamentos jurídicos fechados ou típicos, nos quais o dano indenizável é previamente indicado pelo legislador, limitando a atuação judicial, e conseqüentemente, a reparação. Além da Itália, a Alemanha, por exemplo, limita as lesões extrapatrimoniais aos interesses previstos em lei, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e a propriedade. Por outro lado, os sistemas abertos ou atípicos são aqueles em que o legislador estabelece as cláusulas gerais, e o Judiciário analisa o merecimento de tutela, como ocorre no Brasil e na França, existindo nesta última, uma espécie de “tipificação jurisprudencial” (SCHREIBER, 2009, p. 98-99).

¹²⁴ “Já na década de 70, os tribunais italianos passaram a se referir ao danno biologico, como figura destinada a assegurar à vítima ressarcimento pelos danos derivados de lesão à sua saúde que superassem a simples perda de renda por incapacidade de trabalho (dano patrimonial) mesmo nos casos em que não se estivesse diante de um crime (dano não-patrimonial em sentido estrito)”. (SCHREIBER, 2009, p. 109).

É por esse motivo que alguns autores se referem à temática dos novos danos como uma importação acrítica de doutrina estrangeira, por não visualizarem a necessidade de que em um ordenamento jurídico com cláusula aberta de danos ressarcíveis, e em que o dano moral tem abrangência para tutelar os interesses existenciais, da personalidade ou da própria dignidade humana, se busque acrescer a possibilidade de reparação de outros danos além do dano moral. Ocorreria, na verdade, *bis in idem*, porque seriam apenas “novas situações de espécies de danos já existentes, perpetrados por novos meios” (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 117, *ebook*).

Ao abordar a temática no direito argentino Ramón Daniel Pizarro (2000, p. 66-67) expõe que:

Los cambios legislativos sólo se justifican cuando son necesarios: “En los países de verdadera formación jurídica – dice Orgaz – la reforma de sus leyes no se hace con fundamentos puramente teóricos, sino con especial consideración a las sugerencias de la vida histórica y práctica, esto es, a la experiencia largamente vivida: esto se llama tradición... En los países jóvenes, al contrario, las reformas suelen hacerse no pocas veces, sin necesidad y sólo por el afán de mejorar lo bueno, de incorporar lo teóricamente perfecto: cien años de aplicación diaria e inobjetable de una solución legal, bien puede decirse (en estos países) que es tradicional. Sólo que en ellos lo que cuenta no es la tradición sino la novedad y, si es posible, aun la originalidad. La tradición obra aquí como un poderoso estímulo para el cambio, no para la conservación.

A maior parte dos casos não se referem a “novos danos, mas simplesmente a novas situações de risco ou a novos meios lesivos, cujo incremento é, de fato, inevitável no avançar do tempo” (SCHREIBER, 2009, p. 97).

Um dos maiores defensores da impossibilidade de ressarcimento dos novos danos é Gustavo Tepedino que em comentário na atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 104, *ebook*) tece objeções, por considerar que não se tratam de novas espécies de danos, mas sim de situações danosas:

A nomenclatura utilizada – novos danos – não é isenta de críticas, já que a novidade não estaria propriamente nas categorias de dano já consagradas (patrimonial e moral), mas, diversamente, no reconhecimento de novas hipóteses fáticas deflagradoras do dever de indenizar. Assim, o incremento das pretensões indenizatórias não decorre de suposta expansão das espécies de danos, que sempre se restringiram e continuam a se restringir às categorias do dano moral, identificado como lesão à dignidade da pessoa humana, e do dano patrimonial, subdividido em danos emergentes e lucros cessantes.

Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva (2021, p. 45) esclarecem que a tendência de cumulação do dano moral com outras supostas espécies de danos

extrapatrimoniais como o dano estético ou existencial, torna necessário que o dano moral seja caracterizado por meio da vertente subjetiva, que o considera como os efeitos anímicos¹²⁵ da lesão, e a ofensa a outros direitos da personalidade ou elementos da dignidade da pessoa humana como dano autônomo.

No mesmo sentido, Gilberto Fachetti Silvestre e Tiago Loss Ferreira (2021, p. 411-413) explicam que a autonomização dos novos danos seria decorrência de uma confusão entre dano e lesão, sendo, portanto, “adjetivações” do dano moral, e que deveriam ter repercussão no *quantum* indenizatório, em razão de sua maior extensão.

Retomando-se a construção italiana, é necessário verificar que lá, o dano moral tem sentido subjetivo, e se contrapõe à noção objetiva que prevalece no direito brasileiro (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 40).

Portanto, com a superação da concepção subjetiva do dano moral e considerando o sistema de responsabilidade civil brasileiro, que é aberto, e a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela da pessoa, de seus direitos da personalidade e interesses existenciais, os novos danos poderiam ser enquadrados no âmbito do dano moral em concepção objetiva, sem a necessidade de importação doutrinária que tem sua gênese na ampliação do ressarcimento ante a existência de cláusula legal limitativa.

Essa forma de enquadramento “não se trata, por certo, de ignorar a gravidade das hipóteses lesivas referidas por dano existencial [e outros], mas de reconhecer a aptidão da categoria do dano moral para tutelar satisfatoriamente tais hipóteses no ordenamento pátrio” (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 40-41).

Isso porque “a rica casuística que tem desembocado nos tribunais permite o reenvio de todos os casos de danos morais aos tipos de direitos da personalidade. Nenhum dos casos deixa de enquadrar-se em um ou mais tipos”¹²⁶. Assim, supera-se a consideração do dano moral em seu viés subjetivo, que não

¹²⁵ Ao abordar o dano existencial e o dano estético como supostos danos autônomos ao dano moral conforme a caracterização usualmente empregada ao tema, notam que os autores fazem referência ao dano moral como sentimento. Exemplo indicado pelos autores: “por se entender que, “cotejado com o dano moral, não se reduz [o dano existencial] a um sofrimento, a uma angústia, mas uma renúncia a uma atividade concreta”. O dano existencial diferenciar-se-ia, assim, do denominado dano moral puro: o dano existencial estaria caracterizado “em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais”, ao passo que o dano moral puro pertenceria “à esfera interior da pessoa” (TEPEDINO; SILVA, 2021, p. 44).

¹²⁶ “O que concerne à esfera psíquica ou íntima da pessoa, seus sentimentos, sua consciência, suas afeições, sua dor, corresponde a aspectos essenciais da honra, da reputação, da integridade psíquica ou de outros direitos da personalidade” (LÔBO, 2022, p. 353, *ebook*).

proporciona ao Juiz parâmetros seguros para a verificação da ocorrência do dano (LÔBO, 2022, p. 353, *ebook*). Não haveria limitação da reparação dos danos morais já que

ao se isolar os direitos da personalidade, como direitos inerentes e essenciais à realização da pessoa e de sua dignidade, não se está a dizer que em situações outras não se possa postular a reparação por danos morais, pois, quando estes se dão, os direitos da personalidade surgem associados aos outros direitos que foram violados, ainda quando não sejam tão visíveis. Nessas hipóteses, ou a vida, ou a liberdade, ou a integridade física, ou a integridade psíquica, ou a reputação, ou a privacidade, ou a identidade pessoal ou outros direitos de igual natureza foram também atingidos.

O dano moral, em sua concepção objetiva, é espécie de dano extrapatrimonial que contempla todas as lesões aos interesses existenciais, seja aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana. Portanto, inexistente razão para que os denominados novos danos sejam autônomos ao dano moral, salvo quando o dano moral for empregado na concepção subjetiva, referindo-se ao sofrimento.

No entanto, considerando o dano moral como uma espécie que contém uma infinidade de interesses existenciais, não é possível que o Magistrado fixe indenização unitária por “dano moral” sem outras especificações.

Ao analisar o caso concreto, deverá verificar quais e quantas violações aos direitos da personalidade, aos substratos da dignidade humana ou aos interesses existenciais ocorreram, fixando reparações autônomas e independentes para cada um (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 162):

cada direito da personalidade violado corresponderá, seguramente, uma reparação do dano causado, autônoma e independentemente. Por isso, é possível a cumulação de dano moral com outro dano moral. É o exemplo da cumulação do dano à honra com o dano à imagem ou do dano à privacidade com o dano à integridade física, dentre outras hipóteses.

Ressalta-se que Nelson Rosenvald (2020, s.p; 2021, 310-311), atualmente posiciona-se pela necessidade de uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais, que, em sentido amplo, se refere a “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”.

Ou seja, o conceito apresentado para o dano moral (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 266) é agora denominado de dano extrapatrimonial (ROSENVALD, 2021, p. 311).

A nova proposta consiste no reconhecimento da existência de um gênero extrapatrimonial, dividido *a priori* em quatro espécies: dano à imagem; dano estético; dano existencial e dano moral, podendo ser acrescido por outros identificados ao longo do tempo (ROSENVALD (2020, s.p; 2021, 310-311). O autor passa, então, a definir o dano moral *stricto sensu* também como lesão a um interesse existencial merecedor de tutela, residual às três espécies enunciadas:

uma figura residual, de fechamento, que objetiva conferir coerência ao gênero dano extrapatrimonial. Sempre que houve uma lesão a um interesse existencial merecedor de tutela que não configure um dano estético, à imagem ou existencial, estaremos diante de um dano moral. A distinção entre o dano moral e o dano existencial é mais árdua que comparativamente ao dano à imagem e ao dano estético. Com relação a essas figuras, a dessemelhança é qualitativa: o dano moral opera por exclusão, impondo-se sempre que a lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela não ocorra nos territórios da indevida captação da imagem ou da funcionalidade orgânica. Assim, ofensas à reputação, privacidade e integridade psíquica ainda se inserem nas lindes do dano moral em sentido estrito (ROSENVALD, 2021, p. 312).

Ainda, indica que a nova tipologia proposta tem como finalidade não limitar as hipóteses de danos extrapatrimoniais ressarcíveis, mas possibilitar a identificação de “elementos comuns entre as inesgotáveis manifestações da subjetividade humana, para o delineamento de categorias capazes de oferecer um grau maior de previsibilidade às decisões judiciais”, fornecendo elementos para que os Magistrados fundamentem concretamente a condenação, em vez de recorrerem à utilização de jargões. Também, evita “a hipertrofia do dano moral pela via da adição de critérios punitivos (v.g. grau de culpa do ofensor, a sua capacidade econômica e/ou reiteração na prática de ilícitos daquela natureza) como forma de ampliação do montante compensatório” (ROSENVALD, 2020, s.p.; 2021, p. 313). Enuncia que o conceito quadripartite propicia

três vantagens: a) abre ao magistrado espaço para a ponderação de bens conforme as peculiaridades de cada lide permitindo que a fundamentação constitua a resposta judicial à argumentação formulada pelas partes em torno das razões existentes para julgar em um ou outro sentido; b) permite que a doutrina conceba critérios objetivos para orientação judicial face às inevitáveis tensões entre direitos fundamentais; c) oxigena a cláusula geral do artigo 186 do Código Civil, tornando-a permeável aos influxos de consistentes argumentos que densificam normas constitucionais, tais como a indenização por omissão de cuidado nas relações familiares (art. 226, CF) e o dano derivado do direito ao esquecimento na sociedade de informação (Art. 220. § 1, CF) (ROSENVALD, 2020, s.p; 2021, 310-311).

Os benefícios proporcionados pela nova tipologia indicada por Nelson Rosenvald, bem como o efeito almejado pela incorporação dos novos danos cumulado com o dano moral subjetivo no ordenamento jurídico brasileiro (ampliação do ressarcimento pela soma da reparação de lesões à outros interesses extrapatrimoniais) podem ser atingidos pela concepção objetiva de dano moral.

Embora possa se afirmar que o dano moral, desacompanhado da possibilidade de reparação de novos danos, enseja a desconsideração dos demais danos extrapatrimoniais, gerando uma lacuna e resultando em violação ao princípio da reparação integral (SILVA, F., 2015, p. 154), ao considerar o dano moral em sua concepção objetiva, contemplando todos os interesses existenciais que tenham fundamento no valor axiológico da dignidade humana e nos direitos da personalidade, tal argumento resta superado.

Não se afirma que a discussão sobre os novos danos esteja superada, o que se demonstra pela própria mudança de posicionamento por Nelson Rosenvald, mas sim que a adoção da concepção objetiva de dano moral, conforme exposta no item 3.3.2, supre a lacuna deixada pela concepção de dano moral subjetivo.

Isso porque a solução para a ampliação do ressarcimento não é necessariamente a admissão de novos danos, já que ao esmiuçar os interesses lesados, o dano moral contemplará todos os interesses existenciais de forma individualizada. Embora se concorde com a impossibilidade de que o dano moral seja analisado no caso concreto e quantificado de forma una, ao esclarecer expressamente na fundamentação quais os interesses existenciais violados e o *quantum* fixado referente a cada um, alcança-se o mesmo resultado.

A concepção de dano moral objetivo exige que o magistrado fundamente a ocorrência do dano moral com base no caso concreto, analisando o interesse lesado, ponderando os interesses contrapostos e os efeitos da lesão, o que apenas pode ser realizado por meio do debate das teses jurídicas trazidas pelas partes.

A fundamentação da sentença, portanto, deve indicar com clareza quais interesses extrapatrimoniais foram violados no caso *sub judice* e como chegou ao valor global arbitrado para reparação, considerando cada um dos interesses afetados alinhados às circunstâncias do caso concreto.

Não se deve mais conceder indenização por dano moral de forma genérica, mas sim dano moral por lesão à integridade física, à honra, à saúde, etc.,

sendo a lesão detalhada, evidenciando qual o aspecto da pessoa foi lesionado. Impede-se a utilização dos simulacros de fundamentação, que servem para justificação da condenação em dano moral para qualquer caso, bastando para tanto que o Magistrado sinta que deve ocorrer a reparação naquele processo¹²⁷.

Além disso, com a individualização dos interesses lesados e a exposição concreta dos critérios utilizados para fixação do dano moral, os efeitos da lesão passam a ter importância na fase de quantificação. Poderá ocorrer um incremento ou redução da indenização a depender das circunstâncias e consequências concretas, incluindo a duração ou permanência indefinida dos efeitos lesivos¹²⁸.

A discussão, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, acerca dos diferentes interesses lesados ou de novas situações lesivas não deve ser interrompida. Apesar de considerados na espécie do dano moral objetivo, a adequada reparação se dá por meio da identificação precisa, no caso concreto, das situações lesivas e dos interesses merecedores de tutela, o que só ocorrerá por meio da fixação de balizas que orientem a atuação do Magistrado.

Dessa forma, supera-se a impropriedade da utilização do termo novos “tipos” de danos, já que é impossível exauri-los. No entanto, não se dispensa a importantíssima contribuição da descrição ilustrativa da amplíssima possibilidade (SCHREIBER, 2009, p. 89) da violação de interesses existenciais que gere dano

¹²⁷ Ao tratar da falta de aprofundamento técnico na aplicação da técnica da ponderação na prática jurisprudencial, Anderson Schreiber (2009, p. 153) indica que: “Assim procedendo, os tribunais avançam em demasia no processo de erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, na medida em que submetem a análise do dano a uma argumentação puramente retórica, desprovida de embasamento normativo e desacompanhada, quase sempre, de fundamentação controlável. Como já ressaltado, muitas cortes têm considerado certos prejuízos ressarcíveis porque “inaceitáveis”, “socialmente intoleráveis”, “irrazoáveis”, “graves”, acreditando encerrar, com isto, a aferição deste elemento fundamental da responsabilidade civil, cujo aplacamento consiste em sua principal função”.

¹²⁸ Na fixação do *quantum* indenizatório, é necessário compatibilizar a necessidade de que os Tribunais uniformizem a jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente, conforme previsto no artigo 926 do Código de Processo Civil, com a impossibilidade de se padronizar as repercussões dos danos sobre os lesados. Assim, a partir do valor fixado em caso semelhante e da análise das divergências e convergências, o Magistrado deve aumentar ou reduzir a indenização no caso em julgamento, considerando “as diferenças que tornam cada indivíduo único e um fim em si mesmo” (GUIMARÃES, N., 2020, p. 102). Não é possível dispensar que o Juiz indique ao menos as balizas que utilizou para a chegar ao valor da condenação, tendo em vista o dever de fundamentação das decisões judiciais previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal e nos artigos 11, 371 e 489 do Código de Processo Civil. Na atual sistemática processual, o dever de fundamentação abrange a extensão do dano. Afasta-se a indicação de Maria Helena Diniz (2023, p. 87, *ebook*) com base em autores como Hans Fischer, René Savatier, Henri Lalou de que “O juiz não estará obrigado a declarar os fundamentos ou os fatores em que se baseou para delimitar a extensão do prejuízo, poderá até mesmo abstrair das circunstâncias do caso. Essa liberdade de apreciação do magistrado na avaliação do dano é sempre exercida, quer seja o dano material, quer seja ele moral”.

moral.

Em um exemplo prático, aprofundando-se o estudo das lesões estéticas, no caso concreto, o Magistrado terá repertório doutrinário e jurisprudencial para a correta identificação dos danos permanentes à integridade física, e dos critérios a serem considerados na quantificação da indenização, considerando os efeitos estéticos. Mesma situação se repete no desvio produtivo do consumidor, em que aprofundando-se o estudo do interesse e das formas lesivas, o intérprete terá condições de avaliar concretamente, se houve ou não efetiva lesão, permitindo a separação dos danos merecedores de tutela daqueles irrelevantes.

Ainda, a concepção objetiva do dano moral não é restritiva quanto aos interesses ressarcíveis, bastando que, no caso concreto, o lesado comprove a ocorrência de lesão aos direitos da personalidade ou à substrato da dignidade humana em decorrência do fato danoso.

A vantagem sobre o modelo de reparação dos novos danos é a aceitação na prática jurídica da terminologia “dano moral”, e a segurança para as partes de que seu pedido ressarcitório não será negado tão somente porque o Magistrado, em seu subjetivismo, considerou que aquele “novo dano” não é indenizável, ou que o dano descrito tem outra nomenclatura.

4 DANO MORAL POR PERDA DE UMA CHANCE

Como anteriormente exposto, o dano decorrente da perda de uma chance pode assumir natureza jurídica diversa, independentemente do critério adotado para distinguir entre o dano patrimonial e extrapatrimonial, que poderá ser pelos efeitos da lesão, pela natureza do bem, direito ou interesse violado.

Verificou-se que o dano extrapatrimonial deve ser considerado como gênero, composto pelo dano moral como uma das espécies, ao lado de outros danos sem repercussão econômica, como o dano ambiental, extrapatrimonial à pessoa jurídica, danos sociais¹²⁹, entre outros.

O dano moral, por sua vez, se analisado em conformidade com a matriz axiológica presente na Constituição Federal de 1988 e em sua concepção objetiva, caracteriza-se pela lesão aos interesses existenciais relativos aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, aferido em um juízo de ponderação entre os interesses contrapostos na situação.

Portanto, a conjugação dos requisitos anteriormente indicados demonstra que o dano moral por perda de uma chance pressupõe a constatação, no caso concreto, da interrupção por fato de outrem de um processo aleatório por meio do qual o lesado alcançaria uma vantagem ou impediria um prejuízo de natureza existencial, relacionado aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana. Desde que constatada que a chance era séria e real, aferindo-se a probabilidade de êxito com base nas circunstâncias do caso e do lesado.

Diante da ausência de consenso quanto aos requisitos para a perda de uma chance e para o dano moral, analisar-se-á as hipóteses indicadas pela doutrina e pela jurisprudência para a verificação casuística do dano moral por perda de uma chance, apontando as convergências e divergências em relação ao ora proposto.

4.1 APLICAÇÃO DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA OU SUBJETIVA

Sendo a concepção clássica ou subjetiva do dano moral, aquela que

¹²⁹ “[...] é que um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio moral da vítima, mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social” (AZEVEDO, 2009a, p. 380).

o associa aos efeitos da lesão como a dor, o sofrimento, o desconforto, e toda sorte de sentimentos e repercussões desagradáveis, pode-se inferir a ocorrência do dano moral por perda de uma chance vinculada à essas consequências.

O dano moral na concepção subjetiva poderia ser verificado de duas maneiras diversas no contexto de interrupção de um processo aleatório: o dano moral puro¹³⁰ ou por violação à outros interesses diversos da chance e que independem da comprovação da probabilidade de êxito; e, o dano moral em que há demonstração da chance séria e real e que a interrupção gerou repercussões anímicas.

4.1.1 Dano Moral Puro: Inexistência de Chance Séria e Real

Todas as vezes em que o processo aleatório em curso fosse interrompido por um fato danoso de outrem, seria possível a constatação da ocorrência do dano moral por perda de uma chance, em razão do descontentamento do lesado diante da frustração de suas expectativas, e da perturbação do estado anímico devido à perda da possibilidade de alcançar o que almejava.

O exemplo clássico dessa hipótese é a falha do advogado que protocolou o recurso extemporaneamente, tolhendo a expectativa do constituinte de ter sua causa reanalisada pelo Tribunal. O cliente, ao receber a notícia, inevitavelmente sentir-se-á desconfortável e decepcionado com o causídico em que depositou sua confiança. A condenação do advogado em dano moral, seria praticamente automática nestes casos de desídia do profissional, bastando constatar a perda do prazo e as repercussões anímicas sobre o cliente, que poderiam ser consideradas *in re ipsa*. Neste sentido,

se possível for vislumbrar que a perda da chance de propor a ação resultou sofrimento e angústia, notadamente quando não mais seja possível o ajuizamento, seja em razão da prescrição ou de qualquer outro motivo, ter-se-á – só então – a responsabilização daquele profissional por dano moral, com a sua condenação em valor mais ou menos aleatório, que nada tem a ver com o suposto resultado na demanda não implementada (STOCO, 2014, título V, capítulo XIII, item 21.00).

A indicação de que o valor da condenação seria fixado de forma

¹³⁰ A expressão “puro” é utilizada para identificar a ausência de chance séria e real, e não se refere à expressão utilizada para designar os casos em que o dano moral era reconhecido independentemente do dano patrimonial.

aleatória e sem relação com o provável resultado na demanda, evidencia que se trata de dano moral puro (GONDIM, 2013, p. 136), melhor dizendo, que não tem relação com a perda de uma chance séria e real verificada no caso concreto, por meio da aferição da probabilidade de êxito. Em vez disso, está relacionado tão somente com os efeitos do descontentamento gerado no cliente que não teve sua ação reanalisada.

No âmbito da responsabilidade civil do advogado, existe o entendimento de que a parte tem o direito de ter sua pretensão reapreciada pela instância superior. Assim, sempre que houvesse a perda do prazo recursal, haveria a perda de uma chance (DIAS, 1999 p. 51). O mesmo entendimento se estende ao direito de ter a petição inicial protocolada ou as teses defensivas apresentadas, oportunizando-se o direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, “a”, Constituição Federal).

Mesmo nos casos em que inexistisse probabilidade de êxito da medida, ainda subsistiria o dano moral indenizável porque o objetivo do segundo grau de jurisdição é assegurar o reexame da causa em razão do natural inconformismo da parte com a decisão desfavorável. Não havendo a intenção de utilizar o recurso como meio protelatório, e estando o cliente sinceramente irresignado com a decisão de modo “que o fato de não ver a causa reexaminada pela instância superior ter-lhe-ia causado um dano psicológico”, haveria nexo de causalidade com a conduta do advogado, ensejando a reparação por danos morais (DIAS, 1999 p. 52).

Considera-se que haveria prejuízo processual para o cliente, ainda que não necessariamente patrimonial, porque a mera “expectativa de direito não é indenizável”. No entanto, a ausência de justificativa plausível para a não apresentação de recurso geraria dano *in re ipsa* (CAHALI, 2015, p. 463). Ocorrendo

a indenização pela “perda da chance”, como modalidade de dano moral, naqueles casos em que, por desídia sua, a ação somente foi ajuizada depois de prescrita, ou se recorreu intempestivamente da sentença desfavorável. Em síntese, tem-se reconhecido dano moral reparável, sempre que da omissão de uma parte contratante resultar para a outra uma situação incômoda ou constrangedora (CAHALI, 2015, p. 510).

O apontamento da possibilidade de que a perda de uma chance gere dano moral em decorrência das repercussões anímicas independentemente da chance concreta de êxito, é indicada também por Sérgio Savi (2012, p. 58-60) para

quem poderá ocorrer dano moral pela “frustração” das expectativas do lesado¹³¹. Nos casos em que há chance de êxito, o dano moral será cumulado com o dano emergente proporcional à vantagem aleatória frustrada.

Esse posicionamento é evidenciado pelo já mencionado exemplo (ver nota 51) do candidato impedido de participar da prova oral de um concurso, e que poderia pleitear o dano moral em razão da frustração gerada pelo ato ilícito cumulativamente ao dano emergente (SAVI, 2012, p. 57).

De acordo com o autor, a perda de uma chance será sempre um dano patrimonial, subespécie do dano emergente. Não a visualiza quando o processo aleatório esteja relacionado à um fim extrapatrimonial, o que se justifica pela fundamentação na doutrina italiana em que os casos de danos extrapatrimoniais são limitados aos previstos em lei.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, no processo 0001359-93.2011.8.11.0041, embora tenha negado o reconhecimento da perda de uma chance por entender que não houve a demonstração da probabilidade de êxito, constatou a ocorrência de dano moral no sofrimento da cliente ao não ter seus pedidos analisados:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS FALHA – CULPA E NEGLIGÊNCIA DO ADVOGADO CONTRATADO – PERDA DE PRAZO PROCESSUAL – EFETIVO PREJUÍZO – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – DANO MATERIAL INDEVIDO – CONFIGURAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DO ADVOGADO - DEVER DE INDENIZAR DANO MORAL – VALOR ARBITRADO MAJORADO – RECURSO DE SIMAS FREITAS DE MEDEIROS PROVIDO PARCIALMENTE E RECURSO DE MICHELE CRISTINA COSTA RANGEL DESPROVIDO. A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. Caracterizado o erro grave da advogada, mas não se pode enquadrar o erro como causa de indenizar por perda de uma chance atinente aos danos materiais, cujo nexos causal não está diretamente atrelado por causa adequada. No entanto, ínsita a obrigação de indenizar por dano moral, pois o dano moral encontra fundamento na teoria da perda de chance, que tem lugar nos casos em que é eliminada a probabilidade do cliente obter ganho certo ou evitar uma perda, como, por exemplo, nas hipóteses de perda de prazo processual. A falha do serviço é causa de sofrimento para o cliente, baseada na confiança atribuída ao causídico e que sofre ao ver frustrada sua possibilidade de concretizar o direito legítimo ou mesmo de ver apreciados judicialmente seus direitos. O dano moral deve ser majorado, considerando as peculiaridades do caso e as condições sócioeconômicas das partes, sem que ocorra enriquecimento

¹³¹ “Há casos, por outro lado, em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da chance perdida, por não se tratar de uma chance séria e real, mas que, ainda assim, poderá considerar a perda da “mera expectativa” como sendo apta a gerar dano moral” (SAVI, 2012, p. 58).

ilícito. Atento à proporcionalidade e razoabilidade, o juiz deve se orientar pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de regras da experiência e do bom senso. Dano moral majorado. (TJ-MS. N.U 0001359-93.2011.8.11.0041, Nilza Maria Pôssas de Carvalho, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 16/08/2016, Publicado no DJE 23/08/2016).

Em seu voto, a Relatora indicou expressamente que, no caso concreto, não foram produzidas provas que demonstrassem a possibilidade de êxito mesmo que as medidas judiciais devidas fossem adotadas. Portanto, o alegado dano – patrimonial em decorrência da interrupção do processo aleatório – era hipotético:

Não há como se auferir a probabilidade de ganho na demanda intentada pelo autor com o patrocínio da ré, porque não pode ser fundada em dados hipotéticos. Trata-se do grau de probabilidade que deverá ser analisado pelo juiz, e nesse passo, com o que consta dos autos, a probabilidade de ser o autor vencedor na demanda não está demonstrado, já que se limita a apontar a perda do prazo, considerando, nesse aspecto, como sendo este o dano final. Ainda que aponte outros meios como precedentes jurisprudenciais e respaldo legal que concluí pela probabilidade de êxito na demanda, estes não impõe sagrar-se vencedor ali, o que afasta a possibilidade de indenização por danos materiais. Assim, não enseja a indenização por danos materiais porque nada garantiria, tampouco há prova nos autos a probabilidade e possibilidade da parte ter obtido êxito nas demandas ainda que as providências judiciais tivessem sido tomadas. Quanto a este fato não há prova cabal do êxito nas ações, de maneira que a indenização ao dano material não convém.

A decisão seguiu o entendimento de que a ocorrência do dano moral na concepção subjetiva pode ser aferido com base nos efeitos da lesão, mesmo na inexistência da probabilidade de êxito, requisito para a ocorrência da perda de uma chance.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 993.936/RJ¹³²,

¹³² RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL NA QUESTÃO PRINCIPAL QUE ANALISOU AS PRÓPRIAS RAZÕES RECURSAIS, SUPERANDO A ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE.

1. É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Precedentes.

3. O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma

já havia afastado expressamente a possibilidade de que a mera perda do prazo recursal, por si só, configure dano moral, sendo necessária a análise da probabilidade de êxito:

Portanto, no caso de responsabilidade de advogados por condutas acoimadas de negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da perda de uma chance devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação ou interposição de recursos, como no caso em apreço, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real -, que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível 0001697-32.2010.8.26.0511¹³³, ao indicar a insuficiência da falha do advogado sem concretas expectativas de êxito para gerar danos morais, consignou que na perda de uma chance “se por um lado não se está a exigir certeza de ganho de causa, o que seria impossível, por outro não se admite que mera tentativa postulada perante o Judiciário, embora frustrada pelo causídico, ensejasse indenização”.

No âmbito do tratamento médico, Yussef Said Cahali (2015, p. 484), apesar de não mencionar expressamente a perda de uma chance, com base no entendimento dos tribunais argentinos apontado por Fernando Fueyo Lenari, indica a possibilidade de admissão em nosso ordenamento jurídico, da reparação do dano moral pela aflição decorrente de uma atenção médica deficiente.

chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida.

4. No caso em julgamento, contratado o recorrido para a interposição de recurso especial na demanda anterior, verifica-se que, não obstante a perda do prazo, o agravo de instrumento intentado contra a decisão denegatória de admissibilidade do segundo recurso especial propiciou o efetivo reexame das razões que motivaram a inadmissibilidade do primeiro, consoante se deduz da decisão de fls. 130-134, corroborada pelo acórdão recorrido (fl. 235), o que tem o condão de descaracterizar a perda da possibilidade de apreciação do recurso pelo Tribunal Superior.

5. Recurso especial não provido. (STJ. REsp n. 993.936/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 23/4/2012).

¹³³ Mandato Indenizatório de dano moral Perda de uma chance Oportunidade concreta de reverter o resultado desfavorável ao ora autor, então cliente dos agora réus Inexistência Indenização indevida Improcedência decretada Provimento do apelo dos réus, prejudicado o do autor. (TJ-SP; Apelação Cível 0001697-32.2010.8.26.0511; Relator (a): Vianna Cotrim; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rio das Pedras - Vara Única; Data do Julgamento: 30/07/2014; Data de Registro: 31/07/2014).

Na hipótese discutia-se a responsabilidade do advogado que por desídia impediu o cliente de tentar reverter em sede de Recurso Especial, o julgamento de improcedência de ação indenizatória envolvendo locação de equipamento e serviços de bloqueio de veículo, em razão da ocorrência de um roubo e do bem nunca ter sido localizado apesar do acionamento do sistema que teoricamente monitoraria conversas no interior do automóvel.

É o caso em que a não utilização de todos os recursos disponíveis para o célere diagnóstico é considerada como privação ao paciente de uma chance de cura ou de sobrevivência, mas sem a verificação da probabilidade de que a intervenção ideal pudesse efetivamente prolongar a vida ou trazer a cura¹³⁴. A reparação é concedida com fundamento na dor, angústia e tristeza sofridas pelo próprio paciente ou pelos familiares no luto.

Porém, não há verdadeira perda de uma chance – ainda que mencionada nas decisões –, porque inexistindo probabilidade de um prognóstico de cura ou de sobrevivência, a inevitabilidade do óbito ou das sequelas é dano eventual.

Ausente a demonstração de probabilidade de êxito, a chance não integrava o conjunto de bens em sentido amplo do lesado no momento da interrupção, e, portanto, ele não estava nas condições propícias de concorrer para vantagem naquela ocasião. Falta-lhe a utilidade efetiva que deve ser proporcionada pela chance para que esta seja ressarcível.

Portanto, ao prescindir a demonstração da existência de uma chance séria e real, não se configura o dano moral por perda de uma chance. O dano moral pode ocorrer por outro fundamento ou pela violação de outros interesses diversos daqueles buscados com o processo aleatório (CARNAÚBA, 2013, p. 172).

A possibilidade de ocorrência do dano moral pela concepção subjetiva, independentemente da probabilidade de êxito é bem exemplificada por Todd Aagaard (1998, p. 1345-1346) quando aborda o caso de Merle Evers, que processou seu médico por falha na descoberta de um tumor cancerígeno e o consequente atraso na identificação da patologia. Entre os pedidos sustentou que o diagnóstico tardio lhe causou dor e sofrimento emocional.

Os Magistrados apontaram que era possível distinguir o dano físico decorrente da perda de uma chance efetiva de sobreviver, e o dano resultante do sofrimento emocional causado pelo conhecimento de que houve um erro de diagnóstico e atraso no tratamento. Este último incluía preocupações com as consequências futuras da negligência médica, como o aumento do risco de recidiva e, possivelmente, de forma fatal da doença. Esta última, é uma alteração anímica compensável (AAGAARD, 1998, p. 1346). Dessa forma,

¹³⁴ Adiante analisaremos o REsp 1.335.622/DF (item 4.4) em que o voto divergente da Ministra Nancy Andrighi indicou justamente a ausência de probabilidade de êxito do tratamento como razão para a improcedência dos danos morais, por inexistir perda de uma chance.

both a plaintiff's knowledge that she likely will die from her cancer and her knowledge that her doctor's negligent failure to diagnose the cancer has deprived her of a chance to survive almost certainly cause the plaintiff considerable emotional distress. If the plaintiff cannot show that the doctor's misdiagnosis, rather than the preexisting cancer, caused her failure to recover, then the doctor's liability should be limited to the emotional distress that arose out of the misdiagnosis. But instead of focusing on that emotional distress, proportional valuation values the plaintiff's emotional distress by multiplying the lost chance of survival by the value of the plaintiff's overall emotional distress (AAGAARD, 1998, p. 1352)¹³⁵.

O dano moral subjetivo, dissociado das chances efetivas de êxito, pode ter como causa as consequências da frustração contratual, das expectativas e esperanças do lesado depositadas no processo aleatório interrompido, ou que não foi paralisado oportunamente por quem estava obrigado a fazê-lo; a própria falha na prestação do serviço; ou a indignação gerada a qualquer pessoa em razão do desrespeito aos seus direitos¹³⁶. Mas, não tem seu fato gerador na perda de uma chance séria e real.

Há uma desproporcionalidade em conceder indenização por dano moral quando inexistente probabilidade significativa para fundamentar a condenação por perda de uma chance. Isso porque a ínfima perspectiva de implementação da situação benéfica demonstra a ausência de resultado prático ou utilidade da chance, quando “estava praticamente certo que tal instância superior não reformaria a decisão recorrida” (SILVA, 2013, p. 217-218), ou nos casos em que não há evidências de que o tratamento seria melhor ou mais efetivo se não ocorresse a falha do médico.

A simples comprovação de falha do advogado ou da ocorrência do fato danoso que impede a disputa pelo resultado benéfico almejado é insuficiente para que haja reparação, porque esta decorre da demonstração de seriedade das chances perdidas, um dos requisitos para o ressarcimento (GUEDES, 2011, p. 104).

Assim, na insignificante probabilidade de êxito com o processo aleatório, o advogado, por exemplo, sequer estaria obrigado a recorrer, devendo tão somente adotar as medidas necessárias e úteis para a defesa dos interesses do

¹³⁵ Tradução livre: “Tanto o conhecimento da demandante de que provavelmente morrerá de câncer quanto seu conhecimento de que a falha negligente de seu médico em diagnosticar o câncer a privou de uma chance de sobreviver quase certamente causam considerável sofrimento emocional. Se a demandante não puder demonstrar que o diagnóstico errado do médico, e não o câncer preexistente, causou sua falha na recuperação, então a responsabilidade do médico deve ser limitada ao sofrimento emocional que surgiu do erro de diagnóstico”.

¹³⁶ “A dor que uma pessoa sente quando os seus direitos legais são violados é a admissão espontânea e instintiva, tirada dele com o uso da força, do que a lei é para ele como indivíduo, em primeiro lugar, e então o que é para a sociedade” (VON JHERING, 2012, p. 99).

cliente, mas não a realizá-las apenas para satisfazer as expectativas de ter o processo reapreciado¹³⁷.

4.1.2 Dano Moral Subjetivo por Perda de uma Chance: Chance Séria e Real

Outra possibilidade de aferição do dano moral pela concepção subjetiva é a em que se verifica a probabilidade de êxito para a implementação da situação favorável cumulada com os efeitos da lesão.

Essa é a posição de Antônio Jeová Santos (2015, p. 73), para quem a perda de uma chance será um agravador do dano moral quando gerar angústia, vergonha e humilhação, como consequências no espírito da vítima. Mas, exige que a chance seja séria e provável, o que será verificado pela demonstração da preexistência de uma situação fática propícia.

Nesta hipótese, ocorre o dano moral subjetivo por perda de uma chance, pois as circunstâncias do caso concreto são verificadas, e o ressarcimento só existirá se o dano for certo, identificado por meio da probabilidade de êxito, e se apurado o nexo de causalidade entre o fato imputado ao lesado e a subtração da chance preexistente.

Independentemente do caráter patrimonial ou extrapatrimonial do benefício esperado, podem ser incluídas as situações de falta de manejo pelo advogado da medida judicial necessária e tempestiva, a falha médica que poderia ter interrompido o processo danoso em curso, o acidente que impediu o lesado de participar de uma seletiva de emprego ou de um concurso.

Indica-se que o caráter patrimonial ou extrapatrimonial do benefício almejado não é determinante, porque adotando-se a concepção subjetiva do dano moral, o critério de distinção é o efeito da lesão.

¹³⁷ Não se pode olvidar que um recurso sem fundamentação idônea para a reforma da sentença, ou seja, sem probabilidade de êxito, na verdade, agravaria a situação financeira do cliente. Salvo nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita ou previsão legal em sentido contrário, o desprovimento do recurso enseja o pagamento de custas e honorários de sucumbência. Dessa forma, espera-se que o advogado não recorra apenas por um ato simbólico, mas tão somente nos casos em que visualize possibilidade concreta de provimento.

No REsp n. 1.677.083/SP¹³⁸, a paciente veio a óbito em decorrência de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência, um dia após a última consulta médica realizada. Considerou-se que a morte da paciente não resultou do agravamento da doença diagnosticada a destempo. Mas, da conduta negligente do médico que indicou o afastamento da paciente do trabalho, e que retornasse ao lar sem maiores recomendações, enquanto aguardava o resultado dos exames. A perícia judicial, foi

conclusiva quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas – elemento que desempenha um papel fundamental para a coagulação sanguínea – foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana.

Os danos morais foram fixados como base no “sofrimento e angústia do autor pela morte de sua esposa”. Portanto, com base na concepção subjetiva de dano moral, aliada à probabilidade constatada no caso concreto de que, se diagnosticada a enfermidade anteriormente, a paciente teria a oportunidade de ter evitado o dano.

¹³⁸ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. HOSPITAL. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. ÓBITO. INDENIZAÇÃO PELA CHANCE PERDIDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

[...]

2. A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).

3. Hipótese em que a morte da paciente não resultou do posterior agravamento da enfermidade diagnosticada a destempo, mas de um traumatismo crânio-encefálico resultante da queda de uma escada em sua própria residência um dia depois da última consulta médica realizada, não se podendo afirmar com absoluta certeza que o acidente doméstico ocorreu em razão das tonturas que ela vinha sentindo e que a motivou a procurar auxílio médico.

4. À luz da teoria da perda de uma chance, o liame causal a ser demonstrado é aquele existente entre a conduta ilícita e a chance perdida, sendo desnecessário que esse nexos se estabeleça diretamente com o dano final.

5. Existência de laudo pericial conclusivo quanto à efetiva concorrência da enfermidade extemporaneamente diagnosticada para o resultado morte, tendo em vista que a baixa contagem de plaquetas foi determinante para que não fosse possível estancar a hemorragia intracraniana da paciente.

6. Atuação negligente dos profissionais médicos que retirou da paciente uma chance concreta e real de ter um diagnóstico correto e de alçar as consequências normais que dele se poderia esperar.

7. Na responsabilidade civil pela perda de uma chance, o valor da indenização não equivale ao prejuízo final, devendo ser obtido mediante valoração da chance perdida, como bem jurídico autônomo.

8. Ainda que estabelecidos os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com base no sofrimento e na angústia do autor pela morte de sua esposa, não se mostra desarrazoada a quantia fixada a esse título, mesmo considerando que a indenização deve reparar apenas a chance perdida.

9. Recurso especial não provido. (STJ. REsp n. 1.677.083/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 20/11/2017).

No Recurso Cível nº 71006869515, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, após indicar que o atraso e cancelamento de voo impediram o candidato de participar do processo seletivo para residência médica, e que havia probabilidade de êxito em razão da aprovação em outras fases de concursos na mesma área, condenou a empresa aérea, a reparar o sofrimento gerado ao candidato:

RECURSO INOMINADO. TRANSPORTE AÉREO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO E CANCELAMENTO DE VOO. PERDA DE UMA CHANCE CONFIGURADA. PERDA DE PROVA DE PROCESSO SELETIVO ANUAL PARA PROGRAMA DE RESIDÊNCIA MÉDICA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. Responsabilidade da companhia aérea. A companhia aérea possui responsabilidade objetiva pela falha na prestação do serviço. Perda de uma chance. A perda de uma chance pressupõe a probabilidade real da parte que se diz lesada, de obter um benefício. Consiste na supressão da possibilidade de a vítima obter uma situação futura melhor, a exemplo dos autos, progressão na carreira médica. No caso concreto, restou bem evidenciada essa certeza na probabilidade de êxito, uma vez que a documentação acostada aos autos demonstra que o demandante já havia sido aprovado, ao menos na primeira fase, em outros programas de residência médica, na mesma área. Assim, a situação deixou de ser hipotética, passando a ser concreta. Quantum indenizatório. A contraprestação pelo sofrimento auferido tem a função de compensar a dor injustamente causada à vítima e servir de reprimenda ao agente para que não reincida em situações como a ocorrida, sendo necessária a observação das condições financeiras das partes, a gravidade do fato, além do grau de culpa no cometimento do ato ilícito. Quantum majorado para R\$ 7.000,00 (sete mil reais). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (TJ-RS. Recurso Cível, Nº 71006869515, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em: 18-04-2018).

Com base no exposto ao longo dos capítulos anteriores, esta seria a hipótese genuína de dano moral subjetivo por perda de uma chance, uma vez que há demonstração de uma chance séria e real e o dano moral é aferido pelas repercussões do dano sobre o lesado.

A seguir, passa-se à análise do dano moral em sua concepção objetiva por perda de uma chance.

4.2 APLICAÇÃO DA CONCEPÇÃO OBJETIVA DE DANO MORAL

A vinculação do dano moral à ofensa aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana representa um grande avanço no tratamento do tema, pois o torna objetivo e, portanto, proporciona segurança jurídica em sua identificação, que não estará mais subordinada ao subjetivismo do intérprete.

Há uma mudança de perspectiva para dano moral por perda de uma

chance que será reconhecido quando o interesse almejado ao final do processo aleatório seja existencial, relacionado à algum direito da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, indicando-se a concretude do preceito fundamental no caso analisado.

A vinculação da natureza do dano por perda de uma chance à do interesse violado permite três possibilidades quando esta for extrapatrimonial: considerar a chance sempre como um valor extrapatrimonial; o dano pela perda de uma chance ser uma espécie do gênero extrapatrimonial, diverso do dano moral; ou como dano moral objetivo, quando o processo aleatório tiver por finalidade um interesse existencial.

Abordar-se-á, ainda que brevemente, as duas primeiras possibilidades com a finalidade de permitir a visualização concreta de cada uma delas; em seguida, analisar-se-á a configuração do dano moral objetivo por perda de uma chance.

4.2.1 Natureza Exclusivamente Extrapatrimonial da Chance

A natureza exclusivamente extrapatrimonial da chance é reconhecida quando o intérprete não visualiza, ainda que demonstrada a probabilidade de êxito, a existência de valor econômico na oportunidade, como uma propriedade anterior já incorporada ao patrimônio do lesado. Recusa-se que a chance tenha natureza jurídica patrimonial de dano emergente. No entanto, a oportunidade é considerada um bem jurídico extrapatrimonial que não poderia ser tolhido injustificadamente do lesado por meio da interrupção do processo aleatório.

A justificativa para esse entendimento é encontrada na lição de Giovanni Pacchioni ao expor as razões da impossibilidade de reparação da perda de uma chance no direito italiano (SILVA, F., 2015, p. 156).

A tese era sustentada na existência de apenas uma simples possibilidade de lucro aleatória, e não de um valor efetivo, certo e presente, estando ausente o dano financeiro real (PACCHIONI, 1940, p. 110).

No entanto, apesar da inexistência de um valor de mercado decorrente da impossibilidade de se atribuir um equivalente econômico à chance, haveria um valor social considerável. Não obstante, a frustração das possibilidades gerar um certo dano, este não seria patrimonial e, portanto, não indenizável no

ordenamento jurídico italiano em razão da limitação da reparação de danos extrapatrimoniais aos previstos em lei. O tratamento seria diverso na França, que admitia a reparação de qualquer dano moral (PACCHIONI, 1940, p. 111).

Portanto, Giovanni Pacchioni atribuía a natureza jurídica exclusivamente de dano moral para a perda de uma chance. Partindo-se dessa concepção, é possível identificar que “a doutrina italiana já via na chance uma natureza jurídica extrapatrimonial” (SILVA, F., 2015, p. 157).

A tese da natureza exclusivamente extrapatrimonial do dano pela perda de uma chance é encontrada na jurisprudência estadual de duas formas: quando reconhecida a probabilidade séria e real de êxito relativa a um interesse patrimonial perseguido com o processo aleatório¹³⁹; e quando a análise leva em consideração tão somente a interrupção do processo aleatório, desconsiderando as chances de êxito.

Nesta segunda hipótese, pode-se enquadrar, por exemplo, o entendimento de que a parte tem o direito ao duplo grau de jurisdição, conforme indicado ao item 4.1.1. Diferencia-se na medida em que o dano moral teria como fundamento não os efeitos anímicos e sim o impedimento da fruição deste direito subjetivo. Consequentemente, há uma concepção objetiva verificada pela natureza do bem ou direito violado, que neste caso é considerada unicamente extrapatrimonial.

A possibilidade de que a chance tenha natureza exclusivamente extrapatrimonial, ainda que o interesse no processo aleatório seja patrimonial, é indicada na Apelação Cível nº 70003568888¹⁴⁰ do Tribunal de Justiça do Estado do

¹³⁹ Nesta pesquisa, concluiu-se que havendo chance séria e real relativa a um interesse patrimonial, o dano será emergente.

¹⁴⁰ RESPONSABILIDADE CIVIL. INFORMAÇÕES DESABONATÓRIAS SOBRE A CONDUTA DO AUTOR. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. I Indubitável que a ré é responsável pelos atos de seu preposto que, por ordem ou não de seus superiores, forneceu informações inverídicas sobre a conduta do autor, informações estas, determinantes para a não contratação deste por outras empresas. II Dano material afastado. Ausência de comprovação. III Danos morais. Manutenção do *quantum*. Apelos improvidos. (TJ-RS. Apelação Cível, Nº 70003568888, Sexta Câmara Cível, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em: 27-11-2002).

No mesmo sentido: MANDATO - INDENIZAÇÃO RESPONSABILIDADE CrVH, - ADVOGADO - CONDUTA CULPOSA NA DEFESA DOS DIREITOS DO CLIENTE - DANO MORAL E MATERIAL - CUMULAÇÃO DE PEDIDOS - AÇÃO IMPROCEDENTE - ATRASO DO ADVOGADO, SEM MOTIVO JUSTIFICÁVEL, EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO - APLICAÇÃO DE REVELIA E CONFISSÃO - AÇÕES PROCEDENTES - OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO - NEGLIGÊNCIA QUE MOTIVA A «PERDA DA CHANCE» - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Com Revisão 9162959-96.1999.8.26.0000; Relator (a): Ferraz Felisardo; Órgão Julgador: 3a. Câmara do Segundo Grupo (Extinto 2º TAC); Foro Central Cível - 12ª V.CÍVEL. Data do Julgamento: 25/06/2002; Data de Registro:

Rio Grande do Sul. Embora o relator tenha considerado que, em razão da conduta dos prepostos da empresa ré, o autor perdeu a chance de obter um emprego, concorrendo com os demais candidatos em condições de igualdade, e com a mesma probabilidade de conseguir a vaga, consignou que, em seu entender, “tal prejuízo encontra-se na esfera dos danos morais, devendo ser levado em conta quando do arbitramento destes”.

Também, na Apelação Cível 1067707-27.2021.8.26.0100¹⁴¹ do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o relator mencionou expressamente que, em decorrência da conduta do advogado, o autor perdeu “a chance de lutar pelo seu direito e lhe causou danos materiais de enorme monta financeira em relação as sucumbências processuais. Assim, percebe-se que o apelante teve uma inenarrável situação de prejuízo material [...]”. No entanto, julgou improcedente o pedido de danos patrimoniais, por entender que inexistia na chance a equivalência à “acréscimo material, restringindo-se à esfera extrapatrimonial”.

No início da aplicação da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico, eram frequentes as decisões fazendo alusão à perda de uma chance como exclusivamente extrapatrimonial. Isso poderia ser atribuído à maior simplicidade na quantificação da indenização proporcionada pelos danos extrapatrimoniais, e justificaria a criação pela jurisprudência nacional de “uma corrente que tende a considerá-los como uma subespécie de danos extrapatrimoniais, posto que estes estão sujeitos a um subjetivismo mais acentuado na sua quantificação” (SILVA, 2013, p. 214).

Essa abordagem proporcionaria não apenas a simplicidade na quantificação, mas também na própria verificação do prejuízo. Atribuir natureza imaterial à chance exoneraria o intérprete da constatação de que ela representava um benefício pecuniário – pertença incorporada ao patrimônio em sentido amplo do lesado –, podendo tão simplesmente socorrer-se da fundamentação simplificada realizada para os danos morais, em que se admite que o Magistrado apenas indique

16/07/2002). Neste caso, a autora pretendia o ressarcimento material no valor de R\$ 13.675,96, e houve a condenação em danos moral no valor de R\$ 13.200,00.

¹⁴¹ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS / MANDATO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PERDA DE UMA CHANCE – A indenização pretendida a título de perda de uma chance não equivale a acréscimo material, restringindo-se à esfera extrapatrimonial - Reparação material descabida – Ação parcialmente procedente – Recurso desprovido, com observação (TJSP; Apelação Cível 1067707-27.2021.8.26.0100; Relator (a): Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/06/2023; Data de Registro: 28/06/2023).

o fato e dele afirme a ocorrência do dano moral¹⁴².

A possibilidade de uma natureza extra patrimonial ao dano por perda de uma chance foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, que no REsp 1.079.185/MG¹⁴³ indicou expressamente que a perda de uma chance também tem natureza patrimonial:

A sentença, nesse ponto mantida pelo Tribunal de origem, posiciona-se na tese de que a aplicação da teoria da perda da chance só pode levar ao ressarcimento por danos morais. Com a devida vênia aos entendimentos contrários, a probabilidade perdida pode ter contornos materiais bem definidos, que só não são relevantes nesta hipótese porque o pedido encontra-se bem delimitado e, além disso, como demonstrei, tais prejuízos foram objetos de ações diversas.

O enquadramento como exclusivamente moral não é adequado, porque a “incorreta identificação da perda da chance apenas como dano moral acaba por excluir outras espécies de danos” (SILVA, F., 2015, p. 169). Isso também gera dificuldades práticas, que podem culminar na ausência de ressarcimento.

O REsp 1.322.953/SC¹⁴⁴ esclarece os problemas gerados pela atribuição de uma natureza extra patrimonial à chance, sem que seja verificada a natureza do interesse almejado no processo aleatório. O caso teve origem na Apelação Cível n. 2006.034261-4 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina¹⁴⁵. O autor litigou contra seus antigos advogados devido à ausência na

¹⁴² A possibilidade de que a fundamentação do dano moral se preste a qualquer caso, em razão da invocação de fundamentação retórica, foi indicada na nota de n.º 127.

¹⁴³ (STJ. REsp 1.079.185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009).

¹⁴⁴ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 211 DO STJ. ESPÉCIE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não subsiste a alegada ofensa ao art. 535 do CPC porque a Corte estadual enfrentou todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

2. O Tribunal de origem não estava obrigado a se manifestar, em embargos de declaração, sobre a natureza jurídica da indenização pela perda de uma chance. Na presente hipótese, caracterizada a inovação recursal e a ocorrência de preclusão consumativa, o recurso especial ressente do indispensável prequestionamento, aplicando à espécie da Súmula nº 211 do STJ.

3. Alterar a conclusão do aresto recorrido sobre a natureza jurídica da indenização pela perda de uma chance como sendo espécie de indenização por danos morais exige que se reaprecie o acervo fático-probatório da demanda, razão pela qual é inafastável a incidência do óbice da Súmula nº 7 desta Corte de Justiça.

4. Agravo regimental não provido (STJ. AgRg no REsp n. 1.322.953/SC, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/9/2015, DJe de 10/9/2015).

¹⁴⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. APELO, TÃO-SOMENTE, DA SEGUNDA RÉ. PRIMEIRO RÉU QUE, NÃO OBSTANTE TENHA SIDO DEVIDAMENTE INTIMADO,

audiência de instrução e julgamento, o que resultou em negligência ao não produzirem prova imprescindível para a ação monitória.

O pedido inicial foi apenas de danos patrimoniais. A sentença de primeiro grau condenou à indenização de R\$ 1.156,85 por danos patrimoniais e R\$ 4.000,00 por danos morais. Não houve recurso do autor em relação a natureza jurídica do dano por perda de uma chance consignada na sentença. A apelação do réu foi provida, afastando a condenação por danos morais, devido a inexistência de pedido neste sentido.

O autor apresentou embargos de declaração para que o Tribunal Estadual indicasse se a perda de uma chance era espécie de indenização por danos materiais ou morais, mas esse recurso foi improvido porque não havia omissão, obscuridade ou erro material no acórdão. No Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o Tribunal de origem não estava obrigado a se manifestar sobre o ponto, porque estaria caracterizada a novação recursal e a ocorrência de preclusão consumativa, ante a ausência de recurso pelo autor em relação à sentença de primeira instância, mantendo, assim, o afastamento da condenação em danos morais por ser *ultra petita*.

O mesmo entendimento já havia sido consignado no REsp 1.190.180/RS¹⁴⁶. Embora o pedido fosse de danos patrimoniais, com a aplicação da

DEIXOU TRANSCORRER *IN ALBIS* O PRAZO PARA RECORRER. SENTENÇA *ULTRA PETITA* EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO COMPARECIMENTO DOS RÉUS NA AUDIÊNCIA DESIGNADA NOS AUTOS EM QUE ATUARAM COMO PROCURADORES DO AUTOR, EMBORA TENHAM SIDO DEVIDAMENTE INTIMADOS. DISPENSA, PELA ENTÃO MAGISTRADA, DE PRODUÇÃO DA PROVA ORAL REQUERIDA. CONDUTA NEGLIGENTE QUE CEIFOU EVENTUAL CHANCE DE ACOLHIMENTO DO PEDIDO FORMULADO NAQUELA DEMANDA. RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. DANOS MATERIAIS ADVINDOS DOS GASTOS COM AS CUSTAS PROCESSUAIS. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJ-SC, Apelação Cível n. 2006.034261-4, da Capital, rel. Sérgio Izidoro Heil, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 06-05-2010).

¹⁴⁶ RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise

perda de uma chance, condenou-se por danos morais, considerados como *extra petita*. No julgamento da apelação, o Tribunal de Origem¹⁴⁷ havia indicado expressamente a impossibilidade de que o valor patrimonial almejado com a chance fosse utilizado como parâmetro para a fixação da indenização.

A inadequada classificação da natureza jurídica do dano por perda de uma chance não tem influência apenas na possibilidade de indeferimento do ressarcimento por divergência entre a natureza atribuída pelo autor e a considerada pelo Magistrado.

Outra situação que pode ser impactada pela natureza jurídica atribuída é a relacionada aos seguros (RODRIGUES, s.d., s.p.), já que quando da pactuação do contrato de seguros, há o estabelecimento das coberturas contratadas¹⁴⁸.

acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.

Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petita* se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (STJ. REsp n. 1.190.180/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2010, DJe de 22/11/2010).

¹⁴⁷ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS CAUSADOS EM RAZÃO DE MANDATO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NEGLIGÊNCIA. AGRAVO RETIDO. INÉPCIA DA INICIAL. DESCABIMENTO. PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL ESTÁ EMBASADA EM PREJUÍZOS CONCRETOS, INCLUSIVE HAVENDO CONSTRIÇÃO JUDICIAL EM BENS DO DEMANDANTE. PERDA DE CHANCE. CONTESTAÇÃO APRESENTADA INTEMPESTIVAMENTE. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. FULMINADA QUALQUER POSSIBILIDADE DE SUCESSO DO CLIENTE NA DEMANDA PATROCINADA. OCORRENDO A PERDA DA CHANCE, NISSO JÁ RESIDE O PREJUÍZO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE. QUANTUM CONDENATÓRIO. REDUÇÃO. CRITÉRIOS PARA A MENSURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS, SENDO DEIXADA AO PRUDENTE ARBÍTRIO DO JULGADOR. APURAÇÃO EM PECÚNIA DA FRUSTRAÇÃO SOFRIDA PELA PARTE OFENDIDA. VALOR EXAGERADO ESTIPULADO PELO JUÍZO A QUO, QUE SE VALEU DO PREJUÍZO PATRIMONIAL EXPERIMENTADO, NÃO ATENTANDO PARA O ABALO MORAL ACARRETADO. PRINCÍPIO DA EQUIDADE. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. A FUNÇÃO REPARATÓRIA CIVIL CONSTITUI UM RESSARCIMENTO OU COMPENSAÇÃO À PARTE, BASEADA NO GRAU DE CULPA, NA DIMENSÃO DA OFENSA E NAS CONDIÇÕES DO OFENSOR E DO OFENDIDO. ANÁLISE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REBAIXAMENTO DO VALOR A TÍTULO DE CONDENAÇÃO POR DANO MORAL PARA R\$ 25.000,00, A SER CORRIGIDO PELO IGP-M DESDE 27.01.1998, E ACRESCIDO DE JUROS DE MORA DE 6% AO ANO, DESDE 26.02.1998. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. UNÂNIME. (TJ-RS. Apelação Cível, Nº 70016193252, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em: 05-09-2007).

¹⁴⁸ Os artigos 757 e 760 do Código Civil, exigem que a apólice especifique os riscos assumidos pelo segurador, o limite da garantia e o prêmio a ser pago, e permitem a possibilidade de que os riscos

O Superior Tribunal de Justiça consignou na Súmula 402 que “O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão”. Logo, a perda de uma chance com natureza moral, apenas teria cobertura se contratada a cláusula de danos pessoais ou danos morais em apartado (RODRIGUES, s.d., s.p.).

No caso em que ocorra a contratação de cobertura específica de apenas uma natureza de dano, como por exemplo, o patrimonial, a atribuição da natureza extrapatrimonial ou moral na sentença, ensejará a negativa de cobertura ainda que o interesse aleatório tenha natureza patrimonial.

Dessa forma, a disponibilização de inclusão expressa da cobertura dos danos pela perda de uma chance e a atribuição do respectivo prêmio, seria uma alternativa para “exclui o risco de condenações futuras imprevisíveis” (RODRIGUES, s.d., s.p.).

A importância da correta identificação da natureza jurídica relacionada ao interesse relacionado ao processo aleatório, pode ser extraída da advertência realizada por Sergio Cavalieri Filho (2015, p. 21) acerca da necessidade de cautela perante a possibilidade de exclusão de cobertura do dano por perda de uma chance:

Maior cuidado exige a exclusão do dano pela perda de uma chance por ser ainda controvertida, tanto na doutrina como na jurisprudência, a natureza desse dano. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma chance a título de lucro cessante, outras vezes como dano moral e outras, ainda, como uma terceira modalidade de dano.

A atribuição da natureza jurídica de dano extrapatrimonial diverso do dano moral, como será abordado no item 4.2.2, da mesma forma, poderia ensejar a negativa de cobertura seguritária se analisada sob a possibilidade do estabelecimento de clausulado estabelecendo o dano autônomo “perda da chance” como espécie de risco excluído, ou de que essa modalidade específica não corresponde às coberturas contratadas (RODRIGUES, s.d., s.p.).

sejam predeterminados (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16).

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.

Parágrafo único. No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador.

Portanto, a atribuição da natureza *una à chance* – com base na natureza imaterial do bem– e conseqüentemente sua sistematização como dano exclusivamente extrapatrimonial representa um retrocesso em relação ao atual desenvolvimento da teoria da perda de uma chance, e um risco a efetivação da reparação integral de danos.

4.2.2 Espécie de Dano Extrapatrimonial Diverso do Dano Moral

Outra forma de categorização da chance com base no interesse extrapatrimonial é proposta pelos partidários da admissão dos novos danos. O dano ocorrido a um interesse aleatório extrapatrimonial seria uma espécie do gênero extrapatrimonial diverso do dano moral.

Além da natureza jurídica de dano emergente *suis generis* quando o interesse no processo aleatório for patrimonial, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 136) atribui a natureza extrapatrimonial se essa for a natureza do interesse no processo aleatório. Trata-se, assim, de uma espécie de dano diversa do dano moral.

A sistematização do dano extrapatrimonial, para a autora, o identifica como um gênero, composto pelas espécies: dano moral, existencial, psíquico, biológico, genético, estético, psicológico, ambiental, social, de perda do tempo livre, entre outros. A perda de uma chance relacionada a um interesse não patrimonial, soma-se à lista das espécies, de forma autônoma, constituindo uma nova modalidade de dano extrapatrimonial. Todas as modalidades de danos identificadas no caso concreto podem ser cumuladas, proporcionando a completa reparação dos prejuízos decorrentes do fato danoso (AMARAL, 2015, p. 136).

Também, Fernando Moreira Freitas da Silva (2015, p. 156) atribui a natureza jurídica extrapatrimonial, como uma nova espécie de dano que não se confunde com o dano moral em sentido estrito¹⁴⁹, quando o interesse no processo aleatório é extrapatrimonial.

O autor adverte sobre a necessidade de uma correta identificação da natureza jurídica do dano por perda de uma chance, para se verificar em seguida se há outro dano a ser reparado cumulativamente, proporcionando a indenização integral

¹⁴⁹ Para o autor, o dano moral como espécie de danos extrapatrimoniais seria a violação aos direitos da personalidade (SILVA, F., 2015, p. 137 e 140).

(SILVA, F., 2015, p. 169). A preocupação é evitar que danos aos interesses patrimoniais sejam considerados exclusivamente de natureza moral, impedindo a soma com a reparação de eventual outro prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Dessa forma, o dano consistente na perda de uma chance séria e real, com caráter extrapatrimonial, poderia ser cumulado com o “dano moral puro ocasionado pela mesma conduta” (GONDIM, 2013, p. 136).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação 70079912630¹⁵⁰, analisou o caso em que o autor demandava sua antiga procuradora por conduta desidiosa que ensejou a extinção do processo sem julgamento de mérito. Em razão da demora em dar ciência do fato ao constituinte, houve a prescrição da pretensão. A probabilidade de êxito na maior parte dos pedidos restou demonstrada pela sentença de parcial procedência, mas que foi anulada em razão do reconhecimento da incompetência territorial. O julgamento pelo juízo incompetente evidenciou que o ingresso da chance no campo do dano ressarcível.

Houve a condenação em dano patrimonial por perda de uma chance; dano extrapatrimonial em razão da perda da “chance de constar o vínculo trabalhista em sua CTPS, com contagem de tempo para aposentadoria”; e dano moral. A sentença de primeiro grau indicou o dano moral em razão do descumprimento contratual que extrapolou o mero dissabor, “dada a fidúcia que envolve o contrato de prestação de serviços advocatícios”.

A dispensabilidade prática da adoção dos novos danos em relação às lesões à pessoa foi indicada no item 3.4. Basta a adequação da construção da fundamentação jurídica do dano moral nas manifestações processuais e sentenças, indicando-se de maneira clara os interesses extrapatrimoniais existenciais lesionados, e realizando-se a fixação do *quantum* indenizatório com base nos interesses e nos efeitos da lesão no caso concreto.

A independência do dano por perda de uma chance extrapatrimonial

¹⁵⁰ APELAÇÃO CÍVEL. MANDATOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PELA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E MORAIS. 1. Reconhecido o direito de indenização pela perda de uma chance, pois a demandada agiu com irresponsabilidade no desempenho do mandato, contribuindo para que o autor perdesse a oportunidade de ver o processo rejuizado. 2. Como o autor perdeu a chance de constar o vínculo trabalhista na sua CTPS, reconhecido o direito à indenização por danos extrapatrimoniais. 3. Diante das particularidades do caso, configurado dano moral a ser reparado. Recurso parcialmente provido, por maioria. (TJ-RS. Apelação Cível, Nº 70079912630, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Redator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em: 13-09-2019).

em relação ao dano moral, apenas seria pertinente quando analisado sob a perspectiva de o lesado não ser uma pessoa natural, faltando-lhe então o conteúdo axiológico da dignidade da pessoa humana, como nos casos de danos sociais, ao meio ambiente, à pessoa jurídica, entre outros.

No caso do dano à interesses aleatórios existenciais, o pedido de perda de uma chance extrapatrimonial como categoria autônoma esbararia em problemas, como ausência de ressarcimento, em razão do princípio da congruência, caso o Magistrado tenha entendimento diverso da natureza jurídica da chance perdida. A cumulação seria possível apenas quando atribuída ao dano moral a concepção subjetiva, o que deve ser bem delineado no caso concreto.

Definir a perda de uma chance como um novo dano com natureza extrapatrimonial vinculada a um interesse existencial, cumulável com o dano moral em sua concepção objetiva como violação aos direitos da personalidade ou à substratos da dignidade humana, ocasionaria *bis in idem*.

4.2.3 Dano Moral Objetivo por Perda de uma Chance: Chance Séria e Real e Interesse Existencial

A terceira forma de identificar a natureza do dano decorrente da interrupção de um processo aleatório que almeja um interesse extrapatrimonial existencial é a do dano moral objetivo, uma vez que não haveria necessidade de adoção da tese dos novos danos devido à inexistência de tipicidade dos interesses extrapatrimoniais ressarcíveis. Posição adotada nesta oportunidade.

Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 218) vincula a natureza do dano causado pela perda de uma chance à natureza do bem ou resultado final almejado com o processo aleatório em curso. Portanto, somente quando for de natureza extrapatrimonial será possível a ocorrência de dano moral.

O autor exemplifica o caso em que o advogado não apresentou o recurso contra a decisão desfavorável em uma ação para recuperação de guarda de um filho, e havia boa chance de reversão na instância superior¹⁵¹.

¹⁵¹ O exemplo é, à primeira vista, questionável porque as ações relativas ao exercício do poder familiar não fazem coisa julgada material, podendo ser rediscutidas. Portanto, haveria a possibilidade de o genitor reverter a guarda em um novo processo. No entanto, a prática demonstra que, esgotados os meios recursais, a rediscussão da matéria apenas será possível se houver uma alteração fática dos elementos discutidos na ação que ensejou a sentença. Desta forma, a sucumbência na ação de guarda,

A vinculação da natureza do dano por perda de uma chance à natureza do interesse no processo aleatório é uma “consequência da subordinação do interesse sobre a chance ao interesse sobre o resultado que pode ser alcançado por via dessa chance” (CARNAÚBA, 2013, p. 170). Por isso, pontuou-se que não há autonomia na chance, mas sim, um interesse diverso que versa sobre o mesmo objeto:

Enquanto o interesse sobre o resultado é o interesse de obter certamente uma vantagem, o interesse sobre a chance é o interesse de obter provavelmente essa mesma vantagem. Incidindo sobre um mesmo bem, esses dois interesses compartilham necessariamente da mesma natureza, patrimonial ou extrapatrimonial (CARNAÚBA, 2013, p. 170).

Daniel Amaral Carnaúba (2013, p. 170-171) identifica que toda perda de uma chance na qual o interesse era extrapatrimonial gerará dano moral, por ausência de valor econômico, como no caso de uma competição em que o prêmio era simbólico. Portanto, constata o dano moral como gênero que engloba todos os danos extrapatrimoniais.

Advertindo quanto à possibilidade de que, além do interesse aleatório extrapatrimonial, a vítima sofra outros danos de cunho moral relacionados a outros interesses, como a “honra, sua dignidade ou mesmo provocar frustrações e dores de cunho psicológico, configurando assim um dano moral autônomo, a ser reparado ao lado da chance perdida”. No caso de um esportista impedido de participar de uma competição decisiva em sua carreira, a indenização deverá ser proporcional aos benefícios patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de uma conquista dessa estirpe (CARNAÚBA, 2013, p. 172).

Assim, é possível implementar a proposta de sistematização dos danos extrapatrimoniais indicada no Capítulo 3¹⁵², por meio da consideração de que o dano moral é todo aquele relacionado aos interesses existenciais. Apesar de ser

até que ocorra alteração fática, implicará na impossibilidade de o genitor residir com os filhos. A situação é agravada no caso em que, por exemplo, o guardião ou guardiã residam em local distante, porque a ausência de revisão da sentença resultará na perda de uma chance de ter os filhos em sua companhia em razão da redução da frequência das visitas. O tempo que não se passou na companhia de uma criança, jamais será recuperado.

¹⁵² Esclarece-se que Daniel Amaral Carnaúba não propõe a mesma sistematização dos danos extrapatrimoniais, ao menos não indica um critério de diferenciação entre aqueles que tenham o lesado como uma pessoa natural e, portanto, com dignidade e direitos da personalidade, dos danos extrapatrimoniais ao meio ambiente, por exemplo. Mas incluiu-se nesta seção em razão de indicar a possibilidade de que o dano moral seja fixado sob nessa nomenclatura e identificados todos os outros interesses lesados sem a constante necessidade de criação de novos danos, a cada novo interesse identificado.

uma única espécie de dano extrapatrimonial, ele deve ser decomposto em tantos quantos interesses forem identificados como violados no caso concreto, com a correspondente indicação na fundamentação da dinâmica dos interesses e a influência de cada um na fixação da indenização.

A sistemática indicada tornaria necessária a complementação da afirmação “dano moral” com a indicação do interesse lesado: dano moral por perda de uma chance. Isso evitaria as divergências na atribuição da natureza jurídica, e proporcionaria segurança jurídica às partes, permitindo que acompanhem o caminho percorrido pelo juiz para a fixação do *quantum* indenizatório.

Embora essa fixação não seja realizada com o mesmo rigor da dosimetria da pena no direito penal, deve ocorrer de forma individualizada, ou seja, personalizada ao caso concreto. Isso implica em considerar casuisticamente as circunstâncias e consequências do dano, além das peculiaridades do lesado e do lesante.

A Apelação Cível n.º 70026384438¹⁵³ analisada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul demonstra a vinculação da natureza do interesse ao dano moral por perda de uma chance:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA O ESTADO. Danos morais. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO DO AUTOR NO CADASTRO DE CRIANÇAS DISPONÍVEIS PARA ADOÇÃO. PERDA DE UMA OPORTUNIDADE. Flagrante o dano moral experimentado pela criança cujo encaminhamento para adoção restou suspenso, inexplicavelmente, por mais de oito anos, impedindo a sua chance de ser colocada em família substituta em tenra idade. VERBA INDENIZATÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. TERMO A QUO. Em se tratando de indenização por danos morais, evidencia-se mais adequada a incidência da correção monetária e dos juros a partir da prolação da sentença que fixou a indenização. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. Devido à confusão entre autor e devedor na mesma pessoa jurídica, não cabe a condenação do Estado ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública. (TJ-RS. Apelação Cível n.º 70026384438. Relator: Des. Alzir Fêlippe Schmitz, julgado em 18 de dezembro de 2008).

A íntegra do acórdão evidencia que houve a destituição do poder familiar quando o autor tinha um ano e seis meses de vida em 1993, sendo mantido no Lar da Criança. Apesar da intimação da Assistente Social para que indicasse um casal habilitado para a colocação em família substituta, houve o arquivamento indevido do processo. O desarquivamento ocorreu quando o autor tinha sete anos de

¹⁵³ Exemplo citado também por Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 218).

idade. Além disso, a sentença foi anulada devido a um defeito na intimação do curador especial dos pais biológicos, e a inclusão no cadastro disponível aos habilitados ocorreu apenas no ano de 2003.

Foi consignado que a ausência de indicação da família substituta e o arquivamento dos autos geraram uma lacuna de oitos anos, na idade mais importante da vida do autor. Isso o impossibilitou de desfrutar da oportunidade de ser adotado na idade em que as chances são maiores (abaixo de dois anos), comparativamente a uma criança de nove anos.

A identificação do dano moral, apesar de mencionar que ocorria *in re ipsa*, fundamentou o nexo de causalidade na “inviabilidade de se dar a adoção de forma regular quando a criança não se encontra nos cadastros pertinentes”.

Este exemplo demonstra de forma clara a identificação do dano moral por perda de uma chance na concepção objetiva.

No que se refere à perda de uma chance, foi investigada a probabilidade de que a criança lograsse êxito em ser adotado e integrado em uma família. Para tanto, considerou-se a idade em que houve a destituição do poder familiar (menos de dois anos) e, por meio de estatísticas aferiu-se a maior probabilidade de que uma criança nesta idade seja adotada em comparação com uma criança na idade em que efetivamente passou a integrar o cadastrado.

O nexo causal restou demonstrado pelo fato de que, ausente o cadastro, não havia como o infante ter contato com as famílias que desejavam receber uma criança.

Ainda que não tenha sido expressamente mencionado, houve um juízo de ponderação, porque não se identificou no caso concreto, justificção para os fatos imputados à responsabilidade do Estado, como poderia ocorrer no caso em que a não indicação ou o arquivamento fossem necessários.

Não é possível afirmar que o autor seria adotado e teria êxito no processo aleatório, pois no campo do afeto e da convivência, nem todas as crianças logram serem integradas em uma família, mesmo em tenra idade. No entanto, havia essa oportunidade com uma chance séria e real de êxito, que foi tolhida da esfera de possibilidades do autor.

O dano moral, apesar de ter sido constatado *in re ipsa*, seria verificado pela concepção objetiva se fossem seguidas as balizas indicadas nesta pesquisa. Haveria, no mínimo, lesão aos direitos da personalidade relacionados à convivência

familiar, à integridade psíquica, e à proteção à criança ou adolescente pela família. Este último, conforme indicado por Rubens Limongi França (2011, p. 662) compõe os direitos da personalidade relativos à integridade física (ver nota 96).

No caso concreto, a reparação inicialmente fixada em dez mil reais no primeiro grau foi considerada ínfima, e no Tribunal de Justiça, majorada para cento e cinquenta mil reais. Os Desembargadores poderiam ter utilizado os interesses violados na fundamentação, indicando as razões para a majoração ou a fixação no patamar eleito, proporcionando maior segurança jurídica às partes.

Nas relações familiares, por exemplo, a desistência do projeto parental, quando já iniciado o procedimento de criopreservação de embriões, pela revogação do consentimento por um dos participantes, pode impedir definitivamente o não desistente de concretizar o projeto parental, ainda que de forma monoparental, por razões de idade ou saúde. Se for demonstrada uma chance séria e real de concretização do projeto parental interrompido injustamente pela revogação do consentimento para implantação do embrião criopreservado, o dano moral por perda de uma chance poderá ser reparado (DANELUZZI; SANTIAGO, 2021, p. 116).

A justificação ou não da revogação do consentimento deverá ser verificada no caso concreto, analisando-se intersubjetivamente. Ou seja, ao ponderar os interesses contrapostos, é que se verificará a existência do dano moral indenizável por perda de uma chance.

Não se pode perder de vista que, apesar da revogação do consentimento, em matéria de direitos da personalidade, ser discricionária e unilateral, com efeitos imediatos que impedem a continuidade de sua utilização. Isso não exime a obrigação de reparar os danos causados (BELTRÃO, 2014, p. 16).

Apesar da incerteza inerente ao nascimento com vida do embrião, a revogação do consentimento para implantação relaciona-se à “perda da chance de ser pai/mãe daquele que não desistiu do projeto parental” (DANELUZZI; SANTIAGO, 2021, p. 114).

Pode-se notar, por exemplo, a ausência de uma chance séria e real nos casos em que a mulher tenha mais de cinquenta anos, ou enfrente dificuldades para que a gestação vá a termo devido a questões inerentemente biológicas (DANELUZZI; SANTIAGO, 2021, p. 115). Além disso, há casos em que a causa que levou à necessidade do congelamento dos embriões demonstra ser ínfima a chance de sucesso da gravidez.

O inadimplemento de prestação alimentar é outro caso – diverso da rotineira responsabilização civil dos médicos e advogados – que pode gerar dano moral por perda de uma chance. O Superior Tribunal de Justiça já indicou a possibilidade de que o abandono material dos filhos gere dano moral no REsp n. 1.087.561/RS¹⁵⁴.

No caso concreto, restou delineado que o pai não cumpria o dever de prestar alimentos por manifesta desídia. Apesar de ter excelentes condições patrimoniais, apenas efetuava os pagamentos no âmbito de execuções de alimentos, e na iminência da ordem de prisão. Foi constatado que a criança vivia em estado de penúria, faltando-lhe elementos básicos como alimentação adequada. Houve menção expressa de que a condenação não se confundia com o dano moral por abandono afetivo.

Partindo desse cenário fático, não há impedimentos de que se verificado que o filho estava em condições propícias para alcançar um benefício aleatório futuro, e que a ausência da prestação alimentar interrompeu esse processo, ocorra a condenação à reparação da perda de uma chance, tanto referente ao interesse patrimonial quanto extrapatrimonial.

Dessa forma, supondo que o filho foi aprovado para ingresso em curso superior em uma cidade distante de sua residência, ou em cursos nos quais os insumos necessários têm um alto custo, e devido à ausência do pagamento da pensão alimentícia por ato voluntário do pai, ele se vê obrigado a abandonar a faculdade. Poderia ser caracterizada a perda de uma chance, uma vez que o mero ingresso em curso de nível superior não implica na conclusão por diversos fatores, incluindo possíveis reprovações. No entanto, há uma alta probabilidade de que a maioria dos ingressantes conclua a graduação e ingresse no mercado de trabalho em boas

¹⁵⁴ RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. Recurso especial improvido (STJ. REsp n. 1.087.561/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 18/8/2017).

condições.

Assim, além do dano moral decorrente da ofensa à dignidade do filho em razão da ausência de condições materiais mínimas, conforme indicado no REsp n. 1.087.561/RS, seria possível estabelecer um valor indenizatório pela violação da oportunidade relacionada ao direito da personalidade à educação e ao desenvolvimento vocacional profissional, conforme elencado por Limongi França (2011, p. 662-664), ver nota 96.

Nas relações de trabalho, o dano moral por perda de uma chance poderia se materializar no caso em que um trabalhador recebeu uma advertência escrita por desídia. Intentada a anulação judicial, a sentença desfavorável apresenta uma fundamentação frágil, porém o recurso ordinário foi intempestivo. Embora não haja um dano patrimonial evidente, existe a impossibilidade de cancelamento da advertência (HIGA, 2011, p. 126) o que configura uma violação ao direito da personalidade relacionado à honra.

A perda de uma chance, quando considerada como um modo de violação do interesse do lesado ou uma nova situação lesiva, não possui limitações de hipóteses. A casuística demonstra um crescimento geométrico, com constantes adições de novas possibilidades fáticas (HIGA, 2011, p. 127).

Embora considere que a perda de uma chance seria um dano extrapatrimonial diverso do dano moral, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 134-135) cita o exemplo de um aluno com notas excelentes que almeja concorrer à menção honrosa durante a faculdade. No entanto, devido a convicções pessoais do professor de que ninguém está habilitado a receber nota máxima, lhe é atribuída nota próxima da média. Tal fato, matematicamente, retira do aluno a possibilidade de alcançar seu objetivo, ao influenciar para baixo a somatória de seu histórico.

Neste caso, embora possa ser identificado um interesse patrimonial decorrente da possibilidade de obter melhores propostas de emprego ou salariais, o interesse do aluno era evidentemente extrapatrimonial (AMARAL, 2015, p. 135).

De acordo com a concepção objetiva adotada nesta oportunidade, a perda dessa chance era apta a gerar dano moral. Isso porque o interesse almejado ao final do processo aleatório era extrapatrimonial, ligado ao direito da personalidade

relacionado à integridade moral, especificadamente à honorificência¹⁵⁵.

Na Apelação 0009922-47.2014.8.16.0004¹⁵⁶, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, bem perquiriu a probabilidade de maior êxito no tratamento da autora, que procurou atendimento médico diversas vezes relatando quadro de dor, e mesmo apresentando exame que indicavam a necessidade de acompanhamento do quadro, a médica apenas prescreveu analgésicos e não a encaminhou para a realização de outros exames, por entender que “não era necessário”. A autora sustentou que se tivesse sido encaminhada para exames mais específicos só realizaria a cirurgia de retirada de ovário, mas em virtude da inércia médica foi submetida à remoção completa do aparelho reprodutor, restando impedida de gerar filhos.

Houve a clara indicação do direito da personalidade violado no caso concreto, e que fundamentou a condenação ao ressarcimento do dano moral: a integridade física (incapacidade reprodutiva e deficiência total da função hormonal ovariana, e possibilidade de recidiva em decorrência do atraso do diagnóstico). Além disso, houve a condenação em dano estético, evidenciando que a lesão à integridade física da autora teve como efeito uma cicatriz de maior extensão do que aquela que resultaria apenas da retirada do ovário.

Os apontamentos sobre a decisão se dão na medida em que o dano moral foi fixado por arbitramento simples, sem indicar o valor correspondente ao dano final e a posterior redução proporcional à chance perdida de evitar as sequelas caso

¹⁵⁵ Conforme identificado por Rubens Limongi França (2011, p. 662) ao propor uma sistematização dos aspectos fundamentais da personalidade. Indicado na nota de rodapé n.º 96.

¹⁵⁶ APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ATENDIMENTO MÉDICO DEFICIENTE. DIAGNÓSTICO TARDIO DE CÂNCER NO OVÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE ENCAMINHAMENTO DA PACIENTE A ATENDIMENTO ESPECIALIZADO, COM MÉDICO GINECOLOGISTA, E SOLICITAÇÃO DE EXAMES COMPLEMENTARES DIANTE DOS SINTOMAS APRESENTADOS E RESULTADO DE ULTRASSONOGRAFIA PÉLVICA, QUE APONTAVA O AUMENTO DE TAMANHO DO OVÁRIO ESQUERDO. DIAGNÓSTICO NA FASE INICIAL QUE EVITARIA SEGUNDA CIRURGIA QUE OCASIONOU A INCAPACIDADE REPRODUTIVA E DEFICIÊNCIA TOTAL DA FUNÇÃO HORMONAL OVARIANA. POSSIBILIDADE DE RECIDIVA DA DOENÇA QUE ESTÁ ATRELADA À DEMORA NO DIAGNÓSTICO DA DOENÇA. NEGLIGÊNCIA, DANO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. DANO MORAL QUE PRESCINDE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO, EIS QUE DECORRE DA SIMPLES PROVA DO FATO. DANO ESTÉTICO. CICATRIZ AUMENTADA EM DECORRÊNCIA DA SEGUNDA CIRURGIA. MODIFICAÇÃO NA APARÊNCIA DA VÍTIMA QUE É APTA A ENSEJAR INDENIZAÇÃO EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO DANO MORAL E ESTÉTICO TENDO EM VISTA QUE OFENDEM BENS JURÍDICOS DIVERSOS. SÚMULA 387 DO STJ. VALORES FIXADOS A TÍTULO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS COMPATÍVEIS COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO (TJPR - 2ª Câmara Cível - 0009922-47.2014.8.16.0004 - Curitiba - Rel.: Desembargador Antonio Renato Strapasson - J. 06.12.2021).

a enfermidade fosse diagnosticada a tempo. Além disso, havia a possibilidade de que a condenação fosse apenas por dano moral, considerando a lesão estética como um dos interesses que o integram ou como um efeito que majoraria o *quantum* fixado. Em ambos os casos resultaria em um aumento da indenização, atingindo o mesmo propósito da cumulação de danos.

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação 0084873-45.2012.8.19.0021¹⁵⁷, observou que além da perda de uma chance de sobrevivência da paciente, a “atividade médica negligente e imperita não causou, naturalisticamente, a doença da paciente, mas fez com que ela perdesse a possibilidade de viver mais alguns anos junto aos seus pais e filho”. O dano moral foi identificado na lesão à integridade física e à vida da paciente, bem como à convivência familiar.

No caso, o laudo de ressonância magnética do encéfalo da paciente indicava a possibilidade de existência de lesão neoplásica secundária e/ou vascular. A cirurgia de retirada radical do tumor cerebral foi realizada em fevereiro de 2009, e determinada a análise histopatológica do material e verificação de eventual malignidade. No entanto, o laudo nunca foi encontrado. Somente em janeiro de 2011, o neurocirurgião responsável informou que o tumor em tratamento era maligno – informação verificada em nova biopsia após outras cirurgias – e que no procedimento realizado não foi possível remover todo o material. A paciente só foi encaminhada a um oncologista para o início do tratamento com quimioterapia/radioterapia em novembro de 2011. O laudo pericial concluiu pela redução da sobrevivência da paciente

¹⁵⁷ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO NO DIAGNÓSTICO DO TIPO HISTOLÓGICO DE TUMOR CEREBRAL. ÓBITO DO PACIENTE. PERDA DE UMA CHANCE. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS COMPONENTES DA CADEIA DE CONSUMO. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM VALOR INSUFICIENTE À TELEOLOGIA DO INSTITUTO. MAJORAÇÃO. PARCIAL REFORMA DA R. SENTENÇA. 1. Vínculo contratual válido em que são partes a seguradora falecida e a operadora de plano de saúde INTERMEDICA SISTEMA DE SAUDE. 2. Mulher jovem, de 23 (vinte e três anos), com laudo de ressonância magnética de crânio, a demonstrar lesão cerebral volumosa. 3. Resultado do exame histopatológico desaparecido no estabelecimento hospitalar que impediu a definição do tipo tumoral e atrasou, consideravelmente, o início do tratamento quimioterápico, causa direta para a redução de sua sobrevivência. 4. Responsabilidade solidária que vincula todos os componentes da cadeia de consumo, nos termos dos artigos 7º, parágrafo único, e 25, §1º, do CDC. 5. Dano moral. Verba indenizatória fixada na R. Sentença em valor insuficiente ao cumprimento da teleologia do instituto. Majoração devida. 6. Sucumbência mínima dos autores. Honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, devidos, exclusivamente, em favor do patrono dos demandantes. 7. Negativa de provimento ao primeiro recurso (NOTREDAME INTERMEDICA) e provimento ao apelo adesivo (TARCISIO E OUTROS). (TJ-RJ 0084873-45.2012.8.19.0021 - Apelação. Des(A). Gilberto Clóvis Farias Matos - Décima Quinta Câmara Cível - Julgamento: 21/10/2020).

devido ao erro médico no diagnóstico e tratamento do câncer que a acometia.

A indenização fixada em cem mil reais para cada um dos genitores, e cento e cinquenta mil reais para o único filho, baseou-se em precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual para casos de dano-morte, a indenização por dano moral era fixada entre 300 e 500 salários mínimos. Assim, a reparação foi proporcional à chance e não ao total do bem jurídico almejado (cura).

Portanto, o dano moral por perda de uma chance, em sua concepção objetiva, é verificado na interrupção de um processo aleatório destinado a alcançar um interesse existencial relacionado aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, em que se verificou a probabilidade de êxito séria e real, ainda que concomitante a um interesse patrimonial.

Não se confunde com o descontentamento pela mera frustração por interrupção da oportunidade, pois, devido à natureza incerta inerente aos processos aleatórios, somente nos casos em que demonstrado que a chance já integrava o patrimônio em sentido amplo do lesado e tinha efetiva utilidade para o alcance da vantagem pretendida, é que constituir-se-á o dano ressarcível.

4.3 DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL

Os exemplos citados anteriormente demonstram que a perda de uma chance pode ocorrer tanto em relações extracontratuais quanto contratuais. Embora a prestação de serviços advocatícios ou médicos seja um campo fértil, não se limita a essas hipóteses.

Apesar de as obrigações assumidas pelos profissionais liberais serem, em geral, de meio e não de resultado, quando contratados, eles se comprometem a envidar seus conhecimentos técnicos e os recursos disponíveis para buscar, o quanto for possível, o resultado desejado pelo contratante.

Logo, no caso de descumprimento total ou parcial da obrigação assumida pelo contratado, ainda que a obrigação seja de meio, poderá configurar o inadimplemento, e o conseqüente dever de reparação das perdas e danos em sentido amplo.

Dessa forma, o advogado que recebeu os honorários contratuais e as custas iniciais, mas não moveu a ação dentro do prazo prescricional, deverá restituir esses valores ao cliente (dano emergente), resultando no retorno das partes ao estado

pré-contratual. Também, se verificada a ocorrência de uma chance séria e real de êxito no processo aleatório destinado à obtenção de uma vantagem patrimonial, não há grandes controvérsias sobre o dever de ressarcimento dos danos emergentes proporcionais à probabilidade de êxito.

A questão remanescente é a possibilidade de reparação do dano moral por perda de uma chance quando há descumprimento contratual. O tema suscita dois questionamentos: a reparação do dano moral em prévia relação jurídica negocial; e se a perda de uma chance em decorrência do incumprimento da obrigação, ainda que parcial, poderia gerar dano emergente e dano moral cumulativamente.

O dano moral em relações contratuais, assim como outros institutos jurídicos, está em constante evolução e aperfeiçoamento. Os argumentos contrários à possibilidade de reparação são de “destacada origem formalista” (SERPA, 2020, p. 296). Além dos já mencionados no item 2.2, há a indicação da existência de regimes jurídicos específicos e distintos para a responsabilidade contratual e extracontratual, limitando-se a reparação dos danos extrapatrimoniais apenas à segunda hipótese (VARELA, 2000, p. 605)¹⁵⁸. Argumenta-se que o caráter essencialmente patrimonial da prestação vincularia os prejuízos decorrentes do descumprimento a danos de mesma natureza, ou seja, exclusivamente patrimoniais. E que poderia ocorrer um aumento das demandas frívolas (SERPA, 2020, p. 297).

É comum que decisões judiciais indiquem que o mero descumprimento contratual não gera dano moral, argumentando que “o aborrecimento oriundo do inadimplemento insere-se na esfera de tolerabilidade, estando todos aqueles que entabulam relações jurídicas sujeitos a esse tipo de evento” (OLIVA, 2014, s.p.).

Recusa-se a possibilidade de indenização por dano moral nos casos de mero aborrecimento, conforme consignado no Enunciado 159 da II Jornada de Direito Civil promovida pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁹.

¹⁵⁸ “A estruturação tópico-legislativa da matéria no Código Civil português traz, de certa maneira, subsídio para esse tipo de argumentação, já que o art. 496º, justamente aquele que estabelece a reparação dos danos não patrimoniais (dispondo, em seu inciso 1, que “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”), está inserido em seção especificamente destinada a regulamentar a responsabilidade civil aquiliana (Secção V, Subsecção I, do Capítulo II), e não em seção destinada a regulamentar indistintamente as formas de reparação das duas espécies de responsabilidade (Secção VIII do mesmo capítulo, denominada “obrigação de reparação”)” (SERPA, 2020, p. 297).

¹⁵⁹ “Enunciado 159 – Artigo 186, o dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material” (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

No entanto, inexistindo restrição legal, não há motivação concreta que impeça a reparação de danos extrapatrimoniais, incluindo o dano moral quando a relação for contratual (NALIN, 1996, p. 121 e 132; PEREIRA, 2022b, p. 335, *ebook*).

Roberto Brebbia (1950, p. 168-169) ao abordar a ocorrência de dano moral no campo da responsabilidade civil contratual no ordenamento jurídico argentino, pontua que na ausência de previsão legal específica, a legislação deve ser interpretada de forma unitária, com primazia dos princípios gerais de ressarcimento. Isso porque o conceito de dano

necesariamente debe ser unitario, es decir, que debe tener la misma validez y alcance en todas las oportunidades em que el referido cuerpo de leyes se refiere a los agravios, pues de no ser así la ley habría consignado expresamente lo contrario en el caso particular en que se quería separar del concepto general enunciado (BREBBIA, 1950, p. 170).

O autor indica que o artigo 519 do Código Civil Argentino¹⁶⁰ vigente à época, embora não estabelecesse de forma expressa, também não proibia a aplicação do princípio amplo de reparação dos danos morais às relações contratuais. Assim, apenas seria possível a redução da indenização aos interesses patrimoniais quando houvesse previsão legal ou a limitação decorrente do confronto de normativas legais do instituto jurídico (BREBBIA, 1950, p. 169).

A mesma situação é observada no ordenamento jurídico brasileiro¹⁶¹. Embora não haja previsão da reparação de dano moral por descumprimento contratual no artigo 402 do Código Civil – e tão somente das perdas e danos – não há impeditivo para aplicação complementar da regra geral prevista no artigo 186 e 927 do Código Civil.

A possibilidade de ressarcimento de dano moral ocorrido em uma relação contratual é motivada pela imutabilidade do fato ilícito, que não deixa de ter essa natureza, meramente por ter ocorrido em uma relação obrigacional preexistente descumprida ou fora dela. Em ambos os casos, o dano a um interesse não patrimonial, merece a mesma reação por parte do ordenamento jurídico, com a finalidade de

¹⁶⁰ “Art. 519- Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inexecución de ésta a debido tempo” (BREBBIA, 1950, p. 168).

¹⁶¹ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

reestabelecer o equilíbrio alterado por meio do ressarcimento (PIZARRO, 2000, p. 143-144)¹⁶².

Traçando a evolução e as possibilidades do dano moral por inadimplemento contratual, Milena Donato Oliva (2014, s.p.) indica que existiria uma exceção nos casos em que o inadimplemento gerasse abalo psíquico extraordinário¹⁶³.

De pronto, nota-se que a exigência de consequência “extraordinária” retoma a concepção de dano moral subjetivo, já que não se verificaria o interesse relacionado ao objeto da prestação contratual. Mas sim, os efeitos para o lesado, tornando difícil a averiguação no caso concreto, por atribuir grande margem de subjetivismo ao intérprete.

Na perspectiva subjetiva, que se vincula à ocorrência de dor, não existiria motivos para a negativa da reparação do dano moral por inadimplemento contratual (MORAES, 2017, p. 164) em razão da notória ocorrência de sentimentos desagradáveis¹⁶⁴.

Por esse motivo, a *priori*, todas as vezes em que houvesse descumprimento contratual que gerou a perda de uma expectativa, ainda que sem probabilidade de concretização e independentemente da natureza do interesse

¹⁶² “Comment accorder des dommages-intérêts à celui qui subit des souffrances par la faute d'un tiers et non par celle de son médecin ou de son transporteur?. Comment refuser tout recours à celui qui a acheté un portrait, souvenir précieux de famille, sous prétexte que la peinture est sans valeur pécuniaire?. Comment ne pas condamner à des dommages-intérêts celui qui, ne voulant pas exécuter un contrat relatif à des obsèques, retient le corps du défunt ?” (MAZEAUD; TUNC, 1957, p. 415). Tradução livre: “Como pode ser concedida indenização a alguém que sofre por culpa de um terceiro e não do seu médico ou do seu transportador? Como recusar qualquer recurso a quem comprou um retrato, uma preciosa lembrança de família, sob o pretexto de que o quadro não tem valor pecuniário? Como não condenar à indenização aquele que, não querendo cumprir contrato relativo a funeral, retém o corpo do defunto?”.

¹⁶³ A autora indica dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça para demonstrar sua colocação: ““Embora o mero inadimplemento contratual não seja causa para ocorrência de danos morais, é reconhecido o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada” (STJ, REsp 1.364.775, 3.ª T., j. 20.06.2013, rel. Min. Nancy Andrichi).

“Reconhecida circunstâncias que excedem o simples dissabor oriundo do descumprimento contratual, deve-se, excepcionalmente, reparar o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento” (STJ, AgRg no REsp 725.864, 4.ª T., j. 21.08.2012, rel. Min. Maria Isabel Gallotti).” (sic) (OLIVA, 2014, s.p.).

¹⁶⁴ Os efeitos negativos do descumprimento de uma obrigação contratual e que poderiam ensejar a reparação moral são ilustrados por Carlos Alberto Bittar (2015a, p. 55-56) ao abordar a possibilidade de que um mesmo fato gere danos de naturezas diversas. Na ruptura contratual injusta, além dos danos patrimoniais decorrentes do não ingresso do numerário ou não realização de um negócio esperado, há “a sensação de desconforto por impossibilidade de pagamento de dívida existente; constrangimento pessoal; abalo de crédito no mercado; situação vexatória pela inadimplência [...]”.

almejado, seria possível a reparação de dano moral decorrente da frustração ou dos aborrecimentos inerentes à situação, como indicado ao item 4.1.1.

A justificativa possível para se negar a indenização estaria, então, na ausência de extensão suficiente para romper o equilíbrio psíquico da vítima¹⁶⁵, por se tratar de um mero descontentamento normal à vida em sociedade, o se buscou fixar com a exigência do abalo “psíquico extraordinário”.

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 163-165), a vertente objetiva do dano moral, enquanto violação à dignidade humana, resolve o impasse da existência de dano moral por inadimplemento contratual, na medida em que, normalmente, o descumprimento contratual não enseja dano moral. No entanto, havendo gravidade suficiente que demonstre a violação aos substratos materiais da dignidade humana, estaria configurado o dano moral:

Se se tem do dano moral, porém, o entendimento de que só a lesão à dignidade humana - em seus principais substratos, isto é, a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade -, pode a ele dar ensejo, resolve-se trivialmente a questão. Dificilmente um contrato não cumprido chega a atingir tal profundidade. Se, porém, a alcançar, haverá direito à indenização (MORAES, 2017, p. 165).

O perquirir do dano moral em sua concepção objetiva perpassa pela identificação do interesse objeto da relação contratual.

A doutrina moderna tem distinguido entre a patrimonialidade da prestação e a patrimonialidade ou extrapatrimonialidade do interesse do credor. Apesar de a prestação sempre ter conteúdo patrimonial, a utilidade proporcionada para o credor pode ser variável, tendo como finalidade interesses culturais, filantrópicos, de lazer, vinculando-se aos seus sentimentos, saúde física, integridade moral e espiritual ou de seus familiares (PIZARRO, 2000, p. 144). Assim,

el acreedor que a raíz del incumplimiento de su deudor, sufre un menoscabo espiritual, derivado de la lesión a un interés no patrimonial, que procuraba satisfacer a través de la relación creditoria, tiene derecho a obtener reparación del perjuicio sufrido (PIZARRO, 2000, p. 145).

¹⁶⁵ “Todo agravio, aún el mismo perjuicio patrimonial, puede llevar aparejado una conmoción desagradable de orden físico o psíquico en el sujeto pasivo del agravio. Por ejemplo, un atentado contra el derecho de propiedad de un sujeto puede traer como consecuencia al mismo, a la par que una lesión patrimonial, un dolor moral producido por el desconocimiento de su derecho. Yheríng, en el magnífico opúsculo titulado “La lucha por el Derecho”, hace mención a este dolor moral que ocasiona a toda persona de cierta dignidad el desconocimiento de sus derechos y considera que el mismo es el motor que impulsa al sujeto agraviado a luchar contra la injusticia, aunque su triunfo en el litigio no pueda significarle una ventaja económica” (BREBBIA, 1950, p. 94).

Isso porque “as relações jurídicas se estabelecem com vista a atingir um fim: satisfazer um interesse juridicamente relevante. É para isso que se entra no comércio jurídico” (NEGREIROS, 2006, p. 424). Dessa forma, quando analisada a contratação firmada no caso concreto, é possível a ocorrência do dano moral se o objeto da prestação incumprida adequadamente destinava-se à satisfação de um interesse existencial do credor.

Ou seja, observando-se a função que a prestação exerce “na conservação ou promoção da dignidade da pessoa humana” (NEGREIROS, 2006, p. 460).

O interesse almejado com a prestação é o substrato da classificação doutrinária proposta por Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 600-601) que destaca a dicotomia dos contratos existenciais e de lucro, esclarecendo a necessidade de tratamento diverso.

Os contratos existenciais¹⁶⁶ são aqueles que tem uma pessoa física como contratante¹⁶⁷, visando a sua subsistência e o judiciário deve atender às suas necessidades fundamentais, tutelando o “direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc” (AZEVEDO, 2009b, p. 600). Estes contrapõem-se aos contratos de lucro¹⁶⁸, entendidos como aqueles firmados no âmbito dos “empreendimentos privados”, tanto por pessoas jurídicas ou físicas visando o lucro, em relação não ao objeto, mas sim à função econômica da prestação contratada (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 103).

A ideia de existencialidade da prestação é abordada por Teresa Negreiros (2006, p. 30-31) ao expor a necessidade de compatibilização dos paradigmas clássico e contemporâneo dos negócios jurídicos. O predomínio de um

¹⁶⁶ Antônio Junqueira de Azevedo em atualização à Obra de Orlando Gomes (2009, p. 100) trabalhou com a diferenciação dos contratos em empresariais e não empresariais ou existenciais, indicando que “Dentre os contratos existenciais encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana”.

¹⁶⁷ O autor inclui ainda as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. No entanto ante a opção pela classificação dos danos extrapatrimoniais à pessoa jurídica como espécie de dano extrapatrimonial diversa do dano moral, optamos por não as incluir na exposição ora proposta.

¹⁶⁸ A classificação pelo interesse na prestação não é estanque em existenciais e de lucro, mas são abordadas como contrapostas para evidenciar a distinção (c.f. AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 97).

ou de outro dependerá dos bens (essenciais¹⁶⁹, úteis ou supérfluos)¹⁷⁰ exigirem a imputação de um regime jurídico diferenciado¹⁷¹.

Cita-se como exemplos já reconhecido na legislação, a classificação das benfeitorias em necessárias, úteis e voluptuárias; o bem de família; o regime das locações de imóveis; ou das obrigações alimentares (NEGREIROS, 2006, p. 35).

A utilidade existencial dos bens é incorporada ao direito contratual, fornecendo parâmetros para a definição do predomínio de valores individualistas ou solidaristas (NEGREIROS, 2006, p. 39). O tratamento no âmbito contratual, é ilustrado por meio do

diverso arranjo entre autonomia e autoridade conforme se trate, por exemplo, (i) de um contrato de compra e venda de um remédio, destinado à cura do contratante ou de alguém a quem o mesmo precisa tratar, ou, ao invés, (ii) de um contrato, também de compra e venda, de um perfume ou de uma joia (NEGREIROS, 2006, p. 39).

A diversidade dos interesses envolvidos na relação contratual reflete também na reparação do dano moral, que apenas ocorreria nos contratos existenciais (AZEVEDO, 2009b, p. 601).

A classificação escalonada dos bens, em razão de sua utilidade existencial para o credor, pode ser utilizada como bússola para o intérprete na identificação e quantificação do dano moral, uma vez que quanto mais indispensável era a prestação ou interesse, maiores serão as consequências do dano.

Assim, quando analisada uma relação contratual de forma abstrata, conclui-se que o mero descumprimento contratual não gera dano moral, já que este pressupõe a ofensa anormal à personalidade (CAHALI, 2015, p. 437). Também, a gravidade da conduta ou do dano patrimonial não geram por si só, dano moral por inadimplemento, porque não houve “lesão a um interesse existencial constitucionalmente garantido” (SCHREIBER, 2009, p. 126).

¹⁶⁹ “[...] o denominado paradigma da essencialidade constitui, portanto, um instrumento para se distinguirem os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar – ampliando-se, correlativamente, o campo de aplicação dos novos princípios” (NEGREIROS, 2006, p. 31).

¹⁷⁰ “Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado” (NEGREIROS, 2006, p. 342).

¹⁷¹ “[...] as necessidades humanas passam a se constituir em um elemento dogmático da maior relevância, inspirando a formulação de categorias e de regimes diferenciados, conforme a força normativa que se passa a conferir ao princípio da dignidade da pessoa humana” (NEGREIROS, 2006, p. 338).

O qual pode ser inferido no caso concreto por meio da verificação do interesse do credor sobre a prestação pactuada, já que “certos bens patrimoniais integram o substrato da realização existencial, configurando-se, deste modo, um campo de interseção entre ambas as dimensões, existencial e patrimonial, das situações subjetivas” (NEGREIROS, 2006, p. 462)¹⁷².

Ainda que exista patrimonialidade no contrato, a razão preponderante da contratação pode ser um interesse extrapatrimonial, ou seja, a garantia de “acesso a bens essenciais para uma vida digna, como água e luz, de maneira que o descumprimento do fornecedor acaba por obstar o acesso a condições mínimas para a existência digna” (OLIVIA, 2014, s.p.).

Dessa forma, tendo o descumprimento contratual afetado também um interesse existencial, e verificada a lesão à direito da personalidade ou à substrato da dignidade da pessoa humana, haverá dano moral:

Por fim, o inadimplemento deverá ser relacionado como causa, direta ou indireta, de lesão a algum direito da personalidade, tal como a vida, a integridade física, a reputação, o nome, a liberdade. A lesão a direito da personalidade e o nexó de causalidade entre o inadimplemento da obrigação e a lesão constituem, assim, requisitos do dano moral contratual (ANDRADE, 2005, p. 136-135).

A necessidade de se perquirir a natureza jurídica do objeto ou interesse para determinar a possibilidade de ocorrência do dano moral em relações contratuais é reconhecida até mesmo pelos adeptos da concepção subjetiva de dano moral. Se a prestação era referente à pessoa e o inadimplemento causou lesão à esfera psíquica, haverá danos patrimoniais e dano moral (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 111, *ebook*).

A vinculação do dano moral por descumprimento contratual aos casos em que exista um interesse existencial ao menos relacionado foi indicada no item 3.3.2.2, na análise do AgInt no REsp n. 1.739.617/RJ e REsp n. 1.406.245/SP. Nos quais, o Superior Tribunal de Justiça considerou que não houve violação aos direitos da personalidade dos autores, sendo indevida a condenação em dano moral.

¹⁷² “É, aliás, comum a interpenetração entre danos morais e patrimoniais, exatamente porque de bens patrimoniais resultam satisfações morais e, de outro lado, da respectiva higidez psicossomática depende a obtenção de novas utilidades econômicas (como, por exemplo, o conforto que cerca a família com a existência de numerário suficiente para sua manutenção; a paz conjugal derivada da plenitude física do casal; a expansão pessoal ou profissional do atleta em razão de sua integridade física, e assim por diante)” (BITTAR, 2015a, p. 54).

Dessa forma, na concepção objetiva de dano moral, em que a sua identificação em uma relação contratual está atrelada à existência de um interesse existencial, verifica-se que o dano moral por perda de uma chance não poderia ocorrer de maneira diversa.

É a partir dessas conclusões que se nota a impossibilidade de reconhecimento da ocorrência de dano moral por perda de uma chance pelo simples descumprimento contratual que gerou expectativa de alcançar alguma vantagem, e sem a demonstração da probabilidade mínima de se concretizar.

Para a verificação do dano moral por perda de uma chance pela concepção objetiva em decorrência de descumprimento contratual, é necessário diferenciar os casos em que o processo aleatório tinha como objeto final uma vantagem patrimonial ou existencial. Compreendendo-se nesta última, toda a sorte de bens necessários para o livre desenvolvimento da personalidade e tutela da dignidade da pessoa humana¹⁷³.

Por isso, a simples ausência de manifestação processual adequada e pertinente por parte de um advogado, não gera dano moral por perda de uma chance de forma automática, exigindo para a sua configuração, além da demonstração de uma probabilidade séria e real, a presença de um interesse existencial em discussão.

Sendo constatado que a chance no processo aleatório em curso proporcionaria interesses das duas espécies, haverá dano patrimonial e moral cumuláveis, devendo a avaliação das duas hipóteses de danos ser realizada “a partir das perspectivas” de êxito (CARNAÚBA, 2013, p. 171).

A possibilidade de cumulação dos danos patrimoniais e morais decorrentes do mesmo fato já foi consignada na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, reafirmando a reparação integral de danos.

Tornando-se necessária a identificação da natureza da chance perdida no caso concreto para averiguação da possibilidade de cumulação com outros danos (SILVA, F., 2015, p. 169).

¹⁷³ RECURSO INOMINADO. ALEGAÇÃO DE DESÍDIA PELO ADVOGADO QUE NÃO AJUIZOU AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. PERDA DE UMA CHANCE. NECESSIDADE DE SER SÉRIA, REAL E EFETIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PROVA MÍNIMA QUE DEMONSTRASSE OFENSA AOS ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE DO CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO GERA DANOS MORAIS. MERO ABORRECIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0076819-22.2017.8.16.0014 - Londrina - Rel.: Juíza De Direito Da Turma Recursal Dos Juizados Especiais Maria Fernanda Scheidemantel Nogara Ferreira Da Costa - J. 28.05.2019).

Exemplo de simples aplicação, é o processo judicial em que se discutia a propriedade de um bem imóvel. Caso o advogado não recorra tempestivamente da decisão desfavorável, e seja constatada a probabilidade séria e real de reforma da decisão, haverá o dever de ressarcimento dos danos emergentes em decorrência da perda de uma chance de comprovar a propriedade, com a fixação do *quantum* observando o valor do bem e a probabilidade de reforma da decisão.

No entanto, o cenário é diverso quando o imóvel é utilizado para moradia do cliente, e em sentença de instância inferior, é reconhecida a propriedade para outra pessoa com a ordem de saída. Neste caso, o bem continua sendo patrimonial, mas há também o interesse existencial sobre ele, já que a moradia¹⁷⁴ é um direito da personalidade intrinsecamente vinculado à dignidade da pessoa humana (MELO; MARÇAL, 2016, p. 151).

Assim, o cliente não teria perdido somente a possibilidade de manter o bem patrimonial, mas o seu lar, e por isso, o dano moral seria também fixado tendo como um dos parâmetros a probabilidade de êxito de que obtivessem a reforma da decisão judicial desfavorável.

É em razão da necessidade de verificação do interesse existencial na prestação contratual que há uma aparente diversidade de tratamento do descumprimento contratual. Algumas decisões judiciais concedem a reparação de dano moral cumulativamente ao dano patrimonial por perda de uma chance, enquanto outras negam.

4.4 DANO MORAL POR PERDA DE UMA CHANCE NA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar do reduzido número de julgados que contém menção à perda de uma chance e ao dano moral na ementa ou no acórdão do Superior Tribunal de

¹⁷⁴ Incluída no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 26 e mantida nas alterações posteriores. Atualmente com a seguinte redação: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Justiça¹⁷⁵, verifica-se a opção pela caracterização do dano moral por perda de uma chance em seu viés objetivo, como violação aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, ou os dois fatores conjuntamente, sem vinculação à necessidade de demonstração de aspectos anímicos. Nos casos em que se faz alusão aos sentimentos, há menção *in re ipsa*, ou seja, do fato narrado que violou os direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, presumem-se os efeitos negativos.

Em grande parte dos julgados, embora exista alusão ao dano moral e perda de uma chance na ementa, não se procedeu a análise do tema, seja porque ausente o questionamento no recurso, óbices da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça ou das Súmulas n.º 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁶.

Dessa forma, é comum que, verificada a caracterização do dano moral utilizando-se a concepção subjetiva pelos Tribunais Estaduais, não haja modificação pelo Superior Tribunal de Justiça. No acórdão, é consignada a impossibilidade de revolvimento do contexto fático-probatório, e, portanto, mantida a decisão.

Contudo, quando a análise é feita pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a caracterização do dano moral por perda de uma chance é associada à violação aos direitos da personalidade, vinculando-se à dignidade da pessoa humana. Portanto relacionando os dois componentes da concepção objetiva do dano moral e evidenciando-se o interesse existencial do lesado no processo aleatório.

Tradicionalmente, ao lado do caso do Show do Milhão (Resp 788.459/BA) (ver nota 29), há menção ao sorteio de casas e vale compras por um supermercado (EDcl no AgRg no Ag n. 1.196.957/DF)¹⁷⁷, como paradigmas da perda

¹⁷⁵ Utilizando-se como critério da pesquisa, o operador de busca “mesmo” que localiza os termos em um mesmo documento, sem definir intervalo temporal localiza-se no Superior Tribunal de Justiça em 05/03/2023:

- a) "dano moral" mesmo "perda de uma chance" - 61 acórdãos - 16/11/2010 a 13/02/2023.
- b) "dano moral" mesmo "perda da chance" - 12 acórdãos - 11/11/2008 a 13/06/2022.
- c) "dano moral" mesmo "perda da oportunidade" - 3 acórdãos - 18/11/2010 a 01/12/2015.
- d) "dano moral" mesmo "perda de uma oportunidade" - 1 acórdãos - 18/11/2010.

¹⁷⁶ Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Súmula n.º 283 do Supremo Tribunal de Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”
Súmula n.º 284 do Supremo Tribunal de Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

¹⁷⁷ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SORTEIO. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA. VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE.

1. A recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R\$ 100,00 e a 30 casas." Foi

de uma chance no Superior Tribunal de Justiça, especialmente quanto à quantificação do dano por meio da aplicação da probabilidade de êxito, sem que nestes casos se tenha verificado a ocorrência de dano extrapatrimonial.

Em relação aos danos morais, o REsp 1.335.622/DF¹⁷⁸ analisou o caso em que a infante, com oito meses de vida, foi internada em um hospital da rede pública. Após a constatação da ausência de estrutura para o atendimento, os pais foram orientados a conseguir uma vaga em hospital privado, ainda que por meio de decisão judicial. Concedida a liminar, o plantonista do hospital particular informou que receberiam a infante mediante a apresentação da cópia da decisão. No entanto, no

sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes.

2. Violação do dever contratual, previsto no regulamento, de comunicação à autora de que fora uma das contempladas no primeiro sorteio e de que receberia um segundo bilhete, com novo número, para concorrer às casas em novo sorteio. Fato incontroverso, reconhecido pelo acórdão recorrido, de que a falta de comunicação a cargo dos recorridos a impediu de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas.

3. A circunstância de a participação no sorteio não ter sido diretamente remunerada pelos consumidores, sendo contrapartida à aquisição de produtos no hipermercado, não exime os promotores do evento do dever de cumprir o regulamento da promoção, ao qual se vincularam.

4. Dano material que, na espécie, não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado.

5. Ausência de publicidade enganosa ou fraude a justificar indenização por dano moral. O hipermercado sorteou as trinta casas prometidas entre os participantes, faltando apenas com o dever contratual de informar, a tempo, a autora do segundo sorteio. Não é consequência inerente a qualquer dano material a existência de dano moral indenizável. Não foram descritas nos autos consequências extrapatrimoniais passíveis de indenização em decorrência do aborrecimento de se ver a autora privada de participar do segundo sorteio.

6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos (STJ. EDcl no AgRg no Ag n. 1.196.957/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/4/2012, DJe de 18/4/2012).

¹⁷⁸ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HOSPITAL PARTICULAR. RECUSA DE ATENDIMENTO. OMISSÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CABIMENTO.

[...]

3. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

4. Restando evidenciado que nossas leis estão refletindo e representando quais as prerrogativas que devem ser prioritariamente observadas, a recusa de atendimento médico, que privilegiou trâmites burocráticos em detrimento da saúde da menor, não tem respaldo legal ou moral.

5. A omissão adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, como na hipótese, criando, assim, sua omissão, risco da ocorrência do resultado.

6. A simples chance (de cura ou sobrevivência) passa a ser considerada como bem juridicamente protegido, pelo que sua privação indevida vem a ser considerada como passível de ser reparada.

7. Na linha dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, restando evidentes os requisitos ensejadores ao ressarcimento por ilícito civil, a indenização por danos morais é medida que se impõe.

8. Recurso especial parcialmente provido (STJ. REsp n. 1.335.622/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012, DJe de 27/2/2013).

local, o hospital recusou-se a receber a criança, alegando que a decisão impressa da internet não teria valor legal. Como consequência, a criança foi mantida na enfermaria da instituição pública, respirando sob ventilação mecânica em equipamento ultrapassado, e foi a óbito.

Identificou-se a ocorrência da perda de uma chance, na medida em que o atendimento médico à criança foi negado, priorizando-se trâmites burocráticos em detrimento do atendimento hospitalar. Isso é especialmente relevante, considerando que as informações vinculadas no processo eletrônico são oficiais nos termos da Lei n. 11.419/2006. Considerou-se que a omissão do hospital particular privou a paciente da chance de cura ou de sobrevivência, que é um bem jurídico protegido e passível de reparação. No entanto, essa perda não deve ser equiparada ao dano morte, razão pela qual foi fixado o valor de cinquenta mil reais para cada um dos pais.

Em relação a identificação do dano moral no caso concreto, consignou o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que:

Cotejando-se esses entendimentos com a situação dos autos, consistente no benefício cuja chance a criança perdeu, verifica-se que, caso o tratamento fosse realizado, poderia a filha do (*sic*) autores ter tido a chance de, ao menos, sobreviver. Incontestável, portanto, o direito dos pais à reparação de acordo com a teoria dos danos reflexos ou por ricochete. Com efeito, os pais agem defendendo direito próprio, inerente à sua personalidade, que é ofendida com o desrespeito à saúde e à vida de sua filha, que, por sua vez, tinha direito à integridade física e moral garantido por normas constitucionais e civis, daí falar-se em violação reflexa, em tese, assim se limitando a incidência da norma no presente caso.

Ao indicar que o hospital particular não poderia ter privilegiado questões burocráticas em detrimento do atendimento à infante, realizou-se um juízo de ponderação no caso concreto entre o interesse existencial e os interesses do lesante, a fim de verificar a existência de justificção e, conseqüentemente, o afastamento do dever de indenizar.

Em voto divergente e vencido, a Ministra Nancy Andrighi apesar de reconhecer a conduta omissiva do nosocômio, considerou necessária a baixa dos autos à origem para determinar a extensão da redução da chance de sobrevivência da criança. Esse critério era visto como necessário para a análise da ocorrência de dano indenizável no caso concreto.

Além disso, a Ministra Nancy Andrighi identificou o bem jurídico

extrapatrimonial dos pais, na convivência familiar como um direito próprio, não recorrendo ao dano em ricochete:

Importante ressaltar, por fim, que esta análise não pode ser obstada por uma suposta falta de legitimidade das partes para pleitear o direito em causa. É verdade, por um lado, que a oportunidade de cura ou de gozar de uma sobrevida mais confortável é direito personalíssimo da paciente. Seu falecimento, portanto, não implica transferência desse direito aos herdeiros. Contudo, a oportunidade de gozar a companhia de um ente querido, com ele convivendo livre de sua doença, ou mesmo de acompanhá-lo num processo melhor de convalescência, é direito autônomo de cada uma das pessoas que com o *de cuius* mantinham uma relação de afeto. O dano, portanto, causado pela morte, afeta a todos em sua esfera individual, cada qual por um motivo específico, como sói ocorrer em todas as situações em que se pleiteia indenização por força da perda de um ente querido. Em síntese, indeniza-se a chance perdida de não sofrer o abalo derivado dessa perda.

Assim, observa-se a opção por fundamentar a ocorrência dos danos morais não com base no inegável sentimento de luto, mas utilizando a concepção objetiva e evidenciando os direitos da personalidade lesionados (saúde, vida, integridade física) no voto do Relator, e a convivência familiar e o desfrutar da presença ou companhia da filha no voto da Ministra Nancy Andrighi, que podem ser reconduzidos ao substrato da dignidade da pessoa humana (integridade psicofísica) conforme proposto por Maria Celina Bodin de Moraes (2017, p. 101), ver nota 103.

A decisão ilustra a hipótese defendida de que o dano moral por perda de uma chance deve estar vinculado a interesses existenciais almejados ao final do processo aleatório em curso. No entanto, a questão apontada pela Ministra Nancy Andrighi de que não foi aferida a probabilidade de êxito do tratamento demonstra a inexistência de constatação da chance séria e real no caso concreto.

Portanto, apesar do avanço para o enfrentamento do tema, conclui-se que neste Recurso Especial, foi indenizado o dano moral em decorrência da conduta antijurídica do hospital de recusa à prestação de atendimento médico que lesionou outros interesses existenciais, mas não por perda de uma chance, já que a probabilidade concreta de recuperação não foi demonstrada. A adequada constatação do dano moral por perda de uma chance dependia das providências indicadas no voto vencido da Ministra Nancy Andrighi.

A análise da probabilidade de êxito foi realizada no REsp n. 1.677.083/SP (ver item 4.1.2, nota 138), no qual a perícia médica constatou que o retardo no diagnóstico e a liberação da paciente para aguardar em casa o resultado do hemograma, sem a recomendação de cuidados especiais, a impediram de evitar o

acidente doméstico que não foi superado devido à baixa contagem de plaquetas, determinante para que a hemorragia intracraniana não fosse estancada.

No REsp n. 1.291.247/RJ¹⁷⁹, foi analisado o dano moral por perda de uma chance decorrente da falha na prestação do serviço de coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias do cordão umbilical de um recém-nascido. Os genitores contrataram a prestação de serviços de coleta e armazenagem de células-tronco embrionárias durante a gestação. No entanto, apesar de terem sido informados sobre a data agendada para a realização da cesariana e de terem sido procurados diversas vezes pelo pai naquele dia, a empresa não compareceu para coletar o material.

Na ação judicial, a ré confirmou que não conseguiu chegar a tempo de realizar a coleta, defendeu-se afirmando que restituiu o valor pago e que é incabível a reparação extrapatrimonial por descumprimento contratual.

No primeiro grau houve a condenação da ré a indenizar o dano moral aos pais no valor de R\$ 15.000,00, pela extrapolação dos limites do mero dissabor no descumprimento contratual. Porém, negou-se a indenização ao recém-nascido, considerando que se tratava de um dano hipotético, devido à ausência de necessidade das células-tronco embrionárias não coletadas.

Portanto, o dano moral fixado em favor dos pais ocorreu por meio da concepção subjetiva, visualizando que os sentimentos (efeitos da lesão) extrapolaram o mero dissabor inerente ao descumprimento contratual. Já em relação ao nascituro,

¹⁷⁹ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COLETA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS DO CORDÃO UMBILICAL DO RECÉM NASCIDO. NÃO COMPARECIMENTO AO HOSPITAL. LEGITIMIDADE DA CRIANÇA PREJUDICADA. DANO EXTRAPATRIMONIAL CARACTERIZADO.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ. REsp n. 1.291.247/RJ, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/8/2014, DJe de 1/10/2014).

a análise foi realizada utilizando os critérios de certeza do dano, para constatar a inexistência de uma chance séria e real.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, majorou o *quantum* indenizatório para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) à cada um dos pais, e negou a indenização extrapatrimonial para a criança incapaz, “por não ter a consciência necessária a potencializar a ocorrência de um dano moral”. O Recurso Especial foi proposto apenas pela criança.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça indicou que o infante faz jus ao dano moral, mesmo que “sem qualquer componente de consciência, pois deve-se tutelar os seus direitos da personalidade, sempre norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana [...]”.

Em relação à perda de uma chance, o Relator consignou que as células-tronco são o grande trunfo da medicina moderna para o tratamento de inúmeras patologias consideradas incuráveis, e devem ser coletadas exclusivamente no momento do parto. Mesmo que não seja necessário utilizá-las, devido à ausência da coleta, houve a perda definitiva da oportunidade de prevenir o tratamento dessas patologias, e deve ocorrer a indenização do dano moral por perda de uma chance, que corresponda à possibilidade de uso das células caso venham a ser necessárias.

Aplicou-se a concepção objetiva do dano moral ao identificá-lo com a lesão à chance de assegurar a integridade física caso as células-tronco não armazenadas futuramente fossem necessárias.

Em voto divergente, a Ministra Nancy Andrighi indicou a ausência de perda de uma chance e, conseqüentemente, de dano moral indenizável. A criança era saudável e, até uma alteração fática, a probabilidade de utilização das células-tronco não era uma realidade no momento do fato lesivo. Portanto, a criança não estaria em condições pessoais de concorrer à situação futura, estando o impedimento do processo aleatório no campo das suposições. Além disso, deveria ser considerado que o avanço da medicina poderá permitir outros meios de coleta das células-tronco no futuro. Em sua análise, a situação:

não revela a certeza da probabilidade necessária à configuração do dano moral sofrido pelo recém-nascido, senão apenas a perda de uma possibilidade de tratamento se e somente se ele vier a contrair uma patologia ou correr tal risco e se essa patologia puder ser prevenida ou curada pelo uso das células-tronco, que deveriam ter sido coletadas e não o foram.

[...]

Volto, então, às palavras de Geneviève Viney, citadas alhures, agora adaptadas ao particular: a chance de obter uma certa situação futura não é uma realidade concreta nos autos; o recém-nascido não está, efetivamente, em condições pessoais de concorrer à situação futura esperada; não há proximidade de tempo entre a ação do agente e o momento em que seria realizado o ato futuro. E tudo isso porque a perspectiva mais favorável, querida pelos recorrentes, mas interrompida pela recorrida, é ainda incerta, na medida em que, sendo o menor atualmente saudável, não se pode, hoje, visualizar, no plano concreto, a vantagem que não foi obtida, ou o prejuízo que não foi evitado.

Em sentido semelhante, o Ministro Sidnei Beneti divergiu, apontando que a perda de uma chance é incompatível com “um exercício futurível”, o que ocorreria no caso concreto, já que a “a evolução pode levar à desnecessidade desse recurso ao tratamento. Para se caracterizar isso como não futurível, precisaria ser um futuro que, provavelmente, virá a ser ou que tenha uma grande chance de vir a ser”.

O caso analisado é inquietante. A oportunidade para a coleta das células-tronco do cordão umbilical do recém-nascido, neste momento evolutivo da ciência, é o momento do parto. Os apontamentos de que futuramente outros métodos de coleta possam permitir o armazenamento são apenas previsões, sem existência concreta. Não devem ser utilizados como razão de decidir para o afastamento da perda de uma chance, tão somente porque não houve a perda definitiva da vantagem e ela poderia ser alcançada de outra forma. No momento do julgamento, não existiam outras maneiras. Até que uma nova técnica seja disponibilizada à população com os mesmos parâmetros de segurança e sucesso, o armazenamento restou definitivamente frustrado.

No entanto, ao analisar a situação com base nos requisitos anteriormente indicados para caracterizar a perda de uma chance, a correta identificação deveria considerar a utilidade das células-tronco em concreto no momento da interrupção do processo. Como não havia enfermidade, ou sequer a informação da possibilidade genética de que a criança desenvolveria alguma patologia tratável com probabilidade razoável de êxito por meio das células-tronco hematopoiéticas, o dano é hipotético.

A identificação do dano moral em razão da lesão à integridade física como se infere do acórdão, é questionável porque, inexistindo enfermidade que justifique a utilização das células-tronco, não houve prejuízo. A conduta da ré apenas evitou que o infante pudesse precaver-se, tendo as células-tronco à sua disposição caso porventura fosse acometido por uma doença que tivesse esse método de tratamento. A causação ou o aumento de um risco – não ter as células à sua

disposição caso desenvolvesse uma doença no futuro – pode ser um dano indenizável, mas não se confunde com a perda de uma chance.

A situação poderia ensejar dano moral por violação a um interesse diverso. O direito da personalidade afetado poderia estar relacionado ao direito ao corpo e seus integrantes (ver nota 96), mas não à lesão à integridade física de quem permanece saudável e não está em um processo aleatório.

No REsp. 1.877.375/RS¹⁸⁰, houve o reconhecimento da perda de uma chance com natureza jurídica patrimonial. Os advogados contratados, deixaram de se manifestar em ação de prestação de contas por quase três anos, e os clientes (pessoa física e jurídica) foram condenados ao pagamento de R\$ 947.904,20, mesmo

¹⁸⁰ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. CONDENAÇÃO DOS CLIENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. CARACTERIZAÇÃO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1 - Recursos especiais interpostos em: 13/5/2019, 15/5/2019 e 16/5/2019. Conclusos ao Gabinete em: 5/6/2020.

2 - O propósito recursal consiste em dizer se: a) o acórdão recorrido conteria omissão; b) se estaria cristalizada a responsabilidade civil por perda de uma chance em virtude da falha na prestação de serviços advocatícios caracterizada pela ausência de qualquer atuação na demanda para a qual os serviços foram contratados, culminando com a condenação dos clientes ao pagamento de vultosa quantia; c) estaria caracterizada a responsabilidade civil por danos morais em virtude de falha na prestação de serviços advocatícios; e d) se o valor arbitrado a título de compensação pelos danos morais seria exorbitante.

3 - A falha na prestação de serviços advocatícios, caracterizada pela ausência de qualquer atuação do advogado na demanda para a qual foi contratado pode, em tese, caracterizar responsabilidade civil pela perda de uma chance, desde que houvesse efetiva probabilidade de sucesso, não fosse a conduta desidiosa do causídico.

4 - Na hipótese dos autos, partindo do arcabouço fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, é forçoso concluir que se encontram cristalizados os requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, máxime porque a incontroversa desídia dos réus - que deixaram a ação de prestação de contas tramitar por quase três anos sem qualquer intervenção, culminando com a condenação dos autores ao pagamento de vultosa quantia - retirou destes a chance real e séria de obterem uma prestação jurisdicional que lhes fosse mais favorável.

5 - Para fixação do quantum indenizatório, tendo em mira o interesse jurídico lesado - perda da chance de obter resultado mais favorável em ação de prestação de contas - e tendo em vista, ainda, o elevado grau de culpa dos réus, que a probabilidade era de 50% de sucesso na referida demanda, que houve a demonstração do dano efetivo, consubstanciado na condenação dos autores ao pagamento de R\$ 947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos) em virtude da desídia dos causídicos, tudo sopesado tem-se por razoável que a indenização deve corresponder a R\$ 500,000,00 (quinhentos mil reais) tudo observada a proporcionalidade na fixação do dano material com fundamento na responsabilidade pela perda da chance.

6 - Na hipótese sob julgamento, não restou caracterizada a ofensa a direitos da personalidade por causa da má prestação dos serviços advocatícios contratados, motivo pelo qual não cabem danos morais.

7 - Recurso especial de ANDRÉ LUIZ ANTON DE SOUZA e RAJA ADMINISTRAÇÃO COMÉRCIO E TECNOLOGIA LTDA, parcialmente provido.

Recursos especiais de EMILSON CESAR COLETO FERNANDES e de LINI & PANDOLFI ADVOGADOS ASSOCIADOS, EYDER LINI e MARCOS EVALDO PANDOLFI, dou-lhes provimento, apenas para afastar a condenação ao pagamento por dano moral (STJ. REsp n. 1.877.375/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 15/3/2022).

possuindo recibo de quitação relativo à rescisão do contrato objeto da ação. Os advogados foram condenados a indenizar os clientes em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de dano patrimonial.

Embora o Tribunal de origem tenha considerado que o fato do mandatário não se manifestar na ação, conforme contratado com o cliente, caracteriza ato ilícito capaz de gerar dano moral por exceder o mero dissabor, o Superior Tribunal de Justiça afastou o dano moral por não verificar a ofensa aos direitos da personalidade em razão da má prestação dos serviços advocatícios contratados, porque “a própria natureza da ação de prestação de contas cinge controvérsia eminentemente patrimonial, não ocorrendo, assim, ofensa aos direitos de personalidade”.

De forma indireta, nota-se a aplicação da análise dúplice do interesse na relação contratual. Isso porque foi identificado que o objeto contratual tinha caráter exclusivamente patrimonial em um contrato de lucro, por envolver a prestação de serviço no âmbito da atividade profissional dos envolvidos no processo originário.

No REsp n. 1.115.687/SP¹⁸¹, analisou-se a ausência de intimação dos executados acerca da data do leilão extrajudicial do imóvel hipotecado, realizado nos termos do Decreto-Lei nº 70/1966.

O dano moral foi afastado porque a hipótese de que os devedores purgariam a mora após a intimação pessoal era remota e inexpressiva, uma vez que, mesmo cientificados por avisos de convocação para saldarem as prestações em atraso diversas vezes, afirmaram que as tratativas de composição com o banco foram frustradas. Além disso, a ação de anulação foi proposta somente um ano e meio após o leilão, não havendo a oportunidade real, plausível e séria, que justificasse a condenação em dano moral.

Neste caso, mesmo existindo um bem jurídico existencial dos devedores (a moradia), não houve o reconhecimento do dano moral, devido à falta,

¹⁸¹ DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. LEILÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL REALIZADO NOS MOLDES DO DL 70/66. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEVEDORES. PERDA DA OPORTUNIDADE DE PURGAR A MORA. IMPROBABILIDADE DO PAGAMENTO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. É indispensável a intimação pessoal dos devedores acerca da data designada para o leilão do imóvel hipotecado em processo de execução extrajudicial realizado nos termos do DL 70/66. Precedentes.

2. Somente a perda de uma oportunidade real, plausível e séria justifica a compensação por danos morais. Na hipótese dos autos, a chance de que fosse purgada a mora após a intimação pessoal dos devedores era remota e inexpressiva.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e provido (STJ. REsp n. 1.115.687/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe de 2/2/2011).

no caso concreto, da demonstração dos requisitos para uma chance séria e real.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a possibilidade de que a chance desprovida de demonstração da possibilidade de êxito gerasse dano moral no AgInt no AREsp n. 1.492.872/PR¹⁸², reiterando o entendimento da Corte. No caso concreto, a autora demandava seu advogado pela perda de uma chance decorrente do decurso do prazo para interposição de recurso em uma ação que discutia o direito de marca. Em razão da ausência de demonstração de probabilidade de êxito, o dano moral foi negado, mesmo havendo a frustração de expectativa ou impedimento de reanálise da sentença desfavorável, e foi destacada a necessidade de uma chance séria e real para tal condenação.

Portanto, nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o dano moral por perda de uma chance pressupõe a constatação cumulativa no caso concreto da interrupção, por fato de outrem, de um processo aleatório em curso, por meio do qual o lesado alcançaria uma vantagem ou impediria um prejuízo de natureza existencial relacionado aos direitos da personalidade ou à dignidade da pessoa humana, indicando-se concretamente qual o interesse violado.

Pende a uniformização da necessidade de que a probabilidade de êxito seja aferida concretamente, especialmente nos casos de perda de uma chance médica, visto que, nas decisões analisadas, majoritariamente não houve prova pericial para indicar se a adoção de outra conduta médica proporcionaria uma chance séria e real de cura ou de sobrevida.

¹⁸² AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PERDA DE PRAZO POR ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos casos "de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da 'perda de uma chance' devem ser solucionadas a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico". Assim, "o fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso (...) não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance, fazendo-se absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida" (REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 23/4/2012).

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ. AgInt no AREsp n. 1.492.872/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 16/3/2020.)

5 CONCLUSÃO

O Direito evolui constantemente para responder às demandas geradas à medida que a consciência social se altera. Dessa forma, a responsabilidade civil está em um ininterrupto processo de reestruturação, priorizando o ressarcimento para a tutela do lesado e dos interesses existenciais, e não a punição do causador do dano e a prevalência patrimonial.

Em decorrência dessa mudança de paradigmas, houve a transição da responsabilidade civil subjetiva, indissociável da culpa, para a objetiva, superando entraves ao ressarcimento. A reparação dos danos extrapatrimoniais já não enfrenta as recalcitrâncias anteriores à Constituição Federal de 1988.

Permite-se que novos interesses, identificados como merecedores de tutela, sejam incorporados ao ordenamento jurídico sem a necessidade de reformas legislativas, em razão da cláusula geral prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Os interesses aleatórios passaram por um semelhante despertar na consciência social. O que antes era considerado mera fatalidade passou a ser identificado como merecedor de tutela. Tornou-se inaceitável que o dano causado em decorrência da interrupção de um processo aleatório, que permitiria ao lesado alcançar uma situação melhor, não fosse imputado àquele a quem o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade pelo fato danoso.

Em razão da insuficiência da regra do “tudo ou nada”, na qual se exigia a prova da certeza de que o dano final seria alcançado e do nexo de causalidade em relação a este, passou-se por uma fase em que os danos aos interesses aleatórios eram resolvidos por presunções. A indenização ocorria apenas se fosse mais provável o êxito no processo aleatório. Houve avanço, mas o problema da prestação jurisdicional apenas na extensão do dano causado permaneceu irresolvido, porque indenização era do dano final.

A técnica do deslocamento do objeto da reparação para a identificação da chance em si considerada, como um bem jurídico tutelado, aclarou a extensão do dano perquirida e que o nexo de causalidade deveria ser identificado entre o fato danoso e a perda da oportunidade, não mais em relação ao dano final, que é incerto por sua natureza aleatória.

Identificada a chance como um ente diverso do benefício final esperado e que está situada no campo das possibilidades, sua distinção em relação

aos danos hipotéticos se dá por meio da existência de uma chance séria e real, aferida pela probabilidade de que o processo aleatório resultasse no êxito almejado pelo lesado.

Preliminarmente, a probabilidade deverá ser fixada por meio de cálculos matemáticos, utilizando recursos como a estatística. Isso não é feito com a finalidade de estabelecer um percentual mínimo para que seja possível a reparação, mas tão somente para verificar se era suficiente para ter relevância jurídica, afastando as chances irrisórias.

Além dos dados matemáticos, quando possível aferi-los, a probabilidade de concretização da chance deverá ser integrada por outras circunstâncias do caso concreto e pessoais do prejudicado. A anterioridade do processo aleatório, as condições pessoais para atingir o propósito frustrado, além da utilidade da vantagem para o lesado, indicarão se a oportunidade era juridicamente relevante de concretização ou não.

Inexistirá a perda de uma chance quando o fato danoso não impediu definitivamente o alcance da vantagem, ou se existir outras situações que desde logo impeçam sua obtenção.

A consideração da chance como bem jurídico tutelado *per se*, torna dispensável a análise da natureza jurídica da perda de uma chance em causalidade parcial e prejuízo. Em todas as modalidades, a perda da oportunidade será um dano diverso da vantagem final almejada, tendo natureza jurídica diversa (dano emergente ou dano extrapatrimonial como gênero) que seguirá a do interesse pretendido com o processo aleatório, sendo híbrida e cumulativa se coexistirem os interesses na mesma chance.

A quantificação será realizada pela teoria da diferença para o dano emergente, limitada ao retorno do lesado ao estado prévio ao dano, e por arbitramento quando a natureza for extrapatrimonial. Em razão de ser uma possibilidade de vantagem e não uma certeza, o valor deverá ser proporcional à probabilidade de êxito identificada no caso concreto e inferior ao da vantagem final não alcançada.

A distinção entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais é residual e depende da natureza do interesse lesado, permitindo a adequada reparação dos danos de qualquer natureza relacionado a um mesmo bem ou direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, o dano moral pode ter a concepção subjetiva, vinculada aos efeitos anímicos do dano sobre o lesado, como a

dor, o sofrimento, o vexame ou ainda as consequências naturalísticas do dano. Ao exigir-se a demonstração das repercussões, a verificação do dano moral no caso concreto é subordinada ao subjetivismo do intérprete, que deverá reconhecer sua ocorrência e se extrapolaram o desconforto inerente ao convívio em sociedade. Essa investigação, na prática, é de difícil realização devido à imaterialidade dos danos extrapatrimoniais.

O dano moral em sua concepção objetiva dispensa a demonstração dos efeitos, porque é constatado pela lesão aos interesses extrapatrimoniais relacionados à pessoa, ou seja, os direitos da personalidade ou a dignidade da pessoa humana, indicando-se o substrato material lesionado no caso concreto. Nesta substanciação bastará ao lesado comprovar a ocorrência fato danoso e que dele concreta e objetivamente decorre a ofensa a um interesse existencial.

O dano moral, em sua concepção objetiva, que com fundamento no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal contempla todas as lesões aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana, torna dispensável a tendência moderna de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro de diversas novas espécies de danos extrapatrimoniais à pessoa. A identificação de outros interesses extrapatrimoniais como danos autônomos ao dano moral, com a finalidade de proporcionar reparação mais ampla, apenas seria pertinente quando o dano moral é identificado em sua concepção subjetiva, como sofrimento.

A amplitude proporcionada pela cláusula geral de tutela da pessoa, e a fluidez proporcionada por seu caráter histórico e cultural, possibilitam o constante aprimoramento do ressarcimento de danos, permitindo reconduzir todos os interesses extrapatrimoniais relacionados à pessoa ou existenciais ao dano moral objetivo.

O problema da sub-reparação dos danos extrapatrimoniais à pessoa sob a rubrica única do dano moral pode ser solucionado sem o risco de resultar em hiper-reparação ou *bis in idem*, se o dano moral for sistematizado como uma espécie de dano extrapatrimonial, composto por uma diversidade de interesses existenciais (direitos da personalidade e substratos da dignidade humana). Isto é, agrupando-se, não taxativamente, as hipóteses de dano moral pela existência de um interesse existencial com a matriz axiológica de tutela da pessoa humana.

Ocorrendo o dano, o intérprete identificará todos os interesses lesados e indicará na fundamentação o *quantum* ressarcitório referente a cada um, além de discutir os precedentes judiciais em relação a cada um deles, procedendo

eventuais aumentos ou reduções dos valores com a finalidade de individualizar a indenização para a situação *sub judice*.

Embora seja impraticável impor uma mudança brusca ou ruptura para promover a adequação do dano moral à concepção objetiva que contemple os novos danos à pessoa, é necessário iniciar essa transformação. A qual é importante para evitar problemas como o indeferimento do ressarcimento devido a divergências entre os intérpretes sobre a existência de outras espécies de danos extrapatrimoniais à pessoa no Brasil e para proporcionar transparência e segurança jurídica às partes e à sociedade acerca do caminho percorrido pelo Magistrado para a fixação do *quantum* indenizatório.

Nesta perspectiva, a perda de uma chance extrapatrimonial não seria um dano diverso do dano moral. Se a chance diz respeito à esfera dos direitos da personalidade ou à dignidade humana, ensejaria o dano moral objetivo, concernente ao interesse existencial no processo aleatório.

Sendo possível que outras situações, sem reflexos patrimoniais, sejam consideradas como novos danos por perda de uma chance, como aqueles vinculados ao meio ambiente, à pessoa jurídica, danos sociais, e outros identificados como merecedores de tutela, sempre com o objetivo de ampliar a reparação.

Nos casos em que houve mera interrupção de um processo aleatório sem probabilidade de êxito, poderia ocorrer dano moral puro por violação de outros interesses, diversos da chance, ou pela utilização da concepção subjetiva para a qual bastariam os efeitos anímicos da frustração de expectativas.

O dano moral subjetivo por perda de uma chance ocorreria quando o processo aleatório tinha uma probabilidade relevante de se concretizar e a interrupção gerou repercussões negativas para o lesado.

Portanto, com base nos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro para que a perda de uma chance e o dano moral sejam reparáveis, o dano moral por perda de uma chance ocorre quando ambos os requisitos desses institutos jurídicos estão presentes: a existência de uma chance séria e real e a interrupção de um processo aleatório destinado a realização de um interesse existencial, relacionado aos direitos da personalidade ou aos substratos da dignidade da pessoa humana.

A quantificação deve ser realizada por arbitramento, identificando o *quantum* indenizatório correspondente à vantagem final almejada e incidindo a

redução conforme o percentual probabilístico apurado no caso concreto. Deve-se considerar as circunstâncias, como o caráter definitivo ou transitório do dano, e o grau de afetação do bem jurídico, permitindo a reparação integral na exata medida da chance.

Neste ponto de vista, o dano moral por perda de uma chance em caso de descumprimento contratual exige que o objeto contratual tenha natureza existencial, evitando que os desconfortos inerentes à convivência em sociedade ou ao mero inadimplemento, se tornem fundamentos para as ações ressarcitórias.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça seguem esta direção, indicando, embora não de forma unânime, a necessidade de demonstração concreta da probabilidade real de êxito no processo aleatório relacionado aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana, para a reparação do dano moral por perda de uma chance, além do interesse existencial na prestação nos casos de descumprimento contratual.

REFERÊNCIAS

- AAGAARD, Todd S. Identifying and valuing the injury in lost chance cases. **Michigan Law Review**, n.96, review 1335, 1998, p. 1335-1361. Disponível em <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol96/iss5/5/>>. Acesso em: 04 ago. 2023.
- AGOGLIA, Maria Martha. **El daño jurídico: enfoque actual**. Buenos Aires: La Ley, 1999.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2022.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**. Volume 45. Rio de Janeiro: Editora Padma, p. 91-110, jan./mar., 2011. Disponível em: <http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/141.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Novos danos na responsabilidade civil: a perda de uma chance**. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 439-474.
- ALCOZ, Luis Medina. Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. **Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro**. n. 30, Segundo Trimestre, 2009, p. 31- 74. Disponível em: <<http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d58819>>. Acesso em 10 jan. 2023.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- AMARANTE, Aparecida I.. **Responsabilidade civil por dano a honra**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. **Revista da EMERJ**, v. 8, n. 29, 2005. P. 134 – 148). Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54024/dano_moral_caso_andrade.pdf>.

Acesso em 10 jul. 2023.

ANDRIGHI, Vera. Reparação moral e material pela perda de uma chance. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de La Nación**. Ley 26.994. 2014. Disponível em: < <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#47>>. Acesso em 03 set. 2022.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 97, (2002). p.107-125. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67536/70146/88958>>. Acesso em 25 fev. 2023.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009a, p. 377-384.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. RTDC – Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009b, p. 600-601.

AZPEITIA, Gustavo Alberto; LOZADA, Ezequiel; MOLDES, Alejandro J. E. **El daño a las personas: sistemas de reparación, doctrina y jurisprudencia**. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1998.

BARROSO, Luís Roberto, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 30 nov. 2021.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BENACCHIO, Marcelo. Considerações sobre a noção de dano. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4 ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015a.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 172720**. Segunda Turma, relator Marco Aurélio, julgado em 06/02/1996, DJ 21-02-1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6050**, Tribunal Pleno. Relator(a): Gilmar Mendes, julgado em 26-06-2023, Processo Eletrônico DJe-s/n DIVULG 17-08-2023 PUBLIC 18-08-2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 62606**. Segunda Turma. Relator(a): THOMPSON FLORES. Julgado em 17-04-1969, DJ 27-06-1969 PP-02881 EMENT VOL-00769-03 PP-00924.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 100783**. Segunda Turma. Relator(a): DÉCIO MIRANDA. Julgado em 21-10-1983, DJ 18-11-1983 PP-07962 EMENT VOL-01317-03 PP-00734 RTJ VOL-00108-02 PP-00912.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 109233**, Relator(a): OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma. Julgado em 12-08-1986, DJ 19-09-1986 PP-17144 EMENT VOL-01433-02 PP-00246.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 11786**. Segunda Turma. Relator(a): OROZIMBO NONATO, Relator(a) p/ Acórdão: HAHNEMANN GUIMARÃES. Julgado em 07-11-1950, DJ 19-01-1951 PP-00567 EMENT VOL-00029-01 PP-00271 ADJ 01-09-1951 PP-02544.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 11974**. Segunda Turma. Relator(a): ROCHA LAGOA, Relator(a) p/ Acórdão: HAHNEMANN GUIMARÃES. Julgado em 12-05-1953, DJ 28-01-1954 PP-01115 EMENT VOL-00162-01 PP-00216 ADJ 02-09-1957 PP-02292.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.492.872/PR**, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 16/3/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 1.737.042/RJ**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp n. 1.385.638/RS**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 28/11/2017, DJe de 5/12/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp n. 1.739.617/RJ**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 4/5/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp n. 1.831.113/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/9/2020, DJe de 24/9/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp n. 1.964.504/RJ**, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 19/4/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp n. 1.838.972/PR**.

Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/9/2021, DJe de 10/12/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.220.911/RS**, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 25/3/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n. 1.322.953/SC**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/9/2015, DJe de 10/9/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no Ag n. 1.196.957/DF**, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/4/2012, DJe de 18/4/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 788.459/BA**, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 8/11/2005, DJ de 13/3/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 993.936/RJ**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 23/4/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.037.759/RJ**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/2/2010, DJe de 5/3/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.079.185/MG**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.087.561/RS**, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe de 18/8/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.115.687/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/11/2010, DJe de 2/2/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.190.180/RS**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2010, DJe de 22/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.244.685/SP**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3/10/2013, DJe de 17/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.291.247/RJ**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/8/2014, DJe de 1/10/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.335.622/DF**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/12/2012, DJe de 27/2/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.406.245/SP**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 10/2/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.660.152/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 17/8/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.677.083/SP**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 20/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. **1.757.936/SP**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/8/2019, DJe de 28/8/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.877.375/RS**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 15/3/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.899.304/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 25/8/2021, DJe de 4/10/2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. N.U **0001359-93.2011.8.11.0041**, Nilza Maria Pôssas De Carvalho, Primeira Câmara De Direito Privado, Julgado em 16/08/2016. Publicado no DJE 23/08/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **AC 585881-9**. 10ª Câmara Cível - Francisco Beltrão. Rel.: Desembargador Vitor Roberto Silva – Unânime- J. 08.10.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **0009922-47.2014.8.16.0004**. 2ª Câmara Cível - Curitiba - Rel.: Desembargador Antonio Renato Strapasson - J. 06.12.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **0076819-22.2017.8.16.0014**. 1ª Turma Recursal - Londrina - Rel.: Juíza De Direito Da Turma Recursal dos Juizados Especiais Maria Fernanda Scheidemantel Nogara Ferreira Da Costa - J. 28.05.2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação 0084873-45.2012.8.19.0021**. Des. Gilberto Clóvis Farias Matos - Décima Quinta Câmara Cível - Julgamento: 21/10/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível nº 71006869515**, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em: 18-04-2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70003568888**, Sexta Câmara Cível, Relator Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em: 27-11-2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70016193252**, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Ergio Roque Menine, Julgado em: 05-09-2007).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70079912630**, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vivian Cristina Angonese Spengler, Redator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em: 13-09-2019).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70026384438**. Relator Des. Alzir Fèlippe Schmitz, julgado em 18 de dezembro de 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2006.034261-4**, da Capital, rel. Sérgio Izidoro Heil, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 06-05-2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 0001697-32.2010.8.26.0511**. Relator (a): Vianna Cotrim; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rio das Pedras - Vara Única; Data do Julgamento: 30/07/2014. Data de Registro: 31/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Com Revisão 9162959-96.1999.8.26.0000**; Relator Ferraz Felisardo; Órgão Julgador: 3a. Câmara do Segundo Grupo (Extinto 2º TAC); Foro Central Cível - 12ª V. CÍVEL. Data do Julgamento: 25/06/2002; Data de Registro: 16/07/2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1067707-27.2021.8.26.0100**; Relator Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/06/2023. Data de Registro: 28/06/2023.

BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**: doctrina, legislación, jurisprudencia. Precedido de una teoría jurídica del daño. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1950.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O princípio da reparação integral (*Restitutio in Integrum*) e o seguro de responsabilidade civil facultativo. **Revista Jurídica de SEGUROS/CNse**. nº. 2. Rio de Janeiro: CNseg, maio 2015. p. 12-22.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 3 ed. Buenos Aires: Editorial Astea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria da perda de uma chance. **Revista IBERC**. Belo Horizonte. v. 4, n. 1, p. 103-118, jan./abr. 2021. Disponível em:

<<https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.154>> Acesso em 25 nov. 2022.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradutor Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DE CUPIS, Adriano. **Il Danno**: teoria generale della responsabilita'civile.v.1. 2.ed. Milano: Dott A. Giuffrè, 1970.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. **Direito em Movimento**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, 2019. Disponível em: <<https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/137>>. Acesso em: 29 set. 2022.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo, Ltr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v.7. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil**, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3. ed. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, nº 6. Junho de 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>> Acesso em 07 jun. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil, v. 3. 2. ed São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB, v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. (org.). **Doutrinas essenciais: direito civil, parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2011.

FISBERG, Yuri. **Dano social**: reparação, aspectos processuais e destinação. São Paulo: Almedina, 2021.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Coimbra, Portugal: A. Amado, 1938.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil, v. 3**. 20 ed. São Paulo, SaraivaJur, 2022.

GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino Rio de Janeiro, Forense, 2009.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 26 jun. 2022.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. São Paulo: Clássica, 2013.

GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños**: Daños a las personas. v. 2a. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis. Impossibilidade de Tarifação das Indenizações por Danos Extrapatrimoniais. In: **I SIMPÓSIO BRASIL PARAGUAI DE DIREITO INTERNACIONAL E DESENVOLVIMENTO PARCERIA UNICAN E UEL**, 2020, Londrina, 2020a. p. 102-103. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/arquivos/I%20Simposio%20Brasil-Paraguai%20de%20Direito%20Internacional%20e%20Desenvolvimento/ANAIS%20GT3.pdf>> Acesso em 10 ago. 2023.

GUIMARÃES, Vynicius Pereira. O erro médico: considerações a partir da responsabilidade civil pela perda da chance. **REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA**, ANO 6 (2020b), N.º 4, p. 2737-2779. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_2737_2779.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2023.

HIGA, Flávio da Costa. **A perda de uma chance no Direito do Trabalho**. Orientador: Estevão Mallet. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-03092012-085655/publico/gravacao_versao_completa_09_05_2011_Flavio_da_Costa_Higa.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Tradutor Raul Lima. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 86, ano XXXVIII, fascículo 454, 1941. p. 458-

559.

JUNQUEIRA, Thiago. Aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do seguro E&O de advogados. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 13–28, 2021. DOI: 10.37963/iberc.v5i1.193. Disponível em: <<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/193>>. Acesso em 09 ago. 2023.

LALOU, Henri. **Traité Pratique De La Responsabilité Civile**. 5. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1955.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. v.2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: obrigações**, v. 2. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. por Tiago Pavinatto. São Paulo: Almedina, 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 2. ed. em e-book baseada na 9. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. v.V, tomo II. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.19, mar. 2001. p. 181- 207. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71527/40589>>. Acesso em 26 maio 2023.

MAZEAUD, Henri et Léon; TUNC, Andre. **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile: délictuelle et contractuelle**. t.I. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de existência**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de; MARÇAL, Thaís Boia. Direito à moradia como direito da personalidade. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 131 - 157, jul. - set. 2016. Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_131.pdf>. Acesso em 17 jul. 2023.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização integral na responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

MILMAIENE, José E. Daño psíquico. In: GHERSI, Carlos Alberto. **Los nuevos daños**: soluciones modernas de reparación. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. P. 69-79.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. **Direito dos seguros**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MONTEIRO, António Pinto. A indemnização por danos não patrimoniais em debate. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 5, n. 03, 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/92>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/169>>. Acesso em: 10 abr. 2023.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, jul/dez/2006, p. 233-258.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. **Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 5, p. 1-20, 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade>. Acesso em: 30 mar. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito, função e quantificação do dano moral. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 24, nov.-fev./2019.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil**: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2 e.d. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**: parte geral, v. 1, 3. ed. Revista dos Tribunais, 2022.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, *ebook*.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor** | vol. 93/2014 | p. 13 - 28 | Maio - Jun / 2014. DTR\2014\2103. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em: 10 jul. 2023.

PACCHIONI, Giovanni. **Diritto civile italiano**: Diritto delle obbligazioni. Dei delitti e quasi delitti, v. IV. Padova: CEDAM, 1940.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. n. 176, 2015. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3477>>. Acesso em 22 jul. 2023.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADO, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Novos panoramas da responsabilidade civil e as tecnologias: dano genético. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 18, n. 01, p. 96 - 115, dec. 2019. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3207>>. Acesso em: 14 maio 2023.

PEDRO, Rute Teixeira. Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência. In: **Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil**. Centro de estudos Judiciários, Lisboa, 2019, p. 183-210. Disponível em: <<https://blook.pt/publications/publication/94cb14c1568d/> > Acesso em 05 nov. 2022.

PEDRO, Rute Teixeira. A perda de chance na responsabilidade civil médica uma breve visão panorâmica no fim da segunda década do século XXI. In: PEREIRA, André Gonçalo Dias; MATOS, Filipe Miguel Albuquerque; DOMÉNECH, Javier Barceló; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil em saúde**: diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro. Universidade do Porto, 2021. p. 413-434. Disponível em: <http://www.centrodedireitobiomedico.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Livro_SM_17.pdf> Acesso em 05 nov. 2022.

PENNEAU, Jean. La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Vol. 42 n°2, Avril-juin 1990, p. 525-544. Disponível em: < https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978>. Acesso em 30 mar. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações, v. 2. 33. ed. Atualizador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2022b.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**: Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PIZARRO, Ramón D. El concepto de daño en el Código Civil y Comercial. **Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación**, ISSN 1666-4590, Año 19, N.º. 10, 2017, p. 13-29. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/566067318/PIZARRO-Ramon-D-El-Concepto-de-Dano-en-El-Codigo-Civil-y-Comercial-Revista-de-Responsabilidad-Civil-y-Seguros-La-Ley-2017-X-p-13-Cita-Onli#>>. Acesso em 16 ago. 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Processo 21963/15.6T8PRT.P1.S1**. 1.ª Secção. Relator: Maria Clara Sottomayor. 09/03/2022.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: **Temas de direito positivo**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 17.01.2004. Disponível em: < <https://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm#:~:text=Poder%C3%ADamos%20dizer%2C%20em%20suma%2C%20que,indiv%C3%ADduos%20que%20comp%C3%B5em%20a%20comunidade>>. Acesso em 19 abr. 2023.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 6 ed.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

ROCHA, Francisco Arrhenius Barros da. **A perda de uma chance**: um dano específico a ser reparado na visão-luso brasileira. São Paulo: Dialética, 2021.

ROCHA, Nuno Santos. A «**perda de chance**» como uma nova espécie de dano. Coimbra: Almedina. 2014.

RODRIGUES, Auri Luiz de Moraes. **Danos pela perda de uma chance e os reflexos no contrato de seguro**. Academia Nacional de Seguros e Previdência. s.d., s.p. Disponível em: < <https://www.anspnet.org.br/opiniao-academica/danos-pela-perda-de-uma-chance-e-os-reflexos-no-contrato-de-seguro/>>. Acesso em 18 ago. 2023.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia dos danos extrapatrimoniais. In: PIRES, Fernanda Ivo (Org.); GUERRA, Alexandre et al. (Coord.) **Da Estrutura à Função da Responsabilidade Civil**. Indaiatuba-SP: Foco, 2021. p. 307-313.

ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. **Migalhas de Responsabilidade Civil**. 23/04/2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade->

civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em 25 mar. 2023.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

SERPA, Pedro Ricardo. Dano moral por inadimplemento do contrato. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 43, p. 293–309, 2020. DOI: 10.22456/0104-6594.95260. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/95260>. Acesso em: 15 ago. 2023.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Clovis V. do Couto. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, a. 2015, v. 2, p. 333-348, jan/mar 2015. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em 10 ago. 2021.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. **O dano da perda da chance: a possibilidade de uma natureza jurídica extrapatrimonial**. Orientadora: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial Londrina, 2015.

SILVA, Fernando Moreira Freitas da. Em um contexto de globalização e de ampla tutela da pessoa humana, seria possível uma natureza jurídica híbrida da perda da chance? In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFPB – A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no Século XXI**. João Pessoa: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fbca336e199c90d7>>. Acesso em 15 maio 2023.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rodrigo da Guia. A privação do uso como fonte do dever de indenizar. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS** (Online). Porto Alegre, volume XI, n. 2, 2016, P. 207-239. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66010>>. Acesso em 19 abr. 2023.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; FERREIRA Tiago Loss. Novos danos ou novas adjetivações do dano moral? A desnecessidade da autonomização dos danos extrapatrimoniais no direito civil brasileiro: questões materiais e processuais. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, SC. v. 29. n. 11, p.393-417. Mai./Ago. 2021. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7294/5836>>. Acesso em: 14 jun. 2023.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2003.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Considerações sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil do médico. **Pensar (UNIFOR)**. Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 767-790, set./dez. 2015. Disponível em: < <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.767-790>>. Acesso em 10 nov. 2022.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência [livro eletrônico]. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 30, p. 33-60, out./dez. 2021. Disponível em: < <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/752/497>> Acesso em: 22 abr. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Jurídico Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**, v.1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. v.2. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

VON JHERING, Rudolph. **A luta pelo direito**. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

ZANNONI, Eduardo A. **El daño en la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Astrea, 1982.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.