

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DIOGO LIMA TRUGILHO

**A HISTÓRIA DA REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO: de Freitas a Bevilacqua**

Belo Horizonte

2013

DIOGO LIMA TRUGILHO

**A HISTÓRIA DA REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO: de Freitas a Bevilaqua**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Giordano Bruno Soares Roberto.

Belo Horizonte

2013

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Dissertação intitulada “**A HISTÓRIA DA REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: de Freitas a Bevilaqua**” de autoria do mestrando Diogo Lima Trugilho, avaliada pela banca composta pelos seguintes professores:

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

Belo Horizonte ____ de _____ de 201__.

Dedico este trabalho ao meu querido pai, Gerson, por todo amor e doação a mim e a meus irmãos. É o pai que quero ser para os meus futuros filhos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo refúgio.

Ao professor Giordano, pela orientação que excedeu o âmbito desta pesquisa. A sua maior lição para mim não foi por palavras, mas por gestos: um grande mestre deve ter serenidade e humildade.

À minha esposa, Talita, sem a qual não sou.

À mamãe, Sueli, pelo cuidado e colinho.

Ao maninho, Tiago, meu grande amigo.

À maninha, Elisa, pelo sorriso e pureza que me alegravam nos dias mais extenuantes de pesquisa.

Ao Felipe, pelo diálogo e por compartilhar comigo sua biblioteca.

Ao professor César Fiuza, pelo incentivo e parceria que contribuíram significativamente na minha formação acadêmica.

Às professoras Mônica Sette e Miracy Gustin, pelo contagiante amor ao ensino.

“Não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento physico ou moral a valor:
são extravagancias do espirito humano.”
Lafayette¹

“A honra não tem preço para quem sabe dar-lhe valor.”
Felicio dos Santos²

“Como obrigar as companhias à indenização da vida de um homem?”
Machado de Assis³

¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 474. [Primeira publicação em 1877].

² SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 22-23.

³ ASSIS, Machado. *A semana: (1894-1895)*. Rio de Janeiro: Jackson, 1942.

RESUMO

Esta pesquisa investiga a história da reparabilidade do dano moral no Direito Civil brasileiro, com ênfase num lapso temporal que se inicia na obra de Freitas e se encerra no Código Civil de Bevilacqua. Preliminarmente, analisa as bases do tema no Direito romano e no Direito germânico – fontes principais do Direito português e, por conseguinte, do Direito brasileiro. Em seguida, examina como tais matérias foram recepcionadas pelas Ordenações do Reino, especialmente pelas Ordenações Filipinas. Logo após, analisa a influência do jusracionalismo na reparabilidade do “dano moral”. Depois, adentrando especificamente no Direito Civil brasileiro, investiga a reparabilidade do “dano moral” na obra de Teixeira de Freitas; nos projetos de Código Civil de Nabuco de Araujo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues; no Código Civil de Bevilacqua; e em outras obras relevantes do período.

Palavras-Chave: história; reparabilidade; punição; dano moral; Direito Civil brasileiro.

ABSTRACT

This research investigates the history of the possibility of the recovery of general (hedonic) damages in Brazilian Law, with emphasis on a time period which starts with the work of Freitas and finishes with Bevilacqua's Civil Code. At first, it analyses the bases of the subject in Roman and German Laws — main sources of Portuguese Law and, therefore, of Brazilian Law. It then examines how such subjects were received by the "Ordenações do Reino" (Kingdom's Statutes), especially the "Ordenações Filipinas" (King Philip's Statutes). Next, it analyses the influence of legal rationalism on the possibility of recovery of general damages. Afterwards, dealing specifically with Brazilian Law, it investigates the possibility of recovery of general damages in the work of Freitas, in the Civil Code projects of Nabuco de Araujo, Felicio dos Santos and Coelho Rodrigues; in Bevilacqua's Civil Code and in other relevant works of the period

Keywords: history; recovery; general (hedonic) damages; Brazilian Law; punishment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	15
1.1 A formação do Direito brasileiro.....	15
1.2 A formação do Direito Civil brasileiro	18
2 PANORAMA HISTÓRICO-JURÍDICO DO DANO MORAL.....	23
2.1 Direito romano primitivo.....	23
2.2 Direito romano clássico	25
2.2.1 <i>Actio injuriarum æstimatoria</i>	27
2.3 Direito germânico.....	33
2.4 Ordenações Filipinas.....	35
2.5 Jusracionalismo e Codificação: a dicotomia entre reparação e punição	39
3 A COMPREENSÃO DO “DANO MORAL” NO SISTEMA JURÍDICO DE TEIXEIRA DE FREITAS.....	46
3.1 O princípio basilar do sistema jurídico freitiano	48
3.2 O Direito Privado e o Direito Público	51
3.3 O Direito Civil e o Direito Criminal.....	54
3.4 Os direitos absolutos e os direitos relativos	57
3.5 Os direitos reais e os direitos pessoais	59
3.6 Os direitos absolutos e os direitos reais: semelhanças e diferenças ...	60
3.7 Os direitos absolutos da personalidade.....	63
3.8 A tutela dos direitos da personalidade.....	64
3.9 Dispositivos sobre indenização na Consolidação das Leis Cíveis e no Esboço.....	66
3.10 Considerações Finais.....	71
4 A ABORDAGEM DO “DANO MORAL” NAS DEMAIS OBRAS RELEVANTES NOS PRIMÓRDIOS DA CIVILÍSTICA BRASILEIRA.....	73
4.1 <i>Instituições de Direito Civil Português</i> de Mello Freire.....	75
4.2 <i>Direito Civil de Portugal</i> de Borges Carneiro.....	76
4.3 <i>Digesto Português</i> de Corrêa Telles.....	78
4.4 <i>Instituições de Direito Civil Português</i> de Coelho da Rocha	81
4.5 <i>Direito das Coisas</i> de Lafayette.....	84
4.6 Considerações finais.....	85
5 A DISCIPLINA DO “DANO MORAL” NOS PROJETOS DE NABUCO DE ARAUJO, FELICIO DOS SANTOS E COELHO RODRIGUES.....	87
5.1 O projeto de Nabuco de Araujo.....	87
5.2 O projeto de Felício dos Santos.....	88
5.2.1 <i>Considerações sobre o projeto de Felício dos Santos</i>	94
5.3 O projeto de Coelho Rodrigues	95
5.3.1 <i>O projeto de Coelho Rodrigues comparado ao de Felício dos Santos</i>	98
5.3.2 <i>Considerações sobre o projeto de Coelho Rodrigues</i>	99

6 A DISCIPLINA DO DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE BEVILAQUA	101
6.1 O dano moral e sua reparação	102
6.1.1 <i>Reparação em caso de homicídio</i>	103
6.1.2 <i>Reparação em caso de ferimento ou outra ofensa à saúde</i>	105
6.1.3 <i>Valor de afeição</i>	107
6.1.4 <i>Reparação em caso de calúnia ou injúria</i>	107
6.1.5 <i>Reparação em caso de ofensa à honra da mulher</i>	108
6.1.6 <i>Reparação em caso de ofensa à liberdade pessoal</i>	110
6.1.7 <i>Reparação em casos não previstos no capítulo</i>	111
6.2 Considerações Finais	112
7 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL NA DOCTRINA E JULGADOS PRECEDENTES À PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916	114
7.1 Doutrina	114
7.1.1 <i>Clovis Bevilaqua</i>	114
7.1.2 <i>Lacerda de Almeida</i>	117
7.1.3 <i>Carvalho de Mendonça</i>	118
7.2 Um julgado emblemático	122
7.3 Considerações Finais	124
CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

A reparação do dano moral é um dos temas que mais suscita controvérsias no Direito Civil brasileiro. Inúmeras são as discussões acerca do seu fundamento punitivo e do *quantum* indenizatório. Tais embates são antigos. No Brasil, já se discutia o tema no século XIX, quando o país sequer possuía um Código Civil.

Acredita-se, assim, que a proposta desta pesquisa, qual seja, investigar a história da reparabilidade do dano moral no Direito Civil brasileiro, com ênfase num lapso temporal que se inicia na obra de Freitas e se encerra no Código Civil de Bevilacqua, contribuirá para a melhor compreensão do tema. Quiçá, lançará as bases teóricas que fomentarão a elaboração de respostas consistentes para questões que ressoam há mais de um século.

Este trabalho se faz importante, outrossim, pela carência de obras que abordam, com o devido zelo, a gênese do instituto da reparação do dano moral, no Direito Civil brasileiro. Salvo pouquíssimas exceções⁴, encontram-se tão somente trechos esparsos de livros que, apesar de serem primorosos ao que se propõem, desenvolvem insuficientemente o assunto, provavelmente, por não ser especificamente esse o cerne do objeto de estudo dos mesmos.

A *história crítica do Direito*, do historiador e jurista português, António Manuel Hespanha, é a metodologia adotada nesta pesquisa.

Este método, afirma o autor, se baseia em três estratégias.

A primeira delas é o reconhecimento de que os acontecimentos históricos “são criados pelo trabalho do historiador, o qual selecciona a perspectiva”⁵. Para Hespanha, é ingenuidade pensar que a narrativa histórica é o relato do que “realmente aconteceu”⁶. Assim, esta pesquisa, “como todo trabalho de história, apresenta apenas

⁴ A obra *O Dano Moral e sua Reparação*, do professor Wilson Melo da Silva é uma das exceções, apesar do pequeno enfoque no período imperial brasileiro, ao qual a pesquisa se dedicará de forma especial. SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 33-34.

⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 34.

uma leitura da realidade, entre tantas possíveis”⁷. Por tal razão, Hespanha afirma que a história também pode ser classificada como gênero literário, o que não significa que ela repouse na arbitrariedade; “significa, antes, que o rigor histórico reside mais numa coerência interna do discurso”⁸.

A segunda estratégia é a compreensão do Direito como um produto social. Hespanha declara que “a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma um processo social”. Isto é, “algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar, inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade”⁹.

A terceira estratégia consiste em reconhecer que a história não constitui um desenvolvimento linear, necessário, progressivo, escatológico. Isto porque na história, afirma Hespanha, há descontinuidade e ruptura.¹⁰

O autor declara que esta “perspectiva deformada” da linearidade, recorta objetos históricos a partir do modo de ver e conceber o direito nos dias de hoje. Assim, “o presente é imposto ao passado; mas para além disso, o passado é lido a partir (e tornado prisioneiro) das categorias, problemáticas e angústias do presente”¹¹.

O significado de uma mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, exemplifica Hespanha, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Neste sentido, ele afirma que o historiador deve proceder com cautela, para que determinado vocábulo seja empregado adequadamente ao seu contexto, vez que “por baixo da superfície da sua continuidade terminológica, existem rupturas decisivas no seu significado semântico”¹².

⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008, p. 11.

⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 34.

⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 38.

¹⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 41.

¹¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 30.

¹² HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 26-27.

Quando se compreende a descontinuidade do passado, aduz Hespanha, este deixa de ser “um ensaiador de soluções que vieram a ter um completo desenvolvimento no presente”. Dessarte, o passado é libertado do presente, “a sua lógica e as suas categorias ganham espessura e autonomia”. O presente “deixa de ter que ser lido na perspectiva do que veio depois”, não mais representa um apogeu do passado, “pelo contrário, o presente não é senão mais um arranjo aleatório, dos muitos que a *bricolage* dos elementos herdados podia ter produzido”.¹³

Baseada em tal metodologia, a pesquisa se desenvolve da seguinte maneira.

As discussões acerca da reparabilidade do dano moral afluíram no Direito Civil brasileiro, ainda em sua fase inicial. Deste modo, a compreensão adequada do tema exige que se estude, primeiramente, a formação do Direito brasileiro e, mais especificamente, a formação de uma civilística tipicamente nacional, que se dá com a *Consolidação das Leis Civis*, de Teixeira de Freitas (capítulo 1).

Uma resposta satisfatória ao problema suscitado impõe o resgate de uma história mais remota do dano moral, a qual enseja a compreensão de algumas das principais fontes de direito e do contexto histórico-jurídico que influenciaram os juristas brasileiros ao desenvolver suas ideias. Deste modo, conforme ensina Hespanha, este trabalho procede a uma bricolagem, a um arranjo destes elementos do passado, concernentes à reparabilidade do dano moral.¹⁴

Esta tarefa secciona-se nas seguintes etapas.

Primeiramente, estudam-se as bases do tema no Direito romano e no Direito germânico – fontes principais do Direito português e, por conseguinte, do Direito brasileiro.¹⁵ Em seguida, examina-se de que modo tais matérias foram recepcionadas pelas Ordenações do Reino, especialmente pelas Ordenações Filipinas (capítulo 2, 1ª secção).

Na segunda secção do capítulo, estuda-se o jusracionalismo, fruto do Iluminismo, e seu postulado de sistematização do Direito, que influenciou sobremaneira a reparabilidade do dano moral (capítulo 2, 2ª secção). Evidencia-se,

¹³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 43.

¹⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 43.

¹⁵ O Direito canônico também é importante fonte do Direito português e brasileiro, entretanto, é pouco relevante para esta pesquisa.

neste tópico, a nítida compreensão do Direito como um produto social, conforme leciona Hespanha.

Este foi o panorama com o qual se deparou Teixeira de Freitas, quando foi incumbido do enorme desafio da *Consolidação das Leis Civis*, em meados do século XIX: competia-lhe organizar o emaranhado de leis vigentes no país, constantes principalmente das Ordenações Filipinas, vastamente influenciadas pelo Direito romano e germânico, por meio de uma cientificidade jusracionalista.

Assim, a pesquisa retoma a obra de Freitas, buscando compreender o “dano moral” no sistema jurídico por ele concebido (capítulo 3).

Depois, estuda-se o tema nas demais obras relevantes nos primórdios da civilística brasileira. Contemporâneas aos trabalhos de Freitas, tais obras também alcançaram destaque, no período inicial do Direito Civil nacional (capítulo 4).

Em seguida, analisa-se a matéria nos projetos de Código Civil de Nabuco de Araujo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues (capítulo 5).

Por fim, estuda-se a disciplina do dano moral e sua reparação no Código Civil de 1916 e, também, em doutrina e julgados anteriores à sua promulgação (capítulos 6 e 7). Esta dissertação não se propõe a investigar obras publicadas posteriormente à promulgação do Código Civil de 1916. Esta tarefa pode ser desenvolvida em pesquisas futuras.

O conceito de dano moral adotado na pesquisa é o de Pontes de Miranda; isto é, aquele que atinge o ofendido em sua essência de ser humano, independentemente do prejuízo ao patrimônio. Dano moral é, assim, a ofensa a quaisquer elementos que integram as dimensões psíquicas e físicas do ser humano.¹⁶

É importante esclarecer, contudo, que, durante longo período da história, tais lesões não recebiam o nome de *dano moral*. Isto porque o vocábulo *dano*, desde os romanos – *damnum*, dizia respeito apenas à lesão patrimonial. As referidas ofensas à pessoa¹⁷ apenas passaram a integrar o conceito de dano no século XIX.

Deste modo, para não incorrer no equívoco de empregar um termo fora de seu contexto, tal como adverte Hespanha, esta dissertação opta por adotar, em quase toda sua extensão, a expressão *ofensa moral* e, algumas vezes “*dano moral*” – entre

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1959. Tomo XXVI, p. 30.

¹⁷ Nesta pesquisa, pessoa e ser humano são expressões sinônimas. Estudar o conceito de personalidade é irrelevante para o propósito do trabalho.

aspas. No que tange especificamente aos autores investigados neste trabalho, Bevilaqua é o primeiro a empregar o termo *dano moral*, assim, a partir do mesmo, retiram-se as aspas da expressão.

1 A FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

As discussões acerca da reparabilidade do dano moral afluíram no Direito Civil brasileiro ainda em sua fase inicial. Deste modo, a compreensão adequada do tema exige que se estude, primeiramente, a formação do Direito brasileiro e, mais especificamente, a formação de uma civilística tipicamente nacional, que se dá com a *Consolidação das Leis Cíveis*, de Teixeira de Freitas.

1.1 A formação do Direito brasileiro

A colonização portuguesa subjugou as terras brasileiras às rédeas da metrópole. Assim, as leis que vigiam na colônia, inicialmente, eram as mesmas de Portugal.

Ainda não havia, portanto, no período colonial, Direito brasileiro propriamente dito, mas tão somente Direito português aplicado no Brasil, muito embora o país dispusesse de leis específicas, devido a peculiaridades locais.

As principais legislações portuguesas aplicadas no Brasil foram as Ordenações do Reino: as Afonsinas (até 1521), as Manuelinas (de 1521 a 1603) e as Filipinas (a partir de 1603).

Somente a partir da Independência brasileira, em 1822, os ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal começaram a se afastar, seguindo percursos próprios.¹⁸ Esse foi o despontar de um Direito tipicamente brasileiro.

A pretensão de ruptura definitiva com Portugal fez com que o Brasil instalasse, em 3 de maio de 1823, sua primeira Assembleia Constituinte.¹⁹

Entretanto, como o novo Império carecia, imediatamente, de leis que o regessem, a Assembleia determinou que a legislação portuguesa continuasse em

¹⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 55.

¹⁹ VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1977, p. 108.

vigor, até a organização de um novo Código, ou até que as mesmas fossem especialmente alteradas.

Este ato foi consubstanciado na Lei de 20 de outubro de 1823, a qual estabelecia, no artigo 1º, que

As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.²⁰

Por não ser possível, obviamente, substituir de uma só vez a legislação portuguesa vigente, a lei acabou por consagrar “o princípio da imanência da ordem jurídica, da continuidade do direito que é amplo, genérico e não admite vazios”²¹. Era, portanto, “oportuna e indispensável”²².

Assim, mesmo após a emancipação política, continuaram a vigorar, no Brasil, as Ordenações Filipinas e, também, outras numerosas leis extravagantes, “de modo que o direito que aqui se applicava continuou recebendo a influência de um atávico condicionamento histórico, já que adjungido à tradição jurídica lusitana e, por consequência, aos princípios do direito comum”.²³

Reagindo a tal situação adversa à sua autonomia, o Brasil avança na formação do seu Direito Público, outorgando, em 1824, a Constituição do Império.

A Constituição determinou que se organizasse, quanto antes, um Código Civil e Criminal.

²⁰ BRASIL. *Lei de 20 de outubro de 1823*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: maio de 2013.

²¹ VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1977, p. 108.

²² TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro (Ensaio)*. Vol. II, 1º tomo. São Paulo: [s.n], 1947. P. 152, 153.

²³ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: RT, 2007, p. 196-197.

O Código Criminal foi publicado em 1830, seguido do Código de Processo Criminal, em 1832, e do Código Comercial, em 1850. O Código Civil brasileiro seria publicado apenas em 1916, quase cem anos após a Independência.

Notoriamente, o Direito Privado, ao contrário do Direito Público, se desenvolveu bastante lentamente. Houve primazia deste, em detrimento daquele, pois as questões relativas a funções, organizações e poderes do Estado eram essenciais para a afirmação da soberania do país; “as necessidades coletivas no Brasil, pois, eram mais exigentes que as particulares, e o tempo não era ainda bastante para se providenciar umas e outras”²⁴. Ademais, “Doutos em Direito eram poucos. Escolas ainda não as havia, e somente cinco anos mais tarde, se tornaria uma realidade a inauguração de cursos jurídicos”²⁵.

Outros óbices à imediata elaboração do Código Civil decorriam das grandes controvérsias que circundavam assuntos extremamente relevantes para o Brasil; “a escravidão, por exemplo, despertava polêmicas e exigia um posicionamento também do Direito Privado”.²⁶

Para Câmara,

Ocorreu, portanto, em alguns ramos do Direito, sobretudo na esfera do Direito privado, uma adoção, pura e simples, de preceitos e princípios preexistentes, o que não feria de maneira alguma a nova soberania implantada, pois o sistema legal de um país não se transmuda instantaneamente. Requer tempo e muitas décadas, e nunca improvisação, tantas vezes nefasta à ordem jurídica.²⁷

Assim, no que concerne às relações jurídicas particulares, houve, naturalmente, “adoção de velhos princípios há tantos séculos consagrados e já estratificados na mentalidade jurídica do tempo”.²⁸

²⁴ TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro* (Ensaio). Vol. II, 1º tomo. São Paulo: [s.n.], 1947, p. 266.

²⁵ CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a história do direito pátrio*. Tomo 3 (1822-1889). Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966, p. 77.

²⁶ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 56.

²⁷ CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a história do direito pátrio*. Tomo 3 (1822-1889). Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966, p. 55.

²⁸ CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a história do direito pátrio*. Tomo 3 (1822-1889). Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966, p. 77.

O Direito Civil brasileiro continuou a ser o português: “caldeamento do romano, visigótico (Código das Sete Partidas, Fuero Juzgo), canônico – transplantado além-mar”.²⁹

1.2 A formação do Direito Civil brasileiro

As matérias juscivilísticas permaneceram, portanto, disciplinadas pelas Ordenações Filipinas, as quais, espantosamente, vigeram no país por mais de três séculos, resistindo, inclusive, a mudanças políticas relevantes, em 1640³⁰, 1822³¹ e 1889³². Ressalte-se que até mesmo Portugal as revogara muito antes do Brasil, em 1867, com a promulgação do primeiro Código Civil português.

As Ordenações Filipinas, entretanto, estavam excessivamente defasadas; “surgiram para a história como uma simples versão atualizada das Manuelinas, como estas já tinham sido uma simples atualização das Afonsinas”. Modificadas na redação e na forma, as Ordenações de Filipe II conservaram “em tôda a sua estrutura, o espírito das anteriores, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos Tempos Modernos”.³³

As Ordenações eram, também, demasiadamente confusas, careciam de organização e nitidez; apresentavam várias contradições; a sua redação era prolixa; os assuntos eram tratados de forma descontínua; e, o mais grave, continham muitas lacunas.

²⁹ SEGURADO, Milton Duarte. *História resumida do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982, p. 80.

³⁰ Fim da União Ibérica.

³¹ Proclamação da Independência.

³² Proclamação da República.

³³ CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. L, p. 32-77, 1955.

Para Braga da Cruz,

Ésse defeito, patente em todos os cinco livros do nosso Código fundamental, é sobretudo notório no campo do direito privado: há capítulos inteiros do direito civil em que as Ordenações são totalmente omissas, e outros em que, só através de alguma disposição esporádica, se pode vislumbrar quais as ideias mestras que o legislador teve em mente.³⁴

Assim, uma extensa legislação extravagante foi criada com a finalidade de suprir os mencionados vícios das Ordenações, sobretudo as lacunas. As fontes do Direito se tornavam, dessa forma, cada vez mais abundantes: ordenações, leis, decretos, alvarás, cartas régias, resoluções de consultas, assentos da Casa de Suplicação, avisos, portarias, regulamentos, regimentos, estatutos, instruções, estilos e praxe, forais, concordatas, tratados, leis de outros povos etc.³⁵

A dificuldade em se conhecer e interpretar este conglomerado de normas deixou patente a necessidade de um Código Civil que dirimisse as dúvidas e servisse de orientação segura ao aplicador da lei.³⁶

O Brasil “precisava sair daquele “cipóal emaranhado” – na expressão de um deputado da Constituinte – das leis até então em vigor no Brasil”.³⁷

Entretanto, aguardar a redação de um anteprojeto de Código Civil, sujeitando-o a prévios estudos de comissões especiais e, depois, ao seu debate no parlamento, com delongas intermináveis e “tantas vezes estéreis”, condicionado a tantos e tão variados pontos de vista dos mais diversos matizes, era inviável.³⁸ Mesmo porque persistiam os óbices relativos ao predomínio do caráter político e à falta de conhecimento técnico nas Assembleias.

³⁴ CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. L, p. 32-77, 1955.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 76.

³⁶ CHAVES, Antônio. Formação histórica do direito civil brasileiro. *Revista da faculdade de direito USP*, São Paulo, vol. 95, p. 57-105, 2000, p. 80.

³⁷ TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro (Ensaio)*. Vol. II, 1º tomo. São Paulo: [s.n], 1947, p 152-153.

³⁸ CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a história do direito pátrio*. Tomo 3 (1822-1889). Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966, p. 129.

De acordo com Ribas,

[...] o poder legislativo, salvo algumas medidas especiaes, ou relativas á organização judiciaria civil, tem-se abtido de tocar neste grave e melindroso assumpto, conscio sem duvida das difficuldades que as assembléas, onde predomina o caracter politico, encontrão na organização dos Codigos Civis. Semelhante trabalho, que exige enorme massa de conhecimentos theoricos e praticos, só póde ser vantajosamente elaborado no seio de comissões de profissionaes. As assembléas devem limitar-se a adoptar ou regeitar no todo o trabalho assim preparado, segundo o juizo que formarem dos seus principios fundamentaes, ou a emendal-o de modo que não desnaturem o systema.³⁹

Além de tudo, elaborar um projeto de Código Civil, sem antes ter certeza de todo o amontoado de leis que se encontravam vigentes, não seria um bom caminho. Fazia-se necessário, primeiramente, que se estabelecesse, de maneira precisa e consistente, a legislação civil vigente.

“Foi, não há como duvidar”, afirma Câmara, “inspiração das mais felizes e oportunas, a idéia de preceder-se a elaboração de um código civil da sistematização de todo o Direito positivo em vigor”, muito embora fossem bastante complexos os elementos que o constituíam.⁴⁰

Para realizar a difícilíssima tarefa, o Governo Imperial contratou o jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas, em cuja obra intitulada *Consolidação das Leis Civis* (1857) sistematizou, com maestria, a legislação vigente à época.

Valladão afirma que a Consolidação

Era obra hercúlea, acima das forças de qualquer mortal; pôr ordem naquele caos representado pelas Ordenações Filipinas, dos princípios do Século XVII, alteradas por uma confusíssima legislação portuguesa extravagante, de dois séculos, até 1822, suplementada com o Direito Romano e o Direito Canônico, com os estilos e costumes, e as leis das nações cultas, e “pelos praxistas que as invadiram”, além dos preceitos da Carta de 1824 e das novas leis brasileiras.⁴¹

³⁹ RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 310. [Primeira publicação em 1865].

⁴⁰ CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a história do direito pátrio*. Tomo 3 (1822-1889). Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966, p. 129.

⁴¹ VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1977, p. 141.

Na Consolidação, afirma Pontes de Miranda, “se casam o espírito de organização e a técnica codificadora” sobre “esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857”.⁴²

Trata-se de “notável trabalho, respeitado como o primeiro grande monumento jurídico nacional, até hoje indigitado alicerce da codificação”, no qual Freitas atua “dentro de uma linha de organicidade admirável”.⁴³

A Consolidação “afrouxa as cordas normativas do Direito Privado, lançadas da antiga metrópole, que nossa Independência política não lograra romper”.⁴⁴

É “a obra inaugural, basilar, de nossas letras jurídicas”⁴⁵. Designa o “princípio efetivo da nacionalização de nossa cultura jurídica, confere cidadania ao nosso Direito”⁴⁶, sobretudo ao Direito Civil. Saliente-se que trabalho do juriconsulto não se restringiu a compilações. Ele criou um sistema jurídico próprio, inovou em diversos aspectos.⁴⁷

A Consolidação de Freitas representa, então, o marco inicial do Direito Civil brasileiro, a partir do qual a investigação se desenvolverá mais densamente.

Iniciar a pesquisa com a análise imediata da obra de Freitas, entretanto, não seria o mais adequado para um estudo satisfatório do tema.

Começar do desembarque das caravelas portuguesas também não seria suficiente.

De acordo com Pontes de Miranda,

O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, - gente de rija têmpera, no altivo

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27. [Primeira publicação em 1928].

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 54.

⁴⁴ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. 2 ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 68.

⁴⁵ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. 2 ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 68.

⁴⁶ DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. 2 ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 68.

⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*. In: Augusto Teixeira de Freitas e o Direito Latino-americano. Sandro Schipani (Org.) Roma: CEDAM-PADOVA, 1988. p. 17-39.

século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente.⁴⁸

O Direito brasileiro descende do Direito português, o qual compartilha com outros países da Europa, uma herança comum; “do ponto de vista da história do direito privado, a história europeia constitui uma unidade”.⁴⁹

Estabelecem essa herança europeia comum, “o direito romano antigo e medieval e o direito canônico, o antigo direito germânico, o direito feudal, o direito municipal medieval e o direito natural dos tempos modernos”; “todos esses elementos exerceram, em diversos graus, sua influência em todos os países da Europa”.⁵⁰

O próximo passo será, então, compreender essa herança europeia comum, abordando especificamente o Direito romano e o germânico, os mais relevantes para a pesquisa.

Tal análise ensejará um importante vislumbre do contexto histórico-jurídico, no qual se inseriam os juristas brasileiros, ao desenvolverem suas ideias acerca do dano moral.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27. [Primeira publicação em 1928].

⁴⁹ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 2.

⁵⁰ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3.

2 PANORAMA HISTÓRICO-JURÍDICO DO DANO MORAL

Pesquisa-se, neste capítulo, o contexto histórico-jurídico e algumas das principais fontes de direito que influenciaram os juristas brasileiros, ao desenvolver suas ideias acerca da reparabilidade do dano moral.

Esta tarefa secciona-se nas seguintes etapas.

Primeiramente, estudam-se as bases elementares do tema no Direito romano e no Direito germânico – fontes principais do Direito português e, por conseguinte, do Direito brasileiro.⁵¹ Em seguida, examina-se de que modo tais matérias foram recepcionadas pelas Ordenações do Reino, especialmente pelas Ordenações Filipinas.

Depois, estuda-se o jusracionalismo, fruto do Iluminismo, e seu postulado de sistematização do Direito, que influenciou sobremaneira a reparabilidade do dano moral.

2.1 Direito romano primitivo

A regra de talião⁵², consistente na rigorosa reciprocidade entre a ofensa e a pena, também conhecida como lei do “olho por olho e dente por dente”⁵³, é a forma mais rudimentar do que atualmente se concebe por reparação do dano moral. Isto porque a vingança, para as primeiras civilizações, talvez fosse “a mais eficiente maneira de se neutralizar, até certo ponto, a dor da vítima”.⁵⁴

⁵¹ O Direito canônico também é importante fonte do Direito português e brasileiro, entretanto, é pouco relevante para esta pesquisa.

⁵² Talião decorre da palavra latina *talis*, que significa tal, idêntico.

⁵³ De acordo com o artigo 196 do Código de Hamurabi, “Se um homem destruiu um olho de outro homem, destruirão o seu olho”. Nos termos do artigo 200, “Se um homem arrancou um dente de um outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente”. In: HAMMURABI, Rei da Babilônia. *Código de Hamurabi*. Bauru, SP: Edipro, 1994, p. 35-36.

⁵⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 23.

Percebe-se, neste aspecto, indistinção entre responsabilidade civil e penal, haja vista que reparação confundia-se com punição; na medida em que a vingança propiciada pela lei de talião punia o ofensor, proporcionava à vítima certa satisfação pela ofensa suportada.

Interessa, entretanto, ao presente trabalho, o estudo do instituto da reparação por “dano moral” com contornos mais próximos do objeto da pesquisa, isto é, quando a “reparação-punição” passa a consistir em uma prestação pecuniária, e não na equivalente retribuição ao mal.

O Direito romano primitivo bem representa este período, em que o castigo corporal é substituído pela pena pecuniária.⁵⁵

A Lei das XII Tábuas, que data de meados do século V a.C., disciplinava que se alguém mutilasse outrem (*membrum ruptum*), deveria ser punido com a pena de talião, devendo assim, sofrer a mesma mutilação que provocou. A vítima poderia, entretanto, optar pela composição pecuniária.⁵⁶

⁵⁵ Saliente-se que antes mesmo de surgir o Direito romano, nas próprias leis de Hamurabi e Manu, além da regra de talião, havia dispositivos cuja “reparação-punição” era pecuniária. Citam-se como exemplo, nas leis de Hamurabi, as seguintes prescrições: “se um homem vulgar agrediu a face de outro que lhe é igual, pesará dez siclos de prata” (art. 204); “se um homem agrediu a filha de um outro homem e a fez expelir o fruto do seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo fruto do seu seio” (art. 209). *In*: HAMMURABI, Rei da Babilônia. *Código de Hamurabi*. Bauru, SP: Edipro, 1994, p. 36.

Com a mesma ideia, pode-se destacar das leis de Manu, os seguintes trechos, dentre outros: “Mais celui qui, par méchanceté, s`en vient dire: Cette fille n`est pas vierge, doit subir une amende de cent panas, s`il ne peut pas prouver qu`elle ait été polluée”, ou seja, “aquele que, por maldade, diz que uma noiva não é virgem, deve sofrer uma multa de cem panas, se não puder provar que ela já havia sido poluída”; “Si un homme égratine la peau d`une personne de la même classe que lui-même, et sil fait couler son sang, il doit être condamné à cent panas d`amende [...]”, isto é, “se um homem arranha a pele de uma pessoa da mesma classe que a sua, de modo que escorra sangue, deve ser condenado a cem panas de multa”. *In*: DESLONGCHAMPS, Loiseleur A. *Lois de Manou comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens*. Traduites du sanscrit et accompagnées de notes explicatives. Livre Huitième, art. 284. Paris: De L`Imprimerie de Crapelet, 1833, p. 285-294. (tradução livre)

Tal ideia também não era estranha aos habitantes da Grécia Antiga. Wilson Melo da Silva recorda um episódio, na Odisseia de Homero, em que Hefesto recebe de Ares o pagamento de uma pesada multa, conforme decisão de uma assembleia de deuses pagãos, por ter flagrado o mesmo em delito amoroso com a sua esposa, Afrodite. O autor afirma que “o fato, embora atribuído aos deuses, revela que, nos tempos homéricos, já era tradição, entre os gregos, a prática da compensação econômica por danos extrapatrimoniais”. *In*: SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 25.

⁵⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Rev. Maria Armada de Saint-maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 289.

No caso de quebra ou fratura de ossos (*fractum*), o ofensor deveria pagar 300 asses à vítima, se essa fosse um homem livre, e 150 asses se fosse um escravo. Para as hipóteses de ofensas corporais mais brandas, a punição equivalia a 25 asses.⁵⁷

A Lei Aquilia, no século III a.C., introduz o vocábulo dano (*damnum*), tão importante para esta pesquisa. De acordo com a lei, o *damnum injuria datum* consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*, sem direito ou escusa legal⁵⁸, o qual deveria ser reparado pelo ofensor.

O dano representava, assim, o prejuízo material ilícito.

O *damnum injuria datum* era disciplinado pela Lei Aquilia em três partes: a primeira regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes, da espécie dos que pastam em rebanho; a segunda dispunha sobre o dano causado por um credor acessório ao principal, que faz abatimento da dívida com prejuízo do primeiro; já a terceira regulava o dano por ferimento causado aos escravos e animais visados no primeiro capítulo e a destruição ou deterioração de todas as outras coisas corpóreas.⁵⁹

Não se encontrou, entretanto, até este período, instituto jurídico cujo propósito fosse essencialmente reparar a vítima ofendida em sua moral, sem o viés de punição do ofensor.

2.2 Direito romano clássico

Durante o período clássico do Direito romano⁶⁰, tem-se o advento da *actio injuriarum aestimatoria*. Esta foi, possivelmente, o primeiro instituto jurídico cuja finalidade precípua era a compensação da vítima ofendida, com pouco, ou, talvez

⁵⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Rev. Maria Armada de Saint-maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 289.

⁵⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 23.

⁵⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 22.

⁶⁰ Cerca de 150 a.C. a 284 d.C. In: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 81.

nenhum viés punitivo. Contemplava reparação não apenas para os casos de lesão corporal, mas também para situações de ofensas à honra.⁶¹

Necessário se faz compreender, inicialmente, que em seu período clássico, o Direito romano era dividido em público e privado. De acordo com as lições de Ulpiano, “*publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*”⁶², isto é, “as relações em que o Estado toma parte são disciplinadas pelo direito público; são objecto do direito privado as que se travam entre indivíduos”⁶³.

Ferraz Junior afirma que,

Quando Ulpiano, pois, distinguia entre jus publicum e jus privatum certamente tinha em mente a distinção entre a esfera do público, enquanto lugar da ação, do encontro dos homens livres que se governam, e a esfera do privado, enquanto o lugar do labor, da casa, das atividades voltadas à sobrevivência.⁶⁴

Consequência desta divisão, os delitos também foram classificados pelos romanos em públicos e privados. Os jurisconsultos clássicos, em geral, designavam o delito público com o termo *crimen*, e o delito privado com os vocábulos *delictum* e *maleficium*, este empregado mais raramente.⁶⁵

Os primeiros violavam normas jurídicas consideradas relevantes socialmente, como a *perduellio* (atentado contra a segurança do Estado) e o *parricidium* (assassínio de um homem livre). Os autores desses delitos sofriam a *pœna publica*, quais sejam, pena de morte, imposição de castigos corporais e pagamento de multa ao Estado.⁶⁶

Os delitos privados consistiam na ofensa à pessoa ou a seus bens. Nestes casos, o Estado não tomava iniciativa contra o ofensor, mas assegurava à vítima o

⁶¹ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 169.

⁶² Digesto 1,1, fr.1 §2 *apud* SAVIGNY, Friedrich Karl von; GUENOUX, Charles. *Traité de droit romain*. 2. ed. 1 vol. Paris: F. Didot, 1855-1860, §9.

⁶³ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 59-60.

⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 134.

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 223.

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 223.

direito de intentar *actiones* em face do mesmo. Essas poderiam ser *actiones rei persecutoriæ* e *actiones pœnales*.⁶⁷

Por meio das ações reipersecutórias a vítima buscava obter do ofensor a restituição da coisa ou o ressarcimento do prejuízo. Mediante as ações penais, a vítima almejava à condenação do ofensor ao pagamento de pena pecuniária. As ações podiam ser intentadas isolada ou cumulativamente.⁶⁸

2.2.1 *Actio injuriarum æstimatoria*

Furtum, *rapina*, *damnum iniuria datum* e *injuria* eram as quatro modalidades de delitos privados. Em síntese, o *furtum* era o furto; a *rapina* o furto com violência; o *damnum iniuria datum*⁶⁹ o ato de causar, culposamente, dano em coisa alheia, animada ou inanimada.

A *injuria*, como aponta sua etimologia, abarcava tudo aquilo que se fazia sem direito. Já em sua acepção estrita, designava espécie particular de delito, que se caracterizava quando havia ofensa à pessoa do ofendido, em seu corpo ou em sua dignidade.⁷⁰ Podia ser grave (*injuria atrox*), ou leve (*injuria levis*); e também, real ou por palavras, sendo que pela primeira a ofensa se concretizava mediante agressão física, e pela segunda se dava mediante palavras, escritas ou pronunciadas.⁷¹

A vítima da *injuria*, em sentido estrito, dispunha da ação penal denominada *actio injuriarum æstimatoria*, mediante a qual, sob juramento, estimava o valor da

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 225.

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 225.

⁶⁹ O *damnum iniuria datum*, no período clássico, apresenta interpretação e aplicação mais abrangente que no período primitivo; “foi na sua aplicação, cada vez mais extensiva, que os juriconsultos do período clássico, assim como os pretores, construíram a verdadeira doutrina romana da responsabilidade extracontratual.” In: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 23.

⁷⁰ ULPIANUS, fr. 1, § 1, de *injuriis et fam. libellis*, XLVII, 10: “*Omnemque injuriam aut in corpus inferri; aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere*”. In: SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 27.

⁷¹ ULPIANUS, fr. 1, § 1, de *Inj. et fam. libellis*, XLVII, 10: “*Injuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur; hoc generaliter*”. In: SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 27.

lesão sofrida, de acordo com a sua gravidade, e o pleiteava ao julgador. Este estipulava a quantia de acordo com o seu arbítrio.⁷²

Numerosas eram as hipóteses de *injuria* e, conseqüentemente, da *actio injuriarum aestimatoria* no Direito romano. Cometia-se injúria, apenas para citar algumas das suas diversificadas possibilidades de incidência: quando se golpeava alguém, seja com o punho, com varas ou por qualquer outra forma; quando contra qualquer um se exaltava a fala, desordeiramente ou se lhe tomava a posse dos bens, como se devedor fora aquele que se sabia nada dever; quando contra outrem se escrevia, compunha ou publicava um libelo, ou livro infamante de versos, por si, ou, dolosamente, por interposta pessoa; quando se perseguia uma mãe de família, uma jovem ou um jovem, atentando-se contra o pudor de qualquer deles.⁷³

A *actio injuriarum aestimatoria* aplicava-se, também, às afeições de família, podendo ser exercida, dessa forma, pelo pai em razão da sedução de seu filho⁷⁴; pela

⁷² “On sait que l'act, injur. aestimatoria de l'Edit du Préteur tendait à l'adjudication d'une somme d'argent, demandée par l'une des parties et fixée par le juge, d'après les circonstances de la cause, à titre de satisfaction accordée au demandeur du chef de la lésion subie par lui (quantam pecuniam BONUM ET AEQUUM videbitur L. 17 § 2 de injur.). Pour la fonction originaire, c.-à-d. abstraite, de l'action d'injure (p. 3 s.), cette condamnation pécuniaire suffisait parfaitement. Il en était de même dans certains des cas cités plus haut. Mais il n'en était pas toujours ainsi. Lorsque, dans le cas de la L. 25 de act. emti. (19.1) : si rem suam tollere PROHIBETUR, l'acheteur a recours à l'act, injur. au lieu de l'act, ad exhibendum, il s'agit, pour lui, d'obtenir du juge qu'il oblige le défendeur à permettre l'enlèvement de la chose. [...]”
In: JHERING, Rudolf Von. *Actio Injuriarum: Des Lésions Injurieuses En Droit Romain [Et En Droit Français]*. Traduit et annoté par O. de Meulenaere. Paris: Librairie Marescq Ainé. Chevalier-Marescq et Cie, 1888, p. 99.

⁷³ “§ 1, Inst., de injuriis, IV, 4: “*Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno, puta, aut fustibus cæsus vel etiam verberatus erit; sed et si cui convitium factum fuerit, sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo qui intelligebat nihil eum sibi deberet; vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit; sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam manifestum est*”
apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 27.

⁷⁴ Paulus, fr. 14, § 1, De servo corrupto, X I, 3: “*De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est : quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset et pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate et fama domus integra manente: sed utilis competit, officio judicis aestimanda: quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi*”
apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 36-37.

injúria irrogada ao filho ou à esposa⁷⁵; pela difamação à memória do testador, ou pela violação de seu cadáver⁷⁶; contra o que não erigiu o monumento desejado pelo testador e foi por ele encarregado de fazê-lo⁷⁷; pelo pupilo contra o tutor que não

⁷⁵ Ulpianus, fr. 1, § 3, De inj. et fam. libellis, XLVII, 10: *“Item aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas; per semet, cum directo ipsi cui patrifamilias, vel matrifamilias fit injuria; ver alias, cum per consequentias fit; cum fit liberis meis, vel servis meis, vel uxori, nuruive: spectat enim ad nos injuria, quæ (in) his fit, qui vel potestati nostræ, vel affectui subjecti sint”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38.

Ulpianus, fr. 18, § 5, h. t., XLVII, 10: *“Quod si scisset filiumfamilias esse, tamen si nescisset cujus filius esset: dicerem, inquit, patrem suo nomine injuriarum agere posse: nec minus virum, si ille nuptam esse sciret; nam qui hæc non ignorat, cuicumque patri, cuicumque marito, per filium, per uxorem vult facere injuriam”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38.

Paulus, Sententiarum receptarum ad filium, V, 4, § 3: *“Si liberisqui in potestate sunt, aut uxori fiat injuria, nostra interest vindicare: ideoque per nos actio inferri potest, si modo is qui fecit, in injuriam nostram id fecisse doceatur”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38.

Gaius, III, § 221: *“Pati autem injuriam videmus non solum per nosmetipsos, sed etiam per liberos nostros quos in potestate habemus; item per uxores nostras, quæ in manu nostra sunt. Itaque si... filicæ meæ quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filicæ nomine tecum agi injuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38.

⁷⁶ Ulpianus, fr. 1, § 4, De inj. et fam. libellis, XLVII, 10: *“Et si forte cadaveri defuncti fit injuria, cui eredes bonorumve possessores exstitimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat injuria. Idemque et si fama ejus cui heredes exstitimus lacessatur”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38.

Ulpianus, fr. 1, § 6, h. t., XLVII, 10: *“Quotiens autem funeri testatoris, vel cadaveri fit injuria: si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam: semper enim heredis interest defuncti exstimationem purgare; quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati; et sic heredi per hereditatem adquiri. Denique Julianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est: adquiri hereditati actiones dubium non esse. Idemque putat, at si ante aditam hereditatem servo hereditario injuria facta fuerit: nam per hereditatem actio heredi acquiretur”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38.

⁷⁷ Ulpianus, fr. 12, § 17, Mandati, vel contra, XVII, 1: *“Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere: illum vero, qui mandatum suscepit, si sim pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum: maxime, si jam quædam ad faciendum paravit”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38.

Pomponius, fr. 7, in medio. De annuis legatis, et fideicommissis, XXXIII, 1: *“Nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, cotieres tuus agere tecum poterit familiæ eriscundæ, ut facias: quoniam interest illius; quin etiam si utriusque jussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis”* apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 38-39.

forneceu alimentos aos parentes do mesmo pupilo quando indigentes⁷⁸; pela morte de um parente ocasionada por objeto atirado de uma casa⁷⁹; por puros sentimentos ideais, como o religioso na ação *sepulchri violato*⁸⁰, e para repor em seu lugar uma estátua que se tivesse publicamente subtraído⁸¹.

A *injuria* poderia, eventualmente, confundir-se com o *damnum injuria datum*. Isto porque esse, além do dano provocado, algumas vezes ocasionava lesão ao corpo ou dignidade. Também a *injuria* poderia gerar, casualmente, dano. Ambos, entretanto, não se confundiam.

Na *injuria*, a ofensa era essencialmente dirigida ao ser humano, física ou moralmente. A intenção de injuriar era a essência do delito de *injuria*, e a diminuição patrimonial o cerne do *damnum injuria datum*.⁸² O primeiro ensejava, destarte, uma ação penal, o segundo uma ação reipersecutória.

⁷⁸ Ulpianus, fr. 1, § 2, De tutelæ et rat. dis., et utili curat, causa actione, XXVII, 3: “*Sed et si non mortis causa donaverit tutore auctore, idem Julianus scripsit, plerosque quidem putare, non valere donationem: et plerunque ita est sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum, decreto scilicet, interveniente: veluti si matri, aut sorori, quæ aliter se tueri non possunt, tutor alimenta præstiterit: nam cum bonæ fidei iudicium sit, nemo feret (inquit:) aut pupillum aut substitutum ejus quærentes, quod tam conjuncte personæ alitæ sint. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelæ, si tale officium præeter-misserit*” apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 39.

⁷⁹ Ulpianus, fr. 5, § 5, De his, qui effud., vel dejec., IX, 3: “*Hæc autem actio, quæ competit de affusis et dejectis, perpetua est: et heredi competit: (in heredem vero non datur). Quæ autem de eo competit, quod liber perisse dicitur, intra annum duntaxat competit: neque in heredem, sed nec heredi, similibusque personis: nam est pænalis, et popularis: dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere, cujus interest: vel qui adifinitate cognatione defunctum contingit. Sed, si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit hæc actio: nec enim heredibus jure hereditario competit: quippe quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire ad successors non debet, quasi non sit damnum pecuniarium: nam ex bono et æquo oritur*” apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 39.

⁸⁰ Ulpianus, fr. 3, § 8, De sepulchro violato, XLVII, 12: “*Qui de sepulchri violati actione judicant, æstimabunt, quatenus intersit, scilicet ex injuria quæ facta est: item ex lucro ejus qui violavit: (vel) ex damno quod contigit: vel ex temeritate ejus qui fecit: nunquam tamen minoris debent condemnare, quam solent extraneo agente*” apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 39.

⁸¹ Ulpianus, fr. 11, § 1, Quod vi aut clam., XLIII, 24: “*Quæsitum est, si statuam in municipio ex loco publico quis sustulerit vel vi, vel clam: an hoc interdico teneatur? Et extat CASSII sententia, eum, cujus statua in loco publico in municipio posita sit, Quod vi aut clam agere posse; quia interfuerit ejus, eam non tolli; municipes (autem) etiam furti acturos; quia res eorum sit quasi publicata: si tamen decideirit, ipsi eam detrahunt; et hoc sententia vera est*” apud SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 39.

⁸² SERAFINI, Filippo. *Instituzioni di diritto romano*. Volume 2. 10. ed. Roma, 1920, p. 187.

A *actio injuriarum æstimatoria*, por permitir que a própria vítima ponderasse o valor da lesão sofrida, admite a inferência de que seu propósito era substancialmente a reparação.

Apesar de ser a *actio* denominada penal, e por consequência impor ao ofensor uma *pœna*, o seu fim, no contexto dos delitos privados, não era a punição. Em se tratando de delitos privados, representava uma sanção legal de natureza pecuniária; “isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos”⁸³. Assim, relacioná-la imediatamente a punição seria uma ilação apressada.

Vicente de Azevedo explica que a pena, neste caso,

era a composição pecuniária que veio após e, em substituição à vindita privada, mais tarde, quando todos os delitos foram sujeitos ao regime da composição pecuniária obrigatória, a expressão, justamente, talvez, pela sua pouco transparente significação etimológica, — foi adotada, tanto na linguagem técnica, como na comum, para designar a pena em geral, sem distinção entre pena pública e pena privada; e ainda estendendo-se aos danos e interesses devidos por causa do delito.⁸⁴

Igualmente, concluiu Wilson Melo da Silva, que a *actio injuriarum æstimatoria* era essencialmente reparatória. Para o ele, o simples fato de se denominar pena, a quantia paga à vítima, não permite afirmar que sua natureza seria punitiva.⁸⁵

Minozzi, também assevera que *actio injuriarum æstimatoria* era desprovida de fundamento punitivo, advertindo que no Digesto “fr. 34, pr., de *obligationibus et actionibus*, XLIV, 7, a ação de injúria é posta ao lado de outras ações de puro ressarcimento”.⁸⁶

Neste sentido, Vicente Azevedo menciona que o Título V, do Livro IV das Institutas de Justiniano, dispõe sobre os “atos que lesam direito alheio por dolo ou por culpa, atos que criam para quem os comete a obrigação de reparar o dano ou de

⁸³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 21.

⁸⁴ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – Dano – Reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 75.

⁸⁵ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 35.

⁸⁶ MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. Milão, 1917, p. 121-122 .

pagar uma pena privada”.⁸⁷ Insere-se, deste modo, a obrigação de pagar pena privada na mesma secção da reparação de danos.

Jhering, em sua obra *Actio Injuriarum*, defende reiteradamente que a mesma tem natureza de reparação.^{88, 89, 90}

Ainda no Direito romano clássico, inicia-se o processo de deslocamento da *injuria* do campo dos delitos privados para o terreno dos delitos públicos. Esse processo é denominado por alguns autores de publicização dos delitos privados. Assim, a *injuria*, a partir da *lex Cornelia de iniuriis*, passou a ser punida, em suas modalidades mais graves, como *crimen publicum*. Os julgamentos, dessarte, eram

⁸⁷ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – Dano – Reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 25.

⁸⁸ “Dans cette série de développements que traversent les diverses institutions juridiques et les actions, et qui reflètent l’élargissement de l’horizon des intérêts du peuple, rentre aussi le développement successif de l’*actio injuriarum*. En d’autres termes, elle constitue le moyen d’accorder à certains intérêts la protection que le droit ancien leur refusait. Cette protection ne couvrait pas seulement l’intérêt purement personnel de la réparation d’une lésion subie. Sans doute les cas dans lesquels cette action était accordée étaient de telle nature qu’un point d’honneur susceptible pouvait y faire voir une mésestime de la personnalité, mais là ne se bornait point la valeur pratique de l’action. Abstraction faite de toute considération de ce genre, elle rendait la service précieux de repousser des atteintes que ne devait point souffrir même l’homme possédant un sentiment moins sensible de l’honneur et préoccupé de motifs purement réels. Quelques exemples suffiront pour le démontrer. Je crois pouvoir qualifier la fonction réalisée par l’action dans le premier cas d’idéale, et dans le second de réelle”. In: JHERING, Rudolf Von. *Actio Injuriarum: Des Lésions Injuriées En Droit Romain [Et En Droit Français]*. Traduit et annoté par O. de Meulenaere. Paris: Librairie Marescq Ainé. Chevalier-Marescq et Cie, 1888, p. 4-5.

⁸⁹ “L’idée que je viens de signaler pour *Yactio injuriarum*, savoir : l’obtention d’un résultat réel au moyen d’une action qui, à son origine, tend uniquement au but idéal de la réparation psychologique d’une lésion de droit, se reproduit dans quelques autres actions. Ce sont celles qu’on a coutume, de nos jours, de comprendre sous le nom de : *actiones in dictam spirantes*. Leur caractéristique commune à toutes est la lésion qu’elles sont incessibles, et que les voies de droit du chef de diminution douloureuse du patrimoine (*alienatio in fraudem creditorum, patroni*) ne leur sont point applicables. Le résultat psychologique que l’on vise dans ces actions : la réparation de la lésion subie, n’est possible que dans la personne de celui qui a été lésé. Ces actions ne font point partie du patrimoine, elles sont inhérentes à la personne. Le résultat juridique qu’elles produisent pour le patrimoine, constitue, d’après la conception du droit, non le but de l’action, mais une conséquence poursuivie au moyen de cette action. Ce n’est point le résultat économique, mais le résultat psychologique que le droit a en vue. Ici aussi s’applique ce qui a été dit plus haut pour *Yactio injuriarum* : le point de vue idéal rend le service de donner satisfaction à un intérêt réel”. In: JHERING, Rudolf Von. *Actio Injuriarum: Des Lésions Injuriées En Droit Romain [Et En Droit Français]*. Traduit et annoté par O. de Meulenaere. Paris: Librairie Marescq Ainé. Chevalier-Marescq et Cie, 1888, p. 6.

⁹⁰ “Notre jurisprudence actuelle est encore profondément engagée dans les liens du matérialisme, plus profondément que la dernière jurisprudence de Rome. Je ne puis, au point de vue qui nous occupe, que répéter le reproche que je lui ai fait, il y a plusieurs années, dans mon *Combat pour le droit (Kampf um's recht, 8 e édit. p. 85 s.)*; sa mesure est celle d’un plat et vain matérialisme; elle a perdu la notion de la légitimité et de la nécessité d’une réparation morale pour la lésion frivole, réparation que l’on peut atteindre à l’aide d’une condamnation à une peine pécuniaire sensible, et qui était accordée au Romain par l’*act. Injur*”. In: JHERING, Rudolf Von. *Actio Injuriarum: Des Lésions Injuriées En Droit Romain [Et En Droit Français]*. Traduit et annoté par O. de Meulenaere. Paris: Librairie Marescq Ainé. Chevalier-Marescq et Cie, 1888, p. 75.

realizados pelas *Quaestiones Perpetuae* – tribunais que julgavam delitos públicos, impondo, conseqüentemente, penas públicas.⁹¹

2.3 Direito germânico

Sobrevém que o Direito romano, vigente nas terras onde posteriormente fundar-se-ia a nação portuguesa, em princípios do século V, começou a sucumbir, diante das invasões dos povos germânicos.⁹²

Ocorreram incursões principalmente de alanos, vândalos, suevos e visigodos. Dos três primeiros pouco se conhecem leis e instituições.⁹³

Os visigodos “trouxeram para a Península costumes, crenças, e leis dalém Reno: lançados em meio da civilização romana, modificaram-se, entre-influenciaram-se, adaptaram-se aos fatos e circunstâncias novas e produziram direito novo”.⁹⁴

Abolida a distinção entre espanos-romanos e visigodos; revogada a norma que proibia o casamento entre pessoas de diferentes etnias; unificados os costumes, as crenças e as relações jurídicas; fez-se necessário estabelecer uma única lei para toda nação: a Lei Visigótica ou *lex wisigothorum*.⁹⁵

A Lei Visigótica, adotada com pequenas modificações, no reinado de Fernando III (1229-1234), sob o título de *Fuero Juzgo*, *Forum* ou *Liber judicum*, foi a principal

⁹¹ TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 617-618.

⁹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Nota de Apresentação*. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro I. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. XIII.

⁹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Nota de Apresentação*. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro I. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. XIII. Veja também: AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – Dano – Reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 27.

⁹⁴ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – Dano – Reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 28.

⁹⁵ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – Dano – Reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 29.

fonte do direito primitivo da monarquia portuguesa. Acabou por influenciar, também, o direito nos territórios e colônias de Portugal.⁹⁶

O Direito germano, amalgamando-se ao romano, retoma com veemência a ideia da vingança privada. Assim, grande parte das mencionadas ofensas, às quais se aplicavam a *actio injuriarum*, em tempos do domínio romano, voltaram a ser punidas pela lei de talião. A distinção entre os delitos privados e públicos também perdeu sua evidência.

As penas mais recorrentes para os casos de ofensa moral eram: morte, açoites, redução à condição de escravo e pecuniárias.

No caso de lesão corporal, dependendo de suas circunstâncias e gravidade, a punição poderia ser qualquer uma das supramencionadas (Livro VI, título V).⁹⁷

A vítima de envenenamento, caso não morresse, teria em suas mãos o criminoso, para fazer como ele o que bem entendesse (Livro VI, título II).⁹⁸

Aquele que provocasse aborto com ervas deveria receber duzentos açoites, se fosse servo; se não fosse, perderia sua dignidade e seria dado por escravo a quem o rei mandasse (Livro VI, título IV).⁹⁹

⁹⁶ COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *História do direito português*. 3. ed., reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 183.

⁹⁷ Citam-se duas, dentre várias hipóteses: “Si algun omne por poco seso, ó trebeiando, alanzó piedra, ó alguna cosa o estevan muchos omnes aiuntados, é ferire algun omne ó lo matare; si se pudiere purgar por su sacramento, ó por testigos, que non avia voluntad de lo ferir, nin de le fazer mal, non sea tenuto del omizillio dar, nin deve morir ni perder por ende su buena fama, ca non lo mató por su grado; mas porque lo firió loca mientre, é non se guardó de ocasion, peche una libra doró á los parientes del muerto, é reciba L azotes”. *In*: Fuero Juzgo: ó libro de los jueces cotejado con lo mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Espanola. Madrid: Por Ibarra, Impressor de Cámara de S.M., 1815, p. 113.

“Los que fazen pecados de muchas maneras deven ser penados de muchas maneras. E primeramente aquellos que dan yerbas deven aver tal pena, que si aquel á quien dieran las yerbas murier, manamano deven seer penados los que ie las diéron, é morir mala mientre. É si por ventura escapar de muerte aquel que las bevier; el que ie las dió deve ser metudo em su poder, que faga dél lo que quisiere”. *In*: Fuero Juzgo: ó libro de los jueces cotejado con lo mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Espanola. Madrid: Por Ibarra, Impressor de Cámara de S.M., 1815, p. 105.

⁹⁹ “Si algun omne diere yerbas á la muier, porque la faga abortar, ó quel mate el filio, el que lo faze deve prender muerte, é la muier que toma yerbas por abortar; si es sierva, reciba CC azotes; si es libre, pierda su dignidad, é sea dada por sierva á quien mandar el rey”. *In*: Fuero Juzgo: ó libro de los jueces cotejado con lo mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Espanola. Madrid: Por Ibarra, Impressor de Cámara de S.M., 1815, p. 106.

Falsários vis teriam a mão decepada; já os nobres pagariam uma pena pecuniária (Livro VII, título V).¹⁰⁰

Conforme se depreende dos dispositivos citados, não faltam no *Fuero Juzgo* casos em que se aplique a lei do “olho por olho, dente por dente” em toda sua crueldade. “Em larga escala, penas severíssimas, como as de morte, confisco, fustigação, decalvação, mutilação, servidão, infâmia e outras, distribuídas com grande abundancia por todo o Codigo”.¹⁰¹

2.4 Ordenações Filipinas

Após o *Fuero Juzgo*, a Lei das *Siete Partidas*¹⁰², seguida das Ordenações do Reino de Portugal, também foram constituídas sob forte influência do Direito romano e germânico. No que tange ao tema da pesquisa, a influência germânica parece ter sido maior.

Inúmeras são as previsões de penas corporais para os casos de ofensa moral, nas Ordenações Filipinas¹⁰³, destacando-se as penas de morte, de açoite e de

¹⁰⁰ “Quien mudar alguna cosa de mandado del rey, ó desfiziere, ó ennadiere, ó en tiempo, ó en dia, ó en otras cosas; hy el que falsar el siello del rey, ó otras sennales, si es omne de grand guisa, peche al rey la meatad de toda su buena; é si fuere omne vil, pierda la mano com que fizo aquel pecado [...]”. In: *Fuero Juzgo: ó libro de los jueces cotejado con lo mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Espanola*. Madrid: Por Ibarra, Impressor de Cámara de S.M., 1815, p. 128.

¹⁰¹ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – Dano – Reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 29.

¹⁰² Affonso X, filho de Fernando III, ainda no século XIII, reformando o *Fuero Juzgo* criou a Lei das Siete Partidas. In: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Nota de Apresentação*. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro I. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. XIV.

¹⁰³ Entraram em vigor em 1603.

banimento. Menos abundantes são as hipóteses em que se aplicavam penas pecuniárias.^{104,105,106}

As Ordenações não apresentavam separação nítida entre delito público e privado; “as ideias de reparação, pena e multa eram confusas, não visando claramente á indenização, nem mesmo quando os bens do criminoso sofriam confiscação pela corôa”¹⁰⁷.

As Ordenações Filipinas herdaram do Direito romano, em diminuta medida, a *actio injuriarum æstimatoria*, por meio do chamado “valor de afeição”, disposto no Livro III, Título 16, § 86.

Pelo “valor de afeição” entendia-se que, em linhas gerais, aquele que fosse condenado a entregar determinada coisa ao “vencedor” e, maliciosamente, não mais a possuísse, deveria pagar, além do dano (material), uma importância que

¹⁰⁴ “[...] E toda a pessoa, que a outra dêr peçonha para a matar, ou lha mandar dar, posto que de tomar a peçonha não siga a morte, morra morte natural. [...] E ferindo alguma pessoa por dinheiro, morra por ello morte natural. [...] E se algum preso ferir de proposito outra qualquer pessoa, que na Cadêa stiver, seja-lhe decepada huma mão, e haja a mais pena que merecer, segundo o caso fôr. [...] E quem mandar dar cutilada pelo rosto com effeito a outra pessoa, ou lha dêr, constando sua tenção e proposito não ser outro, senão de lhe dar dita ferida pelo rosto, será degradado para o Brazil para sempre, e perderá sua fazenda para a Corôa do Reino, e se fôr peão, ser-lhe-ha mais decepada huma mão. E estas mesma penas haverão os que para isso forem em sua companhia. Porém não lher será cortada a mão, e em lugar disso serão publicamente açoutados, se forem pessoas, em que caiba pena de açoutes. E além das ditas penas será julgado ao ferido a injuria, segundo a qualidade de sua pessôa, com tanto que não seja menos de dez mil réis, por muito baixa pessoa que seja o ferido”. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro V. Título XXXV. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. 1184-1186.

¹⁰⁵ “[...] E o que tirar arma na Côrte, ou seus arrabaldes, ou no lugar onde a Caza da Supplicação stiver sem nós, ou nos seus arrabaldes, e com ella não ferir, pague dous mil réis da Cadêa; se com ella ferir, pague trez mil réis, ametade para a Piedade, e a outra para o Meirinho da Côrte, ou Alcaide da dita Cidade, ou para a pessoa, que os der prisão; e se fôr aleijamento, pague o dobro. E se de proposito tirar arma, ferir ou aleijar, pague o dobro do que pagaria, sendo em rixa: e isto além das penas pecuniarias conteúdas nos Foraes dos lugares, onde forem feitos os ditos maleficios. [...]”. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro V. Título XXXVI. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. 1186-1187.

¹⁰⁶ “Aleivosia he huma maldade commettida atraiçoeiramente sob mostrança de amisade, e commette-se, quando alguma pessoa sob mostrança de amizade mata, ou fere, ou faz alguma offensa ao seu amigo, sem com elle ter rixa, nem contenda, como se lhe dormisse com a mulher, filha, ou irmã, ou lhe fizesse roubo, ou força. E se algum, vivendo com senhor por soldada, ou a bemfazer, lhe dormisse com a mulher, filha ou irmã, ou o ferisse, ou matasse, ou lhe fizesse outra offensa pessoal, ou algum grande furtou, ou roubo. E em estes casos, e outros semelhantes, em que se commetter esta maldade atraiçoada e aleivosamente, a pena corporal será muito mais grave e maior, do que se daria em outro semelhante maleficio, em que tal qualidade aleivosa não houvesse”. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro V. Título XXXV. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. 1187-1188.

¹⁰⁷ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – Dano – Reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934, p. 35.

correspondesse ao valor ao sentimental que o “vencedor” eventualmente possuísse pela coisa.¹⁰⁸

Para Silva,

Reminiscência dessa faculdade, concedida pelos romanos ao queixoso, para a estimativa do próprio dano subjetivo, nós a vamos encontrar, ainda, nas obsoletas Ordenações do Reino, na parte que diz respeito ao chamado valor de afeição, com a diferença, no entanto, de que, aqui, para a credibilidade da palavra do ofendido ao fixar seu próprio dano, mister se fazia que o juramento de praxe o fôsse sôbre os Santos Evangelhos.¹⁰⁹

O valor de afeição estaria, assim, sempre vinculado a um bem material, mas não a um bem imaterial, fato que evidencia o seu distanciamento da *actio injuriarum aestimatoria* romana.

O Direto canônico, apesar de ter sido uma das principais fontes do Direito português, é menos relevante para o tema da pesquisa. Isto porque esse, de maneira geral, regulamentava casos de ofensas a Deus, ou à Igreja, e não às pessoas, fora do

¹⁰⁸ “E se esse condenado maliciosamente deixou de possuir a cousa julgada, por se não fazer em ella execução, depois da lide com elle contestada em diante, far-se-ha execução em ella, se achada fôr em poder daquelle, em que foi alheada, sem ser com elle outro processo ordenado, se foi sabedor, com a dita cousa era litigiosa ao tempo, que foi traspassada nelle, ou se teve justa razão de o saber. Porém, se o vencedor quizer sómente a verdadeira valia della com conselho de pessoas, que tenham disso bom conhecimento, e podera o vencedor jurar aos Santos Evangelhos sobre a valia della até dita taxação, e mais não, e segundo seu juramento será o réo condenado. E se o vencedor quizer haver, não sómente a verdadeira estimação da cousa, mas segundo a affeição, que a ella havia, em tal caso jurará elle sobre a dita affeição; e depois do dito juramento pôde o Juiz taxal-o, e segundo a dita taxação, assi condenará o réo, e fará execução em seus bens, em outra citação da parte. E não sendo ao condenado achados bens desembargados, per que se faça a execução em tudo o em que assi for condenado, seja preso, e não solto, nem possa fazer cessão, até que tudo entregue livremente, para se fazer execução desembargadamente. E no caso, em que a cousa vem já na sentença estimada, cumprirá o Juiz, e executará a dita sentença na estimação, sem outro juramento e taxação, nem condenação de interesse”. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro III. Título LXXXVI. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. 702.

¹⁰⁹ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 23.

âmbito eclesiástico.¹¹⁰ Inclusive, por essa razão, não se dedicou, neste trabalho, um item ao Direito canônico, como ao Direito romano e germânico.

É importante salientar, entretanto, que o matrimônio era um assunto da Igreja. Assim, a reparação pelo descumprimento dos esponsais, disciplinado nas Ordenações Filipinas¹¹¹, é proveniente do Direito canônico.

As Ordenações previam que a recusa de um dos noivos em se casar, sem um justo motivo, ensejaria sua condenação pelos danos causados ao outro. O valor da indenização poderia ser previamente acordado na escritura dos esponsais, ou, em caso negativo, ficaria ao “prudente arbítrio dos Julgadores, conforme as circunstancias que no caso ocorrerem”.¹¹²

Ressalte-se, todavia que, no que diz respeito ao descumprimento dos esponsais “nem notícia se tem de que, no antigo direito, se obrigasse o faltoso ao pagamento de alguma coisa mais além dos simples prejuízo material que ocasionasse com seu incorreto procedimento”.¹¹³

¹¹⁰ “Qualquer que arrenegar, descreer, ou pezar de Deos, ou de sua Santa fé, ou disser outras blasfemias, pola primeira vez, sendo Fidalgo, pague vinte cruzados, e seja degradado hum anno para Africa. E sendo Cavalleiro, ou Scudeiro, pague quatro mil reis, e seja degradado hum anno para Africa. E se fôr peão, dem-lhe trinta açoutes ao pé do Pelourinho com baraço e pregão, e pague dous mil reis.[...] Porém, se alguma pessoa de qualquer condição per algumas outras palavras mais enormes e fêas blasfemar, ou arrenegar de nosso Senhor, ou de nossa Senhora, ou da sua Fé, ou dos seus Santos, fique em alvidrio dos Julgadores lhe darem outras maiores penas corporaes, segundo lher per Direito parecer, havendo respeito á graveza das palavras, e qualidade das pessoas, e do tempo e lugar, onde forem ditas”. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro V. Título II. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. 1149.

¹¹¹ Os esponsais também foram disciplinados pela Consolidação das Leis Civis (artigos 76-94) de Teixeira de Freitas.

¹¹² “Não querendo alguns dos contrahentes cumprir os Esponsaes celebrados na fôrma acima determinada, e denso necessário por isso recorrer se ao Juizo, para ser nelle obrigado á encher a fé dada, se procederá nesta causa breve, e summariamente, como a natureza della pede, e requer. Para que assim melhor se possa propôr a acção, que produzirem os Esponsaes, terá a mesma natureza da assignação de dez dias, que resulta dos contractos celebrados por Escripura publica; procedendo-se nella como dispõe a Ordenação do livro terceiro, titulo vinte e cinco, em tudo que lhe fôr applicavel. 8.º - Para se evitarem demandas, e se facilitarem os meios de haverem as partes o seu Direito, quando alguma dellas fica ás outras obrigada por todo e qualquer damno, que cause com seu injusto repudio, poderão os contrahentes, com consentimento, e approvação de seus pais, Tutores, e Curadores, definir, e ajustar na escriptura dos Esponsaes a quantia, que deverá servir de compensação á parte lésa, em tal caso. E succédendo tratar-se em Juízo da satisfação da mesma quantia assim definida, a estipulada, se procederá nelle na fôrma da Ordenação referida; e na falta de especial estipulação das partes, de indemnização, e interesse, ficarão ao prudente arbítrio dos Julgadores, conforme as circunstancias que no caso ocorrerem”. In: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro IV. Additamentos. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, p. 1031.

¹¹³ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 45.

2.5 Jusracionalismo e Codificação: a dicotomia entre reparação e punição

No final da Idade Média e início da Idade Moderna predominava, no hodiernamente chamado continente europeu, a justaposição de ordens jurídicas, envolvendo os direitos consuetudinários de origem germânica e o Direito romano, fato que trazia grande complexidade e insegurança na aplicação do Direito.¹¹⁴

Era difícil, inclusive, conhecer as regras aplicáveis. Os costumes germânicos eram muito variados e, mesmo após serem reduzidos a termo, as dificuldades não diminuiriam, porque tais versões escritas não os reproduziam com perfeição.¹¹⁵

O Direito romano também não se encontrava bem compreendido, vez que “era então constituído por uma massa de obras às vezes desordenada, interminável e escrita por inumeráveis juristas, inclinados a se contradizerem mutuamente”.¹¹⁶

Nesse período, o Direito era quase totalmente inacessível ao público leigo e sua aplicação “era feita em processos burocráticos secretos que procuravam, tanto quanto possível, evitar qualquer contato direto com o povo, ao qual o direito se aplicava”.¹¹⁷

O Iluminismo marca o início de uma profunda transformação do Direito. No século XVIII, também chamado século das luzes, difundiu-se pela Europa uma nova mentalidade, caracterizada pela luta da razão contra a autoridade ou, como diriam os pensadores da época, da luz contra as trevas.¹¹⁸

Os êxitos alcançados pelas ciências experimentais fomentaram a confiança na razão humana e na possibilidade de que essa poderia trazer progresso a todas as

¹¹⁴ “Em cada região, a conjugação desses dois elementos se deu com características próprias. Na Alemanha, em razão da recepção oficial do Direito Romano, houve amplo predomínio deste. A Inglaterra construiu seu sistema quase que exclusivamente com elementos germânicos. E a França ficou entre os dois extremos: no sul predominava o Direito Romano escrito e no norte o Direito Germânico consuetudinário”. In: ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 19-20.

¹¹⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 20.

¹¹⁶ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 49.

¹¹⁷ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 49.

¹¹⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 21.

áreas da vida. As bases sociais da tradição e da autoridade passaram a ser atacadas por diversas e contundentes críticas, nesse sentido.¹¹⁹

No campo do Direito, tais críticas concentraram-se principalmente nos seguintes aspectos: primeiramente, na desigualdade perante a Lei, vez que a nobreza e o clero desfrutavam de privilégios fiscais e acesso exclusivo aos cargos públicos.

Em segundo lugar, nas limitações às pessoas e à propriedade, manifestadas pela existência da servidão e dos entraves às atividades econômicas.

Em terceiro lugar, nas intervenções arbitrárias dos governantes e na impossibilidade de participação popular nos assuntos políticos.

E, por fim, a crítica se dirigia, também, à excessiva ingerência da Igreja na política e à intolerância religiosa.¹²⁰

O Direito não poderia, destarte, continuar dominado pela tradição e pela autoridade. Os ordenamentos jurídicos deveriam ser reestruturados com base na razão humana. As regras deveriam ser claras, facilmente reconhecíveis e sem contradições. Deveriam, assim, compor um sistema coerente.

O Iluminismo, como visto, insurgindo-se contra a tradição e a autoridade que caracterizava o antigo regime, pretendeu transferir para a razão humana a tarefa de renovar a sociedade, inclusive o Direito.

O jusracionalismo teve função destacada nessa transição, ao se incumbir da tarefa de fornecer conteúdo às mudanças no universo jurídico mediante a renovação metodológica e sistemática do Direito. E, como sempre acontece em tempos de crise de uma ordem jurídica, o Direito natural retomou sua pujança.¹²¹

O Direito natural jusracional não teria, entretanto, o seu fundamento na natureza, como na antiguidade, e tampouco no Direito divino, como no medievo. Seu fundamento seria a razão humana.

¹¹⁹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 22.

¹²⁰ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 162 *et seq.*

¹²¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 25.

Nesse momento, o jusracionalismo libertou a ciência jurídica privatística da submissão às fontes romanas e às antigas autoridades, abrindo caminho, com a sua visão de conjunto, para a construção sistemática autônoma.¹²²

Um estudo racional possibilitaria a descoberta dos princípios axiomáticos que deveriam reger a vida humana, bem como outros mais específicos, deduzidos a partir desses, construindo-se, assim, um completo sistema de normas.¹²³

No início do século XVII, Hugo Grócio, geralmente apontado como o fundador do moderno jusnaturalismo, busca no Direito natural um fundamento para o Direito das gentes que pudesse ser universalmente reconhecido.

Em seguida Samuel Pufendorf iniciou a elaboração das bases metodológicas de um sistema jusnaturalista autônomo, racional e livre dos dogmas religiosos, o qual exerceu influência direta no aparecimento das partes gerais nos códigos modernos.¹²⁴

Na mesma época, Gottfried Leibniz vislumbrou no Direito natural a possibilidade de elaboração de leis que exprimissem a ideia universal de justiça¹²⁵. Leibniz tinha o projeto de estabelecer um sistema de normas jurídicas que seguisse a mesma exigência de certeza matemática¹²⁶.

Já em meados do século XVIII, Christian Wolf desenvolveu e pormenorizou o sistema de Pufendorf, estabelecendo os princípios do Direito segundo um método científico.¹²⁷

A mais relevante contribuição do jusnaturalismo para o Direito Privado moderno foi o seu sistema.¹²⁸ Os jusnaturalistas, sobretudo a partir de Pufendorf, começaram

¹²² WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 309.

¹²³ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 24.

¹²⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 24-25.

¹²⁵ Baseando-se, todavia, ainda em uma ideia de justiça divina.

¹²⁶ Entretanto, em 1706, ao tecer comentários sobre os princípios de Pufendorf, reconhece a impossibilidade deste preceito *In*: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. "Avertissements sur les principes de Samuel Pufendorf" *In*: *Le droit de la raison*. Paris: Vrin, 1994, p. 21.

¹²⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 25.

¹²⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, 310.

a pensar o Direito como um sistema fechado que, partindo de alguns princípios, tomaria possível a dedução de todas as outras regras.

Esta concepção do Direito como sistema fechado fundamenta o movimento de codificação que viria a seguir.¹²⁹

Em síntese, o Iluminismo propôs uma nova visão de mundo; o jusracionalismo trasladou essas ideias para o Direito, possibilitando a renovação de seus métodos e provisionando elementos para a construção de um novo sistema; o movimento de codificação completaria a transição, servindo de forma para os novos conteúdos.¹³⁰

A codificação foi o principal instrumento de reestruturação do Direito, com base nos preceitos do jusracionalismo.

De acordo com a teoria da codificação, os atributos fundamentais de um código seriam: *completitude*, pois nele deveria se encerrar todo o Direito de um país, ou, pelo menos, uma área completa do Direito¹³¹; *rigidez*, vez que os códigos aspiravam à perenidade¹³²; por fim, consoante Jeremy Bentham, os códigos necessitavam, também, de *clareza* e *concisão*. Bobbio, citando Bentham, afirma que

A finalidade da lei é dirigir a conduta dos cidadãos. Duas coisas são necessárias para o cumprimento desse fim: 1) que a lei seja clara, isto é, que faça nascer na mente uma idéia que represente exatamente a vontade do legislador, 2) que a lei seja concisa, de modo a se fixar facilmente na memória. Clareza e brevidade: eis as duas qualidades essenciais.¹³³

Bentham foi o maior teórico da codificação. Outros pesquisaram o assunto antes dele, como Francis Bacon e Leibniz. Outros, ainda no século XVII, propuseram

¹²⁹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 26.

¹³⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 27.

¹³¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23.

¹³² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 39.

a elaboração de um código aplicável a um país inteiro, no caso a França, como Guillaume de Lamoignon e Daguesseau.

Contudo, cabe a Bentham um lugar de destaque, pela profundidade de suas reflexões e, também, pela influência que sua obra exerceu nos codificadores.¹³⁴

Seu trabalho é impulsionado pela convicção da possibilidade de se estabelecer uma ética objetiva que se fundaria em único princípio, tornando possível a dedução de todas as outras regras para o comportamento humano. Esse princípio fundamental consubstanciar-se-ia no fato de que cada homem busca a própria utilidade. Assim, o papel da ética seria permitir *a maior felicidade do maior número*, organizando um conjunto de regras para que cada um obtivesse sua própria utilidade da melhor maneira.¹³⁵

Bentham acreditava, por tal razão, na possibilidade de estabelecer leis racionais válidas para todos os homens, mediante uma codificação universal, que vinculasse todo o “mundo civilizado”. Elaborou, deste modo, projetos para uma reforma radical do Direito, que se desenvolveria através de uma codificação completa, dividida em três partes: Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional.¹³⁶

Seus projetos de código, a despeito de não terem sido convertidos em lei em nenhum país, teriam papéis decisivos no sucesso desse empreendimento, sobretudo no tange à sua teoria da codificação.¹³⁷

A liberdade econômica e comercial foi um dos principais clamores iluministas, em face da exacerbada ingerência do Estado nas relações particulares. O jusracionalismo viabilizou este pleito mediante a vigorosa retomada da dicotomia entre o Direito Privado e o Direito Público, a qual, no Direito romano era ainda incipiente e pouco precisa.

As relações jurídicas de interesse particular seriam, assim, disciplinadas pelo Código Civil, instrumento que efetivaria a rígida separação das matérias de conteúdo privado, das questões de ordem pública.

¹³⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 27-28.

¹³⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 28.

¹³⁶ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 28.

¹³⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 28.

Com efeito, o Código Civil consagraria o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as pessoas seriam livres para negociar, isentas da interferência do Estado.

Tutelar o equilíbrio dessas relações também era essencial. Fazia-se necessário, pois, que o Código prescrevesse as regras que apontariam a violação de um direito, bem como sua restauração.

Os excessivos tipos delituosos herdados do Direito romano, entretanto, eram, muitas vezes, contraditórios e obscuros. Não condiziam com o critério de clareza e concisão que a teoria da codificação pretendia impor.

A teoria do *ato ilícito civil*, em substituição aos numerosos delitos romanos, solucionou esta questão. Consubstanciado em norma simples e breve, albergou com amplitude as relações jurídicas, sem perder o viés da certeza e segurança. As fronteiras entre o lícito e o ilícito poderiam, então, ser reconhecidas por todos. O ato ilícito civil constituiu-se como meio de garantia da liberdade e, ao mesmo tempo, de proteção dos direitos de cada indivíduo.¹³⁸

A norma geral do ato ilícito civil foi consignada primeiramente no Código da Prússia, em 1794, adquirindo maior notoriedade no Código Napoleão, em 1804, segundo a qual “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autri un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer” (art. 1.382)^{139, 140}.

Dano, eis o elemento característico e distintivo do ato ilícito civil.

O dano somente poderia ser reparado na exata medida de sua extensão, sem qualquer fundamento punitivo, vez que o Direito Criminal integraria o Direito Público e não poderia, portanto, comunicar-se com o Direito Privado.

Ressalte-se que, no caso da França, a efetivação desta rígida dicotomia relacionava-se mais à garantia de autonomia da burguesia, do que aos apelos de cientificidade ou sistematização jusracionais.

¹³⁸HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil: introduccion historico-dogmatica*. Trad. G. Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 100.

¹³⁹ FRANCE. *Code Napoléon: édition conforme aux changemens adoptés par le corps législatif le III septembre 1807*. Paris: Chez Léopold Collin, 1807, p. 251.

¹⁴⁰ Toda e qualquer ação humana que cause um dano a outrem, obriga o culpado a repará-lo (tradução livre).

Neste sentido, Hattenhauer afirma:

Pára los hijos de la Revolución, no se trataba tanto de conseguir claridad científica o sistemática, cuanto de una estrita separación entre Derecho público y Derecho Privado, entre la libertad del ciudadano en el tráfico mutuo, y su posición respecto del poder real del Estado. La distinta posición del ciudadano en la sociedad y en el Estado era la idea dominante. Para asegurar la autonomía de la sociedad burguesa había que separar claramente el Derecho penal del Derecho privado.¹⁴¹

Desta forma, a indenização diria respeito ao ilícito civil; ao interesse particular de a vítima ter seu dano reparado. Já a punição relacionar-se-ia com o ilícito criminal; a um interesse geral de repressão do crime, pelo Estado. A quantia indenizatória destinava-se à vítima do dano. As multas ou penas pecuniárias, por sua vez, não poderiam ter natureza reparatória, mas tão somente punitiva. Não se destinavam, portanto, à vítima, mas sim ao Estado.¹⁴²

¹⁴¹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*: introducción historico-dogmática. Trad. G. Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 102.

¹⁴² HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*: introducción historico-dogmática. Trad. G. Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 103.

3 A COMPREENSÃO DO “DANO MORAL” NO SISTEMA JURÍDICO DE TEIXEIRA DE FREITAS

Analizou-se, no capítulo anterior, o contexto histórico-jurídico e as principais fontes de direito dos quais partiram os primeiros civilistas brasileiros para desenvolver suas ideias acerca do “dano moral” e sua reparabilidade.

Isto posto, é adequado que agora se investigue o tema especificamente no Direito Civil brasileiro, a partir da obra de Teixeira de Freitas, o seu grande pioneiro.

O jurisconsulto do império, é importante repetir, foi incumbido do enorme desafio de elaborar a Consolidação das Leis Civas, em meados do século XIX. Competia-lhe, pois, sistematizar o aglomerado de leis vigentes no país, constantes principalmente das Ordenações Filipinas, vastamente influenciadas pelo Direito romano e germânico, por meio de uma cientificidade e metodologia científica.

Freitas incorporou os mencionados ideais jusracionais. Em sua Consolidação, sistematizou o Direito Civil brasileiro vigente de forma vanguardista e inovadora.¹⁴³

Diante do grande êxito da Consolidação das Leis Civas, Freitas foi contratado pelo governo imperial para, dando continuidade ao preceito constitucional de codificação, elaborar um projeto de Código Civil, ou *O Esboço do Código Civil*, como preferiu intitular o jurisconsulto.

Reitere-se, nas palavras de Pontes de Miranda, que “Teixeira de Freitas foi o gênio do Direito Civil na América, no século XIX”. O seu Esboço de Código Civil inspirou “os Códigos civis americanos que apareceram depois de 1860 e — se bem que superior ao Código Civil de 1916 — foi esse projeto malgrado para o Brasil e bem sucedido fora dele, na Argentina, no Uruguai, no Paraguai”.¹⁴⁴ Pontes de Miranda afirma, ainda, que

Muitas disposições que se acham no *Bürgerliches Gesetzbuch* e no *Zivilgesetzbuch* acham-se nele, talvez sem que o soubessem os novos legisladores. Depois dele, Lafayette Rodrigues Pereira, Trigo de Loureiro,

¹⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*. In: Augusto Teixeira de Freitas e o Direito Latino-americano. Sandro Schipani (Org.) Roma: CEDAM-PADOVA, 1988. p. 17-39.

¹⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 63. [Primeira publicação em 1928].

Lacerda de Almeida, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Martinho Garcez. Outros, em monografias e pareceres, tiveram menos significação.¹⁴⁵

Por ser uma grande entusiasta do jusracionalismo, Freitas propõe a reestruturação do Direito Civil fundada em elevadíssimo rigor metodológico. O próprio autor afirma que seu trabalho é alimentado pelo “sagrado fogo da Sciencia”¹⁴⁶.

Analisar o sistema jurídico freitiano é, portanto, fundamental para que se compreenda adequadamente o que o autor concebe sobre o “dano moral”.

A Consolidação e o Esboço não constituem, entretanto, o ponto de partida mais apropriado para tal empreitada. Essa se iniciará pela análise da obra intitulada *Nova Apostilla*¹⁴⁷, publicada em 1859, também de autoria de Freitas. Em um segundo momento, a pesquisa passará à análise da Consolidação e do Esboço.

Em a *Nova Apostilla*, o jurisconsulto critica severamente o método adotado no projeto do Código Civil português, que seria promulgado em 1867, e cuja comissão elaboradora era liderada por Antonio Luís de Seabra.

Freitas menciona que apesar de Seabra ter cogitado por longo período “a ordem que devêra seguir na codificação das Leis Civis, não deixou sem maduro exame os melhos até agora adoptados, e as theorias imaginadas pelos mais doutos jurisconsultos”, sendo o resultado de tantas meditações “um desalento completo”.¹⁴⁸ O autor aduz que

O rapido exame, que logo fizemos do Projecto do Codigo Civil Portuguez, foi para nós uma decepção tremenda. Recahira elle antes de tudo sobre o Elencho das matérias do Projecto, cuja distribuição e ordem dar-nos-ia de prompto uma idéa do systema seguido pelo nobre autor; e a impressão não podia ser mais alheia de tudo o que deviamos esperar. Dissemos entre nós,

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 63. [Primeira publicação em 1928].

¹⁴⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 9.

¹⁴⁷ Na *Nova Apostilla*, Freitas repete muitas ideias constantes da Consolidação das Leis Civis, publicada um ano antes. A primeira, entretanto, as dispõe de forma mais concentrada e harmoniosa.

¹⁴⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 9.

que o nobre autor seguia talvez a opinião dos que nenhuma importancia davão á questões de methodo.¹⁴⁹

Freitas declara que, muito embora o legislador português houvesse dito na *Apostilla* que o Direito Civil deveria ser exposto “na sua ordem mais simples e natural, ordem que não póde ser fundada senão na mesma natureza do direito”, acabou por “adoptar um methodo tão artificial, repugnante”, e de “funesta influencia para o fundo do Direito Civil”.¹⁵⁰

Concomitantemente às críticas, o jurisconsulto tece suas considerações sobre o que considera um sistema jurídico ideal.

3.1 O princípio basilar do sistema jurídico freitiano

Com efeito, os ideais jusracionais exerceram grande influência sobre a obra de Freitas. O jurisconsulto se vale, em grande medida, de ensinamentos de autores mencionados no capítulo anterior, principalmente de Bentham e, ainda mais, de Leibniz.

Acompanhando Bentham, Freitas assevera que o Direito, enquanto ciência, deve basear-se em exaustivas divisões¹⁵¹, “com a somma das partes igual ao todo dividido, esgotando, por assim dizer, o conteúdo desse todo”. Conclui, assim, que “o melhor systema da divisão será pois aquelle, que pela sua fórma dêr a prova desta

¹⁴⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 6-7.

¹⁵⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 9.

¹⁵¹ “Em dividir está o grande recurso da nossa debil intelligencia, sem o qual a observação e comparação serão impossiveis, e a memoria succumbiria ao peso de um prodigioso numero de idéas. Os phenomenos do mundo sensivel, os factos da vida intelligente, os segredos psychologicos, se nos mostram em uma synthese primitiva e confusa; nossa intelligencia os divide, quando os quer estudar e conhecer; dividindo-os, comparando-os, analysando-os, descobre suas relações; e depois desta decomposição, os recompõe de novo, e consegue então uma synthse esclarecida. As leis positivas são factos da vida intelligente, são factos sociaes, que como todos os factos, podem ser observados...” In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 52.

qualidade exhaustiva. Este é o unico meio de termos segurança, de que nada se omitira”.¹⁵²

O autor afirma que, depois da *divisão*, faz-se a *classificação*, a qual também é imprescindível à ciência. Ele adverte que classificar é mais que dividir; “não é sómente designar por uma denominação commum os individuos que se assemelham á certos respeito”. Elucida que a divisão é instrumento da análise, que se completa quando se conhecem as diferenças e semelhanças dos entes ou fatos observados. Já a classificação é instrumento da síntese, cuja função é distribuir os referidos entes ou fatos observados “não em series isoladas, mas em classes superiores e inferiores, subordinadas umas ás outras” de modo a formar “um verdadeiro systema, que não é um simples arranramento e superposição, mas um tecido, um agregado de partes reciprocamente unidas”.¹⁵³

Para o juriconsulto, tal classificação “só pôde ser o producto de uma idéa geral, de um principio dominante”, caso contrário, não haveria um sistema, porque as classes não dependeriam umas das outras.¹⁵⁴

Invocando Leibniz, Freitas afirma que o Direito encontra no método natural¹⁵⁵ tal ideia norteadora: a construção de um sistema jurídico íntegro e coeso deve partir da análise, divisão e classificação das relações jurídicas. Para ele, este é o princípio natural geral. Esta é "a verdadeira theoria da classificação das Leis, é a theoria do immenso Leibniz".¹⁵⁶

¹⁵² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 83.

¹⁵³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 52.

¹⁵⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 53.

¹⁵⁵ “Tem-se negado a possibilidade de um methodo natural, e costuma-se dizer que todas as classificações são artificiaes, por não existirem na natureza as noções de classe, genero, e especie, por serem creações do nosso espirito. Mas, se essas noções correspondem aos caracteres proprios e diferenciaes dos objectos, suas qualidades distinctivas, suas semelhanças e analogias; certamente não são puras fórmias do pensamento, e tem sem duvida uma realidade objectiva, tão incontestavel como a variedade dos entes. Desconhecer esta variedade fôra cair no absurdo da identidade absoluta dos pantheistas”. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 54.

¹⁵⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 50.

Neste sentido, Freitas menciona que Leibniz, “com a agudeza de seu grande espirito”, fez uma crítica contundente à disposição das matérias nas Institutas de Justiniano. A censura dizia respeito à tentativa de sistematização do Direito Civil a partir da análise das pessoas e das coisas, fato que, segundo o autor, propicia sistemas jurídicos sem harmonia e desconexos.¹⁵⁷

Extinguindo qualquer possibilidade de dúvida quanto ao seu entendimento, Freitas reitera, sob o constante amparo de Leibniz, que o “supremo principio, que deve servir de norma á exposição, ou didactica, ou legislativa, do Direito Civil” no qual se baseiam as classificações jurídicas está na “diferença que se observa entre os direitos e obrigações”, isto é, na distinção entre as relações jurídicas. E repete: “não são as pessoas e as cousas que se deve distinguir, mas as suas obrigações e os seus direitos”.¹⁵⁸

O autor avança ponderando que as relações jurídicas naturalmente se distinguem¹⁵⁹, primeiramente, “pela simples distincção das personalidades que as entretêm, pela sua razão de existencia, e virtude própria” e depois, “pelos subordinados caracteres das condições especificas, modos de acção, e propriedades”.¹⁶⁰

Compreendidos os elementos que norteiam a construção do sistema jurídico freitiano, a próxima etapa será a sua análise. Percorrer-se-á o mesmo caminho trilhado por Freitas, isto é, o seu sistema será analisado a partir das classificações mais amplas e genéricas, às mais particulares e específicas, até que seja evidenciada sua concepção sobre o tema pesquisado. Este trajeto é essencial para a adequada interpretação do seu entendimento.

¹⁵⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 24-25.

¹⁵⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 25.

¹⁵⁹ “Isto posto, qual o juizo que se deve fazer das classificações e divisões artificiaes, que não exprimem as relações naturaes? Trabalhos taes só tem o valor de um catalogo, mas não têm character scientifico; por que a sciencia não se desvia das indicações da natureza. Se o illustrado adverso não dividio por qualquer maneira, nem o sujeito activo do direito, nem os direitos; e se, não os tendo dividido, elle não os observou, não inquirio semelhanças e diferenças, e não os classificou; é bem claro, que não constuio systema algum, e muito menos um plano que se possa dizer logico e natural.” In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 55.

¹⁶⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 55.

3.2 O Direito Privado e o Direito Público

A divisão entre Direito Privado e Direito Público é, para Freitas, a primeira a ser efetuada em todo o sistema jurídico. Para ele, essa deve basear-se na “distincção e diferença das relações jurídicas das duas personalidades, que funcionão na vida inteligente”, constituindo-se, assim, em “uma divisão real, fundada na natureza das cousas”.¹⁶¹

Freitas explica que a personalidade pública, em toda a escala de suas manifestações, pode revelar-se (1) como “poder simplesmente constituído”; (2) como “poder constituído e organizado”; (3) como “poder em acção effectiva”; (4) e “finalmente desce á arena dos indivíduos, individualisa-se a par delles, e colloca-se no mesmo pé, submittendo-se á applicação das leis pelo Poder Judicial, e provocando como indivíduo a acção especial deste Poder”. Neste último caso, a personalidade pública é despida do seu carácter de soberania. É justamente “ahi, neste gráo extremo da escala, termina a esphera do Direito Publico, e começa a do Direito Privado”.¹⁶² O autor afirma que

Assim apreciado o poder publico, quando, representado pelos agentes de seu ministério, vem solicitar justiça aos Magistrados e Tribunaes, como se fôra um simples particular, acha-se a idéa característica, que nos fornece a base de uma exacta linha de separação entre o Direito Publico e o Direito Privado.¹⁶³

Assim, para o autor, o Direito Público refere-se a relações jurídicas em que o Estado atua com soberania; o particular, neste caso, deve se sujeitar à sua vontade. Já o Direito Privado diz respeito a relações onde há coordenação dos sujeitos, isto é, relações em que as partes se encontram em situação de igualdade.

¹⁶¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 14.

¹⁶² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 15.

¹⁶³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 15.

Neste aspecto, o posicionamento de Freitas diverge do entendimento de Seabra e da maioria dos juristas do período, que se baseavam no critério do interesse.¹⁶⁴ Para este critério, importa verificar o interesse preponderante na relação jurídica. De forma geral, se o interesse em questão se referir ao particular, fala-se em Direito Privado, caso seja público o interesse predominante, público também será o direito.

Por esta dissonância de critérios, o pensamento de Freitas é, também, minoritário, em outro ponto relevante e curioso, ele entende que o Direito Criminal pertence ao Direito Privado, e não ao Direito Público.¹⁶⁵ Neste sentido, Freitas afirma que

Partindo-se de uma distincção neste aspecto, todas as relações protegidas e reguladas pelo Direito Criminal vêm necessariamente arranjar-se na esphera do Direito Privado; e conseqüentemente é de mister separar todos os direitos inherentes a essas relações, para não envolvê-los, ou reproduzil-os inutilmente, nas prescripções do Direito Civil. Separado e conhecido o que tem sido objecto da Legislação Penal, todo o resto (no terreno do Direito Privado) é o que pertence ao Direito Civil propriamente dito, é o que verdadeiramente constitue a materia propria de um Codigo Civil.¹⁶⁶

O jurisconsulto chega a reconhecer que há “boas consequencias praticas dessa divisão das Leis, que distingue os direitos que são de interesse publico daquelles que são de mero interesse privado”. Pondera, entretanto, que muito embora seja “tal distincção, tão aproveitavel no ponto de vista das faculdades jurídicas é falsa e funesta

¹⁶⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 14.

¹⁶⁵ “Não pensamos que o nobre redactor do Projecto esteja persuadido, como a mór parte dos Escriptores Francezes, de que o Direito Criminal seja um ramo do Direito Publico. Se o passado de seu Direito Patrio, se os Estatutos da Universidade de Coimbra, monumento de alta sabedoria— sicut cymba in oceano— ; se a velha distincção entre crimes públicos e particulares, distincção ainda guardada na Reforma Judiciaria de 1841, posto que omittida na posterior legislação do Codigo Penal; não o tiverem libertado de tão errônea persuasão; se ainda não se tem desquitado das noções tradicionaes de um Direito Privado — *quod ad singulorum utilitatem pertinet*— , e de um Direito Civil — *quod quisque populus ipse sibi constituit* -; abandone agora essas supposicoes fallazes, que se tem perpetuado á mercê do som das palavras, mas que não achão lugar em qualquer espirito que distingue e firma idéas sem lhe importar a roupagem dos vocábulos”. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 13.

¹⁶⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 15-16.

em relação ao direito como synonymo de complexo de leis”. Isto porque “ella conduz a uma eterna impossibilidade de traçar a linha divisória entre o Direito Publico e o Direito Privado, impossibilidade em que laborão todos ou quasi todos os Escriptoires Francezes e Allemães”.¹⁶⁷ Freitas complementa, aduzindo que

a persistir-se em tal ponto de vista, o Direito Civil será reduzido a um circuito mesquinho; pertencendo ao Direito Publico uma grande parte de suas disposições, e ficando o pouco que lhe restar travado assim mesmo de uma mescla, que nem ao mais penetrante classificador consentirá livrar-se de uma perplexidade continua. Eis a razão do irresolvel problema *por effeito da mesma natureza complexa do direito*.¹⁶⁸

Freitas assevera, ainda, que Seabra confunde o conceito de Direito Privado com o de Direito Civil. Para ele, o codificador português, equivocadamente, compreende o Direito Civil como sendo “o complexo (tal é a resposta da Apostilla) das regras ou disposições leaes, que determinão e regem as relações privadas dos cidadãos entre si” e que esta falsa noção “viciou todo o seu chamado systema, e o fez exorbitar das linhas do Direito Civil propriamente dito, de que elle privativamente devêra tratar”.¹⁶⁹

Para Freitas, o Direito Civil é, de fato, “um complexo de regras que determinão as relações dos cidadãos entre si”, contudo não abrange todas estas relações, sendo esta a definição de Direito Privado, que é mais ampla. O autor afirma que Seabra “toma o todo pela parte, o genero pela espécie”, “chama Direito Civil o que devia chamar Direito Privado”.¹⁷⁰

Evidenciado o critério freitiano de divisão entre o Direito Privado e o Direito Público, e ainda, sua particular assertiva de que o Direito Criminal pertence ao

¹⁶⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 13-14.

¹⁶⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 14.

¹⁶⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 12.

¹⁷⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 12.

primeiro, mister se faz compreender de que forma o autor propôs a separação entre o Direito Civil e o Criminal, ambos, em seu sistema, albergados no Direito Privado.

3.3 O Direito Civil e o Direito Criminal

Freitas declara que o critério de divisão entre Direito Civil e Direito Criminal encontra-se no significado da palavra delicto. Ele afirma que “sem restringir-se a significação da palavra delicto não seria possível traçar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal”.¹⁷¹

Assim, em sua concepção, o crime ou delicto criminal, seguindo a definição do artigo 2º, parágrafo 1º, do Código Criminal de 1830, “é uma acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes”¹⁷². Dessa forma, “se ha uma pena decretada pela lei penal, o delicto é de Direito Criminal. Se não ha essa pena, o delicto é de Direito Civil”¹⁷³.

O Direito Civil, por sua vez, “trata sómente do delicto pelo lado da reparação do damno causado, ou o delicto seja reprimido pela legislação penal, ou o não seja”.¹⁷⁴

Dessarte, para Freitas, o Direito Civil diferencia-se do Direito Penal por meio da distinção do significado de *delicto* para as respectivas áreas, de modo que apenas o delicto civil enseja a reparação do dano. Com efeito, Freitas adverte Seabra:

Já vê o nosso nobre antagonista, que nada vamos com essas idéas francezas, que proclamão a impossibilidade de separar-se com rigor o Direito Publico do Direito Privado, o Direito Civil do Direito Criminal, e o Direito Civil theorico do Direito Civil pratico, apresentando mil pontos de contacto e de differenças, e reduzindo desta maneira a Sciencia Jurídica e a Legislação a

¹⁷¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CLXII.

¹⁷² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXVII.

¹⁷³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 71.

¹⁷⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 71.

uma pasta de confusos elementos. Prosigamos porém em nosso proposito.¹⁷⁵

Salienta-se que a ideia da rígida separação entre matérias cíveis e criminais, por ter sido uma das principais consequências jurídicas da revolução francesa, já era conhecida pelos juristas brasileiros, mesmo antes das lições de Freitas. É interessante observar, entretanto, que o *Código Criminal do Imperio do Brazil* de 1830¹⁷⁶ estabeleceu, inicialmente, que a satisfação dos danos das vítimas de crimes poderia ser pugnada tanto em ação criminal, quanto em ação cível. E, em se tratando de ação cível, não teria “lugar antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado” (art. 31)¹⁷⁷.

Pouco tempo depois, o referido dispositivo, e também o parágrafo 5º do artigo 269 do Código de Processo Criminal¹⁷⁸, foram revogados pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 a qual, consagrando o princípio da independência dos juízos,

¹⁷⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do código civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 71.

¹⁷⁶ O *Código Criminal do Imperio do Brazil* revogou o Livro V, das Ordenações Filipinas.

¹⁷⁷ “Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado. Exceptua-se: 1º O caso da ausencia do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil. 2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil. 3º O caso, em que o offendido preferir o usar da acção civil contra o delinquente. Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação. Esta condenação porém, ficará sem effeito, logo que o delinquente, ou alguém por elle satisfizer, ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito”. In: SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código criminal do Imperio do Brasil*: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicaõ, revogaõ ou alteraõ algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão; acompanhado de um appendice contendo a integra das leis addicionaes ao mesmo código, posteriormente promulgadas. Nova edição pelo Doutor Braz Florentino Henriques de Souza. Recife: Typographia Universal, 1858, p. 23.

¹⁷⁸ “Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possivel toda a materia da accusação, e da defesa, e as razões expendidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes: [...] § 5º Se ha lugar á indemnização?” In: FILGUEIRAS JUNIOR, Araujo. *Código do Processo do Imperio do Brasil* e todas as leis que posteriormente forão promulgadas, e bem assim todos os decretos expedidos pelo poder executivo, relativamente a's mesmas leis, tendo em notas todos os avisos que entendem com a materia do texto e também os accordãos do Supremo Tribunal e das relações do império, que explicão a doutrina das diversas leis e regulamentos e ensinão a melhor pratica. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874, p. 234 e 235.

determinou que “a indemnisação em todos os casos” deveria ser “pedida por acção cível”.¹⁷⁹

A competência criminal para julgar casos de indenização das vítimas de crime, apesar de seu breve período de vigência, foi duramente criticada por Freitas:

Como é que a reduçãõ da satisfaçãõ do damno á prisãõ póde sêr o effeito de uma sentença civil? Se não é effeito da sentença civil, tambem não é da sentença criminal, que nada julga sobre a indemnisação. Como é que o Juiz criminal faz uma execuçãõ criminal sem sentença? Como se-póde convertêr uma questãõ civil em criminal do mesmo processo, principiando esse processo no Juizo civil, e acabando no Juizo criminal? Se a indemnisação do damno proveniente do crime é hoje puramente civil, cahe na disposigãõ humanitaria da Lei de 20 de Junho de 1774 simparagrado 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno.¹⁸⁰

¹⁷⁹ “Art. 68. A indemnisação em todos os casos será pedida por acção cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal, e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”. In: Brasil. *Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1841*. Tomo IV. Parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1842, p. 101.

¹⁸⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 485. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

O jurisconsulto afirma que, com a referida lei de 1841, a matéria constante do Título I, Capítulo 4º, do Código Criminal¹⁸¹, sobre a satisfação do dano causado pelo delito, “passou para seu logar proprio, que é a legislação civil”¹⁸².

3.4 Os direitos absolutos e os direitos relativos

Direitos absolutos e direitos relativos, esta é uma divisão fundamental no sistema freitiano e essencial para compreender o entendimento do autor sobre o “dano moral”.

¹⁸¹ “Art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto. Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido. Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e consequencias. Art. 23. No caso de restituição, far-se-ha esta da propria cousa, com indemnização dos deterioramentos, e da falta della, do seu equivalente. Art. 24. Se a propria cousa estiver em poder de terceiro, será este obrigado a entregal-a, havendo a indemnização pelos bens do delinquente. Art. 25. Para se restituir o equivalente, quando não existira propria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinario, e pelo de affeição, com tanto que este não exceda á somma daquelle. Art. 26. Na satisfação se comprehenderão não só os juros ordinarios, os quaes se contarão na proporção do damno causado, e desde o momento do crime, mas tambem os juros compostos. Art. 27. Quando o crime fôr commettido por mais de um delinquente, a satisfação será á custa de todos, freando porém cada um delles solidariamente obrigado, e para esse fim se haverão por especialmente hypothecados os bens dos delinquentes desde o momento do crime. Art. 28. Serão obrigados á satisfação, posto que não sejam delinquentes: 1º O senhor pelo escravo até o valor deste. 2º O que gratuitamente tiver participado dos productos do crime até a concorrente quantia. Art. 29. A obrigação de satisfazer o damno na fórmula dos artigos antecedentes, passa aos herdeiros dos delinquentes até o valor dos bens herdados, e o direito de haver a satisfação passa aos herdeiros dos offendidos. Art. 30. A completa satisfação do offendido preferirá sempre ao pagamento das multas, a que tambem ficarão hypothecados os bens dos delinquentes, na fórmula do art. 27. Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condemnação do delinquente por sentença em juizo criminal, passada em julgado. Exceptua-se: 1º O caso da ausencia do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil. 2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil. 3º O caso, em que o offendido preferir o usar da acção civil contra o delinquente. Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação. Esta condemnação porém, ficará sem effeito, logo que o delinquente, ou alguém por elle satisfizer, ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito”. *In: SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Código criminal do Imperio do Brasil: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicaõ, revogaõ ou alteraõ algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão; acompanhado de um appendice contendo a integra das leis additionaes ao mesmo codigo, posteriormente promulgadas. Nova edição pelo Doutor Braz Florentino Henriques de Souza. Recife: Typographia Universal, 1858, p. 21-23.*

¹⁸² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 485. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

O jurisconsulto afirma que

Na esfera, em que nos achamos, as personalidades estão no mesmo nível, ou sejam singulares ou collectivas; a diferença de seus direitos só póde derivar das condições especificas, ou qualidades intrínsecas, que a analyse houver de discernir. Pois bem, observai attentamente as variadas manifestações desses direitos, estudai a natureza do homem e as suas necessidades; e não achareis outros caracteres mais importantes, d'onde possa resultar uma divisão ampla, dominante de todas as partes, senão os que distinguem os *direitos absolutos* e os *direitos relativos*.¹⁸³

Para Freitas, os direitos absolutos se diferenciam dos relativos na medida em que “sua correspondente obrigação affecta a massa inteira das personalidades, com as quaes o agente do direito possa estar em contacto”. Já a qualidade própria dos direitos relativos, ao contrário, “é racahir sua peculiar obrigação sobre pessoas certas e determinadas”.¹⁸⁴

A obrigação, no caso dos direitos absolutos, é negativa, consistindo na “inacção, isto é, na abstenção de qualquer acto, que possa estorvar o direito”. Já no que diz respeito aos direitos relativos, é positiva, vez que há “necessidade de um facto ou prestação da pessoa obrigada”.¹⁸⁵

O jurisconsulto ressalta que os direitos relativos também podem, algumas vezes, ensejar abstenções, entretanto, com uma ampla diferença daquelas referentes aos direitos absolutos, qual seja, a inação, indispensável à efetividade dos direitos absolutos, nunca induz a privação de um direito da parte daqueles a quem a obrigação incumbe. Ele menciona que “essa inação é necessaria para co-existencia dos direitos de todos, ou, por outro modo, é o justo limite dos direitos de cada um”. Quando, todavia, os direitos pessoais correspondem à uma obrigação de não-fazer, “a pessoa

¹⁸³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXIII. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁸⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXIV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁸⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

obrigada priva-se do exercício de um direito que tinha, e que voluntariamente renunciou em favor do agente do direito”.¹⁸⁶

3.5 Os direitos reais e os direitos pessoais

Freitas propõe, também, a categoria dos direitos reais e direitos pessoais, classificação ainda mais importante que a anterior, para o autor, vez que “na distinção dos *direitos reaes*, e dos *direitos pessoaes*, repousa todo systema do Direito Civil”.¹⁸⁷ Para ele,

Affectar o objecto da propriedade sem consideração á pessoa alguma, segui-lo incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor, eis o effeito constante do direito real, eis seu character distinctivo. Este character é opposto ao direito pessoal, que não adhere ao objecto da propriedade, não o segue; mas prende-se exclusivamente à pessoa obrigada.¹⁸⁸

Assim, os direitos reais estabelecem a relação entre o titular e o objeto da propriedade. Já os direitos pessoais constituem o vínculo entre titular e o devedor, “necessariamente dependem da intervenção de pessoas individualmente passivas”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁸⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXII. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁸⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXX-LXXI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁸⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXIX. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

3.6 Os direitos absolutos e os direitos reais: semelhanças e diferenças

Freitas afirma que “certamente o caracter commum dos direitos reaes, e dos direitos absolutos, é sua existência independente de qualquer vínculo pessoal”¹⁹⁰. Afirma, contudo, que “se os direitos reaes neste aspecto, são absolutos, não se segue que os direitos absolutos sejam os reaes”¹⁹¹. Isto porque, para ele, os direitos reais, peculiarmente, recaem sempre e imediatamente “sobre as cousas (objectos materiaes), integralmente, ou parcialmente, por variados motivos” e têm, invariavelmente, a *ação real* como atributo¹⁹².

O jurisconsulto declara, todavia, que muitos autores confundem os direitos absolutos, em sua generalidade, com os direitos reais. “A flexível significação das palavras – propriedade – e – coisa, – explicação nesta matéria a divergencia de opiniões, e aparente variedade de doutrina”.¹⁹³

A propriedade, expõe Freitas, tem tomado diversas concepções: a primeira “como qualidade ou attributo inherente a um objecto”; a segunda “como synonymo de bem necessário á vida pessoal, e social”; a terceira “como patrimonio de cada um, ou complexo de seus direitos reaes e pessoas, que tem valôr pecuniário”; e a quarta, “como synonymo de dominio, ou propriedade corpórea”.¹⁹⁴

¹⁹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCVI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁹¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCVI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁹² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCIII. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁹³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCIV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁹⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CVII. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

Assevera, contudo, que “só as duas ultimas accepções sao jurídicas”¹⁹⁵, e apenas a última é considerada no seu sistema¹⁹⁶.

O jurisconsulto declara que “os Publicistas chamão – *propriedade pessoal – moral* – o direito, que tem cada um de dispor de sua pessoa e faculdades individuaes; e para designarem a verdadeira propriedade, servem-se da expressão – *propriedade real*”¹⁹⁷. Afirmam, todavia, que a ideia da chamada propriedade pessoal não subsiste, mas tão somente a segunda, a qual os publicistas denominaram, redundantemente, propriedade real.

Ele explica que a propriedade, por ter “efeito essencialmente physico, só concebe-se em relação aos objetos corporeos – *cousas* – no sentido natural da palavra”. E complementa: “os objectos incorpóreos, que são apreciaveis pelo denominador commum – moeda –, fazem parte do nosso patrimonio, mas não estão sob nosso dominio, não são susceptiveis de posse, nem dos efeitos do *direito real*”.¹⁹⁸

Freitas aponta que determinados autores, a exemplo de Thibaut e Ortolan, ao não saberem diferenciar os direitos absolutos dos direitos reais, conforme explanado, são infiéis ao natural sentido das palavras. Obscurecem, dessa forma, “as noções de uma theoria racional, impossibilitando-se a demarcação exacta dos verdadeiros limites do Direito Civil”. E complementa: “sempre que se-distinguirem os direitos reaes só pelo seu predicado de existirem – generaliter – erga omnes, independentemente

¹⁹⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CVII. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁹⁶ “Tomada a propriedade neste sentido amplo, como complexo dos direitos pessoaes – *obligationes* –, e dos direitos reaes – *jura in re* –, é objecto do que chamão os Allemães teoria do patrimonio, ou – *direitos patrimoniais* – (...) Estes *direitos patrimoniaes* contrapõem-se em tal caso aos *direitos pessoaes* sem sentido muito diferente do nosso, isto é, comprehendendo os direitos concernentes ao estado do homem, sua capacidade de obrar, adquirir e dispôr; e até os direitos politicos, que não pertencem ao Direito Privado. Esta nomenclatura deriva do Direito Romano com a sua distincção de *cousas corporeas* e *incorporeas*. É por isso que os Codigos, que não seguirão o *systema* do Cod. Napoleão, não dizem simplesmente – *direitos pessoaes* –, quando tratão das obrigações dos contractos e delictos; mas sim – *direitos pessoaes sobre as cousas* –, sendo estes direitos pessoaes, e os direitos reaes, uma divisão do chamado – *direitos das cousas* –”. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CVII. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁹⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CVII. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

¹⁹⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXXI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

de qualquer obrigação privativa, commeter-se-ha erro de confundi-los com os direitos absolutos”.¹⁹⁹

Salienta que, por conta de tal equívoco, consideram-se, erroneamente, como sendo direitos reais, aqueles concernentes ao estado civil, à família, à individualidade física e moral, do homem, “à pretexto de que esses direitos nos pertencem directamente, immediatamente, e não dependem da obrigação ou intervenção de sujeito individualmente passivo”.²⁰⁰

Freitas relata que “Thibaut, autôr justamente celebre, esforçou-se em provar, que a liberdade, o patrio podêr, e outros direitos da personalidade, são igualmente *jura in re*; e que por consequencia o *jus in re* não é sempre direito sobre uma cousa”.²⁰¹

O jurisconsulto menciona que Ortolan considera direitos reais a “qualidade de pai, de filho, de homem livre, liberto, patrono, cidadão; e bem assim a liberdade, a segurança individual de nossa pessoa physica, a honra, a reputação, e todo o complexo das faculdades intellectuaes da nossa pessoa moral”.²⁰²

Freitas critica, também, o projeto do Código Civil português, por conceber, no artigo 2.339²⁰³, “a propriedade n’um sentido amplo, que não é o do Direito Civil”, tornando todo e qualquer direito “susceptível da propriedade ou domínio do Direito Civil, como se fossem cousas da natureza material”.²⁰⁴

¹⁹⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCIV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰³ “Art. 2339. Diz-se direito de propriedade a faculdade de gozar e dispôr livremente de qualquer cousa, ou direito”. *In*: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 19.

²⁰⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 19.

3.7 Os direitos absolutos da personalidade

Freitas entende que os direitos reais, por serem *adversus omnes*, são absolutos, “se porém n’este intuito os direitos reais são absolutos, fóra d’este intuito os direitos absolutos não são reais”, pois independem da “imediata existência de cousas”.²⁰⁵

O jurisconsulto declara que os direitos absolutos que não sejam direitos reais, não possuem “representação exterior corporea, representão-se exteriormente por idéas”. Desta forma, tais direitos “carecem de objecto; pois só apparecem os titulares livremente exercendo-os, sem observar-se mais nada”. E esclarece: “eis porque os Escriutores, n’esta classe, ou não fallão de objecto de direitos, ou dizem que se confundem com a existência da pessoa, ou que são direitos da própria pessoa”.²⁰⁶

Conclui Freitas que tais espécies de direitos absolutos confundem seu objeto com a própria existência do sujeito ativo, sendo chamados direitos da personalidade, “que dêse o principio excluimos da Legislação Civil”²⁰⁷. O autor menciona que tais direitos, por carecerem de objeto, são inapreciáveis, não tendo preço venal, apenas utilidade, “porque nelles funda-se o bem-ser moral, e material, do homem”²⁰⁸.

Assim, o jurisconsulto declara que a liberdade e a segurança são direitos absolutos da personalidade, que pelos motivos explanados, não são albergados no seu sistema juscivilístico. Freitas esclarece que os direitos de liberdade e segurança foram especificamente mencionados, porque estão consignados na Constituição de 1824, como base dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros²⁰⁹: “a enumeração, que acima adoptamos, é a da nossa Constituição no Art. 179.

²⁰⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCVIII - XCIX. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. C. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XCV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²⁰⁹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, he garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”. In: BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Imperio do Brazil*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve e Comp, 1837, p. 42.

Harmonisèmos a theoria com as Leis do Paiz”²¹⁰. Mas adverte que os direitos absolutos da personalidade são tantos outros mais, de modo que "a enumeração de taes direitos é feita ao arbitrio de cada Escriptôr, sem que haja nisto inconveniente”²¹¹.

Freitas ressalta que a propriedade, também elencada no artigo 179 da Constituição do Império, apesar de não se confundir com os direitos de personalidade, é uma concretização dos mesmos, relativamente aos objetos exteriores, dos quais os humanos têm necessidade, para sua existência e desenvolvimento. Ele afirma que “antes dessa realização existe a simples faculdade—liberdade—de unir á personalidade os objectos exteriores”, não havendo, ainda, direito de propriedade. Esse somente se efetiva no momento em que a união se verifica.²¹²

Portanto, para o jurisconsulto, dos três direitos básicos enunciados no artigo 179 da Constituição do Império, quais sejam, liberdade, segurança e propriedade, apenas o último integra o Direito Civil.

3.8 A tutela dos direitos da personalidade

Freitas critica autores que postulavam que o Código Civil deveria disciplinar não apenas o direito absoluto de propriedade, mas também necessitaria conter “tilulos especiaes para os direitos de *liberdade, segurança pessoal, e reputação*”. O jurisconsulto relata que tais autores argumentavam que apenas a tutela do Código Criminal não era suficiente.²¹³

Ele afirma que tal demanda é pouco refletida, pois além dos delitos violadores da propriedade, reprimidos na legislação penal, “ha muitas outras violações da propriedade (a maior parte dellas), que não são punidas criminalmente, que tem

²¹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXVI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²¹¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXVI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²¹² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. LXVI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²¹³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CIII - CIV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

sómente sua sancção na legislação civil, e que portanto sómente á legislação civil pertencem”.²¹⁴

O autor menciona que a violação de direitos relativos ao patrimônio, quando ocasiona ações criminais, como nos casos de furto e roubo, “a sancção não é completa com a applicação da pena, falta a restituição da cousa, ou a indemnisação do damno, o que consegue-se por acções civis”. Para ele “estes effeitos dimanão da natureza das cousas”, uma vez que “nos delictos contra a propriedade corporea necessariamente o objecto corporeo esta entre o agente, e o paciente, do delicto”, entretanto a “sancção penal é estranha ao destino desse objecto, affectando só a pessoa”, não havendo “nada de permeio entre o sujeito ativo e passivo”.²¹⁵

Por meio deste raciocínio, Freitas critica o projeto de Seabra, que dispunha sobre alguns direitos da personalidade²¹⁶: “Qual o cabimento, por exemplo, e qual a necessidade ou utilidade da matéria [...] onde se trata dos direitos originários, dizendo-se que o homem os recebe da natureza, e erroneamente que a lei civil os protege?”. E complementa: “responda-se em boa fé se elles têm alguma cousa de commum com o Direito Civil propriamente dito, e se ao menos encerrão alguma disposição legal, que sirva de norma de conducta nas relações e controvérsias da vida civil”.²¹⁷

O jurisconsulto sustenta que “todos esses direitos de personalidade, seja qual fôr a sua nomenclatura” que estão declarados na Constituição de Portugal, outrossim, “estão devidamente protegidos pelas disposições do Codigo Penal; sem que no Codigo Civil haja necessidade de providenciar mais nada á respeito delles”.²¹⁸

²¹⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CIV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²¹⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CIV - CV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²¹⁶ “Art. 383. O direito de existencia não só comprehende a vida e integridade physica do homem, mas tambem a sua reputação e bom nome, em que consiste a sua vida moral! Art. 384. O direito de liberdade consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes; e comprehende o pensamento, a expressão, e a acção! Art. 385. O pensamento do homem é inviolável. O homem só é responsável a Deos pelas suas cogitações! Art. 386. O direito de expressão é livre como o pensamento; mas o que delle abusar em prejuízo da Sociedade ou de outrem, é responsável segundo o disposto nas leis!” *In*: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 71.

²¹⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 18.

²¹⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859, p. 17.

Freitas defende que os direitos da personalidade são mais apropriados ao sistema penal, pois acredita que quando os mesmos são violados, a ação imputável “só pódé ser attribuida á uma intenção malévola; ao passo que os direitos de propriedade podem ser violados por ignorancia, por simples erro, e mesmo por impossibilidade da parte da pessoa obrigada”. E conclui: “não haja distinção entre os direitos da personalidade, e os da propriedade, não se restrinja também a significação da palavra *delicto*; e será impossível marcar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal”.²¹⁹

Assim, para ele, a sanção dos delitos contra a personalidade fica completa, quase sempre, com a aplicação da pena, somente. Entretanto, “quando não fica preenchida, por haver damno resultante, cuja reparação é necessaria, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse damno”.²²⁰

3.9 Dispositivos sobre indenização na Consolidação das Leis Cíveis e no Esboço

Diante do raciocínio explanado, Freitas estrutura os dispositivos relativos à indenização, em sua Consolidação das Leis Cíveis, excluindo a reparação do “dano moral”:

Art. 798. Todo o delinqüente está obrigado á satisfazer o damno, que causar com o delicto.

Art. 799. A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil. Não se-poderá mais questionar sobre a existencia do facto, e sobre quem seja seu autôr, quando estas questões se-achem decididas no crime.

Art. 800. A indemnisação será sempre a mais completa, que fôr possível; em caso de duvida, será á favor do offendido.

Art. 801. Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e aos bens, do offendido, será avaliado por árbitros, em todas as suas partes, e consequencias.²²¹

²¹⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CVI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²²⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CV. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²²¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 484-486. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

É importante salientar que a expressão “mal, que resultar á pessoa”, constante do artigo 798, obviamente, não pode ser confundida com o “dano moral”, vez que tal dedução caracterizaria um contrassenso do pensamento freitiano.

O próprio Freitas esclarece que

O mal á pessôa, e seus bens, ou quaesquer delictos, avaliado em todas as suas partes, e consequencias, fôra reductivel sem inconveniente ao que chama-se prestação de—perdas e damnos,—pêrdas e interesses,— lucros cessantes e damnos emergentes; e que vem á ser, o que effectivamente perdeu-se, e o que se-deixou de ganhar. Estas expressões entretanto é de uso applicarem-se unicamente ás faltas dos devedores por obrigações não derivadas de delictos puniveis pelas leis criminaes.²²²

O jurisconsulto elucida, ainda, que os direitos da personalidade somente são manifestos no Direito Civil quando as violações desses “dão lugar á obrigações de satisfação, ou indemnisação, de damno”. E, para o autor, o dano diz respeito a “direitos sobre objectos exteriores”.²²³

Também no Esboço, Freitas elabora os dispositivos relativos ao ato ilícito²²⁴, excluindo a reparação do “dano moral”, porquanto deixa claro que, em sua concepção, a possibilidade de apreciação pecuniária é elemento essencial do dano:

²²² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 484. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²²³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. CI. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

²²⁴ “Art. 444 São atos ilícitos as ações ou omissões voluntárias, ou simultâneamente proibidas pelas leis dêste Código e pelas do Código Penal, ou por outras leis penais do Império; ou tão somente proibidas pelas leis dêste Código”. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 1. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 238. [Primeira publicação em 1864].

“Art. 822. Nenhum fato voluntário (art. 445) terá o caráter de fato ilícito (art. 444), se não fôr expressamente proibido por lei. Art. 823. A nenhum ato ilícito será aplicável qualquer pena ou sanção dêste Código, se não houver disposição de lei que a tenha impôsto. Art. 824. Quando os atos ilícitos forem simultâneamente proibidos pelas leis dêste Código e pelas do Código Penal, ou por outras leis penais do Império; terão da denominação de crimes ou delitos (palavras sinônimas). Art. 825. Quando forem tão-sòmente proibidos pelas leis dêste Código, sem haver alguma obrigação preexistente, terão a denominação de ofensas. Art. 826. Quando forem proibidos pelas leis dêste Código, ainda que sejam delitos, havendo porém uma obrigação preexistente, terão a denominação de faltas. Art. 827. Não haverá delito, ofensa, ou falta, para os efeitos dêste Código: 1.º Sem que tenha havido dano causado, ou outro ato exterior que o possa causar (art. 445, nº 1). 2º Sem que aos agentes se possa imputar culpa (art. 445, nº 2)”. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 1. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 332-333. [Primeira publicação em 1864].

Art. 828. Haverá dano sempre que se causar a outrem (arts. 298 e 300) algum prejuízo suscetível de apreciação pecuniária; ou diretamente nas coisas do domínio, posse, ou detenção do prejudicado; ou indiretamente pelo mal feito à sua pessoa, ou a seus direitos e faculdades.

Art. 829. O dano compreende, não só o prejuízo efetivamente sofrido, senão também o lucro, de que se foi privado por motivo de ato ilícito. É o que neste Código se designa pelas palavras perdas e interêsses.

Art. 830. As perdas e interêsses devem entrar na avaliação do dano, ou tenham derivado dos efeitos imediatos do ato ilícito, ou de seus efeitos mediatos, uma vez que este tenham sido ou pudessem ser previstos pelo causador do dano.²²⁵

[...]

Art. 3624. De atos ilícitos (arts. 444 e 822 a 847) derivará sòmente para seus autores ou cúmplices, quando culpados, a obrigação de indenizar o dano que por êles causaram, sem prejuízo do disposto no Capítulo 3.º dêste Título, e da pena que as leis imponham.²²⁶

Freitas também expõe, no Esboço, o modo pelo qual deveriam ser indenizados alguns crimes. A despeito de estes delitos evidenciarem um “dano moral”, as prescrições de reparação, geralmente, não extrapolavam o prejuízo material.

Em caso de homicídio, a indenização consistiria “no pagamento de tôdas as despesas do frustrado curativo do morto, e do seu funeral” e, também, “no de todos os lucros que o morto poderia adquirir por seu trabalho durante o tempo provável de sua vida” (art. 3.643).²²⁷

Na hipótese de ferimento, ou de outra ofensa física, a indenização consistiria “no pagamento de tôdas as despesas do curativo e da convalescença do ofendido”, no pagamento “de todos os lucros que o ofendido deixou de ter até o dia de seu completo restabelecimento” e, também, “na indenização do prejuízo provável, se do ferimento ou ofensa resultou aleijão que prive o ofendido de continuar em sua profissão ou ofício, ou resultou deformidade que de futuro possa influir nas vantagens de sua posição” (art. 3.644).²²⁸

Em caso de delito contra a liberdade individual, a indenização consistiria “somente em uma quantia correspondente à totalidade dos lucros que cessaram para

²²⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 1. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 333. [Primeira publicação em 1864].

²²⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1072. [Primeira publicação em 1864].

²²⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1076. [Primeira publicação em 1864].

²²⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1076. [Primeira publicação em 1864].

o paciente em virtude do delito até o dia em que fôr plenamente restituído à sua liberdade” (art. 3.645).²²⁹

Nos casos de calúnia ou de injúria, o ofendido teria direito a “exigir uma indenização pecuniária, se provar que da calúnia ou injúria lhe resultou efetivamente algum dano, ou cessação de lucro, apreciável em dinheiro” (art. 3.647).²³⁰

Na hipótese de acusação caluniosa “o delinqüente, além da indenização do artigo antecedente” pagaria ao ofendido “tudo o que êste despendeu, e todos os lucros que deixou de ter, por motivo da acusação caluniosa” (art. 3.648).²³¹

Os institutos que mais aproximaram o entendimento de Freitas da ideia da reparação do “dano moral” são dois: o dote pago à vítima de ofensa sexual, caso o ofensor não se casasse com a mesma, e o “valor de afeição”. Isto porque ambos referiam-se a uma reparação que excedia o dano patrimonial, abarcando, de certa forma, o “dano moral”.

Nos casos de estupro, ou de rapto²³², a indenização consistiria “no pagamento de uma quantia para dote da ofendida, conforme sua condição fôr, a não se seguir o casamento” (art. 3646).²³³

Nesta época, o matrimônio representava para a mulher, principalmente, amparo financeiro.²³⁴ Assim, a referida quantia dizia respeito, mormente, à reparação de dano material.

²²⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1076. [Primeira publicação em 1864].

²³⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1077. [Primeira publicação em 1864].

²³¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1077. [Primeira publicação em 1864].

²³² “É extensiva esta disposição, quando o delito fôr de cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta; ou se sedução de mulher honesta, menor de 17 anos, com a qual se tenha cópula carnal”. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1076. [Primeira publicação em 1864].

²³³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1076. [Primeira publicação em 1864].

²³⁴ AMARAL, Isabela Guimarães *Resistência feminina no Brasil oitocentista: as ações de divórcio e nulidade de matrimônio no Bispado de Mariana*. 2012. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor Giordano Bruno Soares Roberto. Belo Horizonte, 2012, p. 54.

Contudo, o casamento também significava para a esposa, apoio nas relações sociais²³⁵. É importante esclarecer, ainda, que a honra da mulher, neste período, cingia-se, sobretudo, a dois aspectos: casar-se e, enquanto estivesse solteira, manter-se virgem.²³⁶ Com efeito, o ilícito em questão atinge ambos os aspectos.

Assim, não se pode negar que o pagamento da referida quantia se prestava, também, a amenizar a ofensa moral sofrida pela vítima, além da reparação do dano material, ainda que a *mens legis* não tenha sido essa.

O “valor de afeição” constante das Ordenações Filipinas, resquício da *actio injuriarum aestimatoria* romana, foi ratificado por Freitas, tanto na Consolidação²³⁷, quanto no Esboço²³⁸. Reitera-se que, de acordo com este instituto, aquele que devesse indenizar alguém, com a devolução de uma coisa que, porventura, não mais existisse, ou estivesse completamente destruída, deveria pagar o seu preço ordinário ao ofendido e, ainda, pagar o valor de afeição que o mesmo tivesse por ela. Tal valor deveria ser jurado e não poderia ultrapassar o preço ordinário do bem.²³⁹

²³⁵ De acordo com Borges Carneiro, no matrimônio, além de prover o sustento financeiro do lar, o marido, “cabeça do casal”, deveria ser curador e defensor perpétuo de sua esposa, cuidando dela e a defendendo de terceiros, buscando reparações para injúrias sofridas por ela, dentre outras obrigações. *In: BORGES CARNEIRO, Manuel. Direito civil de Portugal: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo II. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. 124.*

²³⁶ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: T. A. Queiroz/EDUSP, 1984, p. 70-71.

²³⁷ “Art. 804. Para se-restituir o equivalente, quando não existir a propria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário, e pelo de afeição, contanto que este não excêda a somma daquele”. *In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 486. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].*

²³⁸ “Art. 3.654. Se o delito fôr de dano por destruição total de coisa alheia, a indenização consistirá: 1.º No pagamento do valor da coisa destruída, que para tal fim será avaliada pelo seu preço ordinário no dia do delito. 2.º No do preço de afeição, se a coisa destruída fôr de natureza que o tenha, contanto que não exceda a soma do preço ordinário, e seja jurado”. *In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Código civil: esboço. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 1078. [Primeira publicação em 1864].*

²³⁹ Vide item 2.4 desta pesquisa.

3.10 Considerações Finais

Freitas, precursor da codificação do Direito Civil brasileiro, constrói um sistema juscivilístico cujos preceitos propiciam o início do chamado período da irreparabilidade do “dano moral” no Brasil. Saliente-se que os principais sistemas juscivilísticos estrangeiros da época também viviam esta fase.

É importante ressaltar que a irreparabilidade não era absoluta. Conforme foi esclarecido, o Esboço abarcava hipóteses excepcionais de reparação de lesão extrapatrimonial.

A irreparabilidade do “dano moral” é, mormente, consequência da dissociação entre o Direito Civil e o Direito Criminal.

Tal separação se efetiva a partir da distinção entre os conceitos de ilícito civil e ilícito criminal.

O dano seria, então, pressuposto fundamental e distintivo do ato ilícito civil. Consequentemente, a indenização seria elemento essencial e característico da “responsabilidade civil”.

A ofensa física ou psíquica infligida a uma pessoa²⁴⁰ não integrava, todavia, o conceito de dano. Somente as coisas, objetos de direito, eram passíveis de sofrer dano. Não se concebia a ideia de que uma pessoa, sujeito de direito, pudesse ser, concomitantemente, objeto de direito de si mesma.

Ademais, consoante aponta a etimologia, somente se pode tornar indene – sem dano – algo cuja lesão é passível de mensuração, sobretudo pecuniária.

A sapiência humana criou inúmeras unidades de medida para a moeda, volume, peso, distância, dentre outras grandezas. Não foi capaz, contudo, de aferir, em qualquer grau ou categoria, o dano moral, tampouco, convertê-lo em pecúnia.

Dessarte, a função de reparação da ofensa moral, que até então era exercida pelo sincretismo entre responsabilidade civil e criminal, deixa de ser encargo do Direito Civil.

Deixa de ser, também, incumbência do Direito Criminal, vez que com a dicotomia, a pena pecuniária não mais poderia ser conferida à vítima, mas sim, ao Estado. Saliente-se que o Código Criminal do Império, de 1830, em sua parte terceira,

²⁴⁰ Nesta pesquisa, pessoa e ser humano são expressões sinônimas. Estudar o conceito de personalidade é irrelevante para o propósito do trabalho.

dispunha de um extenso rol de crimes²⁴¹ que ocasionavam “dano moral”, com pena de multa. As multas não eram dirigidas ao ofendido, mas sim “recolhidas aos cofres das Camaras Municipaes”(art. 56)²⁴².

Assim, a ofensa moral perde, ao mesmo tempo, a tutela do Direito Civil e do Direito Criminal. Torna-se órfã.

²⁴¹ No título I, dos crimes contra a liberdade individual. No título II, dos crimes contra a segurança individual. O capítulo I tratava dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida. Seccionava-se em homicídio; infanticídio; ferimentos e outras ofensas físicas; ameaças; entrada na casa alheia; abertura de cartas. O capítulo II dispunha sobre crimes contra a segurança da honra. Seccionava-se em estupro; rapto; calúnia e injúria. O capítulo III disciplinava os crimes contra a segurança do estado civil e doméstico. Seccionava-se em poligamia; adultério; parto suposto e outros fingimentos. No título III, dos crimes contra a propriedade. O capítulo I tratava do furto. O capítulo II da bancarrota, estelionato e outros crimes contra a propriedade. O capítulo III dispunha sobre o dano. No título IV, dos crimes contra a pessoa e contra a propriedade. *In*: SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código criminal do Imperio do Brasil*: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicaõ, revogaõ ou alteraõ algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão; acompanhado de um appendice contendo a integra das leis adicionaes ao mesmo codigo, posteriormente promulgadas. Nova edição pelo Doutor Braz Florentino Henriques de Souza. Recife: Typographia Universal, 1858, p 74-102.

²⁴² SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código criminal do Imperio do Brasil*: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicaõ, revogaõ ou alteraõ algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão; acompanhado de um appendice contendo a integra das leis adicionaes ao mesmo codigo, posteriormente promulgadas. Nova edição pelo Doutor Braz Florentino Henriques de Souza. Recife: Typographia Universal, 1858, p. 30.

4 A ABORDAGEM DO “DANO MORAL” NAS DEMAIS OBRAS RELEVANTES NOS PRIMÓRDIOS DA CIVILÍSTICA BRASILEIRA

Outras obras nacionais, contemporâneas aos trabalhos de Freitas, também foram bastante relevantes, e alcançaram destaque, no período inicial do Direito Civil brasileiro, quais sejam:

Instituições de Direito Civil Brasileiro, de Lourenço Trigo de Loureiro. A obra foi adotada a partir de 1851, como compêndio oficial, nas Academias Jurídicas do Império.²⁴³

Curso de Direito Civil Brasileiro, e, *Da Posse e das Ações Possessórias Segundo o Direito Pátrio Comparado Com o Direito Romano e Canônico*, de Antonio Joaquim Ribas. A primeira foi lançada em 1865, e a segunda em 1883.²⁴⁴

Direitos de Família, e, *Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira. As obras foram lançadas em 1869 e 1877, respectivamente.²⁴⁵

Muito embora seja este um trabalho centrado no Direito Civil brasileiro, o estudo da obra de autores lusitanos ora se faz imprescindível. Isto porque os civilistas portugueses obtiveram grande destaque nos primórdios da civilística brasileira. À exceção de Teixeira de Freitas, foram tão ou mais influentes que os juristas nacionais, tanto no meio profissional, quanto no meio acadêmico.²⁴⁶ Relacionam-se, a seguir, as obras investigadas.

Instituições de Direito Civil Português, de Paschoal José de Mello Freire. A obra, elaborada entre 1789 e 1794, foi adotada como compêndio para o ensino do

²⁴³ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008, p. 166.

²⁴⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008, p. 314.

²⁴⁵ ANDRADA, Lafayette (coordenação geral); FARIA, Maria Auxiliadora de; PEREIRA, Lúgia Maria Leite; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Lafayette um jurista do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 50.

²⁴⁶ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008, p. 495.

Direito Civil nas academias jurídicas do Império brasileiro, por mais de duas décadas.²⁴⁷

Notas a Mello, de Manuel de Almeida e Sousa, o Lobão, lançada em 1816.²⁴⁸

Direito Civil de Portugal, de Manuel Borges Carneiro, publicada no final da década de 1820.²⁴⁹

Digesto Português, de Jose Homem Corrêa Telles, lançada em 1826.²⁵⁰

Curso de Direito Civil Português, de Antonio Ribeiro de Liz Teixeira, lançada no início da década 1840.²⁵¹

Instituições de Direito Civil Português, de Manuel Antonio Coelho da Rocha, publicada em 1841.²⁵²

Nenhum dos mencionados autores, entretanto, aborda a questão da reparabilidade do “dano moral” como Freitas. O jurisconsulto do Império explica o tema detalhadamente, amoldando-o, com maestria, em seu complexo sistema.

Algumas das referidas obras sequer abordam o assunto, como no caso dos textos de Lobão²⁵³, Liz Teixeira, Trigo de Loureiro e Ribas, razão pela qual a pesquisa não dedica tópicos para analisá-los.

²⁴⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008, p. 166.

²⁴⁸ LOUREIRO, José Pinto. Manuel de Almeida e Sousa. In: LOUREIRO, José Pinto (Org.). *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*. Volume I. Lisboa: Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1947, p. 265.

²⁴⁹ BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções*. Tomo I. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. V-VII.

²⁵⁰ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portuguesa: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 3-6.

²⁵¹ MERÊA, Paulo. *Esboço de uma história da Faculdade de Direito*. 1º Período: 1836-1865. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. XXVIII, 1952, p. 144.

²⁵² MERÊA, Paulo. *Esboço de uma história da Faculdade de Direito*. 1º Período: 1836-1865. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. XXVIII, 1952, p. 144.

²⁵³ Lobão também escreve outra obra de menor destaque entre os juristas brasileiros, cujo assunto, entretanto, interessa à presente pesquisa: *Tratado pratico das avaliações e dos danos*, lançada em 1826. Não se encontrou exemplar da obra em bibliotecas e livrarias brasileiras; tampouco em acervos digitais. Pode-se inferir, contudo, que tal obra apresentaria conteúdo semelhante à de Coelho da Rocha, no que concerne ao tema, haja vista que esta foi bastante influenciada por aquela; sendo ambas influenciadas pelo Código prussiano, conforme se verificará no item 4.4 adiante.

As demais obras o fazem, todavia, de maneira sucinta. Não obstante, o estudo apropriado do tema exige que as mesmas sejam analisadas.

4.1 Instituições de Direito Civil Português de Mello Freire

Paschoal José de Mello Freire foi importante jurista e político português, no século XVIII. Sua obra intitulada *Instituições de Direito Civil Português*, elaborada entre 1789 e 1794, foi adotada como compêndio para o ensino do Direito Civil nas academias jurídicas do Império brasileiro, por mais de duas décadas.²⁵⁴

A obra secciona-se em cinco livros. No Livro IV, *Do Direito das Obrigações e Acções*, o autor trata do valor de afeição (Livro 3, Título 86, § 16 das Ordenações Filipinas), sendo esta a única previsão de reparação de lesão extrapatrimonial constante da sua obra.

Mello Freire explica que o valor de afeição é configurado quando se pede em juízo coisa que não pode ser restituída, devido a dolo ou culpa. Neste caso, deve o requerente fazer o juramento estimatório. Esse se divide em juramento de verdade: aquele em que o autor estima a coisa em tanto quanto ela vale; e em juramento de afeição: aquele em que o autor estima a coisa por sua afeição, além do verdadeiro preço.²⁵⁵

O jurisconsulto esclarece que o requerente “pode jurar até ao infinito; todavia, não se deve estar pelo seu juramento, mas mais pela estimação que, uma vez prestado o juramento, o juiz deve fixar à coisa restituenda”.²⁵⁶

²⁵⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008, p. 66.

²⁵⁵ FREIRE, Pascoal José de Melo. *Instituições de Direito Civil Português*. Livro IV (Do Direito das Obrigações e Acções). Trad. de Miguel Pinto de Menezes. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, v. 168, p. 28-165, 1967, p. 95.

²⁵⁶ FREIRE, Pascoal José de Melo. *Instituições de Direito Civil Português*. Livro IV (Do Direito das Obrigações e Acções). Trad. de Miguel Pinto de Menezes. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, v. 168, p. 28-165, 1967, p. 96.

4.2 *Direito Civil de Portugal* de Borges Carneiro

O jurisconsulto Manuel Borges Carneiro, então “Membro da Camara dos Deputados da Nação Portuguesa”, publica o manual intitulado *Direito Civil de Portugal*, subdivido em três tomos, entre 1826 e 1828.²⁵⁷

Há duas hipóteses de reparação de ofensa moral, constantes da sua obra.

A primeira é o valor de afeição (Livro 3, Título 86, § 16 das Ordenações Filipinas). O autor relata que o instituto é cabível quando “o credor é privado da sua cousa por dolo ou contumacia do devedor”.²⁵⁸

Nesses casos o credor poderia optar por requerer, mediante juramento, “quanto a sua cousa ou interesse valia realmente (juramento de verdade)”, ou pedir o pagamento de um valor relativo à sua estima pelo objeto perdido (juramento de afeição), que poderia exceder ao seu valor real.²⁵⁹

O qual juramento de afeição é fundado em boa razão e equidade, pois como é privado da sua cousa por dolo ou contumacia do devedor é justo que a possa avaliar em mais do valor real para se punir aquelle dolo, ou contumacia do devedor é justo que a possa avaliar em mais do valor real para se punir aquelle dolo, e para se não abrir caminho a poder alguém ficar dolosamente com a cousa alheia, comprando-a ao dono pelo justo preço contra sua vontade: assim está em uso.²⁶⁰

Borges Carneiro salienta que, quer o credor contente-se com o verdadeiro valor da coisa, quer exija o valor da sua particular afeição, sempre o seu juramento é sujeito

²⁵⁷ BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo I. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. IV-V.

²⁵⁸ BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo III. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. 33.

²⁵⁹ BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo III. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. 33.

²⁶⁰ BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo III. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. 33.

ao arbítrio do juiz, o qual, com o parecer de avaliadores, deve fazê-lo em termos razoáveis e moderados.²⁶¹

O autor ressalva que, quando a impossibilidade de se restituir a coisa não procede de dolo ou contumácia, mas de simples culpa do devedor, e não se pode provar o verdadeiro valor, senão pelo juramento do credor, “este não jura então em mais do valor real, ainda que a coisa seja susceptível de valor de afeição”.²⁶²

Além do valor de afeição, Borges Carneiro faz rápida menção à lei de 6 de outubro de 1784, segundo a qual o estuprador ou deflorador de mulher virgem ou viúva, deveria dotá-la, além de ser degredado²⁶³.

Assim, o “valor de afeição” e o dote pago à vítima de violência sexual são as únicas hipóteses de reparação de ofensa moral, constantes da obra de Borges Carneiro. Isto porque ambas referem-se a uma reparação que excedia o dano patrimonial, abarcando, de certa forma, o “dano moral”.²⁶⁴

4.3 *Digesto Português de Corrêa Telles*

Deputado português, na década de 1820, e membro da Comissão de Legislação, a qual deliberara, por unanimidade de votos, a elaboração de novos códigos, Jose Homem Corrêa Telles emprega suas “poucas forças, em ajuntar materiaes para o Codigo Civil”.²⁶⁵

²⁶¹ BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo III. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. 33.

²⁶² BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo III. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. 34.

²⁶³ BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo III. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851, p. 18.

²⁶⁴ Vide item 3.9 desta pesquisa, onde se explanou em que medida o dote representa reparação da ofensa moral.

²⁶⁵ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 3.

Prefere dedicar-se ao Direito das Obrigações, elaborando, assim, o *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis Accommodado às Leis e Costumes da Nação Portuguesa para Servir de Subsidio ao Novo Codigo Civil*, publicado em 1826.²⁶⁶

Justamente por se tratar de uma obra que fomentaria a elaboração do Código Civil português, e não apenas mais uma obra de Direito Civil pátrio, Corrêa Telles bebe de novas fontes, além das Ordenações e legislação extravagante portuguesa. Assim, contempla novas possibilidades de reparação do “dano moral”, além do vetusto valor de afeição.

O seu trabalho, conforme declaração do próprio autor, é fortemente influenciado pelo Código prussiano. Assim, os dispositivos que ora se analisam são quase todos reproduzidos desse, com algumas adaptações.

No Título XII, *Dos direitos e obrigações, que derivão de delictos, ou quase delictos*, o tratado prescreve que “qualquer pessoa, que soffreo damno na sua pessoa, ou bens, ainda que possa querelar, e accusar criminalmente o réo, se querelar não quizer, póde demandar civilmente a sua indemnisação” (456).²⁶⁷

Na Secção I do mesmo título, relata como se liquida a indenização desses ilícitos, os quais, além de provocar dano material, também configuram um “dano moral”.

No caso de homicídio, não há reparação da ofensa moral, além do dano material: “Aquele, que matou um homem, deve pagar em todos os casos á viuva e filhos do morto os gastos da cura, que fosse intentada, e os do funeral” (505).²⁶⁸

Além desses gastos, o ofensor deveria indenizar outras despesas, de acordo com a proporção da culpabilidade do seu ato, sem exceder os limites do prejuízo patrimonial: “se homicidio foi de proposito ou por culpa larga, deve tambem pagar-lhes

²⁶⁶ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portuguesa: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 3.

²⁶⁷ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portuguesa: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 75.

²⁶⁸ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portuguesa: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 82.

os alimentos²⁶⁹, educação e dotes taes, como elles podião esperar de seu marido e pai, confôrme das suas faculdades”(506); “se o homicidio aconteceu por culpa leve, a obrigação de alimentar a viuva e filhos do morto, sómente tem lugar, se elles não tem o sufficiente para isso, e até que os filhos terão maior idade”(508); “se o homicidio aconteceu por culpa levíssima, a familia do defunto sómente póde pedir a indemnisação do que se declara no art. 505” (510).^{270, 271}

Na hipótese de ferimento, a indenização básica, aplicável a todos os casos, seria apta a abranger os “gastos da cura, e da convalescença” (511).²⁷²

Assim como no homicídio, a reparação do ferimento também oscila, de acordo com o grau de culpabilidade do ato, mas, desta vez, para disciplinar a reparação de uma ofensa moral: “pelas dõres, que o ferido soffeo, se o ferimento foi feito de proposito, ou por culpa larga, póde pedir uma indemnisação proporcionada á natureza das dõres; a qual nem deve descer abaixo de metade dos gastos da cura, nem exceder o dobro dos mesmo” (512).²⁷³

O Tratado de Corrêa Telles dispõe sobre a reparação de mais outra ofensa moral, em caso de ferimento: caso fosse provocado em mulher solteira, capaz de se

²⁶⁹ “Esta obrigação de alimentar a viuva, dura até que ella torne a casar, ou que chegue a circunstancias de passar sem este socorro; e por tanto tempo, quanto se poderia esperar, que o marido vivesse” (507). In: TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 83.

²⁷⁰ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 83.

²⁷¹ “Se o morto não tinha mulher e filhos, as pessoas, que segundo as Leis tinão direito de lhe pedir alimentos, os devem haver do homicida”. (509) In: TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 83.

²⁷² TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 83.

²⁷³ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 83-84.

casar, e a fizesse disforme, ela teria direito “a pedir dote ao offensor, quando comprehendido em culpa larga ou leve” (518).^{274, 275, 276}

Em todas as demais hipóteses de ferimento, as prescrições de reparação dizem respeito apenas ao dano material.²⁷⁷

O “dano moral” decorrente da ofensa à honra não é indenizável, no Tratado de Corrêa Telles: “Os ataques contra a honra não admittem apreciação em dinheiro, excepto quando o damno foi causado immediatamente pelo crime (522)”.²⁷⁸

O “dano moral” decorrente da ofensa à liberdade, também não é indenizável: “Aquelle, que de qualquer maneira priva outro da sua liberdade pessoal, é responsavel por todo o damno, que dahi lhe possa resultar (523)”; tendo o ofendido direito a pedir “a perda, que soffreo”, “o lucro, que deixou de haver”, e, ainda, os “gastos, que fez para ser solto”, na hipótese de prisão ilegal (525).²⁷⁹

²⁷⁴ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 84.

²⁷⁵ “519 Se o offensor não tem bens, com que pague o dote, deve ser condemnado a pagar annualmente o juro do mesmo dote, cinco por cento, durante a vida della”. In: TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 84-85.

²⁷⁶ Vide item 3.9 desta pesquisa, onde se explanou em que medida o dote representa reparação da ofensa moral.

²⁷⁷ “513 Se do ferimento resultou aleijão, por causa do qual o offendido não póde continuar no exercicio do seu officio, e interveio proposito ou culpa grave, o réo deve indemnisar, além do sobredito, os damnos immediatos, e as vantagens que o ferido podia esperar da sua occupação, segundo o curso natural das cousas. 514 Se houve sómente culpa leve do offensor, deve pagar sómente a perda immediata, que o queixoso soffreo. 515 Se houve culpa levissima, sómente deve pagar os gastos do art. 511. 516 Se o ferido, apezar do aleijão, vem adquirir modo de vida em outra occupação, o ganho, que fizer, deve ser deduzido da indemnisação concedida 517 Se o ferimento sómente inhabilitou por algum tempo o queixoso nas suas occupações, o offensor o deve indemnisar desse tempo sómente, se o ferido por culpa larga, ou leve. [...] 520 Se do ferimento resultou deformidade a um homem, o offensor sómente lhe deve indemnisação, quando é comprehendido em culpa grave, e se mostra que o queixoso por aquele motivo ficou tolhido do seu adiantamento na sua profissão”. In: TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 84-85.

²⁷⁸ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 85.

²⁷⁹ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza*: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 85.

4.4 *Instituições de Direito Civil Português de Coelho da Rocha*

Manuel Antonio Coelho da Rocha regia a cadeira de Direito Civil, na Universidade de Coimbra, quando publicou suas *Instituições de Direito Civil Português*, em 1841.²⁸⁰

No que tange à reparação da ofensa moral, a obra de Coelho da Rocha assemelha-se à de Corrêa Telles, haja vista que ele também baseia seus ensinamentos no Código prussiano. Seu trabalho não representa o projeto de um Código, como o de Corrêa Telles, entretanto o autor não se restringe em comentar a legislação portuguesa, pois percebe que o doutrinador, muitas vezes, tem que se colocar no lugar do legislador:

Porém desde a epocha, em que escreveu o Sr. Paschoal, a legislação tem sido quasi inteiramente alterada quando o empregamos, não nos eram desconhecidas as difficuldades. Não se tracta de explicar um código, porque não o temos; em de reduzir a synthese, ou desinvolver, os principios fixos e constantes de um systema coherente, porque o não ha na legislação civil. Pelo contrario, no meio do chaos, em que ella se acha, o escriptor até certo ponto é obrigado a tomar a vez do legislador: tem de formar o plano: tem de fazer a seleccção das doutrinas: e tem de redigir até as ultimas illações.²⁸¹

Na Secção 7^a das suas *Instituições*, trata *Das obrigações resultantes dos actos ilícitos*.

Inicialmente, ele deixa clara a dicotomia entre o ilícito civil e o ilícito penal; entre a pena e a reparação: “pela offensa da sociedade é o delinquente castigado com a pena competente; e esta parte pertence ao Direito Criminal; pelo damno compete

²⁸⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008, p. 168.

²⁸¹ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. IV.

sempre ao prejudicado acção para pedir a indemnização, o que pertence ao Direito Civil”.²⁸²

Coelho da Rocha admite ser deficiente a abordagem da matéria da reparação dos danos pelos compatriotas: “na legislação patria pouco se acha sobre ella; e de nossos praxistas apenas foi tocada por Lobão no seu Tractado dos Damnos”.²⁸³

O autor evidencia, neste aspecto, a influência do Código da Prússia, em seu trabalho. Ele afirma que no referido diploma, as doutrinas da reparação dos danos “se acham desinvolvidas segundo a theoria da graduação das culpas com tal miudeza e especificação de circumstancias, que na practica parecerão causar algum embaraço, mas hão de servir de guia ao juiz habil e reflectido”.²⁸⁴

Coelho da Rocha ensina que o dano pode ser provocado aos bens da fortuna, ao corpo, à honra e à liberdade.²⁸⁵

No que tange ao dano que atinge os bens da fortuna, o autor expõe que “a verdadeira indemnização consiste em repôr as cousas no estado, em que se achavam”. Ele afirma que se isto não for possível, deve-se pagar o equivalente, em dinheiro, de acordo com o arbítrio dos avaliadores. E, “se o damno foi feito por acinte, póde o dono pedir o valor de affeição”, de acordo com o procedimento estabelecido no Livro 3, Título 86, parágrafo 16 das Ordenações: a parte interessada jura o valor e o juiz o fixa de acordo com o seu prudente arbítrio.²⁸⁶ Esta é a primeira hipótese de reparação da ofensa moral, constante de seu trabalho.

Coelho da Rocha afirma que o dano ao corpo pode ser caracterizado pelo homicídio ou ferimento.

²⁸² ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 89.

²⁸³ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 90.

²⁸⁴ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 90.

²⁸⁵ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 93.

²⁸⁶ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 93.

No caso de homicídio, suas *Instituições* não estipulam reparação da ofensa moral, mas tão somente a reparação do possível dano material.²⁸⁷

Na hipótese de ferimento²⁸⁸, há duas possibilidades de reparação do “dano moral”, além de eventual dano patrimonial: (I) Pelas dores da vítima, o ofensor deveria pagar uma indenização que não fosse inferior à metade dos gastos com a cura e nem excedesse ao seu dobro. Isso se tivesse agido com dolo ou culpa.²⁸⁹ (II) A mulher solteira, deformada por ferimento, deveria ser indenizada com um dote, se a deformidade lhe tornasse difícil o casamento.^{290, 291}

A ofensa moral por lesão à honra não é reparável, em suas *Instituições*, mas tão somente os danos patrimoniais decorrentes da lesão. O autor exemplifica: “E por

²⁸⁷ “1º Aquelle, que matou outro, deve em todo o caso indemnizar a viuva e filhos das despesas feitas na tentativa da cura, no funeral, e lucro Cit. Cod. da Pr art 98 2º Mas além disto, se a morte foi feita por dolo, ou culpa lata, deve dar-lhes alimentos, e educação e dotes aos filhos conforme suas faculdades, em attenção aos bens, que ficaram do defuncto, nem a outros quaesquer subsidios, que elles tenham. Id. art. 99 e 100, Lobão, Damnos, parágrafo 20. 3º Se por culpa leve, esta obrigação só tem lugar; quando o defuncto não deixasse bens sufficientes para a viuva e filhos se alimentarem; e a respeito deste, sómente é obrigado a alimentar-os até á idade de vinte e cinco annos. Id. art. 103 e 150 4º Cessa porém assim em um, como em outro caso, se a viuva passou a segundas nupcias; e em regra, em todos dos caos, em que cessaria a obrigação do defuncto; como se os filhos casaram. Id. art 107 e 108. 5º Se por culpa levissima, o matador só tem obrigação de indemnizar as despesas da cura, e as do funeral e lucto Id art 110 6º Se do defuncto não ficou viuva nem filhos, o direito da indemnização compete nos mesmos termos aos parentes, que tinham direito a receber delle alimentos”. In: ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 94.

²⁸⁸ No caso de ferimentos: “7º o offensor deve em todo o caso indemnizar o offendido dos gastos da cura e convalescença; e pelas dores, se o ferimento proveio de dolo, ou culpa lata, uma indemnização, que nem desça de a metade dos gastos da cura, nem exceda o dobro Id. art 112, Lob cit parágrafo 127 8º Se do ferimento resultou aleijão, que impossibilite o ferido de exercer a sua profissão, a indemnização deve ser: a) se o ferimento foi feito por dolo, ou culpa lata, dos ganhos, que gozava e perdeu; e além disso do adiantamento, e maiores vantagens futuras, que naturalmente podia esperar. Id art 115 e 116. b) Se por culpa leve, só deve indemnização das perdas, proporcionada á situação, em que o offendido estava ao tempo da offensa Id. art. 117 c) Se pela levissima, unicamente os gastos da cura e convalescença. Id art 118 8º Se a impossibilidade de trabalhar foi temporaria, só se deve a indemnização proporcionada a esse tempo do impedimento. Id art 120. 9º Quando o aleijão lhe não impede inteiramente o trabalho, mas sómente lh`o faz mais difficultoso, esta mesma circumstancia deve ser attendida na indemnização. Id. art 122. 10º Se do ferimento resultou deformidade, que prive o ferido do seu adiantamento, a isto se deve attender, e por tanto se o ferimento foi em mulher solteira, o qual lhe torne difficil o casamento, o offensor deve-lhe um dote Lobão cit. parágrafo 28, Cod da Austr. art. 1326”. In: ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 94-95.

²⁸⁹ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 95.

²⁹⁰ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 95.

²⁹¹ Vide item 3.9 desta pesquisa, onde se explanou em que medida o dote representa reparação da ofensa moral.

tanto o official, ou criado, que por falsa diffamação deixou de achar trabalho, póde pedir uma indemnização ao offensor”.

A ofensa à liberdade também só gera direito à reparação de eventual dano patrimonial, decorrente da lesão.²⁹²

4.5 *Direito das Coisas de Lafayette*

O importante jurista e político brasileiro Lafayette Rodrigues Pereira escreveu diversos trabalhos de cunho jurídico, com destaque para *Direitos de Família*, publicado em 1869, e *Direito das Coisas*, publicado em 1877.

Lafayette, menciona Pontes de Miranda, procura explanar suas ideias de forma mais límpida que os demais autores de sua época, sendo “mais literariamente puro, porém menos profundo que Teixeira de Freitas”; o jurista mineiro “não criou, não descobriu; expôs”.²⁹³

Na obra *Direito das Coisas*, em breve comentário ao artigo 22 do Código Criminal de 1830²⁹⁴ (o qual fora repetido no artigo 801 da Consolidação de Freitas), Lafayette evidencia, de forma contundente, seu entendimento sobre o “dano moral”:

²⁹² “§141 Em quanto á offensa da liberdade, é responsavel por todas as perdas e interesses: 1º aquelle, que privou outro da sua liberdade pessoal, Cod da Pr. cit art. 132, Ord. L. 5, tit. 95. 2º aquelle, que com falsa denuncia requereu e provocou uma prisão illegal: 3º bem como o juiz, que contra a lei a ordenou. Id, art, 133, C. Const art 145 § 9. 4º Se a pessoa offendida não póde ser restituída á sua liberdade, o offensor deve a sua mulher e filhos uma indemnização nos mesmos termos, que no caso de morte. Id. art. 136. 5º Aquelle, que injustamente requereu sequestro, embargo, ou penhora, é responsavel pela indemnização das perdas Id. art 137 Vej. Dig Port. I art. 494 e seg”. In: ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 96.

²⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 63-64. [Primeira publicação em 1928].

²⁹⁴ “A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido. Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e consequencias”. In: SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código criminal do Imperio do Brasil*: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicaõ, revogaõ ou alteraõ algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão; acompanhado de um appendice contendo a integra das leis addiconaes ao mesmo codigo, posteriormente promulgadas. Nova edição pelo Doutor Braz Florentino Henriques de Souza. Recife: Typographia Universal, 1858, p 21. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 486. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

Para o autor, o mal causado pelo delito “póde consistir simplesmente em um sofrimento physico ou moral, sem relação directa ou indirecta com o patrimonio do offendido como é o que resulta de ferimento leve que não impede de exercer a profissão, ou ataque a honra”. Ele afirma que nestes casos não há necessidade de satisfação pecuniária; ressalta, contudo, que “não tem faltado quem queira reduzir o simples soffrimento physico ou moral a valor: são extravagancias do espirito humano”.²⁹⁵

Lafayette entende que “o mal que dá lugar a satisfação pecuniaria é o que directa ou indirectamente (por via de consequencia) offende o individuo os seus direitos relativos à propriedade no sentido amplo e nos seus interesses legítimos”; e exemplifica: “tal é o que ocorre quando a cousa é destruída ou subtrahida; tal é o prejuizo que resulta ao offendido que o delicto inhabilita temporaria ou perpetuamente de exercer a sua profissão”. Para o autor, nestes casos sim, dá-se a obrigação de satisfazer o dano causado.²⁹⁶

4.6 Considerações finais

As obras analisadas, expressa ou tacitamente, separam a responsabilidade civil da criminal, evidenciando o dano como elemento caracterizador da primeira. As multas ou penas pecuniárias, por sua vez, não poderiam ter natureza reparatória, mas tão somente punitiva. Não se destinavam, portanto, à vítima, mas sim ao Estado.

Assim, a exemplo do que se observou quando da análise da obra de Freitas, desprovidas do subsídio punitivo, as hipóteses de reparação de ofensa moral tonaram-se ínfimas, quase inexistentes; opostamente à época em se podia reparar o “dano moral” mediante a pena pecuniária, pois não havia necessidade de se proceder à impossível mensuração da ofensa moral.

No que tange especificamente à questão da reparação do “dano moral”, pode-se dividir as mencionadas obras em dois grupos.

²⁹⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 474. [Primeira publicação em 1877].

²⁹⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940, p. 474. [Primeira publicação em 1877].

Aquelas que se restringem em comentar as Ordenações e legislação extravagante de Portugal, nas quais o valor de afeição e o dote pago à virgem ou viúva, vítima de violência sexual, são as únicas hipóteses de reparação da ofensa moral.

E aquelas obras que, indo além, também professam doutrinas estrangeiras, sobretudo prescrições constantes dos códigos civis vigentes à época, com destaque para o prussiano. Dessa forma, ampliam as possibilidades de reparação da ofensa moral. Corrêa Telles e Coelho da Rocha foram os patronos dessa ideia. Ambos os autores inovam em outro ponto: a lesão a bens extrapatrimoniais também integra o conceito de dano. A ideia preponderante à época era a de que o dano, em seu conceito, somente dizia respeito à lesão patrimonial. Assim, grande parte dos autores, quando se referia ao “dano moral”, empregava os vocábulos “ofensa”, “mal”, dentre outros.

Corrêa Telles afirma que o indivíduo pode sofrer “damno na sua pessoa”, além de seus bens.²⁹⁷

Coelho da Rocha, por sua vez, assevera que o dano pode ser provocado não somente “aos bens da fortuna”, mas também ao corpo, à honra e à liberdade.²⁹⁸

²⁹⁷ TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, p. 75.

²⁹⁸ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, p. 93.

5 A DISCIPLINA DO “DANO MORAL” NOS PROJETOS DE NABUCO DE ARAUJO, FELICIO DOS SANTOS E COELHO RODRIGUES

Após o Esboço de Teixeira de Freitas, o Brasil passou por outras tentativas frustradas de codificação do Direito Civil, por meio dos projetos de Nabuco de Araujo, Felicio dos Santos e Coelho Rodrigues.

5.1 O projeto de Nabuco de Araujo

José Thomaz Nabuco de Araujo encarregou-se, em 1872, da elaboração do código civil brasileiro. Ele falece, entretanto, em 1878, deixando um incipiente trabalho. O fragmento encontrado, no seu espólio literário, é apenas umas das variantes do projeto em formação, abrangendo cento e dezoito artigos do título preliminar e cento e oitenta e dois da parte geral²⁹⁹. O projeto de Nabuco de Araujo, disse seu filho, Joaquim Nabuco,

não seria a criação de um puro philosopho, de um professor de universidade, e, sim, de um estadista mais preocupado do effeito pratico da legislação, a que ligasse o seu nome, do seu alcance social, internacional mesmo, da clareza, comprehensão e vastidão da lei, do que da metaphysica do direito.³⁰⁰

Pontes de Miranda afirmou que o projeto de Nabuco de Araujo “não seria, tampouco, o que devia ser; a obra de um cientista”.³⁰¹

²⁹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 16.

³⁰⁰ NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império: Nabuco de Araujo: sua vida, suas opiniões, sua época*. Volume 3. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1897, p. 529.

³⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 82. [Primeira publicação em 1928].

Clovis Bevilaqua, com mais cautela, declarou que não seria lícito, com tão poucos elementos, “formar juízo seguro sobre o conjuncto da obra”.³⁰²

O embrionário trabalho de Nabuco de Araujo não apresenta elementos relevantes para esta pesquisa.³⁰³

5.2 O projeto de Felicio dos Santos

O jurisconsulto mineiro, Joaquim Felicio dos Santos ofereceu ao Governo Imperial, em 1881, os seus *Apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro*. A comissão provisória nomeada para estudar sua obra emitiu parecer contrário, mas a aceitou como base para uma revisão ulterior.³⁰⁴

O Governo converteu em permanente a comissão, e encarregou Felicio dos Santos, que passou a integrá-la, da elaboração do projeto definitivo.

Em 1882, Felicio dos Santos apresentou o *Projeto do Código Civil*. Nos anos subsequentes revidou críticas à sua obra e a aperfeiçoou, por meio de seus *Comentários ao Projeto do Código Civil Brasileiro*.

Felicio dos Santos dedica o capítulo 9º de seu projeto para a disciplina “da responsabilidade civil”. Salieta-se que o autor é, nesta matéria, fortemente influenciado pelo código civil austríaco. Assim, verifica-se da análise do capítulo, a reprodução de muitos dispositivos daquele.

A sua obra dá continuidade à ideia de separação entre responsabilidade civil e criminal: “a responsabilidade criminal nem sempre é acompanhada da responsabilidade civil, e a civil nem sempre da responsabilidade criminal” (art. 608),

³⁰² BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 16.

³⁰³ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882.

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 82. [Primeira publicação em 1928].

de modo que o dano é o elemento caracterizador da primeira: “a indemnização do damno causado será sempre pedida por acção civil” (art. 619).³⁰⁵

Felicio dos Santos adota em seu projeto a cláusula geral do ato ilícito civil: “todo aquelle que, voluntaria e scientemente, offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indenizar o lesado pelo damno que lhe causar” (art. 605).³⁰⁶

Na “secção unica”, do capítulo 9º (da responsabilidade civil), trata “da liquidação da imndenização” de diversos ilícitos que caracterizavam uma ofensa moral. As prescrições de reparação de alguns desses ilícitos ficavam adstritas às consequências pecuniárias da lesão, outras as extrapolavam, constituindo-se em reparação do “dano moral”.

“A indemnização, no caso de homicidio”, deveria consistir “na satisfação de todas as despesas feitas com a tentativa de cura do fallecido, e com o seu funeral”; “na prestação de alimentos ao conjuge sobrevivivo, emquanto delles precisar, e não passar as segundas nupcias, excepto si teve parte no homicidio”; “na prestação de alimentos as pessoas, a quem os devia o fallecido ao tempo do homicidio” (art. 626).³⁰⁷

Ao comentar este artigo, Felicio dos Santos critica o fato de os “praxistas” brasileiros permitirem-se influenciar pelo Código Civil da Prússia, que faz distinção, se a morte foi perpetrada com lata ou culpa leve, e, igualmente, pelo Código Civil

³⁰⁵ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 28.

³⁰⁶ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 28.

³⁰⁷ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

português, que “tambem distingue si a morte foi voluntaria, e neste segundo caso a indemnização é menor (arts. 2384 e 2385)”.^{308, 309}

O jurista afirma não vislumbrar razão para se fazer esta distinção. Menciona que a indenização, ao contrário da lei penal³¹⁰, “não deve ser regulada pela gravidade da pena, mas sim pelo mal causado”.³¹¹

Felicio dos Santos declara que a morte, voluntária ou decorrente de imprudência, traz sempre a mesma consequência: “o mal do homicídio não tem reparação possível, porque o maior dos bens é a vida”. Explica que, “para o conjuge viuvo, para os pais ou para os filhos, não haverá indemnização pecuniária equivalente ao mal da morte do conjuge, do pai, ou do filho”.³¹² Dessa forma, o autor afirma que o legislador somente poderia tratar das consequências imediatas da morte, e jamais supostas implicações de um distante e eventual porvir:

Ha alguma cousa de fatal na perda de um pai, de um conjuge, de um filho, de um parente; si foi uma mal irremediavel quem poderá negar que tambem não foi uma felicidade? Ninguem póde prever o futuro, nem penetrar em seus esconderijos.³¹³

³⁰⁸ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 19.

³⁰⁹ “Artigo 2384.º A indemnização por perda e danos, nos casos de homicidio commettido voluntariamente, consistirá: 1.º Na satisfação de todas as despesas, feitas para salvar o offendido, e com o seu funeral; 2.º Na prestação de alimentos à viuva do fallecido, em quanto viva for, e precisar delles, ou não passar a segundas nupcias, excepto se tiver sido cúmplice do homicidio; 3.º Na prestação de alimentos aos descendentes ou ascendentes, a quem os devia o offendido, excepto se tiverem sido cúmplices no homicidio. § unico. Fóra dos casos anteriormente mencionados, nenhum parente ou herdeiro poderá requerer indemnização por homicidio. Artigo 2385.º Se o homicidio tiver sido commetido involuntariamente, mas com circumstancias, que, ainda assim, o tornem punivel, em conformidade da lei penal, só poderá haver indemnização por alimentos em favor dos filhos menores, ou dos ascendentes inválidos do fallecido, que delles precisarem”. *In: PORTUGAL. Codigo civil portuguez: aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, p. 395-396.

³¹⁰ “Temos, é certo, a Lei de 20 de Setembro de 1871, que no art. 19, pune com pena leve o homicidio involuntario quando praticado com impericia, imprudencia, ou falta de obervancia de algum regulamento”. *In: SANTOS, Joaquim Felicio dos. Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 19.

³¹¹ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 19.

³¹² SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 19-20.

³¹³ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 20.

Neste sentido, o jurisconsulto mineiro afirma que “si ha males irreparaveis, tambem a indemnizaçãõ convem que tenha um limite”³¹⁴, qual seja, o efeito material e imediato da morte.

Já nos casos de ferimento, Felicio dos Santos propõe uma indenização pelo sofrimento da vítima, além do prejuízo material. Para ele, “o offendido não seria completamente indemnizado, si tambem seus soffrimentos não entrassem na graduaçãõ da indemnizaçãõ”.³¹⁵

Com efeito, o seu projeto dispõe que o responsável pelo ferimento, além de indenizar os gastos do curativo e os lucros cessantes do ofendido, deve, também, indenizar seus sofrimentos, em quantia não inferior à metade, e não superior ao dobro dos gastos com o curativo (art. 627)³¹⁶. O autor exemplifica: “si com o curativo se despendêrão 100, a indemnizaçãõ pelos soffrimentos se marcará entre 50 e 200”³¹⁷.

O projeto prescreve, também, que “si do ferimento resultou deformidade, será a indemnizaçãõ do prejuizo, que mostrar o offendido ter-lhe resultado de tal deformidade” (art. 630).³¹⁸ Não resta claro se, neste artigo, o autor faz referência à reparação da ofensa moral, além da material. Ao comentar o dispositivo, Felicio dos Santos afirma que tal deformidade afeta, quase sempre, a mulher, principalmente nos casos em que ela fica impossibilitada de se casar. Ele alega que para um homem seria “raro o caso de uma deformidade causar prejuizo”.³¹⁹ O jurisconsulto não se estende no assunto e não esclarece de que forma se daria a liquidação. Deduz-se, assim, que em seu entendimento, o homem apenas seria indenizado se, em razão da

³¹⁴ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 20.

³¹⁵ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 21.

³¹⁶ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

³¹⁷ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 21.

³¹⁸ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

³¹⁹ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 22.

deformidade, sofresse alguma lesão material. Já a mulher que ficasse impossibilitada de se casar, receberia o dote.³²⁰

Todos os demais dispositivos relativos às lesões provocados por ferimentos, dizem respeito apenas à ofensa patrimonial:

Art. 628 - Si do ferimento resultar aleijão, que impossibilite o offendido de continuar no exercicio de sua profissão, ou officio, a indemnização será dos prejuízos, que resultarem de tal aleijão. § 1º - Si o offendido, apezar do aleijão, pôde adquirir modo de vida, ou outra occupação, o ganho que puder adquirir, será deduzido da indemnização. §2º - Si o aleijão não impede inteiramente do trabalho, mas sómente o faz mais dfflcultoso ou menos rendoso, deve ser isso attendido na indemnização. Art. 629 – Si a impossibilidade do trabalho foi temporaria, só é devida a indemnização, em proporção do tempo do impedimento.³²¹

Ilustrando o mencionado artigo, o jurista afirma que “si o offendido era jornaleiro, que vivia de seu trabalho, o offensor deve pagar-lhe o seu salario, si o aleijão o impossibilitou da ganha-lo”³²². Dá outro exemplo:

Si o operário, que ganhava 10 por dia, pôde tomar outra occupação, em que ganhe os mesmos 10, não é devida indemnização alguma. Si na mesma occupação, em consequencia do aleijão, só pode ganhar 5, ou si vio-se obrigado a tomar outra, em que só ganha 5, só lhe será devida a indemnização de 5.³²³

³²⁰ Vide item 3.9 desta pesquisa, onde se explanou em que medida o dote representa reparação da ofensa moral.

³²¹ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

³²² SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 21.

³²³ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 21.

Na hipótese de injúria, ou de “qualquer outra offensa contra o bom nome e reputação” a indenização consistiria “na reparação do damno, que, por tal causado, o offendido realmente houver padecido” (art. 631).³²⁴

Felicio dos Santos aduz que, sem haver lesão material, “o facto só de alguém ser injuriado não dá direito a pedir perdas e danos” vez que seria “altamente immoral pedir o offendido uma indemnização pecuniaria pela offensa de sua honra”. Neste sentido conclui: “A honra não tem preço para quem sabe dar-lhe valor. O offendido que recorre aos tribunales para vindicar a injuria e punir o criminoso, não peça dinheiro como se vendesse sua honra”.³²⁵ Explica que a indenização seria possível, por exemplo, “si é calumniado um criado, ou qualquer outra pessoa que procura um emprego de confiança, e que não o obtem em consecuencia da calumnia”.³²⁶

A indenização por “factos offensivos á liberdade pessoal”³²⁷ consistiria “nas perdas e danos padecidos por essa causa” (art. 632)³²⁸. Em comentário, Felicio dos Santos deixa claro não haver indenização que ultrapasse o prejuízo material: “si em consecuencia da prisão o offendido deixou de trabalhar, ou não tratou de certo negocio, tem direito a ser indemnizado pelo prejuízo, que houver sofrido”³²⁹.

Outra possibilidade de reparação por lesão moral era a “indenização por offensa a honra e virgindade” que consistia no dote, que o ofensor deveria “dar á ofendida, conforme sua condição e estado, si com ella não se casar, ou não se puder

³²⁴ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

³²⁵ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 22-23.

³²⁶ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 22.

³²⁷ “Art. 633 - São factos offensivos á liberdade pessoal, que dão direito á indemnização: 1º - Carcere privado; 2º- Prisão por queixa ou denuncia dada de má fé; 3º- Prisão illegal. Paragrapho único - No caso do numero 3º o unico responsavel é o juiz que decretou a prisão”. In: SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

³²⁸ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

³²⁹ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 23.

casar”, quando a ofendida: “sendo virgem e menor de 17 annos fôr deflorada”; “sendo mulher honesta, fôr violentada ou aterrada por ameaças”; “sendo mulher honesta menor de 17 annos, fôr seduzida”; e quando “tiver sido raptada” (art. 634).^{330, 331}

Felicio dos Santos elucida que a expressão “si com ella se não casar ou não se puder casar” abrange inúmeras hipóteses: seja os casos em que “o offensor recusou-se ao casamento”; ou quando “estando prompto a casar-se, foi a offendida quem o recusou”; “ou finalmente por haver entre eles qualquer impedimento derimente do casamento, por exemplo, por ser casado um delles, ou por serem parentes em gráo em que é prohibido o casamento”.³³²

O autor também esclarece que “a palavra dote, do que aqui se usa, é formada no mesmo sentido do codigo criminal; é uma remuneração qualquer, que o criminoso é obrigado a dar á offendida, conforme seu estado e condição”.³³³

Em 1891, Felicio dos Santos apresenta sua última proposição revista e adaptada ao novo regime republicano: o *Projecto do Código Civil da República dos Estados Unidos do Brazil*, a qual não sofreu alterações no que tange à matéria concernente à presente pesquisa. O projeto não foi aprovado.

5.2.1 Considerações sobre o projeto de Felicio dos Santos

O projeto de Felicio dos Santos é o primeiro, na história da codificação do Direito Civil brasileiro, a dedicar um capítulo para tratar especificamente “da

³³⁰ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro*: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do codigo civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882, p. 29.

³³¹ Vide item 3.9 desta pesquisa, onde se explanou em que medida o dote representa reparação da ofensa moral.

³³² SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 25.

³³³ SANTOS, Joaquim Felicio dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 24.

responsabilidade civil”³³⁴; fato que revela o desenvolvimento e emancipação da matéria, que anteriormente era tratada na legislação e em manuais como mera extensão do direito das obrigações.

É, também, o primeiro a empregar o vocábulo indenização para uma lesão extrapatrimonial, qual seja, o sofrimento³³⁵. Contudo, ainda não utiliza a expressão “dano moral”.

Soa, em certa medida, contraditório o fato de o jurisconsulto admitir a indenização pelo sofrimento, mas considerar “altamente immoral pedir o offendido uma indemnização pecuniaria pela offensa de sua honra”³³⁶.

O seu projeto inova em relação ao de Freitas por permitir a indenização de ferimentos e sofrimentos, em caso de lesão corporal. Repita-se que os institutos que mais aproximaram o entendimento de Freitas da ideia da reparação “dano moral” foram o dote pago à vítima de violência sexual, caso o ofensor não se casasse com a mesma, e o “valor de afeição”.

5.3 O projeto de Coelho Rodrigues

Em 1890, o governo do novel regime republicano confiou a elaboração do projeto do código civil a Antonio Coelho Rodrigues.

O projeto, inspirado no Código de Zurique e em “raras idéias vigentes na Alemanha”³³⁷, foi finalizado em 1893. Entretanto, a comissão o recusou.

³³⁴ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 28.

³³⁵ “Art. 627 [...] Pelos soffrimentos do offendido, lhe é devida uma indemnização, que não desça da metade dos gastos do curativo, e nem exceda do dobro.” In: SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 29.

³³⁶ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 22.

³³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83. [Primeira publicação em 1928].

Em 1895, o Senado propôs que uma nova comissão escolhesse entre os projetos de Coelho Rodrigues e Felício dos Santos. A Câmara dos Deputados, contudo, foi contrária à ideia.³³⁸

O projeto dá continuidade à cláusula geral do ato ilícito ao prescrever que “todo aquele que, por ação ou omissão, viola o direito de outrem fica obrigado a indenizá-lo por todas as perdas e danos resultantes da lesão (art. 268)”.³³⁹

Mantém, outrossim, a separação entre os juízos cível e criminal: “a responsabilidade civil, por crime, delito ou contravenção, é independente da criminal e, ainda quando sejam conexas, não poderão ser pedidas conjuntamente (art. 269)”.³⁴⁰

No capítulo II, do título XVIII, trata da liquidação da indenização de diversos ilícitos que caracterizavam uma ofensa moral. As prescrições de reparação de alguns ficavam adstritas às consequências pecuniárias da lesão, outras as extrapolavam, constituindo-se em reparação do “dano moral”.

Na hipótese de homicídio, não havia reparação da ofensa moral. A indenização deveria consistir “na indenização das despesas feitas com a tentativa de cura do falecido, com o seu funeral e com o luto da família” e “na prestação dos alimentos às pessoas, a quem o defunto as devia” (art. 1220).³⁴¹

No caso de ferimento havia reparação da ofensa moral. O ofensor deveria indenizar a vítima pelas despesas do curativo e pelos lucros cessantes, até o fim da convalescença, e pagar-lhe uma soma igual à multa do grau médio da pena criminal correspondente (art. 1221, caput).³⁴²

Se, em decorrência do ferimento, o ofendido ficasse aleijado ou deformado, tal soma deveria ser duplicada, se fosse homem (art. 1221, §1º). Caso fosse mulher,

³³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83. [Primeira publicação em 1928].

³³⁹ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 78. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁴⁰ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 78. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁴¹ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 195-196. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁴² RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 196. [O projeto foi apresentado em 1893].

solteira, ou viúva, que ainda pudesse casar, a indenização consistiria “em um dote proporcional às posses do autor, às circunstâncias da ofendida e à gravidade do defeito” (art. 1221, §2º).³⁴³

A indenização por injúria ou calúnia consistiria na reparação do dano que causado ao ofendido (art. 127, caput). Se o ofendido não pudesse justificar o seu prejuízo material, o autor da lesão seria obrigado a “pagar-lhe o dobro da multa do grau máximo da respectiva pena criminal” (art. 1227, § 1º).³⁴⁴ Assim, somente havia indenização do “dano moral” neste caso, se o ofendido não conseguisse comprovar o dano material.

O jurisconsulto piauiense propõe, outrossim, uma espécie de reparação *in natura*, para os casos de injúria e calúnia: o ofensor estaria obrigado, sob pena de desobediência, “a publicar três vezes a sentença, que o condenar, no mesmo jornal que houver publicado a sua calúnia ou injúria, ou em três periódicos, que o ofendido indicar, se o crime tiver sido praticado por outro meio” (art. 1227, § 2º).³⁴⁵

A indenização do “dano moral” por ofensa à mulher virgem e honesta deveria consistir no pagamento do seu dote, conforme sua condição e estado, se o autor não casasse, ou se não pudesse casar com ela (art. 1228).^{346, 347}

A indenização por ofensa à liberdade pessoal³⁴⁸ de outrem consistiria no pagamento das perdas e lucros cessantes que sobreviessem à vítima, ou no

³⁴³ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 196. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁴⁴ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 197. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁴⁵ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 197. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁴⁶ A indenização era admitida nos seguintes casos: “§1º Se a pessoa ofendida, sendo virgem e menor, for deflorada. §2º Se a ofendida, sendo mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças. §3º Se a ofendida, sendo mulher honesta e menor, for seduzida. §4º Se a ofendida for raptada”. *In*: RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 197. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁴⁷ Vide item 3.9 desta pesquisa, onde se explanou em que medida o dote representa reparação da ofensa moral.

³⁴⁸ “Consideram-se ofensivos à liberdade pessoal: §1º O cárcere privado §2º A prisão por queixa ou denúncia falsa e dada de má fé §3º A prisão ilegal”. *In*: RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 197. [O projeto foi apresentado em 1893].

pagamento de uma soma calculada conforme a base do §1º do art. 1227 (art. 1230)³⁴⁹. Assim, se o ofendido não justificasse o prejuízo material decorrente da violação à sua liberdade, o autor da lesão seria obrigado a lhe pagar o dobro da multa do grau máximo da respectiva pena criminal³⁵⁰.

5.3.1 O projeto de Coelho Rodrigues comparado ao de Felício dos Santos

O projeto de Coelho Rodrigues, assim como o de Felício dos Santos, dispõe sobre a reparação da ofensa moral nos casos de crimes sexuais, com o dote da ofendida, caso não ocorresse o casamento. Contudo, as semelhanças são apenas essas.

Ambos os projetos estabelecem a reparação da ofensa moral para o caso de lesão corporal. Entretanto, para Felício dos Santos, o valor dessa deveria ser baseado na quantia despendida para a convalescença do ofendido. Coelho Rodrigues, por sua vez, propõe que a reparação seja baseada na multa, do Código Penal.

Felício dos Santos não propôs reparação da ofensa moral nos casos em que a lesão provocasse deformidade aos homens. Já Coelho Rodrigues não só propôs reparação da ofensa moral para o homem, em caso de deformidade ou aleijão, como a estipulou em quantia duas vezes superior à reparação da mulher.³⁵¹

O jurisconsulto mineiro era radicalmente contra a reparação do “dano moral” nos casos de calúnia e injúria. O jurisconsulto piauiense, por sua vez, admitia a reparação da ofensa moral, se a vítima não lograsse êxito em comprovar a ocorrência

³⁴⁹ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 197. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁵⁰ RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 197. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁵¹ Caso fosse mulher, solteira, ou viúva, que ainda pudesse casar, a indenização consistiria “em um dote proporcional às posses do autor, às circunstâncias da ofendida e à gravidade do defeito” (art. 1221, §2º). *In*: RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 196. [O projeto foi apresentado em 1893].

de dano (material). Ademais, propõe uma modalidade de reparação *in natura*, para os casos de injúria e calúnia³⁵².

Coelho Rodrigues admitiu, também, em seu projeto, a reparação da ofensa moral nas hipóteses de violação à liberdade pessoal, caso o ofendido não comprovasse prejuízo material. Felício dos Santos, não.

5.3.2 Considerações sobre o projeto de Coelho Rodrigues

O projeto de Coelho Rodrigues, em relação ao de Teixeira de Freitas e de Felício dos Santos, amplia o rol de hipóteses em que se admite a reparação da ofensa moral.

Entretanto, o instrumento que permitiu tais inovações é o que mais chama atenção: o jurisconsulto piauiense, influenciado pelo projeto de Código Civil alemão e pelo Código das obrigações suíço, em quase todos dos casos mencionados³⁵³ baseia a quantia da reparação da ofensa moral, no Código Penal de 1890.

A irreparabilidade do “dano moral” surgira justamente como consequência da dicotomia entre reparação e pena. A pena pecuniária, que outrora se dirigia ao ofendido, servindo ao mesmo tempo como reparação e punição, deveria, então, direcionar-se aos cofres públicos, e não mais à vítima.

A reparação deveria basear-se tão somente na extensão da lesão sofrida. Como a ofensa moral não é mensurável, a sua reparação era admitida em pouquíssimas hipóteses, de maneira bastante limitada e velada, nos projetos anteriores ao de Coelho Rodrigues.

Coelho Rodrigues dilata as possibilidades de reparação do “dano moral” aplicando a vetusta solução da satisfação baseada na pena pecuniária que, apesar de controvertida, é simples e objetiva. Como a multa não mais poderia ser dirigida ao ofendido, o jurisconsulto a trasladou para a esfera cível, em forma de reparação, que

³⁵² O ofensor estaria obrigado, sob pena de desobediência, “a publicar três vezes a sentença, que o condenar, no mesmo jornal que houver publicado a sua calúnia ou injúria, ou em três periódicos, que o ofendido indicar, se o crime tiver sido praticado por outro meio” (art. 1.227, § 2º). *In*: RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980, p. 197. [O projeto foi apresentado em 1893].

³⁵³ À exceção do pagamento do dote à ofendida, nos casos de crimes sexuais.

ora se baseava no valor integral da multa, ora duplicava-o, sendo a última hipótese a mais recorrente.³⁵⁴

Esta solução seria adotada também por Bevilaqua.

O maior óbice à reparação da ofensa moral, qual seja, a impossibilidade de sua mensuração seria superado com o retorno da pena.

Ressalte-se que Felício dos Santos, assim como Freitas, era manifestamente contrário à comunicação entre reparação e pena. O jurisconsulto mineiro menciona que a indenização, ao contrário da lei penal³⁵⁵, “não deve ser regulada pela gravidade da pena, mas sim pelo mal causado”.³⁵⁶

³⁵⁴ De acordo com o Código Penal de 1890, "considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o grão médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstancias aggravantes e attenuantes" (art. 62), regulando-se a multa, também, "pelo que o condenado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, industria ou trabalho" (art. 58). *In: BRASIL, Código Penal de 1890*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: dezembro de 2013.

³⁵⁵ “Temos, é certo, a Lei de 20 de Setembro de 1871, que no art. 19, pune com pena leve o homicidio involuntario quando praticado com impericia, imprudencia, ou falta de obervancia de algum regulamento”. *In: SANTOS, Joaquim Felício dos. Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 19.

³⁵⁶ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Codigo Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885, p. 19.

6 A DISCIPLINA DO DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE BEVILAQUA

A presidência da República convidou, em 1899, Clovis Bevilaqua, então professor de Legislação Comparada na Faculdade de Direito do Recife, para elaborar o projeto do Código Civil.³⁵⁷

A escolha de Bevilaqua recebeu muitas críticas. A principal era a de que o país possuía juristas mais experientes e de maior prestígio, como Lafayette e Coelho Rodrigues.³⁵⁸

Tais censuras não contiveram o jurista cearense, que iniciou a árdua empreitada em abril de 1899 e a concluiu em novembro do mesmo ano.³⁵⁹

O trabalho foi remetido a juristas e entidades especializadas. Em seguida, foi nomeada uma comissão com o objetivo de rever o projeto. A comissão realizou cinquenta e uma reuniões e procedeu a inúmeras modificações no texto, concluindo o trabalho em agosto de 1900. O projeto passou, ainda, por uma última revisão, desta vez com a participação de Bevilaqua, antes de ser apresentado ao Congresso Nacional, em novembro de 1900.³⁶⁰

Depois de intensos debates e mais modificações, o projeto foi aprovado na Câmara em 1902 e, logo em seguida, enviado ao Senado, onde encontrou forte oposição de Rui Barbosa, quanto ao uso correto do vernáculo.³⁶¹

A oposição de Rui, somada às sucessivas apreciações de emendas na Câmara e no Senado, fizeram com que o projeto fosse aprovado muito mais tarde, convertendo-

³⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83. [Primeira publicação em 1928].

³⁵⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 68.

³⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83. [Primeira publicação em 1928].

³⁶⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 68.

³⁶¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 71.

se na Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. O período de *vacatio legis* foi de um ano. Assim, somente em 1º de janeiro de 1917, o Código Civil passou a vigorar.³⁶²

6.1 O dano moral e sua reparação

O artigo 159 do Código Civil de 1916 prescreve que “aquelle que, por acção ou omissão voluntaria, negligencia, ou imprudencia, violar direito, ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o damno”³⁶³. Não menciona expressamente o dano moral.

Entretanto, o artigo 76 parece apontar para a reparabilidade do dano moral: “Para propor, ou contestar uma acção, é necessário ter legitimo interesse economico ou moral. Paragrapho unico. O interesse moral só autoriza a acção, quando toque, directamente, ao autor ou á sua família”.³⁶⁴

Em nota, Bevilacqua esclarece que “não basta ter o direito, para propôr a acção; é preciso que haja interesse, motivo, razão de propol-a”, de modo que “apparece o interesse, quando o direito está ameaçado ou já foi lesado”.³⁶⁵

O jurista cearense explica que o interesse econômico é conversível em dinheiro, já o interesse moral, não; diz respeito à própria personalidade do indivíduo, à honra, à liberdade, e, ainda, à profissão.³⁶⁶

Bevilacqua assevera, contudo, que “se o interesse moral justifica a acção para defendel-o ou restaural-o, é claro que tal interesse é indemnizavel, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro”. Ele justifica que “é por uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre insufficientes, e, não raro, grosseiros, que o direito

³⁶² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 71.

³⁶³ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921, p. 413.

³⁶⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921, p. 308.

³⁶⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921, p. 309.

³⁶⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921, p. 309.

se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses moraes”. E arremata: “este artigo, portanto, solveu a controvérsia existente na doutrina, e que, mais de uma vez, repercutiu em nossos Julgados”, acerca da reparabilidade do dano moral.³⁶⁷

A despeito de afirmar, categoricamente, que o Código Civil de 1916 admite a reparação do dano moral, Bevilaqua reconhece que o diploma “não deu grande latitude ao poder de reacção jurídica suscitado pelo dano moral; restringiu-o subjectivamente, neste artigo, e fixou-o objectivamente ao tratar da liquidação das obrigações resultantes de actos ilícitos”.³⁶⁸

O Código disciplina a liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos no Capítulo II, do Título VIII (da liquidação das obrigações), do Livro III (Direito das Obrigações)³⁶⁹, tomando por base o critério da extensão do dano³⁷⁰.

6.1.1 Reparação em caso de homicídio

Em caso de homicídio, o Código não prevê a reparação do dano moral; a indenização deveria consistir “no pagamento das despesas com o tratamento da

³⁶⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921, p. 309.

³⁶⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921, p. 309.

³⁶⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 301-317.

³⁷⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

victima, seu funeral e o luto da família” e, também, “na prestação de alimentos às pessoas á quem o defunto os devia” (art. 1.537).³⁷¹

Em comentários, Bevilaqua menciona que o Código foi criticado por não reproduzir a regra geral contida no artigo 22 do Código Criminal de 1830³⁷², assim como o fizera Teixeira de Freitas.

Ele repele a censura, afirmando que o referido dispositivo “é, antes, uma recommendação ao juiz do que um preceito imperativo; é, antes, a synthese de um a doutrina do que uma regra legal, que se possa applicar aos casos concretos, sem o perigo do arbítrio”³⁷³. E, “para evitar o arbitrio, o Codigo Civil brasileiro, á semelhança de outros, destaca os casos typicos de danos causados por actos illicitos, e fixa-lhes a extensão da responsabilidade”.³⁷⁴

Bevilaqua esclarece que o Código não contempla a indenização do dano moral, ao tratar do homicídio, vez que esse pode variar consideravelmente de um caso para outro, não havendo, pois, elementos seguros para sua apreciação.³⁷⁵

O autor admite que a exata avaliação do dano demanda sua análise econômica e moral. Contudo, reitera que “os factores de felicidade e bem estar não somente são aqui inapreciáveis, como escapam a uma regulamentação”.³⁷⁶

³⁷¹ “O resarcimento das despesas com o tratamento, funeral e luto é devido ás pessoas da familia: cônjuge sobrevivente, ascendentes, descendentes e irmãos. A’s mesmas pessoas cabe o direito de pedir indemnização pelos alimentos devidos, isto é, os alimentos que o fallecido teria de prestar se fosse vivo. Applicam-se para determinar esta obrigação as regras estabelecidas nos arts. 96 e seguintes, com as adaptações exigidas pelas circunstancias. O nascituro, pois que se trata de seus commodos, tem direito á indemnização para alimento, como se fosse vivo na ocasião da morte (art. 4) Aos filhos menores e á viuva serão devidos alimentos (art. 233, V), qualquer que seja a sua situação economica. Ao marido caberá tambem igual direito, porque a mulher é sua consorte e auxiliar no encargos da família (art. 240)”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302-303.

³⁷² “A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida, a favor do offendido. Para este fim, o mal, que resultar á pessoa e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes e consequências”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

³⁷³ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

³⁷⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

³⁷⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

³⁷⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

Neste sentido conclui: “ou deixaremos ao arbitrio do juiz a determinação de cada caso, ou nos limitaremos ao dano material. O Código Civil brasileiro seguiu este ultimo caminho”.³⁷⁷

6.1.2 Reparação em caso de ferimento ou outra ofensa à saúde

Na hipótese de “ferimento ou outra ofensa á saúde” o Código estipula a reparação do dano moral, além do material: o ofensor deveria indenizar as “despesas do tratamento e dos lucros cessantes, até ao fim da convalescença”, e também pagar à vítima “a importancia da multa no grau medio da pena criminal correspondente” (art. 1.538).³⁷⁸

Em anotações, Bevilaqua esclarece que as despesas de tratamento neste caso, bem como na hipótese de homicídio, abrangem todos os gastos necessários para a obtenção da cura. Já os lucros cessantes, até o fim da convalescença, representam aquilo que o ofendido, em consequência do mal que lhe foi causado, razoavelmente deixou de lucrar.³⁷⁹

O dano moral, por sua vez, seria indenizado mediante o pagamento da importância da multa, no grau médio da pena criminal correspondente.

O Código determina que o valor da indenização deveria ser duplicado, se o ferimento provocasse aleijão ou deformidade (art. 1.538 §1º). Caso a vítima da ofensa fosse mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistiria em

³⁷⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

³⁷⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 303.

³⁷⁹ “Não é necessário que haja impossibilidade de trabalhar, basta que, preso ao leito, retido em casa, ou afastado do centro dos seus negócios, o ofendido se veja privado das vantagens que, naturalmente, obteria, se estivesse em atividade”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 303-304.

dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido, e a gravidade do defeito (art. 1.538 §2º).³⁸⁰

Bevilaqua afirma, em nota, que nos casos ora mencionados “attende o Codigo ao damno moral, para augmentar o valor da reparação, ou para dar-lhe uma forma adaptada ás circumstancias”; de modo que “no § 1º, o damno material e o moral combinam-se” já no parágrafo 2º “o damno material é posto de lado” uma vez que “o aleijão ou deformidade destróe ou poderá destruir, a justa aspiração da mulher, de achar correspondência aos seus affectos, de constituir um lar, de dar a sua existencia o destino normal”.³⁸¹

O jurista elucida que se a ofensa física não provocasse deformidade na mulher, não haveria que se falar em dano moral, mas tão somente em eventual dano material.³⁸²

O artigo subsequente prescreve que “se da offensa resultar defeito, pelo qual o offendido não possa exercer o seu officio ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho”, a indenização deve incluir “uma pensão correspondente á importancia do trabalho, para que se inhabilitou, ou da depreciação, que elle soffreu”, “além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença” (art. 1539).^{383, 384}

³⁸⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 303.

³⁸¹ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 304.

³⁸² BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 304.

³⁸³ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 304.

³⁸⁴ “Se a lesão corporal tem consequencias permanentes de tal ordem que a capacidade de trabalho do offendido se annulle ou diminua, depois da cura, é justo que o offensor lhe dê uma compensação correspondente, e esta melhormente se obterá por meio de uma pensão vitalicia, do que pelo pagamento de uma somma, difficil de determinar e, em muitos casos, difficil de obter. Para o pagamento da pensão attender-se-á ao que dispõem os arts. 1.427-1.429”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 305.

6.1.3 Valor de afeição

O Código de Bevilaqua restabelece o valor de afeição, constante do Esboço de Freitas, ausente nos projetos de Felício dos Santos e Coelho Rodrigues: “para se restituir o equivalente quando não exista a própria coisa (artigo 1541)³⁸⁵ estimar-se-á ella pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avantage áquelle (art. 1543)”.³⁸⁶

O jurista cearense comenta que “neste artigo, attende-se ao damno moral, de afeição, ao qual, entretanto, por fugir ao arbitrio, estabeleceu o legislador uma medida: não deve exceder ao valor intrínseco, ao preço ordinário e comum”.

Ele afirma que tal medida pode não corresponder “ao prejuizo moral, á magoa sentida, á repercussão emocional do damno, porem não deixa que se materialize, inteiramente, a reparação”.³⁸⁷

6.1.4 Reparação em caso de calúnia ou injúria

O Código determina que a indenização por injúria³⁸⁸, ou calúnia consistiria na reparação do dano provocado ao ofendido (art. 1.547). Se este não pudesse provar o

³⁸⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 308.

³⁸⁶ “Art. 1.541 — Havendo usurpação, ou esbulho, do alheio, a indemnização consistirá em se restituir a coisa, mais o valor das suas deteriorações, ou, faltando ella, em se embolsar o seu equivalente ao prejudicado (art. 1.543)”. *In: BEVILAQUA, Clovis. Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 306.

³⁸⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 308.

³⁸⁸ “Considera-se injúria, segundo o Codigo Penal, art. 317 : a) a imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados, que possam expor a pessoa ao odio ou desprezo publico; b) a imputação de factos offensivos da reputação, do decoro, e da honra; c) a palavra, o gesto, ou signal reputado insultante na opinião publica. E’ tambem injúria (art. 320): 1.º usar de marca de fabrica ou commercio, que contiver offensa pessoal; ou expor á venda objectos revestidos de marcas offensivas; 2.º apregoar, em logares públicos, a venda de gazetas, papeis impressos ou manuscritos, de modo offensivo a pessoa certa e determinada com o fim de escandalo ou aleivosia. Constitue calúnia falsa imputação feita a alguém de facto, que a lei qualifica de crime (Codigo Penal, art. 315)”. *In: BEVILAQUA, Clovis. Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 311.

prejuízo material, o ofensor deveria lhe pagar o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1547, § único).³⁸⁹

Bevilaqua comenta que, “se da injuria ou da calumnia, que são offensas moraes” resultasse dano material, o ofensor seria obrigado a reparar o “prejuizo material, que a sua maledicencia produzir”. Todavia, se ofendido não pudesse justificar prejuízo patrimonial, “manda o paragrapho unico, subsidiariamente, indemnizar o prejuizo moral, que fixa no dobro da multa no grau maximo da pena criminal respectiva”. Ele admite que “a necessidade de fugir ao arbitrio levou o Codigo a adoptar um systema de reparação do damno moral, nos casos de injuria ou calumnia, que poderá, muitas vezes, não corresponder á intensidade do mal”. Entretanto, declara que preferiu atender “ao sabio preceito referido no oitavo aphorismo de Bacon: *optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis*”, isto é, melhor é a lei que deixa o mínimo arbítrio ao juiz (tradução livre).³⁹⁰

6.1.5 Reparação em caso de ofensa à honra da mulher

A mulher agravada em sua honra, prescreve o Código, teria direito a exigir do ofensor, se este não pudesse ou não quisesse reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado se: virgem e menor, fosse

³⁸⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 310.

³⁹⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 311.

deflorada³⁹¹; mulher honesta, fosse violentada ou aterrada por ameaças; fosse seduzida com promessas de casamento³⁹²; fosse raptada³⁹³ (art. 1548).^{394, 395}

Em anotações, o jurista esclarece que a ofensa à honra da mulher deveria ser reparada pelo casamento. Mas, se o ofensor não quisesse ou não pudesse se casar, seria obrigado a pagar uma quantia, a título de dote, que seria graduada pelo juiz, segundo a condição social e o estado civil da ofendida.

Já a violência contra a mulher desonesta, afirma Bevilacqua, “não constitue offensa á honra; mas não deixa de ser um acto illicito, que a lei penal reprime, e a civil considera damno reparavel”. O autor considera que tal indenização não se regularia pelo artigo 1548; todavia sim, pelo artigo 1549, segundo o qual: “nos demais crimes

³⁹¹ “Se a mulher fôr virgem e menor, a obrigação de reparar a honra nascerá do facto da perda da virgindade, independentemente de violência ou seducção. Considera-se o offensor sempre culpado, e a offendida sempre innocente, quando esta reúne as duas mencionadas qualidades”. *In*: BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 312.

³⁹² “Se a mulher fôr maior e honesta, seja ou não ainda virgem, só haverá offensa a reparar: a) Quando ella tenha sido violentada ou aterrada por ameaças, que lhe tirem a liberdade de repulsa; b) Ou quando tiver sido seduzida com promessa de casamento. Diz-se violencia não somente o emprego da força physica, e dos meios que privem a mulher da possibilidade de resistir e defender-se, como o hypnotismo, o chlorophormio, o ether e, em geral, os anesthesicos e narcoticos (Codigo Penal, art. 269, 2.ª al.).” *In*: BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 312-313.

³⁹³ “Rapto é a tirada da mulher honesta do lar, por meio de seducção, emboscada ou violência. A idade e o estado da mulher não entram em consideração para a caracterização do rapto. Podem ser victimas de rapto a solteira, como a casada e a viuva, a maior, como a menor. O consentimento da mulher exclue a idéa de rapto da mulher maior de dezeseis annos (Codigo Penal, art. 272). O rapto da mulher casada submete-se aos preceitos do direito comum”. *In*: BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 313.

³⁹⁴ “O casamento não pode ser imposto á offendida, como não o pode ao offensor, a quem a lei offerece a alternativa de casar ou dotar. Se a offendida, sendo maior, não acceitar o casamento, ou, sendo menor, se não fôr autorizada por seus representantes legaes ou pelo juiz, e, ainda, quando houver impedimento legal para o matrimonio, a reparação será fixada pelo juiz, que attenderá, no determinall-a, á condição e ao estado da ofendida”. *In*: BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 313.

³⁹⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 312.

de violência sexual³⁹⁶, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização³⁹⁷.

6.1.6 Reparação em caso de ofensa à liberdade pessoal

Estabelece o Código, no artigo 1.550, que a indenização por ofensa à liberdade pessoal deveria consistir no pagamento das perdas e danos que sobreviessem ao ofendido e de uma quantia calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547³⁹⁸. Isto é, o ofensor deveria pagar ao ofendido, o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.547, § único).³⁹⁹

Bevilaqua observa que nos casos de calúnia e injúria (art. 1.547), apenas haveria reparação do dano moral se o ofendido não demonstrasse o dano material. Já na hipótese deste artigo, a indenização é cumulativa. Nas suas palavras: “A indenização é dupla: a) (damno material) o pagamento dos prejuízos reais, que serão fixados por arbitramento; b) (damno moral) e em uma somma correspondente ao dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva”.⁴⁰⁰

³⁹⁶ “Refere-se o Código Civil, particularmente, aos crimes previstos no Penal, arts. 266 (attentado violento ao pudor e corrupção), 277 e 278 (lenocínio)”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 314.

³⁹⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 313.

³⁹⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 314.

³⁹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 310.

⁴⁰⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* comentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 314.

Consideram-se ofensivos à liberdade pessoal, nos termos do artigo 1.551: “I. O carcere privado”⁴⁰¹; “II. A prisão por queixa ou denuncia falsa, ou de má fé”⁴⁰²; “III. A prisão ilegal”⁴⁰³ (art. 1.552).⁴⁰⁴

Bevilaqua menciona que esse dispositivo apenas indica alguns casos de ofensa à liberdade pessoal, advertindo que tal enumeração não é taxativa, “accentua, apenas, que, nos casos declarados, ha, sempre, offensa á liberdade”.⁴⁰⁵

6.1.7 Reparação em casos não previstos no capítulo

Nos casos não previstos neste capítulo (liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos)⁴⁰⁶, a indenização se fixaria por arbitramento (art. 1.553).⁴⁰⁷

Por fim, Bevilaqua afirma que “a multa, a que se refere o Código Civil, não é pena ou elemento de pena criminal”, mas sim, “uma pena civil, calculada pelo que o ofensor poderia ganhar por seus bens, emprego, industria, ou trabalho (Código Penal, art. 58)”.⁴⁰⁸

⁴⁰¹ “Carcere privado (Código Penal arts. 181-183) é a detenção forçada da pessoa em casa particular, com ou sem incommunicabilidade absoluta, mas privando-a de obter meios de defeza, e socorro”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 315.

⁴⁰² “Na prisão por queixa ou denuncia falsa, o ofensor é o queixoso ou denunciante. As penas são as do crime imputado (Código Penal, art. 264)”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 315.

⁴⁰³ “A prisão ilegal está definida no Código Penal, art. 207, ns. 9-14 e 21, e punida pelos arts. 208 e 210”. In: BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 314.

⁴⁰⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 314.

⁴⁰⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 314.

⁴⁰⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 301-317.

⁴⁰⁷ Capítulo II, do Título VIII (da liquidação das obrigações), do Livro III (Direito das Obrigações). In: BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 316.

⁴⁰⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 304.

Para corroborar a assertiva, Bevilaqua menciona que o Código penal de 1890, diferentemente do Código criminal de 1830, sequer estipula pena pecuniária para os crimes de ferimento, calúnia ou injúria, e ofensa à liberdade pessoal.⁴⁰⁹

6.2 Considerações Finais

No que concerne à reparação do dano moral, o Código Civil de Bevilaqua se assemelha ao projeto de Coelho Rodrigues. O jurista cearense, também influenciado, principalmente, pelo Código Civil alemão e pelo Código das Obrigações suíço, baseia o valor da reparação do dano moral no Código Penal.

A irreparabilidade do dano moral surgira justamente como consequência da dicotomia entre reparação e pena. A pena pecuniária, que outrora se dirigia ao ofendido, exercendo a dupla função de reparar e punir, passa a ser elemento exclusivo do Direito Penal, dirigindo-se, essa, ao Estado.

Desta forma, a indenização diria respeito ao ilícito civil; ao interesse particular de a vítima ter seu dano reparado. Já a punição relacionar-se-ia com o ilícito criminal; a um interesse geral de repressão do crime, pelo Estado. A quantia indenizatória destinava-se à vítima do dano. As multas ou penas pecuniárias, por sua vez, não poderiam ter natureza reparatória, mas tão somente punitiva. Não se destinavam, portanto, à vítima, mas sim ao Estado.⁴¹⁰

Como o próprio Bevilaqua afirma, a indenização deveria basear-se tão somente na extensão do dano sofrido. Entretanto, como o dano moral não é mensurável, o autor baseia sua reparação no valor da multa (penal), coibindo, outrossim, o arbítrio do julgador.

⁴⁰⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 304.

⁴¹⁰ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil: introducción historico-dogmática*. Trad. G. Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 103.

Assim, o jurista se apropria, parcialmente, dos parâmetros de aplicação da multa, disciplinados no Código Penal⁴¹¹, e os transfere para o Código Civil, em forma de reparação do dano moral.

O próprio autor afirma que a quantia da reparação do dano moral constitui-se em pena civil. O vocábulo “pena”, neste caso, tem fundamento punitivo, diferentemente da *actio injuriarum æstimatoria* romana⁴¹². Isto porque, no Direito romano, o escopo da *pœna* imposta ao ofensor, no contexto dos delitos privados, não era a punição; representava uma sanção legal de natureza pecuniária. “Isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos”⁴¹³. Na *actio injuriarum æstimatoria*, a própria vítima ponderava o valor da lesão sofrida, o seu propósito era, pois, substancialmente reparatório.

Já o Código Civil de 1916, ao contrário, utiliza o critério de punição do Código Penal, o qual se ampara nas condições do ofensor. Isto é, não se atenta para a situação da vítima e para a amplitude da lesão sofrida, em cada caso concreto; fato que configura, inclusive, um contrassenso no pensamento de Bevilacqua, segundo quem a indenização deve ser baseada na extensão do dano⁴¹⁴.

É importante destacar, por fim, que Bevilacqua é o primeiro dos autores investigados, nesta pesquisa, a empregar o termo *dano moral*. Assim, a partir deste capítulo, a expressão é escrita sem as aspas.

⁴¹¹ De acordo com o Código Penal de 1890, "considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o grão médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstancias aggravantes e attenuantes" (art. 62), regulando-se a multa, também, "pelo que o condenado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, industria ou trabalho" (art. 58). In: BRASIL, *Código Penal de 1890*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: dezembro de 2013.

⁴¹² Analisada no item 2.2.2 desta pesquisa.

⁴¹³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 21.

⁴¹⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

7 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL NA DOCTRINA E JULGADOS PRECEDENTES À PROMULGAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A doutrina e decisões judiciais acerca da reparabilidade do dano moral, precedentes à promulgação do Código Civil de 1916, conforme se verificará neste capítulo, eram bastante controversas.⁴¹⁵

É importante esclarecer que optou-se por desenvolver este tópico (que estuda obras e julgados anteriores ao Código Civil de 1916) posteriormente ao capítulo dedicado à análise do Código. Isto porque boa parte das referidas obras e julgados fazem menção ao mesmo, por meio do seu projeto. Assim, a compreensão deste capítulo exigiu que antes se investigasse o Código. Ressalte-se que, no que tange ao dano moral, o projeto não sofreu qualquer alteração significativa, desde a sua primeira versão, até a sua aprovação.

7.1 Doutrina

7.1.1 *Clovis Bevilacqua*

Além do Código Civil e comentários ao mesmo, Bevilacqua não aborda o dano moral em outras obras de sua autoria. Entretanto, algumas de suas lições interessam a esta pesquisa.

No livro *Direito das Obrigações*, o autor evidencia um fato que esta pesquisa considera o maior propulsor do período da irreparabilidade do dano moral, no Direito Civil brasileiro: o processo de separação entre a indenização e a multa, no qual a última não mais poderia ser dirigida ao ofendido, mas tão somente ao Estado, perdendo, pois, seu caráter reparatório. Bevilacqua faz menção, outrossim, a tempos pretéritos, em que a pena pecuniária era, também, reparatória: "Houve tempo em que

⁴¹⁵ Esta dissertação não se propõe a investigar obras publicadas posteriormente à promulgação do Código Civil de 1916. Esta tarefa será desenvolvida em pesquisa porvindoura.

a pena pecuniária foi largamente preponderantemente aplicada, as composições, os fredus, o Wehrgeld tendo applicabilidade á massa geral dos crimes"⁴¹⁶.

Na obra *Theoria Geral do Direito Civil*, o autor cria um contrassenso em seu pensamento, já apontado no capítulo anterior, ao diferenciar o Direito Civil do Direito Penal:

O direito penal vê, no crime, um elemento perturbador do equilíbrio social, e contra elle reage no intuito de restabelecer esse equilibrio necessario á vida do organismo social; o direito civil vê, no acto illicito não mais um ataque á organização da vida em sociedade, mas uma offensa ao direito privado, que é um interesse do individuo assegurado pela lei, e, não podendo restaural-o, procura compensal-o, satisfazendo o damno causado. O direito penal vê, por traz do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar as condições da vida collectiva ou pol-o em condições de não mais desenvolver a sua energia perversa em detrimento dos fins humanos, que a sociedade se propõe realizar; o direito civil vê, por traz do acto illicito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a victima, e vem em soccorro della, afim de, tanto quanto lhe fôr permittido, restaurar o seu direito violado, conseguindo, assim, o que poderíamos chamar a eurythmia social reflectida no equilibrio dos patrimonios e das relações pessoases, que se formam no circulo do direito privado.⁴¹⁷

Pois bem, no trecho supramencionado, Bevilacqua afirma que o Direito Penal se concentra no criminoso, e o Direito Civil na vítima; “vem em soccorro della, afim de, tanto quanto lhe fôr permittido, restaurar o seu direito violado”. Entretanto, na elaboração do Código Civil, utiliza o critério de punição do Código Penal, o qual se baseia nas condições do ofensor, para indenizar a vítima de dano moral. Isto é, não se atenta para a situação da vítima e para a amplitude da lesão sofrida, em cada caso concreto.

Na obra *Soluções práticas de direito*⁴¹⁸, Bevilacqua emite um parecer que evidencia outra contradição em seu pensamento. O autor avalia um caso em que certo

⁴¹⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Bahia: Livraria Magalhães/Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896, p. 237.

⁴¹⁷ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações: Exposição Sistemática desta Parte do Direito Civil Pátrio em Seguimento aos Direitos de Família e Direito das Causas do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1896, p. 350.

⁴¹⁸ Esta obra, de 1923, é a única analisada no capítulo, que foi publicada posteriormente ao Código Civil de 1916. Esta exceção justifica-se pela relevância de seu conteúdo e autoria.

município sepultou em jazigo perpétuo, corpo desconhecido do concessionário do túmulo:

tôda lesão de direito é ato ilícito, e constitue dano, que deve ser reparado. Na lesão do direito de uso perpétuo da sepultura, *jus sepulchri ad perpetuum*, há dois aspectos a considerar: o patrimonial e o moral. A lesão patrimonial consiste no dano que se reflete na fazenda do concessionário; e deve ser avaliado, não somente pelo que êle haja realmente despendido com o pagamento da concessão, e o custo das obras que tenha feito, mas ainda pelo próprio valor que ao seu direito dá a perpetuidade, que lhe fôra assegurada. O dano moral é a ofensa dos direitos da própria personalidade, sem repercussão imediata no patrimônio. Pouco importa que a ofensa seja à própria pessoa, ou a alguém de sua família, segundo se depreende do art. 76 do Cód. Civil. A doutrina do dano moral encontra base suficiente no Código Civil. O citado art. 76 concede ação a quem tenha interesse moral para a propor, seja êsse interesse diretamente do autor, seja de sua família. No caso da consulta, há incontestavelmente interesse moral do próprio autor que, na qualidade de filho, tem veneração aos despojos mortais de sua mãe, e por isso mesmo para êles adquiriu um depósito perpétuo, para êle, sagrado, e em relação a todos, inviolável. O art. 159 declara obrigado a reparar o dano quem quer que viole o direito alheio, ou lhe cause prejuizo. Que esse dano pode ser o moral nenhuma dúvida pode existir em face do mesmo art. 76 e dos arts. 1.537 e seguintes, onde se estabelecem reparações para as ofensas à vida, à integridade física, à honra, à liberdade. Por ter mencionado expressamente alguns casos de dano moral, não pretendeu o código Civil excluir qualquer outro.⁴¹⁹

O parecer é louvável. Entretanto, no final, Bevilaqua afirma que, “por ter mencionado expressamente alguns casos de dano moral, não pretendeu o código Civil excluir qualquer outro”⁴²⁰.

Contudo, conforme se expôs no capítulo anterior, o próprio Bevilaqua afirma que o Código “não deu grande latitude ao poder de reacção jurídica suscitado pelo damno moral; [...] fixou-o objectivamente ao tratar da liquidação das obrigações resultantes de actos illicitos”⁴²¹. Em outro trecho, o autor assevera que “para evitar o arbitrio, o Código Civil brasileiro, á semelhança de outros, destaca os casos typicos de danos causados por actos illicitos, e fixa-lhes a extensão da responsabilidade”;

⁴¹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Soluções praticas de direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Correa Bastos, 1923. 1 v., p. 108.

⁴²⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Soluções praticas de direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Correa Bastos, 1923. 1 v., p. 108.

⁴²¹ BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921, p. 309.

[...] “ou deixaremos ao arbitrio do juiz a determinação de cada caso, ou nos limitaremos ao damno material. O Codigo Civil brasileiro seguiu este ultimo caminho”⁴²².

7.1.2 Lacerda de Almeida

Francisco de Paula Lacerda de Almeida era contrário à reparação do dano moral. No livro de sua autoria, intitulado *Obrigações: Exposição Sistemática desta Parte do Direito Civil Pátrio em Seguimento aos Direitos de Família e Direito das Cousas do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, lançado em 1877, o autor, deixa claro seu entendimento.

Ao diferenciar a responsabilidade civil da criminal, ele assevera que a primeira se incumbe da reparação do dano, apenas patrimonial:

A noção de delicto aqui é restrita ao facto ou omissão de que resulta ou pode resultar damno ao patrimonio do offendido. Esse facto, essa omissão pode mesmo dar logar além da pena criminal; uma vez porém que do delicto criminal não resulte damno apreciavel em dinheiro, cessa a competencia da lei civil, cuja alçada neste particular é restricta á tutella dos direitos patrimoniaes.⁴²³

Ao concluir seu raciocínio, reitera seu entendimento:

Dahi segue-se:

- a) Que ha delictos civis e delictos criminaes.
- b) Que nem todos os delictos criminaes dão logar á reparação do damno.
- c) Que não ha reparação de outro damno que não seja o patrimonial.
- d) Que nos delictos criminaes que dão logar á reparação do damno deve este ser calculado simplesmente na razão da maior ou menor perda que do facto criminoso tenha resultado aos bens ou interesses do offendido.

⁴²² BEVILAQUA, Clovis. *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilaqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919, p. 302.

⁴²³ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Bahia: Livraria Magalhães/Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896, p. 327

Portanto, seguindo o entendimento de Lafayette, Lacerda de Almeida era radicalmente contrário à reparação do dano moral.

7.1.3 Carvalho de Mendonça

Na obra intitulada *Doutrina e Prática das Obrigações ou Teoria Geral dos Direitos de Crédito*, lançada em 1908, Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça defende a reparabilidade do dano moral.

Antes de pormenorizar o seu entendimento sobre o tema, o autor apresenta cinco correntes doutrinárias reverberantes à época.

A primeira delas nega a reparabilidade do dano moral, e possui duas vertentes.

Uma é mais radical, afirma o jurista, pois sequer reconhece a existência do dano moral, sob o argumento de que uma pessoa não poderia ser objeto de direito, vez que dele é sujeito. Mendonça declara que Savigny, ancorado no “velho princípio do direito natural”, é o maior representante deste sistema. O autor assevera, ainda, que o jurista alemão é incoerente, pois demonstra “melhor do que ninguém”, que o preceito da inviolabilidade da pessoa humana sempre inspirou o Direito romano, no qual a reparação do “dano moral” era manifesta. Entretanto, Savigny, inveterado romanista, não acolhe tal ideia.⁴²⁴

A outra vertente admite a existência do dano moral, mas sustenta que esse é irreparável, por ser impossível encontrar sua perfeita equivalência em dinheiro.⁴²⁵

Mendonça reconhece que tal correspondência não é possível, “nem mesmo entre os meios moraes”⁴²⁶:

“Que importa a reabilitação criminal de nosso processo, ou mesmo a mais completa do direito francez, para as dôres, as angustias e os crueis soffrimentos que curtiu a victima de uma injusta e falsa imputação? Entre os

⁴²⁴ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 869.

⁴²⁵ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 869.

⁴²⁶ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 869.

proprios meios moraes, a morte de um filho póde ser compensada pela sobrevivencia de outros?"⁴²⁷

Não obstante, o autor reputa ilógico concluir que, por tal razão, o dano moral não deva ser reparado.⁴²⁸

A segunda corrente doutrinária entende que o “dano moral” só deve ser reparado “si elle foi a causa efficiente de uma damno economico, patrimonial”.⁴²⁹ Medonça conclui, sucinta e acertadamente, que “este systema cae pela base diante da simples consideração que si o damno material é o fundamento unico da reparação, é claro que não seria então o prejuizo moral o objeto della e sim o material”.⁴³⁰

A terceira corrente doutrinária afirma que o dano moral só deve ser reparado se for proveniente de ato ilícito também tipificado na legislação penal. Mendonça diz que tal ideia é sem sentido; é resquício da época em pena e reparação se confundiam.⁴³¹ No Código Civil, Bevilacqua filia-se a esta corrente.

Para a quarta corrente doutrinária, expõe Mendonça, só há reparação do dano moral por ofensa à honra, à reputação e à consideração. O autor assevera que essa corrente tem “o vicio de considerar a reputação, a honra e a estima publica n'um sentido objectivo”:⁴³²

Para nós o que ha a reparar é o soffrimento intimo do lesado e não uma supposta perda objectiva da reputação ou da honra; é o desgosto pessoal de sentil-a ultrajada pela calunnia; é sempre, em summa, a sensação dolorosa que taes danos occasionaram e que a reparação tem por fim attenuar;

⁴²⁷ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 869.

⁴²⁸ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 869.

⁴²⁹ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 870.

⁴³⁰ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 870.

⁴³¹ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 870-871.

⁴³² MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 871.

nunca, porem, a opinião, boa ou má, que o publico possa ter formado da situação pessoal da victima.⁴³³

A quinta e última corrente doutrinária, à qual se filia Mendonça, preleciona a necessidade e o direito à reparação do dano moral em sentido amplo⁴³⁴; “admitte a indemnisação pecuniária em todos os danos soffridos pelo homem no conjuncto de sua existência affectiva, intellectual e pratica”.⁴³⁵

Mendonça admite ser “impossível fugir á necessidade de deixar ao julgador um certo arbítrio para pesar a prova da realidade e extensão do prejuízo e de sua consequente reparação”. Ele adverte que tal reparação não é pena e que, portanto, não deve variar de acordo com a culpa do ofensor.⁴³⁶

A despeito da impossibilidade de mensuração e conversão do dano em pecúnia, o autor sustenta que “é sempre o dinheiro que poderá reduzir as afflicções do offendido, collocando-o em condições de obter commodidades, não equivalentes ao mal soffrido, mas, em todo o caso, capazes de attenual-o”.⁴³⁷ E continua o raciocínio:

Si ninguém pode negar que da reparação do danno patrimonial seja possível tirarem-se meios Moraes capazes de attenuar os prejuízos soffridos, não ha como negar também que se possa da que é conferida pelos danos Moraes deixar de se conseguir sempre uma situação material adaptada a minorar as sensações incommodas e afflictivas que a offensa causou. Uma tal reparação pode não ser exacta e perfeita, mas não existe menos. Os danos materiaes igualmente não são sempre susceptíveis de uma reparação absoluta, porque a elles está de ordinário ligado um valor de estimativa que a reparação não pode attingir.⁴³⁸

⁴³³ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 871.

⁴³⁴ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 871.

⁴³⁵ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 872.

⁴³⁶ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 872.

⁴³⁷ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 872.

⁴³⁸ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 872.

Ele alega que a reparação do dano moral ainda não era regulada por lei, e que a jurisprudência era desprovida de casos práticos em que se tenha abordado a tese. Entretanto, alega que o projeto do Código Civil admitira o interesse moral com fundamento da ação civil, fato que, em sua opinião, era o suficiente para o reconhecimento da reparabilidade do dano moral. Ele afirma: “Tal disposição no Projecto demonstra que é esta uma matéria já vencida entre nós”.⁴³⁹

As hipóteses de dano moral variam bastante, e afetam cada pessoa de modo diferente, ensina o autor, e ilustra: “a perda de um filho, a violação de um direito politico, a profanação de uma sepultura, por exemplo, são lesões fundamentalmente diversas, que impressionam de modo heterogéneo as almas delicadas”. Não obstante, Mendonça entende que o dano moral deve ser satisfeito, pois todos os casos apresentam “um traço commum, que é a violação de um direito, um obstáculo opposto á livre e normal expansão de nossa personalidade, um prejuízo de ordem moral, emfim, que clama por uma legitima satisfação”. E arremata: “e' nisso que se fundem os grandes interesses da sociedade e os do individuo”.⁴⁴⁰

Por fim, conclui que o acolhimento da reparação do dano moral evidencia que a velha doutrina “vae sendo recalçada pela consideração mais elevada do sentimento social e pelo mutuo respeito á dignidade humana”. Assim, “parallelamente e para não cahir no illogismo, o direito vae alargando a orbitada protecção á parte affectiva da natureza do homem”.⁴⁴¹

⁴³⁹ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 873.

⁴⁴⁰ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 873.

⁴⁴¹ MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908, p. 872.

7.2 Um julgado emblemático

Antes da publicação do Código Civil de 1916, os tribunais brasileiros já julgavam casos com pedido de indenização por dano moral. As decisões, tais quais os entendimentos doutrinários explanados, eram controversas.

Certo acórdão, não unânime, do Supremo Tribunal Federal, é emblemático para esta pesquisa, porquanto enseja o vislumbre de um posicionamento favorável e outro contrário à reparação do dano moral.⁴⁴² Por esta razão, este trabalho optou por abordar apenas esta decisão que, de certa forma, representa o teor de várias outras.

Em 1915, o Supremo Tribunal Federal julgou recurso da União Federal, em face de acórdão que a condenara ao pagamento da quantia 60:000\$ (sessenta contos de réis), como indenização à uma viúva, pela morte de seu marido, em acidente ocorrido em estrada de ferro, em 1909. Do referido *quantum* indenizatório, 54:000\$ (cinquenta e quatro contos de réis) eram relativos ao dano material, e 6:000\$ (seis contos de réis) relativos ao dano moral.⁴⁴³ No recurso, a União pleiteara a exclusão do valor referente ao dano moral, sob o argumento de que o mesmo era irreparável.

A Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso da União, reformando o acórdão, para “deduzir da condenação a quantia de seis contos de réis (6:000\$) relativa ao dano moral que absolutamente não está sujeito á indemnização”.⁴⁴⁴

O relator, Viveiros de Castro, inicialmente, evoca os entendimentos de Lafayette e Lacerda de Almeida⁴⁴⁵ para fundamentar o seu posicionamento acerca da irreparabilidade do dano moral.⁴⁴⁶

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. *In*: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 473-480.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. *In*: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 473-480.

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. *In*: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 474.

⁴⁴⁵ O entendimento de Lafayette está exposto no item 3.5 e o de Lacerda de Almeida no item 6.1.2 desta pesquisa.

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. *In*: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 473.

Em seguida, aduz que, ainda que o dano moral fosse reparável, nenhum dos projetos de Código Civil brasileiro determinava a sua reparação no caso de morte.⁴⁴⁷

Viveiros Castro assevera, ainda, que “mesmo na Itália, talvez o paiz onde o estudo dessa materia tem sido mais aprofundado, a doutrina da obrigação de indemnizar o damno moral, ainda não conseguiu adquirir fóros de cidade”, sendo ainda bastante controversa também em âmbito jurisprudencial.⁴⁴⁸

Por fim, considera que

a theoria que consagra a obrigatoriedade da indemnização do damno moral tem aberto caminho á mercê da voga que tiveram doutrinas utilitarias anglo-saxonias, inteiramente averse á indole do nosso direito ao qual repugna em absoluto reduzir a moeda os sentimentos e tarifar affeições.⁴⁴⁹

Pedro Lessa profere o único voto contrário.

Ele expõe, inicialmente, que “não ha um só paiz adeantado na cultura do direito em que se não indemnize o damno moral” e cita doutrina e julgados da França, Itália, Alemanha e Inglaterra, favoráveis à reparação do dano moral.⁴⁵⁰ Faz menção, outrossim, à *actio injuriarum aestimatoria* romana (explanada no item 2.2.2 dest pesquisa).⁴⁵¹

No que tange especificamente ao caso *sub judice*, ele afirma:

À mulher que um delicto ou um facto culposo faz perder o marido, tambem deve ser indemnizada, além do damno economico, o damno moral, consistente na perda do guia, do amparo social, do representante nas relações jurídicas que o casamento lhe assegurava. Não dispondo de outros meios para garantir os bens de ordem moral, tão necessarios á vida do

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 473.

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 474.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 474.

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 475.

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915, p. 478.

homem culto como os bens economicos, os legisladores têm muito racionalmente preferido a imperfeita sanção do resarcimento pecuniario á completa recusa de qualquer protecção juridica a tão preciosas condições do progresso humano.⁴⁵²

Pedro Lessa aduz que o fato de não haver, em nenhum dos projetos de Código Civil brasileiro, previsão de reparação do dano moral, no caso de morte, não constitui fundamento suficiente para sua inaplicabilidade.⁴⁵³

Criticando severamente o projeto do Código Civil de 1916, que seria publicado no ano seguinte a esta decisão, ele afirma que “nas vesperras de ser suffocado o nosso desenvolvimento jurídico nesta matéria”, não haveria inconveniente se proferirem os juizes, “de accordo com a doutrina e a jurisprudência triumphantes nos paizes de maior adeantamento scientifico e juridico, uma sentença que representasse a derradeira homenagem prestada a um principio superior de justiça”. E lança um questionamento: “Por que applicar com esse illegal açodamento um codigo... futuro?”⁴⁵⁴

7.3 Considerações Finais

A questão da reparabilidade do dano moral, ainda antes da promulgação do Código Civil de 1916, já provocava acirrados debates, tanto em âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial.

O entendimento de respeitados autores do período era divergente.

Larcerda de Almeida era contrário à reparabilidade do dano moral. Carvalho de Mendonça era favorável. O autor defende, ainda, que a reparação do dano moral não poderia se restringir às hipóteses e valores determinados em lei.

⁴⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas, 1915, p. 478-479.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas, 1915, p. 479.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Bello Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas, 1915, p. 479.

O contraditório entendimento de Bevilaqua revela a complexidade do tema. Ora o autor diz que as previsões de reparação do dano moral no Código Civil são taxativas, ora diz que são exemplificativas.

O Supremo Tribunal Federal, assim como outros tribunais brasileiros, também enfrentava divergência entre seus membros.

CONCLUSÃO

As responsabilidades civil e penal por ofensas físicas ou psíquicas ao ser humano nasceram e caminharam unidas durante muito tempo. A reparação da vítima confundia-se, assim, com a punição ao ofensor.

A separação tem início no Direito romano. A efetiva segregação das matérias consolida-se, entretanto, apenas no século XIX, como consequência de ideais jusracionalistas.

A intensa sistematização e reestruturação do Direito, entre os séculos XVI e XIX, fomentada pelo jusracionalismo, tem como um de seus postulados a estrita separação entre matérias cíveis e criminais, a qual se instrumentalizaria, principalmente, por meio da elaboração de códigos distintos: um civil e outro criminal.

A indenização diria respeito ao ilícito civil; ao interesse particular de a vítima ter seu dano reparado. Já a punição relacionar-se-ia com o ilícito criminal; a um interesse geral de repressão do crime, pelo Estado. A quantia indenizatória destinava-se à vítima do dano. As multas ou penas pecuniárias, por sua vez, não poderiam ter natureza reparatória, mas tão somente punitiva. Não se destinavam, portanto, à vítima, mas sim ao Estado.

Inserido nesse contexto, Freitas, o precursor da codificação do Direito Civil brasileiro, elabora um sistema jurídico no qual a dissociação entre as matérias cíveis e criminais deveria partir da distinção entre os conceitos de ilícito civil e criminal.

O dano seria, para o autor, pressuposto fundamental e distintivo do ato ilícito civil. Consequentemente, a indenização seria elemento essencial e característico da responsabilidade civil.

Todavia, segundo seu entendimento, a ofensa física ou psíquica infligida a uma pessoa não integrava o conceito de dano. Somente as coisas, objetos de direito, eram passíveis de sofrer dano. Não se concebia a ideia de que uma pessoa, sujeito de direito, pudesse ser, concomitantemente, objeto de direito (de si mesma).

Além disso, consoante aponta a etimologia, somente se pode tornar indene – sem dano – algo cuja lesão é passível de mensuração, sobretudo pecuniária. A sapiência humana criou inúmeras unidades de medida para a moeda, volume, peso, distância, dentre outras grandezas. Não foi capaz, contudo, de aferir, em qualquer grau ou categoria, o dano moral, tampouco, convertê-lo em pecúnia.

Dessarte, a função de reparação da ofensa moral, que até então era exercida pelo sincretismo entre responsabilidade civil e criminal, deixa de ser encargo do Direito Civil. Deixa de ser, também, incumbência do Direito Criminal, vez que com a dicotomia, a pena pecuniária não mais poderia ser conferida à vítima, mas sim, ao Estado.

Assim, a ofensa moral perde, ao mesmo tempo, a tutela do Direito Civil e do Direito Criminal. Torna-se órfã.

Os institutos que mais aproximaram o entendimento de Freitas da ideia da reparação do “dano moral” foram dois: o dote pago à vítima de ofensa sexual, se o ofensor não se casasse com a mesma, e o “valor de afeição”. Isto porque ambos referiam-se a uma reparação que excedia o dano patrimonial, abarcando, de certa forma, o “dano moral”.

Outras obras de autores brasileiros e portugueses, contemporâneas aos trabalhos de Freitas, relevantes no período inicial do Direito Civil nacional, também separaram a responsabilidade civil da criminal. Assim, na maioria desses trabalhos, a exemplo do que se observou em Freitas, as hipóteses de reparação da ofensa moral, porquanto desprovidas do subsídio punitivo, tonaram-se ínfimas; opostamente à época em se podia reparar o “dano moral” mediante a pena pecuniária, pois não havia necessidade de se proceder à impossível mensuração da lesão.

Após o Esboço de Teixeira de Freitas, o Brasil passou por outras tentativas frustradas de codificação do Direito Civil, por meio dos projetos de Nabuco de Araujo, Felicio dos Santos e Coelho Rodrigues.

O incipiente trabalho de Nabuco de Araujo não apresentou elementos relevantes para esta pesquisa.

O projeto de Felicio dos Santos inovou em relação ao de Freitas, principalmente por permitir a indenização da ofensa moral causada por ferimentos e sofrimentos, em caso de lesão corporal.

O projeto de Coelho Rodrigues e o Código Civil de Bevilacqua ampliaram consideravelmente as hipóteses de reparação do dano moral. Entretanto, o instrumento que permitiu tais inovações é o que mais chama atenção: os autores basearam o valor da reparação do dano moral, nos parâmetros estabelecidos para aplicação da multa, constantes do Código Penal de 1890.

Assim, as possibilidades de reparação do “dano moral” foram dilatadas mediante a aplicação da vetusta solução da satisfação baseada na pena pecuniária

que, apesar de controvertida, é simples e objetiva. Como a multa não mais poderia ser dirigida ao ofendido, os juristas trasladaram-na para a esfera cível, em forma de reparação.

O maior óbice à reparação da ofensa moral, qual seja, a impossibilidade de sua mensuração fora superado com o retorno da pena. Enquanto pairava a insegurança jurídica quanto à reparação da vítima, a punição (pecuniária) ao ofensor era certa e incontroversa. Assim, o subterfúgio punitivo se fazia necessário à reparabilidade, a despeito do preceito de separação das matérias. Torna-se dúbio, pois, o fundamento da reparação.

Em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a questão da reparabilidade do dano moral já provocava acirrados debates, ainda antes da promulgação do Código Civil de 1916. O entendimento de respeitados autores do período era divergente.

O Supremo Tribunal Federal, assim como outros tribunais brasileiros, também enfrentava divergência entre seus membros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Ordenações Filipinas*. Livro V. Título XXXV. Ed. fac-sím. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações: Exposição Sistemática desta Parte do Direito Civil Pátrio em Seguimento aos Direitos de Família e Direito das Cousas do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1896.

ALVES, José Carlos Moreira. *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*. In: Augusto Teixeira de Freitas e o Direito Latino-americano. Sandro Schipani (Org.) Roma: CEDAM-PADOVA, 1988. p. 17-39.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AMARAL, Isabela Guimarães. *Resistência feminina no Brasil oitocentista: as ações de divórcio e nulidade de matrimônio no Bispado de Mariana*. 2012. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor Giordano Bruno Soares Roberto. Belo Horizonte, 2012.

ANDRADA, Lafayette (coordenação geral); FARIA, Maria Auxiliadora de; PEREIRA, Lígia Maria Leite; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Lafayette um jurista do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ASSIS, Machado. *A semana: (1894-1895)*. Rio de Janeiro: Jackson, 1942.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2 ed. rev. e aum. São Paulo: RT, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume I. São Paulo: Francisco Alves, 1921.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil* commentado por Clovis Bevilacqua. Volume V. São Paulo: Francisco Alves, 1919.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Bahia: Livraria Magalhães/Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, 1896.

BEVILAQUA, Clovis. *Soluções práticas de direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Correa Bastos, 1923.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo II. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851.

BORGES CARNEIRO, Manuel. *Direito civil de Portugal*: contendo três livros: I. Das Pessoas, II. Das Cousas, III. Das Obrigações e Acções. Tomo III. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha, 1851.

BRASIL, *Código Penal de 1890*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: dezembro de 2013.

BRASIL. *Collecção das leis do Imperio do Brasil de 1841*. Tomo IV. Parte I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1842.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Imperio do Brazil*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. De J. Villeneuve e Comp, 1837.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1.723, Relator Viveiros de Castro, 26 jun. 1915. In: REVISTA FORENSE, vol. XXIV. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas, 1915.

BRASIL. *Lei de 20 de outubro de 1823*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: maio de 2013.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CÂMARA, José Gomes B. *Subsídios para a história do direito pátrio*. Tomo 3 (1822-1889). Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966.

CHAVES, Antônio. *Formação histórica do direito civil brasileiro*. *Revista da faculdade de direito USP*, São Paulo, vol. 95, p. 57-105, 2000.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. *História do direito português*. 3. ed., reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. L, p. 32-35, 1955.

DESLONGCHAMPS, Loiseleur A. *Lois de Manou comprenant les institutions religieuses et civiles des indiens*. Traduites du sanscrit et accompagnées de notes explicatives. Livre Huitième, art. 225. Paris: De L'Imprimerie de Crapelet, 1833.

DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. 2 ed. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito brasileiro*. Tomo 1. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1951.

FILGUEIRAS JUNIOR, Araujo. *Código do Processo do Imperio do Brasil e todas as leis que posteriormente forão promulgadas, e bem assim todos os decretos expedidos pelo poder executivo, relativamente a's mesmas leis, tendo em notas todos os avisos que entendem com a materia do texto e também os accordãos do Supremo Tribunal e das relações do império, que explicão a doutrina das diversas leis e regulamentos e ensino a melhor pratica*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANCE. *Code Napoléon: édition conforme aux changemens adoptés par le corps législatif le III septembre 1807*. Paris: Chez Léopold Collin, 1807.

FREIRE, Pascoal José de Melo. *Instituições de Direito Civil Português*. Livro IV (Do Direito das Obrigações e Acções). Trad. de Miguel Pinto de Menezes. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, v. 168, p. 28-165, 1967.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 1. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. [Primeira publicação em 1864].

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Vol 3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. [Primeira publicação em 1864].

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. [Reprodução da 3ª edição, de 1876].

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Nova apostilla à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do código civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal, 1859.

Fuero Juzgo: ó libro de los jueces cotejado con lo mas antiguos y preciosos códigos por la Real Academia Espanola. Madrid: Por Ibarra, Impressor de Cámara de S.M., 1815.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAMMURABI, Rei da Babilonia. *Código de Hamurabi*. Bauru, SP: Edipro, 1994.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil: introduccion historico-dogmatica*. Trad. G. Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JHERING, Rudof Von. *Actio Injuriarum: Des Lésions Injuriées En Droit Romain [Et En Droit Français]*. Traduit et annoté par O. de Meulenaere. Paris: *Librairie Marescq Ainé. Chevalier-Marescq et Cie*, 1888.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Rev. Maria Armada de Saint-maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm . “Avertissements sur les principes de Samuel Pufendorf” *In: Le droit de la raison*. Paris: Vrin, 1994.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOUREIRO, José Pinto. *Manuel de Almeida e Sousa*. *In: LOUREIRO, José Pinto (Org.). Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*. Volume I. Lisboa: Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1947.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e pratica das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba, PR: Imp. Paranaense, 1908.

MERÊA, Paulo. *Esboço de uma história da Faculdade de Direito*. 1º Período: 1836-1865. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. XXVIII, 1952.

MINOZZI, Alfredo. *Studio sul danno non patrimoniale*. Milão, 1917.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império: Nabuco de Araujo: sua vida, suas opiniões, sua época*. Volume 3. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1897.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 19. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das cousas*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1940. [Primeira publicação em 1877].

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. [Primeira publicação em 1928].

PORTUGAL. *Código civil portuguez*: aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol 1. Ed. fac-sím. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. [Primeira publicação em 1865].

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O Direito Civil nas academias jurídicas do Império*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Prof. Orientador Doutor César Augusto de Castro Fiuza. Belo Horizonte, 2008.

ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. 3. ed. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886.

RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto do Código Civil Brasileiro*. Volume 2. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Universidade de Brasília, 1980. [O projeto foi apresentado em 1893].

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Código Civil Brasileiro e Commentario*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert e C., 1885.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do Código Civil Brasileiro: precedido dos actos officiaes relativos ao assempo e seguido de um additamento contendo os apontamentos do código civil organizados pelo Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araujo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1882.

SAVIGNY, Friedrich Karl von; GUENOUX, Charles. *Traité de droit romain*. 2. ed. 1 vol. Paris: F. Didot, 1855-1860.

SEGURADO, Milton Duarte. *História resumida do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982.

SERAFINI, Filippo. *Instituzioni di diritto romano*. Volume 2. 10. ed. Roma, 1920.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: T. A. Queiroz/EDUSP, 1984.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código criminal do Imperio do Brasil: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicaõ, revogaõ ou alteraõ algumas das suas disposições, ou com ellas tem immediata connexão; acompanhado de um appendice contendo a integra das leis addicionaes ao mesmo código, posteriormente promulgadas*. Nova edição pelo Doutor Braz Florentino Henriques de Souza. Recife: Typographia Universal, 1858.

TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1990.

TELLES, Jose Homem Corrêa. *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portuguesa: para servir de subsidio ao novo Codigo Civil*. Tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835.

TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro (Ensaio)*. Vol. II, 1º tomo. São Paulo: [s.n], 1947.

VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Freitas Bastos S. A., 1977.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.