

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcello Silva Nunes Leite

ESTRUTURA E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA MORTE

BELO HORIZONTE
2025

Marcello Silva Nunes Leite

ESTRUTURA E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA MORTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto

BELO HORIZONTE
2025

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

L533e Leite, Marcelo Silva Nunes
Estrutura e função da responsabilidade civil pela morte [manuscrito] /
Marcelo Silva Nunes Leite. - 2025.

141 f.

Orientador: Edgard Audomar Marx Neto.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 130-141.

1. Direito civil - Teses. 2. Responsabilidade (Direito) - Teses. 3. Morte
- Teses. 4. Danos (Direito) - Teses. I. Marx Neto, Edgard Audomar.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.51



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO MARCELLO SILVA NUNES LEITE

Realizou-se, no dia 24 de fevereiro de 2025, às 13:00 horas, na Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *Estrutura e Função da Responsabilidade civil pela Morte*, apresentada por MARCELLO SILVA NUNES LEITE, número de registro 2023659897, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto - Orientador (UFMG), Prof(a). Ester Camila Gomes Norato Rezende (UFMG), Prof(a). Marcelo de Oliveira Milagres (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada, tendo obtido a nota 85,0 (oitenta e cinco)

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2025.

Edgard Audomar Marx Neto
Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto (Doutor) Nota: 85,0 (oitenta e cinco)

Ester Camila G. Norato Rezende
Prof(a). Ester Camila Gomes Norato Rezende (Doutor) Nota: 85,0 (oitenta e cinco)

Marcelo de Oliveira Milagres
Prof(a). Marcelo de Oliveira Milagres (Doutor) Nota: 85,0 (oitenta e cinco)

AGRADECIMENTOS

Não há como pretender fazer justiça nestes agradecimentos, que necessariamente devem não mencionar tantos que, de tantas formas, permitiram a produção desta obra.

Agradeço ao Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto, pela orientação e os ensinamentos, e aos Profs. Drs. Edilson Vittorelli, Érico Andrade, Ester Camila Gomes Norato Rezende, Juliana Cordeiro de Faria pelas valiosas reflexões e ensinamentos.

Agradeço à minha mãe e Fabrício Nogueira Mendes, pelo carinho, a compreensão e o apoio durante esta jornada.

Agradeço ainda a Álvaro Ribeiro Reis, Henrique Tironi Holzmeister e Maria Gabriela Machado Prado, companheiros, amigos e indispensáveis interlocutores na construção de ideias, aos colegas do Carvalho & Furtado Advogados pelo apoio e conselhos.

RESUMO

O presente estudo visa analisar a responsabilidade civil e sua função, adotando, dada a vastidão do tema, o problema específico do dano-morte como âmbito de análise. No caso da morte, se depara mesmo com a multiplicidade de danos sob o mesmo título, um voltado ao sofrimento extrapatrimonial dos que sobrevivem ao falecido, outro voltado ao falecido, por sua morte. Para o desenvolvimento do trabalho, revisa-se o recorte histórico comumente proposto pela doutrina e, no contexto histórico do direito brasileiro, a evolução da reparação dos danos extrapatrimoniais. Reconstroí-se, com auxílio da doutrina, uma definição de dano indenizável e, principalmente, de dano moral indenizável. Com isto, apresenta-se um modelo para a estrutura da responsabilidade civil pelo dano morte. Ainda, apresenta-se através de dois casos selecionados as perspectivas distintas sobre o dano morte como dano aos que sobrevivem o falecido e como dano aos que se vão.

Com estes dados, são testados os danos que advêm da morte, quais sejam, o dano moral e o dano material, bem como a tutela, quer a um título separado, quer como dano moral, do dano sofrido pelo próprio falecido, através das funções reparatória, punitiva, preventiva e promocional, da responsabilidade civil. Estas funções e o papel que tenham na responsabilidade civil são analisados criticamente, e são comparadas as respostas da responsabilidade civil limitadas tanto pela natureza, como pela estrutura do Ordenamento em que se insere, através dos três títulos de dano apresentados.

As conclusões levam a questionar a aptidão da reponsabilidade civil como um meio dedicadamente sancionatório ou mesmo promocional de direitos, e indicam não existir ganho ou diferença possível de função entre os danos morais, materiais e morte no Ordenamento brasileiro.

Palavras-Chave: Morte; Responsabilidade Civil; Danos.

ABSTRACT

This study aims to analyze civil liability and its function, adopting—given the vastness of the topic—the specific issue of death related damages as the scope of analysis. Specifically, in cases of death, one encounters a multiplicity of damages under the same title: one aimed at the pain and suffering of those who survive the deceased, and another directed at the deceased themselves, due to their death. To advance the study, it reviews the historical framework commonly proposed by legal doctrine and, within the historical context of Brazilian law, examines the evolution of compensation for pain and suffering as damages. With the aid of doctrinal sources, it reconstructs a definition of compensable damage, particularly of pain and suffering. Consequently, it presents a model for the structure of civil liability concerning death-related damages.

Furthermore, through the examination of two selected cases, the study explores different perspectives on death-related damages: as harm to those who survive the deceased and as harm to those who pass away. Based on these cases, it tests the types of damage resulting from death—namely, moral and material damages—as well as the legal protection of damages suffered by the deceased themselves, whether under a separate title or as moral damage. This analysis is conducted through the reparative, punitive, preventive, and promotional functions of civil liability. These functions, along with their role in civil liability, are critically assessed, and the different approaches to civil liability—limited both by its nature and by the structure of the legal system in which it operates—are compared across the three identified categories of damage.

The conclusions call into question the adequacy of civil liability as a dedicated sanctioning or even promotional mechanism for rights and suggest that there is no possible functional distinction or advantage among moral, material, and death-related damages within the Brazilian legal system.

Keywords: Death; Civil Liability; Torts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo no Recurso Especial
CC	Código Civil
CC/02	Código Civil (2002)
CC/16	Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1916)
CF	Constituição Federal (1988)
CPC	Código de Processo Civil (2015)
CPC/73	Código de Processo Civil (1973)
Dec.	Decreto
ED	Embargos de Declaração
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RR	Recurso de Revista
RRAg	Recurso de Revista com Agravo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Sum.	Súmula

SUMÁRIO

1. Introdução e considerações preliminares	8
1.1 Metodologia de pesquisa.....	11
1.2 Jurisprudência e construção do direito	14
1.3 Estrutura e função.....	17
2. Ao tratamento civil atual do homicídio.....	21
2.1. Breve recorte da apresentação doutrinária da história do dano moral.....	23
2.1.1. O debate acerca da indenizabilidade do dano moral no <i>Direito Romano</i>	25
2.1.2. O tratamento doutrinário do direito visigótico	32
2.1.3 A cisão das responsabilidades civil e criminal e o direito contemporâneo	34
2.1.4 Debate moderno acerca do dano moral	39
2.2 Tratamento inicial das obrigações oriundas do ilícito causador de morte sob a égide do Código de 1916.....	44
2.2.1 Delimitações subjetiva e objetiva das obrigações oriundas de ilícito causador de morte no Código de 1916.....	45
2.3 As transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988	50
3. Estrutura da responsabilidade civil nos casos de homicídio	57
3.1 O dano ressarcível.....	57
3.1.1 Alienidade do dano.....	58
3.1.2 Certeza do dano.....	60
3.1.3 Antijuridicidade do dano	62
3.1.4 Mínimo de gravidade?.....	66
3.2 O dano moral ressarcível.....	69
3.3 Responsabilidade civil e dano	71
3.4 O dano morte.....	74
3.4.1 O dano morte como dano aos que sobrevivem ao falecido:.....	75
3.4.2 O dano morte como dano ao falecido:.....	84
4. Função da responsabilidade civil no homicídio	96
4.1 Responsabilidade civil e sanção negativa	96
4.1.1 Responsabilidade e reparação civil	97
4.1.2 Responsabilidade e pena civil	113
4.3 Responsabilidade e prevenção para além da tutela negativa.....	123
4.4 Responsabilidade e promoção de direitos	124
5. Conclusões	127
Referências bibliográficas	130

1. Introdução e considerações preliminares

Recentemente, ao menos de uma perspectiva histórica, cada vez mais a responsabilidade civil é chamada a tutelar situações a títulos ou etiquetas novas. Por vezes, se referindo a situações aparentemente específicas de danos moral e material, outras vezes com a pretensão de serem reconhecidas novas espécies de danos e, se interessa o estudo ontológico, de qual o dano indenizável, se e como categorizá-lo, também interessa o estudo teleológico. Para que serve a responsabilidade civil, e para que serve a responsabilidade civil por dano material, moral..? Buscando encarar o problema através de um ponto definido, é apresentada a morte da pessoa humana, um fenômeno que importa na súbita supressão da personalidade, a extinção de laços, ligações, obrigações jurídicos e cujas consequências se espriam em uma cadeia de surgimento e extinção de direitos. A morte é um fenômeno necessariamente moral e material e quando o fato desta morte é imputável a outrem, ligado ao fato por um nexos causal, sucede um desafio intenso à responsabilidade civil, desde a adequação de seus meios até a justificação de seus objetivos e simultaneamente material e moral. Entender a resposta da responsabilidade civil à morte é entender a função da responsabilidade civil em sua situação-limite e em uma circunstância geradora de danos materiais e morais variados. O resultado, necessariamente parcial, interessa em si mesmo como uma resposta para a questão funcional ao menos nos casos do dano moral, material e morte.

Ao se analisar a doutrina e, mais intensamente, a jurisprudência brasileira, se percebe uma divergência entre as funções e objetivos apresentados para a responsabilidade civil nas hipóteses de dano moral e dano material. Discute-se, no dano moral, uma função punitiva, ou pedagógica, ou preventiva. Na mesma direção, em sentido oposto, discutem-se as funções punitiva, pedagógica e preventiva da responsabilidade civil, apenas para aprofundar a questão nos danos não-patrimoniais. Os chamados *novos danos*, por sua vez, acrescem ao problema, sendo propostos sob diversas formas, para alcançar finalidades supostamente não satisfeitas pela tutela dos danos materiais e morais, sem uma reflexão mais detida sobre estas finalidades e sua compatibilidade com a responsabilidade civil, de modo geral.

O problema até aqui não é novo, e sua manifestação toma diversas facetas, iniciando pelo próprio debate, mais recentemente trazido pelo anteprojeto de reforma do Código Civil, sobre a aplicação de uma função punitiva ou uma função pedagógica à responsabilidade civil, sobretudo no art. 944-A, §§3º a 6º, do Anteprojeto. Ocorre que, ao se distanciar de uma visão instrumental, que tenha simultânea consciência da estrutura da responsabilidade civil, com suas possibilidades e limitações, de um lado, e da(s) finalidade(s) do instituto, em suas diversas aplicações, corre-se o risco de pretender atender aos fins por meios inadequados, ou utilizar

meios desconexos com suas finalidades. É o problema que leva a questionamentos sobre, por exemplo, a responsabilidade face ao *injury as such*, ou que força o jurista a buscar resgatar o próprio conceito de dano indenizável, face à expansão dos “danos” amparados na prática forense.

Volta-se, em ambos os casos, aos chamados *novos danos*, cujas reflexões têm, grosso modo, contrastado novos objetivos e maiores exigências para a responsabilidade civil, de um lado, e sua estrutura própria. Confronta-se a percepção de uma desproteção a certos direitos, de irreversibilidade e irreparabilidade de certos danos com a necessidade de valorizar-se outros e a necessidade de preservar a ordem jurídica e os valores que promove, entre outros, com o fato inescapável de que a responsabilidade civil, como qualquer instituto de direito, é limitado. O problema apresenta a si mesmo: otimizar a responsabilidade civil, compreendê-la de modo que permita utilizá-la, versátil e abrangente como é, nos casos que forneça a justa solução, sem engajar em usos em que a invocação ao instituto seja meramente performativa, uma invocação vazia para legitimar atos que não são possíveis a ela.

A solução para o problema, embora exista, não é comportada senão por meio de uma pesquisa geral, mais abrangente e, ainda assim, sem perder o rigor dos casos específicos. O estudo necessário não pode sacrificar extensão por profundidade, ou vice-versa. Mas pode ser feito por partes. Este trabalho pretende contribuir para a discussão compondo uma destas partes.

Neste ponto, tem-se por inescapável o já afirmado fato de que não se trata de um problema novo. Entende-se já existir literatura explorando os limites da responsabilidade civil com profundidade, quer pelos proponentes de novas categorias indenizatórias, quer por seus críticos. Aponta-se com justeza a relativa irrisoriedade dos valores de indenizações arbitradas para danos sofridos pelo indivíduo em sua pessoa, diretamente. Destaca-se o fato de não há que se falar em tutela do dano antes da ocorrência deste. Aponta-se, corretamente, para o fato de que a responsabilidade civil, embora sendo um problema comum a várias áreas do direito, não é um instituto isolado, existindo em conjunto com outros mais afeitos à prevenção ou controle de danos.

Somam-se a estas questões a falta de unicidade da terminologia. Definições distintas são apontadas para termos como dano moral, que levam a conclusões distintas sobre a proteção que o dano moral confere aos interesses que exsurtem dos direitos de personalidade e ao momento e intensidade desta proteção.

Diante deste cenário, distingue-se o problema maior daquele que efetivamente será objeto desta análise: Existe distinção nas funções juridicamente possíveis da tutela pela

responsabilidade civil do dano extrapatrimonial individual em suas “vozes” moral e morte, comparadas com o dano patrimonial? Essa distinção ou indistinção corresponde a uma diferença na resposta jurídica a ser aplicada, ou em sua intensidade?

A hipótese que se buscou testar é que não. Em que pesem as diferenças nos danos moral, morte e patrimonial, e as nuances conceituais entre essas “vozes” de dano, não existe distinção juridicamente possível de funções dos danos, o que corresponde a uma repetição das respostas, efetivamente sanções, já aplicadas na tutela do dano moral e no dano material de difícil ou impossível liquidação, a saber a indenização arbitrada e, de forma limitada pela possibilidade (física), reparação *in natura*. Ao longo da pesquisa, constatou-se ademais que tais também são as ferramentas aplicáveis ao dano material, quando o prejuízo não admite prova efetiva de sua extensão.

A pesquisa que se propõe recua aos objetivos perseguidos. Assume-se a responsabilidade civil como uma ferramenta ou conjunto de ferramentas jurídicas, por definição limitadas, mas por isso mesmo passíveis de otimização em prol de uma ou um conjunto limitado de finalidades. Não se inova neste aspecto, na medida que várias mudanças recentes da responsabilidade civil, quer no acatamento de certos objetivos, quer na consolidação de chamados novos danos foram articuladas de forma consciente, com a justificativa de otimizar a responsabilidade civil para determinados fins.

Assim, propõe-se a pesquisa ao resgate das funções da responsabilidade civil, especificamente diante do homicídio, aqui tomado em sua acepção puramente cível, como se verá no capítulo seguinte, isto é, fundada apenas no fato de ser a morte juridicamente atribuível, imputável a outrem.

Como fulcro e questão central da pesquisa, propõe-se a análise de funções da responsabilidade civil em caso de ofensa à vida. Com isto, permite-se uma comparação entre fenômenos jurídicos similares, analisando os objetivos perseguidos pela tutela. Explorando isso que se propõe a investigação, dos desenvolvimentos, enunciados na doutrina e na jurisprudência. Por fim, a análise crítica destas funções propostas tendo em vista os limites legais e constitucionais do instituto *Responsabilidade Civil*.

Em razão da diversidade de formas de se conceituar e subcategorizar os danos extrapatrimoniais, que se justifica a limitação da investigação aos danos moral e morte. A proposição se dá em razão de ser o dano morte voz do dano extrapatrimonial cuja existência, distinção e reparabilidade enfrentaram desafios em sua categorização. O dano moral, por sua

vez, é analisado na sua qualidade de, historicamente, ser a lente pela qual as consequências (juridicamente relevantes) não-econômicas da ofensa à vida ou integridade física era analisada.

Através da investigação das funções destas vozes de dano extrapatrimonial, permite-se avançar na compreensão do que é consolidado em matéria de dano extrapatrimonial, sem perder-se de vista desenvolvimentos polêmicos ou especulativos da matéria. Permite-se também a investigação casuística que, mesmo limitada ao âmbito dos tribunais superiores, já fornece relativa riqueza de dados, dado o volume e diversidade de julgados, sobre aspectos práticos destas funções. Interessam à pesquisa não somente se há a enunciação de uma diferença ou semelhança nas funções entre os respectivos danos, mas também se esta semelhança ou dessemelhança se traduz em uma diferente forma de tutelar o dano, ou diferentes métricas para a sanção jurídica a ser aplicada.

Em razão ainda do atual estado da doutrina, limita-se a pesquisa à investigação de como a tutela do dano individual, nos casos analisados, são orientados para quatro funções: a função de reparar o dano (função reparatória); a função de punir ou sancionar o causador do dano (função sancionatória, ou punitiva); a função de fazer evitar a causação de dano (função preventiva); a função de promover os valores protegidos pelo ordenamento jurídico (função promocional). Estas quatro funções são enunciadas pela doutrina ou jurisprudência, inclusive como justificativa para os novos desenvolvimentos apontados.

1.1 Metodologia de pesquisa

Para testar-se esta hipótese, a metodologia proposta foi da pesquisa jurídica-teórica, e propôs-se pesquisa seguindo o tipo metodológico exploratório. Isto se deu na medida em que se propôs analisar a jurisprudência e doutrina para a tutela de danos para apurarem-se as finalidades propostas, para então confrontá-las com as leis e a Constituição, confirmando ou refutando as finalidades ou modo de alcançá-las propostos pela doutrina e jurisprudência. Ainda, buscar-se-á traçar o histórico da jurisprudência dos tribunais superiores acerca das diferentes vozes de dano extrapatrimonial analisadas e sua reparação.

Em específico, pretendeu-se com o auxílio da doutrina identificar a tutela pela responsabilidade civil, desde um momento inicial em que partes consideráveis da doutrina e jurisprudência negavam a tutela pela responsabilidade civil de danos extrapatrimoniais, até o presente. Igualmente, buscar-se-á traçar o estado atual da doutrina acerca das quatro funções identificadas da responsabilidade civil: reparatória-compensatória, punitivo-pedagógica, preventiva e promocional.

Em cada um destes momentos, buscar-se-á identificar as finalidades da tutela do dano à integridade física e à vida. Investigar-se-á na doutrina as funções, especialmente as formas de persecução das funções reparatória, punitiva, pedagógica e promocional na responsabilidade civil das vozes de dano analisadas. Em sequência, buscar-se-á reconstruir, na doutrina e jurisprudência anteriores à constitucionalização da reparabilidade do dano moral, as funções assinaladas para sua tutela.

Nesta etapa, a análise se centrou no dano-morte. Se iniciou com a análise e identificação do “dano-morte” dentre o conjunto de prejuízos identificáveis na morte da pessoa humana imputável a um responsável civil, com auxílio da doutrina e jurisprudência. Com isto apontar-se-ia como as quatro funções são trabalhadas pelo estado atual da doutrina e jurisprudência para enfim enfrentar-se a morte (e o dano-morte) no contexto de pessoas humanas que dependem da corporeidade para existirem como tal. O principal objetivo foi recontextualizar a vida e seu fim, permitindo a análise crítica do tratamento doutrinário e jurisprudencial sobre como a responsabilidade civil lida com o fim da vida imputável a um responsável civil e as finalidades da responsabilidade civil na tutela destes fatos. Após isto, confrontou-se as finalidades apuradas com os limites legais e constitucionais da responsabilidade civil, com auxílio da doutrina e jurisprudência.

A proposta foi executada, condicionando-se a apresentação a quatro problemas específicos, encontrados na pesquisa. O primeiro, da diversidade de objetos referidos por “dano-morte” na jurisprudência. O segundo, da interconexão entre considerações materiais e morais, não somente na tradução entre dor moral e reparação pecuniária, já antevista, mas nos aspectos aparentemente puramente materiais, como as indenizações de tratamento, funeral e sepultamento. O terceiro, da discussão relativamente pequena na jurisprudência analisada sobre as funções que se pretendia perseguir, apesar da vastidão do conjunto de acórdãos encontrados. O quarto, da relevância que a análise histórica assume na discussão pela bibliografia analisada sobre as funções da responsabilidade civil.

Em razão do volume de precedentes, limitou-se a análise de jurisprudência, para além dos marcos temporais adotados, aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho que versem sobre o direito material. A análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, ressalvada a investigação de julgados sobre a constitucionalidade, dado secundário da etapa de confrontação das finalidades enunciadas com os limites legais e constitucionais da Responsabilidade Civil, foi restrita aos julgados anteriores a 1988. Esta limitação se deu em razão da transferência da competência para a

uniformização do direito infraconstitucional federal para o Superior Tribunal de Justiça, operada pela Constituição Federal.

Quanto à natureza dos dados, inicialmente, tomou-se como dado primário a doutrina e as opiniões dadas pelos julgadores acerca das funções da tutela dos danos material e extrapatrimonial em suas vozes analisadas, bem como as leis objeto de interpretação. Tomou-se como dados secundários a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que buscou interpretar os art. 6º, 12, parágrafo único, 186 e 944 e segs., CC, 5º, II, V e X, CF, e a Súmula 387, STJ, bem como a doutrina estrangeira. Ao longo da pesquisa, foi necessária uma digressão histórica mais extensa, mas pelos próprios limites e metodologia propostos, o dado histórico foi, com raras exceções, secundário, obtido na maior parte dos casos por meio de doutrina ou compilações de leis extemporâneas aos fatos narrados.

A relação dos dados levantados, no entanto, precisou ser problematizada desde cedo na pesquisa. De um lado, problematizou-se a relação que a jurisprudência e a norma positiva (lei, constituição...) têm ou devem ter com o direito aos olhos da ciência do direito, problema posto de forma aguda ao longo das disciplinas do mestrado, sobretudo a disciplina “Sistema de Precedentes e as Transformações do Direito”, ministrada no primeiro semestre de 2024. O segundo problema, no entanto, versa sobre a própria relação da estrutura com a função do direito no texto “Dalla struttura alla funzione”, de Norberto Bobbio.

Como resultado, tanto dos problemas apontados, que condicionaram a apresentação do trabalho, como em relação às problematizações propostas, estruturou-se o presente trabalho na seguinte forma. Neste capítulo, além das notas metodológicas que se apresenta, serão apresentados de forma mais detida os problemas gerais e as soluções específicas do uso da jurisprudência neste estudo. Será também explicado de forma mais detida o que se pretendeu referir por análise instrumental, acima e, finalmente, fornecer subsídios terminológicos que, pela própria diversidade de termos ou mesmo de denotações pretendidas com cada termo no material analisado, se entenderam necessários. No segundo, busca-se fazer uma síntese da história da responsabilidade civil, tal qual apresentada em diversas das fontes doutrinárias consultadas, e análise crítica, sobretudo da relação que tais digressões históricas podem ter na compreensão dos fenômenos atuais. Ainda no segundo capítulo, busca-se fazer uma análise do direito brasileiro anterior ao Código Civil atual.

No terceiro capítulo, busca-se apresentar a estrutura da resposta, pela responsabilidade civil, ao problema da morte atribuível a outrem, partindo das considerações gerais sobre o dano e a responsabilidade com auxílio da doutrina para, em seguida, valendo-se principalmente de

dois casos, analisados de forma mais detida que os demais apresentados aqui, caracterizar o dano morte. Neste ponto, aproveita-se para extrair os argumentos, apresentados pelos próprios julgadores dos respectivos casos de forma mais deliberada, das funções pretendidas para a tutela, quer na concepção que vê os danos não-patrimoniais advindos da morte como um dano moral, quer na concepção que entende o dano-morte como apartado do dano moral. Apresenta-se ainda as respostas dadas ao dano-morte em suas duas acepções e os desafios que a responsabilidade civil pela morte apresentam às concepções trazidas sobre o que constitui o dano indenizável.

Finalmente, avançando ao quarto capítulo, as funções desta resposta ao dano morte, ou, ainda, aos danos extrapatrimoniais, de modo geral, tanto a pretendida pelos julgadores, como a apresentada na doutrina são apresentadas ao longo das quatro funções delineadas acima, assim como desafios práticos, legais e constitucionais à sua efetivação. Nesta problematização, viabilizam-se as considerações finais, expostas no quinto capítulo.

1.2 Jurisprudência e construção do direito

Com isto, antecipa-se desde logo o problema que não meramente se manifesta hoje, mas acompanhou a responsabilidade civil nos casos de morte ao menos desde os debates acerca da indenizabilidade do dano moral sob a égide do Código Civil: os juízes fazem o direito?

A pergunta se distingue da indagação sobre se os juízes fazem direito, ou, posta de outras formas, se existe espaço para criação na atividade de julgar e se a jurisprudência é fonte de direito. Entendeu-se existir um aspecto criativo de direito incontroverso na atividade jurisdicional, por razões que serão expostas logo adiante, mas isto não responde a pergunta: existe uma relação de igualdade entre o produto da atividade judicial, coletivamente considerado, e o objeto do estudo da ciência do direito?

A questão recebeu, para fins deste trabalho, uma resposta negativa. O fato de que foi posta, e que uma resposta foi assumida, se deu no interesse da metodologia a ser adotada pela pesquisa. Isto, especialmente para lidar com dados em contrariedade, surgidos da doutrina, de um lado, da jurisprudência, de outro, e por vezes, do texto normativo, quando sua redação permitia terceira via, adotada de forma marginal pela doutrina ou decisões judiciais isoladas. Ainda assim, buscou-se não desviar o objeto da pesquisa. Uma resposta teve que ser assumida no interesse do objeto da pesquisa, ainda assim, pretendendo-se, como efetivamente se pretende, realizar raciocínio sistemático, razões bastantes precisaram sustentar a resposta assumida. Tem-se neste tópico a apresentação da resultante destas duas pressões, de um lado,

de conduzir investigação suficiente para responder à pergunta posta, e de outro, de não desviar o foco da pesquisa além do estritamente necessário para sua viabilidade epistemológica.

Um exemplo do desafio que a pergunta representa foi o problema prático da indenizabilidade do dano moral sob a égide do Código Civil de 1916 (doravante também referido por CC/16). Parcela significativa da doutrina e a maior parte das decisões judiciais a rejeitavam em dado momento; parcela significativa da doutrina passou a aceitá-la, sem tão grande impacto nas decisões judiciais. Se for assumido que ambos os esforços, de explicar o direito, expondo-o em texto científico, e o de explicar o direito, fundamentando a decisão judicial, versam sobre o mesmo objeto, o mesmo direito objetivo, uma das duas explicações estará errada, neste cenário. Se os juízes produzem o direito, no entanto, por mais viciado o raciocínio prevalente, que possa tomar a forma de jurisprudência, ele necessariamente se tornará o objeto do direito, e o raciocínio contrário, por mais epistemologicamente rigoroso, estará necessariamente errado se divergir. Assumir uma resposta ou outra tem influência mesmo na linguagem a ser adotada. Caso a resposta fosse afirmativa, seria tecnicamente adequado apresentar que o dano moral não era indenizável até pouco após o advento da Constituição Federal de 1988, fora das hipóteses porventura constantes de determinação especial. Neste cenário, a doutrina, ao concordar com esta afirmação não fazia mais que propagandear, legitimar, informar do direito. Ao negar esta afirmação, não fazia mais que tentar subverter e inflamar agitação contra o direito posto, em prol de um direito a ser posto.

Para o que foi necessário (mormente, meramente delimitar a metodologia e fontes de pesquisa), adotou-se o conceito de direito como ordem normativa coercitiva, “um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade (...) que reagem contra situações consideradas indesejáveis (...) com um ato de coação, isto é, com um mal (...) aplicado ao destinatário (...), se necessário empregando até a força física”¹. Não significa dizer que toda aplicação do uso do direito é uma aplicação de força física organizada, e a crítica sobre a pouca atenção dada às normas positivas, feita por Bobbio, é acatada. Mas “o reconhecimento da importância das sanções positivas, muito maior do que aquela atribuída pela teoria tradicional, em geral e a teoria kelseniana, em específico, não muda que as sanções últimas, isto é, as que entram em funcionamento em última instância, são sempre e tão somente as sanções negativas”². Vale dizer, mesmo a norma vinculada a uma sanção

¹ KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Trad. João Batista Machado. pp. 33 e 35.

² “Certamente, per chi sostiene, come sembra sostenere Kelsen, che la tecnica specifica del diritto consiste nell’uso di sanzioni negative, il rilievo che sempre più acquistano le sanzioni positive può costituire una smentita molto

premio cria uma obrigação ao Estado de dar o prêmio, lastreada, no exemplo do direito brasileiro, tanto nas normas de execução forçada contra o Estado, quanto nas de disciplina, substituição e punição agente público que, devendo, deixa de entregar o prêmio.

Esta ordem normativa é assumida como se organizando em uma estrutura “escalonada, de diferentes camadas ou níveis”³, sendo a norma de escalão inferior determinada pela de escalão superior⁴ e, em última análise, o ato de execução. Esta determinação não é completa. Fornecem-se os parâmetros dos quais a norma inferior, ou o ato de execução ou, na analogia kelseniana, a moldura, mas não dá a norma superior, em si mesma, o exato conteúdo da norma inferior⁵. Idealmente, as decisões judiciais são dadas em conformidade à lei, que é constitucional ou, a decisão judicial permanece dentro da moldura legal, que está dentro da moldura constitucional. Assim como o legislador, ao promulgar a norma inferior, em face da superior, o juiz, ao aplicar a norma, fundamentando sua decisão, interpreta o direito de forma autêntica. Alia, portanto, à cognição das interpretações possíveis da norma (ou da norma superior) o ato de vontade de estabelecer a interpretação prevalente⁶.

O problema fundamental está nas hipóteses de ato ou norma desconforme com a hierarquicamente superior, e é ilustrado pela discussão acerca da jurisprudência como fonte de direito. Tanto o legislador como o juiz, interpretam o direito de forma autêntica, isto é, criam direito⁷. Isto em si não é a afirmação da jurisprudência, como fonte do direito, mas meramente a afirmação da decisão judicial individualmente considerada, como fonte do direito. Um leitor familiarizado com a tradução portuguesa do trabalho de Kelsen poderia contestar com fato evidente que os textos citados estão, na maioria, na seção intitulada por “jurisprudência”, mas o próprio texto somente avança ao que, para fins deste trabalho, foi chamado de jurisprudência, quando trata da criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais. Nesta parte, no entanto, o fundamento de validade da norma geral passa a ser explicado condicionado à eventual atribuição de competência ao tribunal para editar tais normas⁸.

seria. Si può peraltro controbattere che il riconoscimento dell'importanza delle sanzioni positive, molto maggiore di quella che venga ad esse attribuita dalle teorie tradizionali in generale e dalla teoria kelseniana in ispecie, non toglie che le sanzioni ultime, cioè quelle che entrano in funzione in ultima istanza, siano sempre e soltanto le sanzioni negative”. (BOBBIO, N. Dalla struttura alla funzione [edição digital]. Bari: Laterza, 2007. p. 83).

³ KELSEN, H. *Op. cit.* p. 247.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.* p. 390.

⁶ *Ibid.* p. 263 e 394. Em mesmo sentido, a negação de distinção entre aplicação e criação do direito (*Ibid.* p. 260).

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* pp. 278 e 279.

Poderia ser sustentado, no âmbito brasileiro, que não somente tal edição não existe, como a exigência de lei para constituir obrigação, no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988 (doravante, também referida por CF) a veda. O argumento é simples. A lei, no texto constitucional, aparece como único fundamento (para além da vontade e, mesmo neste âmbito, por força da lei que empresta força obrigatória aos contratos válidos), capaz de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer⁹

Ocorre que por vezes a lei se vale de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais com o consciente intuito de criar um espaço maior de indeterminação¹⁰. Nestes casos, a criatividade implícita na interpretação, associada à competência dos tribunais, especialmente para esta pesquisa, do STJ, torna inevitável a conclusão de que a jurisprudência cria direito, especialmente a jurisprudência dos tribunais superiores.

Mesmo assim, é na análise do contexto e âmbito da criação jurídica jurisprudencial que se encontra a resposta que, entende-se, revela o ordenamento em sua melhor forma. Mesmo que determinada interpretação se torne unívoca, não faz mais que traduzir o *diritto vivente*, “decorrente da prática interpretativa (...) que assume contexto substancial ou real”¹¹. Mesmo a decisão que deve ser observada pelos juízes e tribunais, tendo aplicação geral, continua o processo de determinação da norma¹² e, sendo possível a revisão pelo órgão que a prolatou, mesmo sendo a interpretação autêntica, que cria direito, é interpretação passível de correção.

Nesta acepção que a jurisprudência foi tomada no presente trabalho, como fixando a interpretação capaz de gerar efeitos jurídicos e, portanto, direito, mas nem por isto a interpretação necessariamente correta.

1.3 Estrutura e função

No problema específico do movimento da estrutura à função, o problema é exatamente de supor que se trataria de uma substituição de teorias estruturais do direito por teorias puramente funcionais do direito, e não uma colmatação de um ponto negligenciado à época da teoria do direito. Ao estudar, utilizando-se do exemplo da teoria pura do direito de Hans Kelsen, as teorias estruturais, Bobbio critica o “furor antiteleológico de Kelsen e dos kelsenianos”¹³,

⁹ FERNANDES, B. G. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 424.

¹⁰ KELSEN, H. *Op. Cit.* p. 389.

¹¹ THEODORO Jr. H, ANDRADE, É. Precedentes no Processo Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 35.

¹² KELSEN, H. *Op. Cit.* 288.

¹³ BOBBIO, N, *Op. Cit.* p. 68.

mas aponta que mesmo a teoria de Kelsen não é infensa a considerações teleológicas¹⁴, em razão de sua concepção instrumental do direito¹⁵. “Kelsen não se cansa de repetir que o direito não é um fim, mas um meio”¹⁶. Mais importante, celebrou os progressos da análise funcional “depois de Kelsen e também por obra de Kelsen”, por ter introduzido e elaborado um conceito como o de ordenamento dinâmico, “o qual nenhuma teoria do direito (...) pode dispensar”¹⁷.

Mais contundente, no entanto, é que a própria análise funcional de Bobbio não prescinde, mas pressupõe uma análise normativa. O autor explica, como se verá, a função promocional como sendo exercida por meios específicos, que são ora cindidos (pela dicotomia entre formas de desencorajamento - pena e desincentivo - e encorajamento - prêmio e incentivo), ora de uso mais comum em uma função ou em outra (uso do poder coativo, uso do poder econômico)¹⁸.

A análise funcional, portanto, seria necessária à teoria do direito, e inescapável mesmo a concepções pretensamente puramente estruturais, mas não total, nem invalida a análise estrutural¹⁹, que estaria em posição de absorver as mudanças introduzidas pela análise funcional.

Continuamos a afirmar, como faz Kelsen, que o direito é um meio, e não um fim. Quando chegamos, ainda, a sustentar que o direito é a organização não apenas do poder coativo, mas também do poder econômico, não escapamos de um determinado modo de entender a especificidade do direito, que consiste precisamente em considerá-lo uma forma de “organização social”. Contudo, chegados neste ponto, somos reconduzidos, novamente, da análise funcional à estrutural²⁰.

Assim, permite-se dizer que o movimento da estrutura à função é uma busca de aperfeiçoamento da concepção instrumental do direito. Com isto, o direito é compreendido

¹⁴ “Apesar de ter se apressado em especificar que a paz assegurada pelo direito é uma paz relativa, e não absoluta, uma vez que priva singularmente os indivíduos, e não a comunidade inteira, ou aqueles que a representam do poder de usar a força, não pôde evitar a conclusão de que ‘o estado de direito (...) é essencialmente um estado de paz’ (...) [Kelsen introduziu uma] modificação na sua concepção das relações entre direito e paz. A modificação consiste na substituição do conceito de paz pelo de ‘segurança coletiva’ (...) A substituição do conceito de paz pelo de segurança coletiva faz com que retroceda um passo ao fim mínimo do direito, mas não o elimina (...) No exato momento que se afirma que o direito garante pelo menos a segurança coletiva, quando não a paz, o fim, um certo fim, torna-se um elemento de definição funcional do direito. Uma vez mais, o direito não apenas é um meio adequado para qualquer fim, mas tem, ele mesmo, um fim próprio e específico” (BOBBIO, N. Da estrutura à função. Barueri: Manole, 2007. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. pp. 58 e 59).

¹⁵ BOBBIO, N. Dalla struttura alla funzione. *Op. Cit.* p. 70.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.* p. 73.

¹⁸ BOBBIO, N. Dalla struttura alla funzione. *Op. Cit.* pp. 82 e 85.

¹⁹ *Ibid.* p. 86.

²⁰ BOBBIO, N. Da estrutura à função. *Op. Cit.* p. 77.

como forma de controle e direção social²¹. Mais limitadamente, para os fins deste raciocínio como uma estrutura normativa, que dispõe de formas diversas para alcançar seus fins pretendidos.

O resultado é uma rejeição de uma visão puramente estrutural do direito, que ignora funções que sejam enunciadas pelo legislador ou induzidas ou deduzidas pela doutrina ou a jurisprudência. Simultaneamente, no entanto, rejeita-se a possibilidade de um puro funcionalismo, que ignora as especificidades e, principalmente, os limites das estruturas jurídicas existentes.

Chega-se, neste ponto, ao problema de concretizar a discussão, considerando o objeto específico da investigação. Em seu texto, Bobbio se refere à teoria de Kelsen ao discutir os progressos da análise estrutural, precisamente como ordenamento dinâmico²². Para o civilista, significa em concreto que a estrutura do Ordenamento se confunde com o conjunto de normas que o compõem. A estrutura da responsabilidade civil, especificamente considerada, inicia ainda nas regras que fixam as fontes das obrigações, no caso do direito brasileiro, já no art. 5º, II, CF e, por conseguinte, perpassando as regras constitucionais e legais que disciplinam a formação de leis válidas e a expressão de vontade que se torna juridicamente cogente. No outro extremo, esta estrutura termina nas normas de accertamento das obrigações especificamente consideradas, em cada caso concreto, e as consequências de não satisfazer as obrigações.

Por este ângulo, a estrutura da responsabilidade civil é vasta, iniciando no direito constitucional, perpassando as regras específicas de responsabilidade do direito civil e, embora não exclusivamente, em larga medida dependendo do direito processual civil para, em cada caso concreto, formatar o conteúdo definido das obrigações e sancionar seu descumprimento. É diante desta amplitude que a análise que se propõe é mais delimitada, assumindo as regras postas, em especial as regras legais, no campo da responsabilidade extracontratual. Nesse sentido, para os fins deste trabalho, a parcela da estrutura da responsabilidade civil sobre as quais se debruçará se confunde com os pressupostos da obrigação de indenizar.

1.4 Notas sobre nomenclatura

Avançando ao fim desta introdução, cabe apontar que o presente estudo analisa a multifuncionalidade e a multiplicidade de etiquetas indenizatórias, ao menos em um primeiro momento. Como tal, são utilizadas meramente para fins de identificação, as expressões “dano

²¹ BOBBIO, N. Dalla struttura alla funzione. Op. Cit. p. 88.

²² BOBBIO, N. Dalla struttura alla funzione. Op. Cit. p. 73.

patrimonial” e “dano material” como sinônimos. O patrimônio, em uma concepção maior de conjunto de bens da vida de um determinado sujeito é distinguido do patrimônio passível de avaliação pecuniária quando a confusão entre as acepções maior e menor poderiam levar à confusão.

Similarmente, as expressões “dano extrapatrimonial” e “dano moral” são, até a análise da estrutura do dano ressarcível, utilizadas intercambiavelmente. Evitou-se utilizar a expressão reparação civil, exceto no contexto da função reparatória do direito civil. Por fim, por ser a figura mais comumente no polo ativo da causação de danos (e, conversivelmente, no polo passivo de ação indenizatória), o termo ofensor é utilizado em grande parte do raciocínio, adotando-se a expressão responsável nas partes do raciocínio que se torna de sobremaneira relevante apontar não somente ao responsável-agente, mas também o responsável pelo fato de terceiro e da coisa.

As definições sobre as funções promocional, preventiva, pedagógica, punitiva e reparatória são oferecidas no momento de seu estudo específico. O “dano morte”, até o momento de sua determinação, pelo estudo das perspectivas destoantes entre dano (resultante da morte) aos que sobrevivem o falecido e dano ao próprio falecido (resultante em sua morte) é utilizado de forma intercambiável com a expressão “danos que advém da morte”, que englobam também os danos materiais.

2. Ao tratamento civil atual do homicídio

Expostos os objetivos, premissas e metodologia da pesquisa, sem avançar à pesquisa propriamente histórico-jurídica, interessa ao presente estudo um breve recuo temporal, por duas razões.

A primeira razão é que ao longo das discussões que conformaram e buscam re-conformar os limites da responsabilidade civil pela morte se confundem, durante longo tempo, com as discussões acerca da tutela do dano moral. Estas, por sua vez, frequentemente perpassam a análise histórica. Tais incursões no passado raramente são meras digressões ou curiosidades, mas constituem parte, ainda que só parte, dos argumentos. “Um dos pontos mais discutidos (...) [do problema da responsabilidade por danos morais] é o da origem do conceito”²³. Entender os argumentos históricos traçados é parte da compreensão dos argumentos quer para o reconhecimento de um dano não-patrimonial ou vários, o que se pretende com uma eventual cisão de danos não-patrimoniais e a possibilidade e limites da tutela em cada caso, moldando-a para determinada função. “Os civilistas (...) leem, no curso do tempo, as raízes e o desenvolvimento da própria matéria”²⁴.

A segunda razão, que em parte explica a primeira, ao menos recuando até o Código Civil de 1916 e seu contexto, percebe-se uma continuidade de institutos, com similaridade de redações legais. As premissas que orientavam tais redações, ao menos no plano do direito material e processual, são facilmente comparáveis. Tudo isto torna útil ao jurista atual as discussões que levaram àquele diploma, e que foram travadas em torno dele.

Ainda assim, restam algumas ressalvas dignas de antecipação. A primeira delas é que este trabalho, dada a delimitação do objeto, trata o dado histórico como dado secundário. Importa dizer: este trabalho se vale do dado histórico já coletado e tratado por outros autores para auxiliar e testar o raciocínio proposto²⁵. Isto se justifica pelas limitações inerentes à pesquisa, e específicas do objeto de pesquisa. O dado histórico interessa na medida para o presente trabalho na medida que permite elucidar as funções do dano morte e uma eventual separação do dano moral.

A segunda ressalva é que os autores analisados similarmente estavam engajados em investigações dogmático-jurídicas sobre a responsabilidade civil e o dano moral, como se verá.

²³ LIMA, Z. P. Responsabilidade civil por danos morais. *IN*: SOUZA, S. C. (coord) Revista Forense comemorativa, 100 anos. Tomo II, direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 96.

²⁴ AMARAL, F. Responsabilidade civil. Evolução histórica. *IN*: PIRES, F. I. (org.) Da estrutura à função da responsabilidade civil: Uma homenagem do instituto brasileiro de estudos de responsabilidade civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, p. 1.

²⁵ GUSTIN, M. B. S. (Re)pensando a pesquisa jurídica, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 92.

Isto novamente reflete a limitação imposta à metodologia da pesquisa. Isso explica, ainda que não justifique, algumas limitações das digressões históricas nos textos analisados, que precisam ser compreendidas para uma adequada valoração do argumento histórico proposto por estes autores.

Os textos dogmático-jurídicos analisados nem sempre cuidam de apresentar a relação entre os exemplos históricos analisados. Como se verá, ainda que grande parte da doutrina limite as digressões ao direito romano, outra parcela traz considerações sobre um chamado “direito primitivo”, assim como o direito de antigos sumérios, babilônios, indianos e gregos. Se ao civilista a influência institucional do direito romano possa ser intuída, dado o domínio romano sobre a península ibérica, e a aplicação do direito romano em Portugal e no Brasil, o mesmo não é verdadeiro quanto ao Código de Hamurabi, por exemplo. Não é apresentada a relação, ainda que de inspiração ou cópia, que permita compreender a influência das disposições neste código, quer no direito romano, por volta de mil anos posterior, quer no direito moderno. Isto, associado à omissão, por exemplo, das evoluções medievais, por exemplo durante o Reino Visigótico, recomenda cautela diante de argumentos fundados em uma pretensa racionalidade histórica.

Isso é intensificado com a generalidade que alguns ordenamentos históricos são apresentados. O direito sumério é frequentemente reduzido ao Código de Ur-Namu, o direito babilônio, ao de Hamurabi. O direito romano, como se verá, é analisado com maior pausa, mas ainda de forma insuficiente a um ordenamento que, somente entre a Lei das XII Tábuas e o *Corpus Iuris Civilis*, perpassou quase mil anos, aplicando-se em uma vasta área geográfica, condições econômicas e políticas variadas.

Assim, e na terceira ressalva, retorna-se ao ponto que o argumento histórico nem sempre é trazido pelas obras consultadas pelo interesse acadêmico, sem implicações práticas. Em vários dos textos analisados, consiste em argumento e merece ser analisado como tal. “A análise histórica permite a compreensão de (...) origem etimológica, conceitos e à evolução do tema; (...) a origem das regras, sua conexão com a estrutura e exigências do mercado e vida social, e a sua dependência em relação às correntes de pensamento”²⁶. Igualmente, no entanto, “O historiador ou o etnólogo são obrigados a tentar compreender ou o universo dos babilônios ou

²⁶ ROSENVALD, N. As funções da reparação civil: a reparação e a pena civil, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.35.

dos bororos (...) como se o vivenciassem, e (...) a evitar introduzir nele determinações que não existiam para essa cultura”²⁷.

O problema central está na narrativa apresentada. “Nessa estória em forma de espiral, que se move do interno ao externo, o direito comparado oferece amplo modelo de exame, tanto pelas ideias, regras, como pelas sanções. A comparação entre as legislações constitui a trama do discurso”²⁸. Adquire uma consequência própria, ao lado do fato em si, que se afirme: “direito à reparação do dano moral ou extrapatrimonial foi reconhecido desde sempre. O tema é clássico”²⁹.

Traçar a evolução geral da responsabilidade civil permite, ao mesmo tempo, compreendê-la melhor e medir com mais precisão a sua importância. Não é o ponto aqui estudar em detalhes a história da responsabilidade civil, mas apenas de lembrar como as ideias fundamentais que dominam a matéria se modificaram ao longo dos séculos; sem isso, não se poderia descobrir o porquê das soluções adotadas nos dias de hoje.³⁰

O resultado destas ressalvas é que, simultaneamente interessa a este estudo compreender os argumentos históricos trazidos, e escapa aos limites da pesquisa tentar traçar a verdade dos fatos históricos comentados, embora se faça um esforço para analisar criticamente os argumentos trazidos, tanto à luz da evidência que é apresentada nos próprios textos, como com o auxílio de bibliografia de história do direito. Busca-se, portanto, em uma primeira etapa, sistematizar o resgate histórico feito pela doutrina, analisando-o criticamente, buscando depurar o argumento implícito (ou, no mais das vezes, explícito) na digressão histórica e analisá-lo criticamente. Ao se aproximar do direito contemporâneo, com a diminuição das barreiras contextuais, linguísticas e culturais, no entanto, adota-se uma abordagem propriamente dogmática. Isto sem prejuízo do apontamento das diferenças pontuais nestes campos que mereçam destaque.

2.1. Breve recorte da apresentação doutrinária da história do dano moral

²⁷ CASTORIADIS, *Apud* BAUMAN, Zygmunt. Ensaio sobre o conceito de cultura. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. P. 53.

²⁸ ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 35.

²⁹ No original: Le droit à réparation du préjudice moral ou extrapatrimonial a été reconnu de tous temps. Le sujet es classique”. (LALOU, H. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. 6ème éd. Paris: Librairie Dalloz, 1962. p. 96.

³⁰ “Tracer l'évolution générale de la responsabilité civile permet à la fois de mieux la comprendre et d'en mesurer plus exactement l'importance. Il ne s'agit point ici d'étudier dans ses détails l'histoire de la responsabilité civile, mais Seulement de rappeler comment les idées fondamentales qui dominent le sujet se sont modifiées au cours des siècles, on ne saurait, sans cela découvrir le pourquoi des solutions adoptées de nos jours.” (MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, 4ème ed. T. 1. Paris: Librairie du Recueil Sirey. Tradução Nossa. p. 27).

Inicia-se com o debate acerca do “que, modernamente, se convencionou chamar a reparação do dano moral”³¹. Apontava-se para a antiguidade da ressarcibilidade do dano moral ou refutava-se ela não somente no esforço de compreender a experiência jurídica passada, mas de justificar a experiência jurídica sob análise, pelo que, mesmo sem avançar ao mérito do debate histórico, interessa repassar brevemente os argumentos lançados pela doutrina.

A doutrina buscou analisar a imputabilidade de obrigações pelos danos morais recuando até a Suméria e o período clássico³² da história indiana³³. Aponta-se que o Código de Ur-Namu, datado de cerca de 2100 A.C³⁴, previa o pagamento de quantias em dinheiro por determinadas transgressões, especialmente em ofensas à liberdade, reputação e integridade física³⁵. Mais próximo do objeto desta pesquisa, entretanto, para o caso de homicídio, a previsão era morte³⁶.

Aponta-se, na mesma linha, que o Código de Hamurabi, datado de cerca de 1750 A.C³⁷, previa, ao lado de punições proporcionais para algumas ofensas, como a perda de parte do corpo daquele que arrancasse parte do corpo de outrem, obrigações de pagar quantia para outras ofensas³⁸. Entre os exemplos, é apresentado na doutrina o caso da pessoa livre que bate na bochecha de outra pessoa livre e a hipótese que o ofensor devia pagar quantia ao feto³⁹.

Ocorre que não somente nas hipóteses de ofensas pelas quais o ofensor deveria pagar quantias, mas ainda nas hipóteses em que o ofensor sofria em si a pena eram apontadas como exemplos de um reconhecimento de prejuízo moral, dando-se o exemplo de bruxaria. Afirmava-se que, no Código, se entendia que o prejuízo que a vítima da bruxaria injusta teria sofrido seria “transcendente”, pelo qual a morte do enfeitiçador, quando o feitiço era tido por injusto, serviria de “ressarcimento”⁴⁰. Na mesma linha se apresentava exemplos de aplicação da punição proporcional, como exemplo de reconhecimento da reparação do dano moral, afirmando-se que a “alegria demoníaca da vindita talvez fôsse, naqueles tempos, a mais eficiente maneira de se neutralizar, até certo ponto, a dor da vítima”⁴¹.

³¹ SILVA, W. M. O dano moral e sua reparação. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. pp. 22 e 28.

³² Seguindo a classificação dada em STEIN, B, ARNOLD, D. (ed.), A History of India, 2nd ed, Oxford: Wiley-Blackwell, 2010. p. 105.

³³ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 22.

³⁴ ROTH, M. T. Law collections from Mesopotamia and Asia Minor, 2nd ed. Atlanta: Scholars Press 1997, p. 13.

³⁵ FROES, J. V. Novos danos na responsabilidade civil: As fronteiras do dano moral ressarcível. Curitiba: Juruá, 2023. p. 60.

³⁶ ROTH, M. T. *Op. Cit.*, p. 17.

³⁷ *Ibid.* p. 71

³⁸ THEODORO JÚNIOR, H. Dano Moral, 1ª ed. São Paulo, Ed. Oliveira Mendes, 1998. p. 4.

³⁹ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 62. ROTH, M. T. *Op. Cit.*, p. 122.

⁴⁰ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 24.

⁴¹ *Ibid.* p. 25.

Outro exemplo histórico citado com frequência é o Código de Manu, redigido entre o século II A.C e o II D.C⁴², do qual se apontava a multa, a ser fixada rei, àquele que desse em casamento donzela com defeitos; a multa fixada contra aquele que “por maldade, proclamasse não ser virgem uma jovem”. Ainda, era apontado como reparação por danos “verdadeiramente morais” a marcação infamante do rosto de quem maculasse o “leito de núpcias de seu pai espiritual”; a multa contra os ministros ou juízes responsáveis pela condenação injusta do inocente e o desterro e mutilações desonrosas aos sedutores de mulheres alheias⁴³.

A doutrina, ao se debruçar sobre estes exemplos, ressalva que não se poderia pretender que as leis analisadas tivessem se referido “de modo positivo e expresso, ao dano moral”⁴⁴. A *contrario sensu*, aponta-se hoje tais exemplos “revelam que algumas das situações em que hoje se costuma ver a configuração do dano moral não passavam despercebidas pelos sistemas jurídicos e sociais da época [das leis e textos sumérios, babilônios e indianos analisados]”⁴⁵. Reconhece-se, no entanto, e diferentemente daquela época, que tais sanções não podem ser compreendidas como reparação, sendo posterior a distinção entre sanção e pena⁴⁶.

Ainda assim, as ressalvas doutrinárias não impediram acirrado debate acerca da indenizabilidade do dano moral na Grécia e no direito romano. Na Grécia, as evidências apontadas são literárias, como na lendária reparação paga por Ares a Hefesto pelo adultério daquele com Afrodite⁴⁷, bem como a reprovação de Ésquines a Demóstenes, por ter recebido soma em dinheiro de Mídias, por ter sofrido uma bofetada dele⁴⁸.

2.1.1. O debate acerca da indenizabilidade do dano moral no direito romano

Mais contencioso foi o debate acerca do direito romano. “(...) [A]lguns autores (geralmente os que admitem a sua reparação) querem fazer remontar [o conceito de danos morais] ao direito romano”. A discussão se centra nas figuras da *iniuria* e *damnum iniuria datum*. Em ambas, tem-se figura de “delito privado”⁴⁹, mas elas se distinguem entre si, sendo o

⁴² FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 62.

⁴³ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 23.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 63.

⁴⁶ *Idem.* p. 64.

⁴⁷ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 28.

⁴⁸ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 27. LALOU, H. p. 96.

⁴⁹ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 65, ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 36.

damnum iniuria datum sofrido pela vítima em seu patrimônio, enquanto “a *iniuria* atingia a pessoa do indivíduo em sua reputação e dignidade ou seu corpo”⁵⁰.

A doutrina aponta que a *iniuria*, enquanto objeto da *actio iniuriarum* era aplicada também às ofensas morais, sendo em sentido estrito ato voluntário que ofendia a honra de um indivíduo⁵¹. Em suma, “o sentimento jurídico romano não era totalmente alheio ao conceito de verdadeira e própria, dir-se-ia hoje civilística equivalência entre dinheiro e coisa não material ou patrimonial”.

Nada obstante, Gabba apresentou a opinião de que “certamente no direito romano não havia nem traço nem germe do conceito que danos morais são ressarcíveis”⁵². Apontou que a ação que decorria da *iniuria* era e o montante nela fixado teria natureza penal⁵³ e popular⁵⁴, com base nas *Institutas*, afirmou que era negado no direito romano a possibilidade de que o dinheiro pudesse ressarcir a lesão corporal, cicatriz ou desfiguração corporal. Ainda, asseverava que “a pena pecuniária da injúria não podia ser demandada senão pelo ofendido; não passava aos herdeiros, nem do ofensor, nem do ofendido”⁵⁵, acusando “todos os esforços para conectar com o direito romano a reparação do chamado dano moral são sofisticos e desesperados, coletando e forçando alguns trechos isolados das Pandectas”⁵⁶.

Gabba sustenta que os romanistas puros jamais poderão aceitar a reparação por danos morais, por que esta é obra da ciência moderna do direito, visto que o dano moral nunca foi traduzível em dinheiro para o direito romano, mas apenas numa pena. A ofensa moral podia ser compensada com dinheiro só quando revestisse o caráter de *injúria*. esta palavra abrangia todas as espécies de lesão do direito e era compensada com uma pena, que, embora fosse pecuniária, era sempre pessoal e intransmissível, o que prova que não era exigida a título de reparação civil.⁵⁷

⁵⁰ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 36..

⁵¹ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 29.

⁵² “Certamente nel diritto romano, non vi ha nè traccia, nè germe del concetto che i così detti danni morali si possono risarcire; non a infatti che vedere con tal concetto la riparazione a danaro, ammessa in diritto romano come oggetto dell’*actio iniuriarum*, e delle altre azioni *vindictam spirantes*. (GABBA, C. F. Questioni di Diritto Civile. Vol II. 2ª Ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1911. p. 217)

⁵³ *Ibid*, p. 226.

⁵⁴ *Ibid*, p. 218.

⁵⁵ “L’*injuria*, espressione di lato senso, si applicava in particolare anche ad offese morali, ma l’azione che ne conseguiva a riparazione pecuniaria, era per natura sua penale, sia che nelle ordinarie forme venisse esercitata, sia mediante extra-ordinaria cognitio (I. 10, I, de inj.) in vista del danno cioè, o in vista della contumelia (I. 45, 46, D, de inj.). E la pena pecuniaria dell’*injuria* non poteva essere domandata che dall’offeso; agli eredi non passava, nè dell’offensore, nè dell’offeso”. (*Ibid*. tradução nossa, destaques no original. p. 217)

⁵⁶ “Notisi il motivo tutto morale per cui il giure nega il risarcimento di quella specie di danno morale e quindi anche in tutte le altre; si vede che pei romani questo risarcimento, che a molti moderni sembra tanto ovvio, era invece una razionale, e quindi giuridica impossibilità. E, a ciò riflettendo, si possono al certo anticipatamente dire sofisticos e disperati, tutti i tentativi che si facciamo per ricollegare col diritto romano il risarcimento del cosiddetto danno morale, racimolando e forzando alcuni passi isolati delle pandette”. (*Ibid*. tradução nossa. p. 217)

⁵⁷ LIMA, Z. P. *Op. Cit.* p. 96.

Sobre a pena, Rosenvald registra que no sistema romano, existiam sanções voltadas à restauração do estado da vítima, mas também unicamente à punição do ofensor, em um sistema “paralelo e complementar ao criminal”⁵⁸.

Em parte, isso não é negado pela parte da doutrina que vê nestes institutos punitivos exatamente o germe ou traço da noção de indenizabilidade do dano moral que Gabba negou. Ihering, embora apontado como oposto a Gabba⁵⁹, também compreendia a *actio iniuriarum aestimatoria* como uma ação penal, e o dinheiro fixado na condenação como tendo uma função penal⁶⁰, ainda que explorando a finalidade satisfativa da condenação pecuniária. Minozzi teria apontado que o ponto não era de uma reparabilidade por absoluta equivalência do dano moral no direito romano, mas que o dano moral seria considerado entre os romanos como jurídico e, ainda que por meio da pena, compensado com dinheiro⁶¹.

Autores que entendem pela reparabilidade dos danos morais no direito romano contestam, com base em excertos das Institutas, o caráter necessariamente penal, sustentando ser possível também a ação civil⁶². Wilson de Melo da Silva conclui que “a destinação da soma arbitrada, se atribuída ao fisco ou à vítima, é que, de preferência, caracterizava o procedimento penal ou civil, do ofendido”⁶³.

Como visto, alguns autores apontam em exemplos mais remotos previsões verdadeiramente punitivas como antecedentes históricos da reparação pelo dano moral. Não se pretende aqui sugerir que o argumento destes autores é de traçar acriticamente uma relação de identidade entre a punição dos antigos e a reparação atual⁶⁴. O objetivo aqui é dual, no sentido de compreender os argumentos trazidos à voga sem, no entanto, perder de vista o caráter narrativo de vários dos esforços em identificar antecedentes de institutos modernos, com as limitações inerentes a este formato.

Em parte, as dificuldades apresentadas refletem a significativa transformação que a responsabilidade civil passou entre o tempo dos autores citados e os institutos apresentados. A

⁵⁸ ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 36.

⁵⁹ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 28.

⁶⁰ IHERING, R. *Del Interés en los Contratos. IN: 3 Estudios Juridicos.* Buenos Aires: Atalaya, 1947. Trad. Adolfo González Posada. p. 29.

⁶¹ LIMA, Z. P. *Op. Cit.* p. 97.

⁶² SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 35.

⁶³ *Ibid.* p. 37.

⁶⁴ O exemplo aqui é o próprio Wilson de Mello da Silva, quem, como visto, assevera que os institutos e disposições descritos “se relacionam com o que, modernamente, se convencionou chamar a reparação do dano moral” (SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 22). Ainda assim, logo adiante adverte que, ao menos nos exemplos dos Códigos de Manu e Hamurabi, não se poderia pretender que “tenham tido a manifesta intenção de se referirem, nessa parte, de modo positivo e expresso, ao dano moral” (*Ibid.* p. 23).

atual segregação entre responsabilidade civil e criminal, no contexto da qual a condenação a pagar determinada quantia se dá sem uma finalidade punitiva ou no qual a punição interage com outras finalidades pretendidas é compreendida, não era uma realidade ao tempo do direito romano⁶⁵. Sendo uma forma de delito, a figura do *iniuria* é afetada pelo fato de que “a noção romana de delito tinha uma forte conotação criminal; e mesmo que a função compensatória tenha paulatinamente sido enfatizada, no curso da história legal romana o elemento penal nunca foi abandonado. Como resultado, embora a distinção entre crime e delito existisse⁶⁶, era muito menos clara do que hoje”⁶⁷.

De toda forma, no relevante para as discussões travadas mais adiante, a doutrina destaca algumas passagens específicas. De forma cronológica, o registro doutrinário aponta para um cenário bastante comum ao cenário traçado para as outras culturas da antiguidade. A doutrina aponta que a Lei das XII Tábuas, no início do registro escrito do direito romano, previa punições para a difamação com palavras e cânticos, assim como o ferimento a outrem, na forma de fustigação e a pena de talião, respectivamente. “A lei das XII Tábuas representou uma época de transição’ entre a fase da composição voluntária e da composição legal obrigatória: a vítima de um delito privado é geralmente livre para se satisfazer pelo exercício da vingança corporal ou pela obtenção de soma em dinheiro”⁶⁸. Na eventualidade de arrancar-se ou quebrar-se um osso de outrem, a referida lei fixava multa variável de acordo com o estatuto de homem livre

⁶⁵ MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. *Op. Cit.* p. 30

⁶⁶ “Um delito era uma ofensa privada e, ainda assim, a *actio poenalis* servia para penalizar o ofensor. óbvio, portanto, que a *actio poenalis* privada se desincumbia do que nós consideraríamos a função de uma acusação criminal. Do outro lado, no entanto, advogados romanos também reconheciam um número de crimes. De fato, a moderna distinção entre crime e delito remonta às noções Romanas de *crimen* e *delictum*. Mas a fronteira entre um e outro não era traçada nas mesmas linhas que é hoje”. (“A delict was a private wrong and yet the *actio poenalis* served to penalize the wrongdoer. It is obvious, therefore, that the private *actio poenalis* discharged what we would consider to be the proper function of a criminal prosecution. On the other hand, however, Roman lawyers also recognized a number of crimes; in fact, the modern distinction between crime and delict goes back to the Roman notions of *crimen* and *delictum*. But the boundary between the two was not drawn along the same lines as it is today”. ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996. tradução nossa, p. 917).

⁶⁷ “Como invasão, a noção romana de delito tinha uma forte conotação criminal; e mesmo que a função compensatória tenha paulatinamente ganho destaque, no curso da história jurídica romana o elemento penal nunca foi inteiramente abandonado. Como resultado, a distinção entre crime e delito era muito menos clara do que hoje”. (“Like trespass, the Roman notion of delict had a strongly criminal flavour; and even though the compensatory function came increasingly to the fore, in the course of Roman legal history the penal element was never entirely abandoned. As a result, the distinction between crime and delict was much less clear-cut than it is today“. *Op. Cit.* P. 913).

⁶⁸ “A ce point de vue, le droit romain du temps des XII Tables représente ‘une époque de transition’ entre la phase de la composition volontaire et celle de la composition légale obligatoire: la victime d’un délit privé est tantôt libre de se satisfaire par l’exercice de la vengeance corporelle ou par l’obtention d’une somme d’argent, dont elle fixe librement le montant, tantôt contrainte d’accepter le paiement de la somme fixée par la loi. Mais cette somme reste essentiellement le prix de la vengeance, une composition, une poena; c’est une peine privée”. (MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. *Op. Cit.* Tradução Nossa. p. 30)

ou escravo do ofendido, sendo todos esses exemplos de *iniuria*⁶⁹. Moreira Alves, com base em comentários de Paulo e Gaio, assevera que a pena pecuniária existia como alternativa à pena de Talião para a *iniuria*⁷⁰.

De forma mais geral, e contrastando com as propostas de identificação de reparação em previsões aparentemente punitivas, Nelson Rosenvald aponta que

A estrutura do delito na Lei das XII Tábuas é composta de fatos que ensejam penas, devidas ao réu mediante soma de dinheiro, mas não em resposta ao fato cometido. Trata-se de um ônus (...) de evitar a *manus iniectio*, que representa a estrutura de aplicação da pena (...) capital⁷¹.

Tem-se posição distinta das já apontadas, que entende uma preocupação inicialmente punitiva do ofensor e que, ao longo do período republicano viu um abrandamento, com a gradativa despenalização do ilícito penal e a diversificação do ilícito civil⁷².

Ainda que se entenda, neste trabalho, ser anacrônico tentar cindir em linhas modernas o ilícito civil do penal nesta altura, o restante da doutrina parece apontar para elementos que corroboram a observação da diversificação do ilícito. Aponta-se para as ações formulárias para lesões não previstas, e para a *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*⁷³.

Esta foi objeto de algum objeto de especulação quanto a se continha todas as provisões atribuídas à “*Lex Cornelia*” ou se teria existido uma *Lex Cornelia de parricidio*⁷⁴. De toda forma, sabe-se que a *Lex Cornelia* (ou as *Leges Corneliae*) continha disposições contra o assassinato de parentes⁷⁵, a posse de armas com intenção de matar ou roubar, contra a morte ou o fogo causado por *dolus malus*, contra senadores ou magistrados que conspirassem para a condenação de outrem e disposições diversas contra envenenamento. Após modificações ou por *senatusconsulta*, a lei ainda passou a punir encantamentos ou sacrifícios com a intenção de

⁶⁹ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 65

⁷⁰ ALVES, J. C. M. *Op. Cit.* p. 626

⁷¹ ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 36.

⁷² *Ibid.*

⁷³ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 65

⁷⁴ LONG, G. *Leges Corneliae*. IN: SMITH, W. A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. Londres: John Murray, 1875. *texto online*. Disponível em: <https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Leges_Corneliae.html>. Acesso em 29/10/2024.

⁷⁵ Ou cidadãos romanos, se tomarmos *parricidium* como o assassinato de cidadão romano. (ALVES, J. C. M. *Direito Romano*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 41).

prejudicar outrem. No relevante para o presente estudo, tem-se que as punições variavam entre a *interdictio*⁷⁶, posteriormente suplantada pela deportação a uma ilha, e a morte⁷⁷.

Em casos como este, a doutrina se depara frontalmente com as dificuldades de separar a pena e a reparação civil. A narrativa se torna confusa, apontando-se que o direito romano clássico teria superado uma ideia de pena como ressarcimento, ideia que a doutrina analisada não traz elementos convincentes para fazer crer que existiu. Rosenvald apresenta duas distinções neste período. A primeira, entre delito, apontando que este seria o ilícito punido pelo *ius civile*, e crime, punido com a pena pública, a segunda entre *rei persecutio*, finalidade de restituir ao patrimônio da vítima o que lhe fora subtraído, e *poena*, com o escopo punitivo⁷⁸, familiar de seu cognato. Como apontado, no entanto, não se entende haver na doutrina civilística elementos para entender por uma distinção radical entre delito e crime no período romano, e o próprio autor aponta serem ambas *res* e *poena* finalidades da ação judiciária, não distinguindo entre os sistemas sancionatórios civil e público⁷⁹. Seguindo nessa linha, a *Lex Cornelia* não representaria uma ampliação do escopo da *ius civile*, tendo em vista o caráter público da pena que fixava. Similar, portanto, ao reportado acerca da *Lex Cornelia de iniuriis*, que permitia à vítima, nos casos de *iniuria* grave, a imposição das penas públicas ao réu. Neste caso, perderia o direito à *actio aestimatoria*⁸⁰.

A figura da *actio aestimatoria* surge no direito clássico, por obra pretoriana. Nesta altura que a *iniuria* passa a ter a amplitude que os comentários doutrinários centraram, abrangendo ofensas ao corpo, mas também as ofensas à honra. A doutrina anota variadamente que o ofendido estimaria, sob juramento, sua perda, submetendo-se ao controle do julgador⁸¹, ou que o juiz avaliaria o valor da condenação⁸². O Digesto, por fim, cumpre na doutrina função dual. Vários dos comentários doutrinários sobre o direito romano analisados se baseiam no Digesto, que também permanece como fonte acerca do conteúdo de leis anteriores.

O direito romano ganhou uma espécie de sobrevida no direito português e, por consequência, brasileiro colonial. Embora seja comum atribuir isto à Lei de 18 de agosto de

⁷⁶ Trata-se de uma forma punitiva de exílio, na forma de privação das necessidades vitais em território romano, com perda da cidadania. KELLY, G. P. *A History of Exile in the Roman Republic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p.26

⁷⁷ LONG, G. *Op. Cit.*

⁷⁸ ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 37.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ MOREIRA ALVES, *Op. Cit.* p. 633.

⁸¹ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 33.

⁸² MOREIRA ALVES, *Op. Cit.*, 633

1769⁸³, percebe-se que esta foi antes mais um movimento na limitação do uso do direito romano que sua afirmação. Isto pois já no livro II, Título V das Ordenações Manuelinas, se determinava a aplicação do direito romano somente na ausência de lei do reino, estilo da corte ou costume jurídico, “pela boa razão em que são fundadas”⁸⁴. Essa determinação é repetida no título LXIV do Livro Terceiro das Ordenações Filipinas⁸⁵ é novamente resgatada, reiterada e reforçada na Lei de 18 de agosto de 1769⁸⁶.

O direito romano (...) foi reafirmado como “direito subsidiário” e aplicado apenas segundo a “boa razão”. Com isso, se abala radicalmente a autoridade do direito romano, já que se estabelece uma distinção (...) entre o direito romano ‘indesejável’ e o direito romano conforme a “boa razão”⁸⁷.

A lei, portanto, pode ser compreendida não como uma afirmação da autoridade do direito romano pelo monarca, mas “o poder real a braços com o problema de salvaguardar a

⁸³ PEREIRA, C. M. S. Responsabilidade Civil, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 6.

⁸⁴ “Quando alguñ caso for trazido em practica, que seja determinado por algũa Ley de Nossos Reinos, ou Estilo de Nossa Corte, ou Costume em que os ditos Reinos, ou em cada hũa parte delles longuamente usado, e tal que por Dereito se deva guardar, seja per elles julguado, nom embargante que as Leys Imperiaes acerca do dito caso desponham em outra maneira (...) E quando o caso de que se trata nom for determinado por Ley, Estilo, ou Costume do Reyno, Mandamos que seja julguado (...) e sendo materia que nom tragua pecado, Mandamos que seja julguado polas Leys Imperiaes (....) as quais Leys Imperiaes Mandamos soamente guardar pola boa razam em que sam fundadas”. PORTUGAL, Ordenaçens do Senhor Rey D. Manuel. Livro II. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/e736e4ed-b149-4176-9010-96c6fb46d385>. Acesso em 30/10/2024. p. 21.

⁸⁵ PORTUGAL, Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’El-Rey D. Phillippe I, 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 30/10/2024. pp. 663 e 664

⁸⁶ “9 Item: Sendo-Me presente, que a Ordenação do Livro Terceiro Titulo Sessenta e Quatro no Preambulo, que mandou julgar os casos omissos nas Leis Patrias, estilos da Côrte, e costumes do Reino, pelas Leis, que chamou Imperiaes, não obstante a restricção, e a limitação, finaes do mesmo Preâmbulo contendadas nas palavras - As quaes Leis Imperiaes mandamos sómente guardar pela boa razão, em que são fundadas -, se tem tomado pretexto; tanto para que nas Allegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Patrias, fazendo-se uzo sómente das dos Romanos; como para se argumentar e julgar pelas ditas Leis de Direito Civil [romano] geral, e indistinctamente, sem se fazer diferença entre as que são fundadas naquella boa razão, que a sobredita Ordenação do Reino determinou por unico fundamento para as mandar seguir (...)” O texto da lei segue, primeiro estabelecendo hipóteses de “boa razão” que convidaram a aplicação do direito romano, e na sequência reiterando a inadmissibilidade de “não poderem os Meus Vassalos ser governados, e seus Direitos e Domínios seguros, como devem estar, pelas disposições das Minhas Leis, vivas, claras, e conformes ao espirito nacional, e ao estado presente das cousas destes Reinos (....) [e] ficarem (...) vacillando entregues ás contingentes disposições, e ás intrincadas confuzões das Leis mortas, e quasi incomprehensíveis daquella República acabada, e daquele Imperio extincto depois de tantos Seculos”.(SILVA, A. D. Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordenações, v. 2: Legislação de 1763 a 1774. Lisboa: Typografia de L. C. da Cunha, 1858. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/dcb14530-0f7b-4eb9-980b-fb50aead04d4>. Acesso em 04/11/2024. pp. 411 e 412).

⁸⁷ BUSTAMANTE, T. R. A “Lei da Boa Razão” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. *IN: Revista Estudos Filosóficos UFSJ*, n. 14, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://seer.ufsj.edu.br/estudosfilosoficos/article/view/2077>. Acesso em: 04/11/2024.

vigência, a título de direito principal, do direito nacional, tentando defendê-lo dos esforços dos juristas no sentido de o submeter ao ‘imperialismo’ do direito comum”⁸⁸.

Em qualquer caso, a aplicação subsidiária do direito romano teve sobre-relevância para o objeto de estudo, vez que

(...) grande parte das disposições das Ordenações são fortemente influenciadas pelo direito romano a quase totalidade dos seus preceitos diz respeito ao direito público (constitucional, administrativo, fiscal e penal), deixando praticamente intacto o direito privado, domínio em que continuam a vigorar plenamente os resultados da ciência jurídica dos comentadores⁸⁹.

“O livro V das Ordenações Filipinas, que encerra as disposições de direito penal, atendia mais diretamente ao dano, como crime, prescrevendo penalidade, pena pecuniária e reparação”⁹⁰. Neste se encontram hipóteses já familiares. Concernente ao objeto deste estudo, a morte era retribuída com morte em diversas circunstâncias, variando conforme a culpa do ofensor⁹¹, as circunstâncias do crime e as relações pessoais entre ofensor e ofendido⁹². O que sofre ferida no rosto, diversamente, tem enunciado direito valor pela ferida, a ser julgado conforme a qualidade da pessoa, “com tanto que não seja menos que dez mil reis”⁹³,

2.1.2. O tratamento doutrinário do direito visigótico

Embora menos noticiado pela doutrina, os antecedentes históricos do direito português e, por consequência, brasileiro, não se encerraram com o direito romano. Mesmo o próprio direito romano foi objeto de comentários, reinterpretações e serviu de base para ordenamentos que vigeram em território português e, por extensão, compõem o histórico jurídico brasileiro.

Sem a pretensão de apresentar aqui uma análise exauriente da evolução medieval dos institutos jurídicos, dados os limites tanto da pesquisa, como dos objetivos deste resgate histórico, expõe-se uma breve notícia do direito visigótico. O domínio visigodo, embora tenha iniciado no plano jurídico com éditos de chefes na função (atribuída ou usurpada) de magistrados romanos por chefes visigóticos, e sido marcado durante certo período por uma

⁸⁸ HESPANHA, A. M. História das Instituições. Coimbra: Almedina, 1982. p. 530.

⁸⁹ *Ibid.* p. 504.

⁹⁰ AZEVEDO, V. P. V. Crime - Dano - Reparação. São Paulo: Empresa Grafica Revista dos Tribunais, 1934. p. 34.

⁹¹ PORTUGAL, Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d’El-Rey D. Phillippe I, Livro V. *Op. Cit.* p. 1185

⁹² *Ibid.* pp. 1187 a 1192.

⁹³ *Ibid.* p. 1186.

legitimação das leis decalcada da autoridade imperial, ainda foi fortemente influenciado pelo direito romano.

Embora José de Aguiar Dias descarte o *Fuero Juzgo*, tradução do *Liber Iudicum* encomendada por Fernando III de Castela, afirmando que nele “[s]ubsiste (...) o critério germânico em tôda sua primária brutalidade”⁹⁴, tal legislação “estava fortemente ancorada na tradição jurídica romana”⁹⁵. Nisto, tem-se a continuação de uma tradição jurídica de outras codificações durante o domínio visigótico que antecederam o *Liber Iudicum*, iniciando com o Breviário de Alarico, fundado em compilações como os Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano⁹⁶.

A doutrina comenta que os visigodos “não conseguiram jamais estabelecer a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal, embora considerassem o homicídio involuntário, não sujeito a pena alguma, como gerador de reparação civil, em favor dos parentes da vítima”⁹⁷. Observa, no entanto, que a composição, de origem germânica, era considerada como pena⁹⁸. A ausência de separação firme entre as responsabilidades não marca grande contraste com o direito romano, como visto, mas a observação doutrinária quanto a indistinção tem evidência no fato de que, na compilação de leis dos reis visigóticos do *Liber Iudicorum*, não se encontram títulos dedicados ao ilícito civil. Os atos que vêm sendo analisados nos ordenamentos anteriormente tratados, de homicídio, envenenamento, ofensas corporais e à honra, são tratados no Livro VI, “De sceleribus et tormentis”, que pode ser traduzido como sobre os crimes e os castigos⁹⁹.

Apenas a título exemplificativo, em uma lei atribuída a Égica, é determinado que acusação injusta de crime, resultando na tortura de homem livre, resulte na entrega do acusador ao acusado como escravo, a menos que o acusador acorde com o ofendido soma para compensar

⁹⁴ DIAS, J. A. Da Responsabilidade Civil. 3ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1954. p. 31.

⁹⁵ HESPANHA, p. 120.

⁹⁶ *Ibid.* p. 121.

⁹⁷ DIAS, J. A. *Op. Cit.* p. 32. Aqui há, entretanto, aparente incompreensão pelo autor do trecho que cita de Vicente de Paulo Vicente de Azevedo. Isto pois este autor comenta que “O homicídio, que se castigava com o máximo rigôr, quando premeditado ou intencional, não estava sujeito a pena alguma quando involuntário. A lei previa, entretanto, que em contenda ou por imprudencia um homem tirasse a vida a outro: e, ambos os casos fixava a reparação civil, em favôr dos parentes da vítima, em uma libra de ouro. (AZEVEDO, V. P. V. *Op. Cit.* p.29). Tratavam-se, de previsões distintas para o que a própria compilação visigótica tratava como hipóteses distintas (Fuero Juzgo, en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices - Reproducción digital de la edición de Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1815. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em:<<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrf5r6>>. Acesso em 29/10/2024. pp. 112 e 113).

⁹⁸ AZEVEDO, V. P. V. *Op. Cit.* p. 30.

⁹⁹ E é traduzido no texto castelhano como “De los malfechos e de las penas e de los tormentos”. Fuero Juzgo, *Op. Cit.* pp. 99.

o ofendido pelos sofrimentos suportados. A mesma lei limita as circunstâncias em que é admissível a tortura, e determina que o juiz que, por corrupção, acidente ou malícia, submeter homem livre à tortura que resulte em morte, seja entregue aos parentes mais próximos do ofendido para sofrer os mesmos tormentos que o ofendido¹⁰⁰. Outra lei, atribuída a Quindasvinto limitava a pena à pessoa do culpado¹⁰¹.

O tratamento das matérias em poucos casos é sistematizado, e o homicídio é especialmente tratado de maneira díspar, contendo a compilação diversas previsões para diversas circunstâncias que resultassem na morte de outrem, bem como para diversas hipóteses de relação pessoal entre as partes¹⁰². Em maior medida, no entanto, o tratamento reservado para os casos de morte variava refletindo o juízo moral sobre o ato¹⁰³. Leis atribuídas a Recesvindo determinavam a não-punição do que matasse sem o saber, por acidente, ou não vendo a vítima, ou ainda tendo sido empurrado sobre a vítima; nesta última hipótese, no entanto, ao que empurrou, assim como ao que quis apenas ferir terceiro, matando a vítima por acidente é fixada obrigação de pagar aos parentes da vítima quantias determinadas¹⁰⁴.

Após a invasão árabe, Vicente de Paula Vicente de Azevedo anota a prevalência de direito consuetudinário e os forais, com frequência, aplicavam a pena pecuniária. Esta, no entanto, não isentava o ofensor de penas corporais, e tinham caráter fosse variado, ou de composição, ou de custas para a administração da justiça, ou de tributo¹⁰⁵. Em qualquer caso, após a reconquista, como visto, a compilação medieval foi traduzida e resgatada, sendo fonte de direito na península ibérica¹⁰⁶.

2.1.3 A cisão das responsabilidades civil e criminal e o direito contemporâneo

Superada esta etapa, chega-se ao ponto que, refletindo as críticas já expostas, compromete a noção de uma supra-narrativa, que tenta identificar uma pretensa universalidade ou atemporalidade de soluções que são intrinsecamente modernas. Em que pese o aproveitamento de noções, distinções e mesmo o vocabulário introduzido pelo direito romano,

¹⁰⁰ *Ibid.* pp. 101 e 102.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 104.

¹⁰² Por exemplo, em lei atribuída a Recesvindo determina que não seja punido o mestre ou professor que, sem malícia, pune o pupilo, causando-lhe a morte. *Ibid.* p. 113.

¹⁰³ AZEVEDO, V. P. V. *Op. Cit.* p. 29.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 112.

¹⁰⁵ AZEVEDO, V. P. V. *Op. Cit.* p. 30.

¹⁰⁶ DIAS, J. A. *Op. Cit.* p. 31.

este “não conheceu o problema e a disciplina da responsabilidade civil como atualmente se apresenta no direito ocidental¹⁰⁷.

São creditados ao desenvolvimento iluminista e ao direito francês três desenvolvimentos que, consolidados no *Code Napoleon*, marcam a separação entre responsabilidade civil e penal que, entende-se aqui, distinguem a responsabilidade civil moderna para fins do presente estudo e não podem, em conjunto ou isoladamente, ser presumidos pré-existentes. Mais importante do que isto, no entanto, é o modo e a razão de separação.

O exame dos trabalhos preparatórios do (...) Código Civil [francês] mostram que em 1804 a evolução capital é alcançada definitivamente. Podemos agora estabelecer o princípio formulado por Ihering: “Tudo o que é pessoal, tudo o que poderia evocar a ideia de pena, é excluído na reparação do dano”. Essa é, pelo menos, a vontade muito clara dos redatores; em seu discurso ao Corpo Legislativo, o tribuno Tarrible o declarou sem ambiguidade: Não faz parte dos objetivos do projeto de lei considerar aqui os delitos em relação à ordem política. **Eles são considerados apenas em relação ao interesse da pessoa lesada**¹⁰⁸.

Aqui se aponta para o evidente: do fato de sistemas jurídicos anteriores terem se preocupado com elementos e a tutela de direitos personalíssimos não pode ser havido, sem ulterior evidência, como antecedente da responsabilidade civil pelo dano moral enquanto. Nem, ainda, que algumas legislações tenham prescrito obrigações de pagar ou compor pagamento, ou que determinadas matérias tenham sido tratadas por ações privadas. No mínimo, não podem ser havidos sem ulteriores evidências em períodos quando a reponsabilidade penal e civil eram confundidas, especialmente no caso do homicídio, que a própria doutrina afirma que em tempos “primitivos” seriam “reparados” com a morte do homicida¹⁰⁹. Não se nega categoricamente a possibilidade do germe ou traço aludidos por Gabba da reparação do dano moral, mas aponta-se para a insuficiência das evidências apresentadas da doutrina para fazer-se este juízo.

¹⁰⁷ AMARAL, F. *Op. Cit.* p. 4.

¹⁰⁸ “L’examen des travaux préparatoires de notre Code civil montre qu’en 1801 l’évolution capitale est achevée: la distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale est une notion définitivement acquise. On peut désormais poser le principe formulé par Ihering: ‘Tout ce qu’il y a de personnel, tout ce qui pourrait rappeler l’idée de peine est exclu dans la réparation du dommage’. C’est du moins la volonté très nette des rédacteurs; dans son discours au Corps législatif, le tribun Tarrible le déclare sans ambigüité: Il n’entre pas dans les dessins du projet de loi de considérer ici les délits sous leurs rapports avec l’ordre politique. Ils ne sont envisagés que sous le rapport de l’intérêt de la personne lésée.” (MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. *Op. Cit.* Tradução Nossa, grifo nosso. p. 48). Note-se ainda que em nota de rodapé o autor comenta que O Código penal de brumário em IV definiu em seu art. 4: ‘Todo delito dá essencialmente causa a uma ação pública, e pode também resultar em uma ação privada ou civil’ A ideia de pena privada subsiste entretanto em certa medida” (“Le Code penal de brumaire an IV décidait dans son article 4: ‘Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique, il peut aussi en résulter une action privée ou civile’”. *Ibid*).

¹⁰⁹ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 457.

A título exemplificativo, no sistema brasileiro atual, há a previsão de multas como penas alternativas à prisão, bem como tutela penal de direitos imateriais como a honra, a liberdade e dignidade sexuais. Ainda assim, não se pretende, qualquer que seja o efeito real de “neutralização da dor da vítima” que a “alegria demoníaca da vingança”¹¹⁰ venha a ter caso a caso, que estes elementos se confundem com a reparação. Como se colocará adiante, pretender o contrário ou, ainda, partir da narrativa que coloca tratamentos penais em uma história da responsabilidade civil faz confundir os dois institutos, desenfatura a diferença de funções que existe hoje e desvia a discussão do ponto central: Quando se trata de responsabilidade civil por danos morais, frequentemente se esbarra em situações nas quais a reparação simultaneamente justa e legalmente exigível é impossível. A punição do ofensor, que ademais era em vários casos o único tratamento dado nos casos de homicídio, como visto, não furta o elemento reparatório de seu dilema. Desmistificando o que é punição do que é reparação, este dilema força a uma dicotomia. Ou se renuncia à reparação como função primária ou mesmo detentora de qualquer grau de relevância para a orientação responsabilidade civil, ou se enfrenta, em muitos casos, admitindo-se a limitação do possível, o dilema. Sobre isto, retornará no capítulo seguinte.

Em qualquer caso, retorna-se às três transformações, apontando-se que a primeira é a sistematização em uma regra geral de responsabilidade civil, consolidando a transformação ocorrida ao longo do período anterior do direito francês¹¹¹, abandonando-se o critério de enumeração de situações de composição obrigatória¹¹². “O Código Civil Francês de 1804 contém uma norma geral de reparação do dano causado por *faute*”¹¹³. A amplitude reconhecida

¹¹⁰ Como apontado por Wilson de Mello da Silva, ao explicar estes sistemas jurídicos antigos que não continham previsão senão punitiva como antecessores da reparação do dano moral. (SILVA, W. M. Op. Cit. p. 31).

¹¹¹ DIAS, J. A. Op. Cit. p. .

¹¹² AMARAL, F. Op. Cit. p. 30.

¹¹³ FROES, J. V. Op. Cit. p. 71. Os Mazeaud explicam que “segundo a tradição do antigo direito, os redatores [do código] vão estabelecer um princípio geral de responsabilidade civil, uma regra suscetível de aplicações ilimitadas. Bertrand de Greuille declara: ‘Todo indivíduo é responsável por seus atos; essa é uma das primeiras máximas da sociedade; de onde decorre que, se um ato causar dano a outra pessoa, é necessário que aquele por cuja *faute* isso aconteceu seja obrigado a repará-lo’, e Tarrille se expressa ao Corpo Legislativo da seguinte maneira: ‘Esta disposição abrange, em sua vasta amplitude, todos os tipos de danos e os sujeita a uma reparação uniforme, que tem como medida o valor do prejuízo sofrido. Desde o homicídio até a lesão leve, desde o incêndio de um edifício até a quebra de um móvel modesto, tudo está submetido à mesma lei, tudo é declarado suscetível de uma avaliação que indenizará a pessoa lesada pelos danos quaisquer que tenha sofrido’”. (“suivant la tradition de l'ancien droit, les rédacteurs vont-ils poser un principe général de responsabilité civile. Une règle susceptible d'applications illimitées. Bertrand de Greuille déclare: "Tout individu est garant de son fait; c'est une des premières maximes de la société; d'où il suit que si fait cause à autrui quelque dommage, il faut que celui par la faute duquel il est arrivé soit tenu de le répare", et Tarrille s'exprime au Corps législatif de la manière suivante: "Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi, tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui in

em seu art. 1.382 é tal que, no segundo desenvolvimento de destaque, levou ao reconhecimento da ressarcibilidade do dano moral naquele ordenamento¹¹⁴.

Como se verá adiante em detalhe no caso do direito brasileiro, a estrita redação legal é um marco, que pode ser apontado em retrospectiva para explicar, em uma narrativa coerente, o desenvolvimento de um instituto, mas a transformação ideológica na doutrina e jurisprudência é tanto mais gradativa quanto mais impactante. O próprio *Code* testemunhou isto pois, em que pese a ênfase da doutrina contemporânea, sua interpretação não foi sempre unânime. Comentando a impossibilidade de uma teoria intermediária entre a positiva e a negativa da ressarcibilidade dos danos morais, Zulmira Pires de Lima anota que:

(...)[E]ntendem uns (Laurent e Larombière) que o juiz, usando de sua livre faculdade de apreciar e constatar os prejuízos sofridos, pode e deve tomar em consideração os danos morais, porque a lei (art. 1.382 do Código de Napoleão) fala de dano em geral; porém restringem o conceito de dano moral àqueles casos em que são ofendidos os direitos que constituem a essência do nosso ser, como a honra, a liberdade, etc. Outros, como Aubry et Rau, admitem a reparação do puro dano moral só no caso dêste resultar de uma infração penal¹¹⁵.

“Na Europa só o Código suiço declarava reparável em dinheiro a simples dor moral e as outras legislações continuavam indiferentes à nova orientação que começava a se fazer sentir na jurisprudência e na doutrina francesa, italiana, belga, etc”¹¹⁶.

Por vezes, a narrativa apresentada a seguir tratará de mudanças legislativas que consolidaram o entendimento já vigente na doutrina ou nos tribunais, ou apesar da carência de mudança significativa na redação legal, há um consenso de mudança. Não por acaso, portanto, que o *Code Napoleon* de 1804 seja um ponto na transformação; que é alternativamente atribuída à tradição do direito antigo¹¹⁷ ou às transformações sociais da revolução industrial, quando “instrumentos ressarcitórios projetados para oferecer compensação em maneira sistemática são desenvolvidos”¹¹⁸.

A influência destas duas transformações não foi uniforme, com um modelo de suportes fáticos regrados de forma específica persistindo em ordenamentos modernos¹¹⁹, especialmente

demmisera la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés". MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. *Op. Cit.* Tradução Nossa, grifo nosso. p. 48).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 73.

¹¹⁵ LIMA, Z. P. *Op. Cit.* p. 99.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Cf. Nota 109 acima.

¹¹⁸ “Ma strumenti risarcitori disegnati per offrire *compensation* in maniera sistematica sono stati sviluppati solamente a partire dalla rivoluzione industriale” (COMANDÉ, G. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*. Turim, G. Giappichelli Editore, 1999. p. 7. Tradução nossa).

¹¹⁹ *Ibid.* p. 75

em matéria extrapatrimonial¹²⁰. Ainda assim, apresentam uma unidade da responsabilidade civil, com tratamento (ao menos idealmente) internamente coerente e sistemático. Mais ainda, no terceiro desenvolvimento, um instituto com premissas próprias e distintas da responsabilidade criminal¹²¹.

No direito brasileiro, a separação entre a responsabilidade civil e criminal não foi marcada, de imediato, legislativamente. Ao tempo da independência, ainda vigiam as Ordenações do Reino. A legislação “atendia mais diretamente ao dano, como crime, prescrevendo penalidade, pena pecuniária e reparação (...) as idéias de reparação, pena e multa eram confusas, não visando claramente à indenização, nem mesmo quando os bens do criminoso sofriam confiscação”¹²².

A reparação, em termos comparáveis com os atuais, veio curiosamente no Código Criminal de 1830, que continha capítulo dedicado à satisfação, determinando a reparação do dano conforme regras gerais¹²³. O Código determinava a satisfação do dano causado pelo delito, mais completa possível, avaliando-se o mal resultante ao ofendido “em todas as suas partes e consequências”¹²⁴. A regra legal preferia a restituição da coisa, indenizados deterioramentos e, na falta, o equivalente, em seu preço ordinário e, quando não excedente, o de afeição, contando e regrando os juros¹²⁵. Por fim, no que interessa ao estudo, fixava a solidariedade da obrigação, tendo mais de um ofensor, e a transmissibilidade ao herdeiro, até o limite dos bens herdados¹²⁶.

Percebe-se, portanto, uma série de regras que, de um lado, são idênticas às regras vigentes atualmente e, de outro, uma carência de regras aplicáveis ao dano moral, ressalvados os comandos gerais de satisfação do dano da forma mais completa possível. Mais marcante, a satisfação era subordinada à condenação criminal¹²⁷, com três exceções delineadas no art. 31 do Código. Excepcionava-se da exigência de condenação criminal quando o ofendido preferisse a ação civil e nos casos de ausência ou falecimento do ofensor¹²⁸. Nesta sistemática, cabia ao júri estimar e determinar o ressarcimento do dano¹²⁹.

¹²⁰ CAHALI, Y. S. *Dano Moral*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 31.

¹²¹ ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 40; DIAS, J. A. *Op. Cit.* p. 31.

¹²² AZEVEDO, V. P. V. *Op. Cit.* pp. 34 e 35.

¹²³ DIAS, J. A. *Op. Cit.* p. 34. AZEVEDO, V. P. V. *Op. Cit.* p. 37.

¹²⁴ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28/02/2025.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ DIAS, J. A. *Op. Cit.* p. 35

¹²⁸ Código criminal de 1830

¹²⁹ AZEVEDO, V. P. V. *Op. Cit.* p. 40.

A separação ampla entre o juízo criminal e o juízo civil em matéria de tutela dos danos adveio no direito brasileiro com a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, cujo art. 68, que revogou o art. 31 do Código Criminal de 1830, e determinava que a “indenização em todos os casos será pedida por acção cível”¹³⁰. A lei estabelecia, no entanto, que o fato e a autoria não poderiam ser discutidos após estabelecidos pelo juízo criminal¹³¹, completando um quadro similar com o cenário atual do direito pátrio.

Finalmente, e já entrando no campo do direito vigente¹³², o Decreto 2.681/12 determina a responsabilidade das estradas de ferro por morte, ferimento e lesão corpórea em seus art. 17 e segs. A lei estabelece um regime de presunção de culpa das estradas de ferro. O desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, no entanto, foi contemporâneo aos desenvolvimentos acerca do Código Civil de 1916, pelo que se analisará na sessão seguinte, assim como suas disposições em específico.

2.1.4 Debate moderno acerca do dano moral

Finalmente, e considerando a incerteza e, em certa medida, imprecisão do recuo à antiguidade, importa analisar o debate, propriamente moderno, em torno da tutela do dano moral à época e, em parte da literatura, até hoje expressa em termos de ressarcibilidade, ainda que nem todos os argumentos se limitassem à reparação.

Mesmo sem avançar ainda à questão da fragmentação do dano moral em vários danos não-patrimoniais, o dano moral já permite presumir certo distanciamento entre dano e reparação. Isto era percebido no contraste entre a facilidade de restauração de danos materiais por um equivalente econômico¹³³ e o uso imperfeito, pela ausência de outro melhor, do dinheiro para hedonisticamente distrair o ofendido dos sentimentos ruins advindos da ofensa moral¹³⁴.

Contra isso, parte da doutrina apontava que o fenômeno morte, para indenização, precisava ser considerado “econômica e moralmente”¹³⁵. A compensação do dano moral causado pela morte, no entanto, não era defendida apenas em termos de integral reparação.

¹³⁰ Lei 261

¹³¹ *Ibid.*

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Acórdão. REsp 1833722 SP. Relator Min. Raul Araújo. Julgado em 03/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900130702&dt_publicacao=15/03/2021>. Acesso em 13/04/2020. p. 8.

¹³³ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p.468.

¹³⁴ *Ibid.* pp. 470 e 471.

¹³⁵ BEVILÁCQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. II. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 687

Neste ponto, sendo a indenização do dano moral proposta em termos de consolo, por definição, impossível ao morto, em uma visão laica, era apontada também em termos de punição do ofensor, contra um excesso de rigor na aplicação do art. 1.537, CC/16, a excluir a indenização do dano moral¹³⁶, pelo que representaria também de castigo ao ofensor¹³⁷.

Apontava-se também para a norma do inciso I daquele artigo, pelo qual era indenizável o luto da família. Enquanto parte da doutrina entendia a disposição normativa como abrangendo o dano moral, a redação exata do dispositivo, determinando o “pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família” levou ao entendimento de que corresponderiam aos gastos e lucros cessantes em função da observância convencional do luto¹³⁸.

Mais além, a doutrina deste período se debatia sobre a possibilidade dogmática de admitir a tutela civil do dano moral.

Contra a tutela do dano moral, Zulmira Pires de Lima apresentou objeções que foram sistematizadas da seguinte forma: a) falta de um efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades de cognição do dano; d) indeterminação do número de lesados; e) impossibilidade de avaliação pecuniária; f) imoralidade; e g) o arbítrio concedido ao juiz¹³⁹. Evidentemente, nem todas essas objeções são aplicáveis ao dano moral que advém da morte, enquanto outras se tornam especialmente sensíveis.

A primeira objeção é atribuída a Gabba, quem

ao lado dos efeitos permanentes das lesões aos bens econômicos, enxergava apenas a transitoriedade desses mesmos efeitos aos bens do patrimônio ideal. À maneira dos sulcos abertos à superfície das águas, a lesão, em tal caso, bem depressa teria desaparecido e recomposto estaria, em mais ou menos breve tempo, o patrimônio moral do lesado.¹⁴⁰

A objeção se funda na ideia de que a ideia de dano estaria inseparável da ideia de uma diminuição durável de prazer. A objeção do autor italiano seria de que a ofensa ao decoro, liberdade e os desgostos e aflições seriam passageiros, constituindo meras ofensas¹⁴¹. O autor aponta que a noção de dano não seria grandemente separável da noção de um efeito penoso durável¹⁴².

¹³⁶ *Ibid.* p. 71.

¹³⁷ SANTOS, J. M. C. *Op. Cit.* p. 71

¹³⁸ SANTOS, J. M. C. *Op. Cit.* p. 82

¹³⁹ DIAS, J. A. Da Responsabilidade Civil. 3ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1954. p. 723.

¹⁴⁰ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p.255.

¹⁴¹ LIMA, Z. P. *Op. Cit.* p. 100.

¹⁴² . GABBA, C. F. *Op. Cit.* p. 217.

Evidentemente, no objeto deste trabalho não se lida com qualquer espécie de dano efêmero ou reversível, mas é importante anotar que a morte não parece estar no escopo das violações analisadas e comentadas. Esta crítica parece ter sido incompreendida na doutrina como a posição de Gabba acerca de todo e qualquer dano moral. Ocorre nesta parte uma tentativa de distinção entre várias hipóteses tratadas por dano moral pelo autor, mais do que uma denúncia geral dos danos morais.

São danos morais, objeto de discussão os seguintes: Ofensa ao corpo, a qual a) somente produz dor física e enfermidade, mais ou menos longa, ou b) para além da dor física, e da enfermidade, ocasionam mutilação, deformação, quebram irreparavelmente o organismo e a saúde física; II) Ofensa ao decoro físico-moral de uma pessoa, como por exemplo um tapa, o adultério com mulher alheia, que ofenda mais ou menos gravemente o pudor, uma violação e diminuição da liberdade pessoal alheia, sem ofensa do corpo ou ao decoro; III) diminuição dos benefícios morais, que uma pessoa tinha direito de esperar de outra, por força de uma ofensa corporal, ou ainda de um dano patrimonial que recaiu a esta, como, por ex. o assassinato, a destruição da saúde ou a ruína do patrimônio dos genitores; IV) aflições morais ou angústia do ânimo, causado por causadas por outro tipo de ofensa, seja à vítima direta dessas ofensas ou a outras pessoas relacionadas a ela, como, por exemplo, a angústia de quem temeu por muito tempo não conseguir recuperar a saúde, ou a de um filho, de um pai, de uma mãe, pelo mal feito aos pais ou aos filhos.¹⁴³

Dentro dessa distinção,

Que se chame de dano, e propriamente dano físico, uma lesão corporal é permissível e plausível; que também se chame dano a diminuição da consideração social de uma pessoa, ou a ofensa ao pudor de um menino ou menina, ou a perda da assistência dos genitores é similarmente plausível; mas chamar dano uma ofensa ao decoro, liberdade ou uma das tantas aflições morais, que são grande parte da ciência do direito moderna do dano moral, não é certamente discurso próprio¹⁴⁴.

¹⁴³ “E quindi sono *danni morali*, oggetto di discussione, i seguenti: I) Offese al corpo, le quali a) soltanto fisico dolore producono, e malattia, più o meno lunga, oppure b) oltre al fisico dolore, e alla malattia, cagionano mutilazioni, deformazioni, guasto irreparabile dell’organismo e della salute fisica; II) offese del decoro fisico-morale di una persona, come per es. uno schiaffo, una manomissione di donna altrui, che ne offenda più o meno gravemente la pudicizia, una violazione e diminuzione dell’altrui libertà personale, senza offesa del corpo, nè al decoro; III) tolti o scemati vantaggi morali, che una persona aveva diritto di aspettarsi da un’altra, in virtù di un’offesa corporea, o anche di un ranno patrimoniale recato a quest’ultima, come per es. l’uccisione, o la distrutta salute, o il rovinato patrimonio dei genitori; IV) afflizioni morali o patemi d’animo cagionati per ogni guisa di offese o alla diretta vittima di queste, o ad altre persone, attinenti ad essa, come per es. il patema d’animo di chi temette per moto tempo di non potere più recuperare la salute, o quello di un figlio, di un padre, di una madre, per il male fatto ai genitori od ai figli” (*Ibid.* Tradução nossa, grifo no original. pp. 211 e 212).

¹⁴⁴ “Che si chami danno, e propriamente danno fisico, una lesione corporale, è amesso e plausibile: che anche danno si chiami la schemata considerazione sociale di una persona, o l’offesa pudicizia di un fanciullo o di una fanciulla, o la perduta assistenza dei genitori è plausibile del pari: ma chiamar danno un’offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali che si larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è certamente proprio discorso. Imperocchè dall’idea di danno non è maggiormente separabile nel comune linguaggio, che in quello giuridico, l’idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole di ben essere, sia morale, sia materiale; durevole effetto, durevole diminuzione, tintantochè risarcita non sia, se risarcire si può. Ora, le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi d’animo sono fenomeni ed effetti morali più o meno durevoli bensì, ma sempre passeggeri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima. L’espressione quindi *danni morali* è male applicata per lo meno nella metà dei casi, a cui pure si suole applicarla (*Ibid.*, tradução nossa. pp. 229 a 230).

Esta crítica específica, em seus próprios termos, é extensível ao dano moral “em sentido estrito” ou “puro”¹⁴⁵, e não a todas as hipóteses de dano extrapatrimonial.

Entender a crítica efetivamente feita não faz concordar com ela, mas permite colocar os problemas apontados por Gabba em perspectiva e contextualizá-los em um apontamento útil para a análise funcional da tutela por meio da responsabilidade civil. A discordância permanece, em parte, pelo aperfeiçoamento do conceito de dano desde 1911, ano de publicação da obra, que será explorado adiante. A doutrina acolheu, em qualquer caso, o contra-argumento de Minozzi, para quem a duração do dano deve influir na maneira e amplitude da reparação, não na qualificação do dano como reparável¹⁴⁶. Isto não tira a relevância da questão levantada sobre o que configura o dano moral indenizável, e extensível a todos os tipos de dano, que para parte relevante da doutrina ainda devem guardar um mínimo de gravidade¹⁴⁷.

A segunda objeção, por sua vez, é atribuída à Chironi, para quem não seria inadmissível a responsabilidade por danos morais, mas não pareceria existir um verdadeiro direito merecedor de proteção nestes casos¹⁴⁸. Novamente tem-se o acolhimento do argumento de Minozzi, de que a ofensa a qualquer direito poderia ocasionar, potencialmente, dano moral. Em síntese, concorda-se com a necessidade de um direito protegido para a tutela do dano, negando-se, no entanto, existir uma categoria especial de direitos que exclusivamente ocasionaram danos morais¹⁴⁹. “O dano que se biparte em material ou moral, segundo a natureza da perda que se determine”¹⁵⁰. Ofensas à honra podem resultar em perdas materiais, e ofensas ao patrimônio podem repercutir na capacidade ou qualidade da moradia do ofendido, com reflexos em sua saúde, bem imaterial. A crítica teria, curiosamente, incorrido na falta que Gabba aponta em algumas posições de defensores da ressarcibilidade do dano moral, de confundir a ofensa com o dano, causa com efeito, na colocação de Melo da Silva¹⁵¹, mas na via inversa.

A terceira objeção, por sua vez, está na impossibilidade “na maioria dos casos, se não em todos, [de] descobrir se o ofendido sofreu realmente uma dor, com a prática do fato ilícito e o juiz pode a cada passo ver um verdadeiro sofrimento onde não há mais do que uma hipocrisia

¹⁴⁵ Seguindo, para fins de identificação, a classificação em MAGGI, B. O. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. *IN: Doutrinas Essenciais de Dano Moral*, vol. 1. pp. 749-775. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. *Texto online*. p. 15.

¹⁴⁶ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 255.

¹⁴⁷ JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.* p. 388. THEODORO JÚNIOR, H. *Dano Moral*, 1ª ed. *Op. Cit.* p. 9.

¹⁴⁸ LIMA, Z. P. *Op. Cit.* p. 101.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 256.

¹⁵¹ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 257.

dissimulada que êle não consegue desmascarar”¹⁵². Evidentemente, tem-se um problema de cognição que se desenrola no caso concreto, com vários exemplos de presumível dor e sofrimento¹⁵³. Não por acaso, a resposta doutrinária tergiversou sobre formas de descobrir o dano, sintomas clínicos do *patema d’animo*¹⁵⁴

A quarta objeção retorna a Gabba, e um problema mais sensivelmente sentido nos casos de morte. O autor considera que, com a dificuldade de delimitar rigorosamente o número de ofendidos com o dano moral, poderia se recair no erro de “estender demasiadamente o campo da ressarcibilidade, de modo ao ofensor ficar gravemente prejudicado, pois pode vir a responder por lesões de que não seja subjetivamente responsável”¹⁵⁵.

Gabba, a êste propósito, afirma que a doutrina que permite a reparação de danos morais, vai contra as mais elementares exigências da lógica jurídica e de bom senso; porque, se por exemplo A mata B, é justo que seja responsável por êste ato ilícito que foi querido pela sua vontade, mas já é absurdo que o vamos responsabilizar pela dor que com isso sofre a mulher, os filhos, os irmãos e quantos amigos se lembrem de vir a juízo declarar que sofreram com a morte de B uma dor que, por resultar do fato ilícito praticado por A, lhe é imputada.

E é ilegítima esta solução, continua Gabba, porque se não pode dizer que A quis, que teve vontade de causar dor nos parentes e aos amigos de B.¹⁵⁶

Em que pese se concordar que, enquanto crítica à ressarcibilidade dos danos morais, seja incongruente por vários aspectos, conserva sua relevância. Contra a crítica, foi levantado o fato de não ser defendida uma ampla indenizabilidade a quaisquer conhecidos de um ofendido, a discussão, assim como no caso da crítica anterior e a primeira. Nada obstante, pode-se ir além e apontar que limitar o dever de indenizar à vontade de causar dano não é exigida para fins de responsabilidade civil, que não distingue a intenção de causar dano (que corresponderia à noção penal de dolo), de sua previsibilidade e falha em evitá-lo, nos limites do dever legal (culpa), para fins de responsabilização. Delimitar o campo de pessoas titulares de um legítimo direito à indenização pelo dano sofrido por outrem é ponto sensível na discussão dos danos ocasionados pela morte, como se verá.

A quinta objeção, mais até do que as anteriores, conserva sua atualidade e reflete um problema que é pertinente mesmo (e mais) partindo-se do pressuposto da ressarcibilidade do dano moral e de eventuais outros danos que não sejam estritamente o patrimonial. “O principal dissentimento entre as duas escolas [a positiva e a negativa da reparabilidade dos danos morais],

¹⁵² LIMA, Z. P. *Op. Cit.* p. 101.

¹⁵³ *Ibid.* p. 102.

¹⁵⁴ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 258.

¹⁵⁵ LIMA, Z. P. *Op. Cit.* pp. 101 e 102.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 103.

a que afirma e a que nega a possibilidade de reparar os danos morais, provém precisamente da avaliabilidade destes danos”¹⁵⁷.

Não se entende aqui que a dificuldade - ou, em termos mais adequados, impossibilidade¹⁵⁸ - de se indenizar o dano moral seja razão suficiente para negar sua tutela por meio da responsabilidade civil, inclusive no que tange à função reparatória. Nada obstante, a impossibilidade de sua avaliação em dinheiro é uma realidade que doutrina e jurisprudência tentam, inclusive reconformando as funções da responsabilidade civil, enfrentar. A impossibilidade de se reparar materialmente o dano extrapatrimonial é, como se explorará, não um ponto a ser minimizado ou desconsiderado, mas um dos traços que precisam ser compreendidos para entender-se os limites da responsabilidade civil enquanto ferramenta para qualquer que seja a função propugnada.

A sexta objeção de imoralidade de compensação da dor com o dinheiro, em que pese a ênfase nos estudos acerca da responsabilidade civil, assim como a objeção de que seria escandaloso à Justiça lidar com tais questões parecem antes refletir sensibilidades da época. Seu aprofundamento escapa aos propósitos deste trabalho.

2.2 Tratamento inicial das obrigações oriundas do ilícito causador de morte sob a égide do Código de 1916

O Código Civil de 1916, como o Código Civil de 2002, não foi omissivo ao tratar das consequências civis da morte e, em que pese a pretensão de superação de um patrimonialismo do Código anterior pelo atual¹⁵⁹, no tocante à reparação civil pela morte, as redações legais do código anterior são bastante próximas das atuais. Como no atual art. 948, no art. 1.537 do Código de 1916, as obrigações legalmente previstas do ofensor são “pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família”¹⁶⁰ e prestação de alimentos a quem o ofendido os devia. A única diferença, a menção a “outras reparações” não excluídas pelas específicas. Mesmo esta, no entanto, não impediu a doutrina ou a jurisprudência de conhecer

¹⁵⁷ LIMA, Z. P. *Op. Cit.* p. 104.

¹⁵⁸ Em sentido contrário, Maria Celina Bodin de Moraes entende ser aplicável a regra do *restitutio in integrum* aos casos de danos morais, assim como nos danos materiais. (MORAES, M. C. B. Danos à Pessoa Humana. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 305).

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, J. BRANCO, G. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 132.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05/02/2025.

de indenizações que não estariam abrangidas na interpretação dominante do texto legal, como se verá.

2.2.1 Delimitações subjetiva e objetiva das obrigações oriundas de ilícito causador de morte no Código de 1916

No campo do ofensor, a literalidade do texto legal era mais ampla na redação do código anterior. O Código Civil de 1916 impunha as mesmas obrigações civis do homicida, por disposição do art. 1.540, ao agente de “ato considerado crime justificável”, excepcionando apenas a “repulsa de agressão do ofendido”¹⁶¹. A doutrina ampliou este âmbito ao tomar por homicídio, na interpretação do artigo, não o crime, mas a morte causada por ato voluntário ou culposo ou, ainda, fato que o responsável deveria ter evitado, para além do ferimento mortal¹⁶². Ademais, a redação legal afirmava de forma específica o dever de indenizar do profissional da saúde culpado pela morte do paciente no art. 1.545, nos mesmos casos de morte causada por culpa.

Por sua vez, a figura do indenizado era objeto de maiores dificuldades. Embora se afirmasse que ressarcimento era entendido como devido à família da vítima¹⁶³, Pontes de Miranda oferece explicação que se entende aqui como mais exata. As indenizações pelo homicídio eram exceção da regra geral que a indenização cabia ao ofendido¹⁶⁴. As despesas com o tratamento, funeral e luto corriam por conta do ofensor, devendo indenizar quem teve que despender com isso¹⁶⁵. Os alimentos a quem o morto os devia, igualmente, tinham interpretação contenciosa, entre uma interpretação mais restritiva, limitando o direito aos ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuges¹⁶⁶ e aquelas que estendiam aos beneficiários da ação graciosa¹⁶⁷¹⁶⁸. A vantagem da explicação de Pontes de Miranda é centralizar a

¹⁶¹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 05/02/2025.

¹⁶² BEVILÁCQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. II. *Op. Cit.*, p. 687. SANTOS, J. M. C. Código Civil Brasileiro Interpretado. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 79. MIRANDA, F. C. P. Tratado de Direito Privado, Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 282.

¹⁶³ BEVILÁCQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. II. *Op. Cit.* p. 682. SANTOS, J. M. C. *Op. Cit.* p. 79.

¹⁶⁴ MIRANDA, F. C. P. *Op. Cit.* p. 279.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 280.

¹⁶⁶ SANTOS, J. M. C. *Op. Cit.* p. 82.

¹⁶⁷ MIRANDA, F. C. P. *Op. Cit.* p. 283.

¹⁶⁸ Note-se entretanto, que Pontes de Miranda ainda apresentou interpretação que, não excluindo o debate acerca da extensão do dever de prestar alimentos, apontou para sua natureza de indenização pelo dano moral. (MIRANDA, F. C. P. Tratado de Direito Privado. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Borsoi. 1967. p. 284).

excepcionalidade do dano oriundo da morte: o ofendido necessariamente não é indenizado na sistemática legal.

Existia, portanto, um distanciamento. A tutela do dano morte era reparatória dos que sobreviveram ao ofendido e tinham interesse juridicamente tutelado em sua vida, de um lado e punitiva do ofensor, do outro. Se a pessoa do ofendido não era desconsiderada, cujas condições pessoais tais como classe social e religião eram reconhecidos como métrica para a definição das despesas de funeral indenizáveis¹⁶⁹, a extinção da personalidade tornou a reparação moral da morte especialmente contenciosa.

Aqui não se sugere que o debate em torno da indenização dos aspectos não-materiais da morte foi infenso ao debate maior acerca da indenizabilidade do dano moral. A par dos argumentos contrários à indenizabilidade do dano moral, eram apresentadas considerações próprias e específicas, contrárias à reparação de aspectos imateriais da morte.

A posição de parte da doutrina foi que o art. 1.537, CC/16, não atendeu ao dano moral em razão da falta de elementos para sua apreciação, embora tenha considerado em outros casos¹⁷⁰. Apontava-se que a redação legal restringiu em demasia o limite de indenização do dano, não abrangendo lucros cessantes ou despesas judiciais¹⁷¹,

A interpretação contrária à indenização pelo dano moral advindo da morte refletiu, em parte, a leitura de que sua exclusão teria sido uma escolha deliberada no CC/16¹⁷² e mesmo antes. O Decreto 2.681 de 1912 deixou ao juiz fixar “indenização conveniente” no caso de lesão corpórea ou deformante, mas fixou que no caso de morte, “a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação”¹⁷³. O artigo não era lido como mera delimitação dos sujeitos que poderiam pleitear indenização, mas ativamente como limitação da indenização às “liberalidades” que mencionava¹⁷⁴.

¹⁶⁹ SANTOS, J. M. C. *Op Cit.* p. 81.

¹⁷⁰ BEVILÁQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. II. *Op. Cit.* p. 687. No sentido contrário, MIRANDA, F. C. P. *Op. Cit.* Tomo LIII. p. 281.

¹⁷¹ SANTOS, J. M. C. *Op Cit.* p. 79

¹⁷² Sustentada, por exemplo, em SILVA, W. M. *Op. Cit.* pp. 392 e 383.

¹⁷³ BRASIL. Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em 05/02/2025.

¹⁷⁴ MENDONÇA, J. X. C. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. VI, 2ª parte, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1947. pp. 538 e 539.

Ainda, apontava-se que a indenização do dano moral, fora das hipóteses de regulamentação legal, seria arbitrada¹⁷⁵, limitação da qual não somente não se escapou, mas abraçou-se no atual sistema, como se verá. De especial interesse, a objeção à reparação do dano moral no caso da morte perpassava a impossibilidade, sem regulação da indenização deste aspecto, de conceder-se indenização senão pelo arbitramento do juiz¹⁷⁶.

Neste ponto, é interessante notar que o art. 1553, CC/16, fixava que “nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização”, disposição legal que, em um momento inicial, não vencia a resistência à ressarcibilidade do dano moral causado pela morte. Tanto aspecto evidente do âmbito material estar traçado de forma subsidiária, enquanto o evento danoso (morte) tinha regulamento próprio¹⁷⁷, mas também pelo entendimento que, nestes casos, “o arbitramento é confiado ao critério dos peritos”¹⁷⁸.

Em todo caso, a Sum. 491 STF, ainda na vigência do código anterior, positivou que é “indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”¹⁷⁹. A morte nestas circunstâncias, *a priori*, parece excluir a possibilidade do ofendido dever alimentos, mas não as despesas de tratamento ou o luto da família, tornando curioso o enunciado. O enunciado é esclarecido com os julgados citados na publicação da Súmula, dos RE 59940 SP, EDv no RE 53404 GB e RE 65281 SP.

O primeiro recurso tratou de caso de responsabilidade de empresa de transporte em acidente que teria vitimado duas crianças, uma de 10 e uma de 4 anos de idade. A empresa teria arcado espontaneamente com o sepultamento, mas, demandada, não foi condenada a indenizar os pais das crianças, embora julgada culpada do acidente, argumentando a sentença que não existiria prejuízo material a indenizar, pois “o menor é fonte de despesa, não de receita”¹⁸⁰. A decisão foi confirmada em segundo grau. O Supremo Tribunal Federal lidou, em essência, com

¹⁷⁵ BEVILÁQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. II. *Op. Cit.* p. 687

¹⁷⁶ BEVILÁQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. II. *Op. Cit.* p. 687. SANTOS, J. M. C. *Op. Cit.* p. 71. REsp.

¹⁷⁷ SANTOS, J. M. C. *Op. Cit.* p. 433

¹⁷⁸ BEVILÁQUA, C. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. I. *Op. Cit.* p. 704. No mesmo sentido, SANTOS, J. M. C. *Op. Cit.* p. 434.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 491. É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula491/false>>. Acesso em 05/02/2025.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Acórdão. RE 59940 SP. Responsabilidade - A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação e por arbitramento. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgado em 26/04/1966. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157636>>. p. 3.

duas questões: os alimentos a quem o morto passaria a dever, quando atingisse idade apta ao trabalho, e os danos morais.

Quanto aos danos morais, o voto do relator, o então Min. Aliomar Baleeiro, essencialmente se centrou na hermenêutica dos art. 76 e 1.543, CC/16. O primeiro, assegurava a ação não somente ao detentor de legítimo interesse econômico, mas também de interesse moral. O segundo, assegurava a indenização do valor de afeição equivalente à coisa já não mais existente. O acórdão ainda apresentou várias das disposições especiais do Código para concluir que “tantas regras positivas excluem o caráter negativo [de reparabilidade do dano moral] do art. 1.537[, CC/16]”¹⁸¹, invocando ainda a doutrina e exemplos de direito comparado. A questão acerca dos alimentos, em essência, foi resolvida com um juízo de probabilidade de que as crianças, crescendo, viessem a prestar alimentos aos pais¹⁸². A solução dada no voto foi a liquidação na forma do art. 1.553, CC/16, deduzidas com a criação e educação das crianças.

O então Min. Pedro Chaves apresentou argumento distinto quanto aos danos morais. Argumentou que o art. 159, que estabelecia a obrigação de reparar o dano daquele que violar o direito ou causar prejuízo, estabelecia responsabilidade ampla. A interpretação do art. 1.537, como limitando às parcelas indenizáveis no caso de morte às despesas de funeral, luto e tratamento seria, na argumentação do ministro, *contra legem*, por contrária à amplitude do art. 159, CC. A interpretação “aplica simples preceito regulador da liquidação, em caso específico, como regra restritiva do direito mesmo à indenização, estabelecendo conflito entre o mandamento geral e o texto particular”¹⁸³. Invocou o art. 1.553, CC/16, já comentado.

Com o voto, o recurso foi provido unanimemente.

O segundo recurso, por sua vez, versou sobre responsabilidade de estrada de ferro em caso de acidente que levou à morte de menor. O autor conseguiu êxito parcial em primeira instância para receber indenização das despesas com luto e funeral, decisão mantida em segunda instância. Não conhecido o Recurso Especial, foram movidos embargos que foram providos. O Relator, então Min. Adalício Nogueira, invocando outros julgados do próprio STF, apresentou o argumento de que a vítima era “filho de pais pobres, (...) e fazia curso de radiotelegrafista, prestes a ultimá-lo. Era um valor econômico em potencial, na iminência de fazer-se valer, em benefício das necessidades da família”¹⁸⁴.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 6.

¹⁸² *Ibid.* p. 8.

¹⁸³ *Ibid.* p. 18.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Acórdão. EDv no RE 53404 GB. Acidente ferroviário. O embargante, pai de filho menor de 18 anos, que no mesmo faleceu, tem direito a necessária reparação, porque a

O voto do relator chegou a reafirmar o acolhimento da tese da reparabilidade do dano moral, mas seu argumento, como visto, centrou nos aspectos econômicos da morte. Neste último sentido, veio o voto do então Min. Adauto Cardoso que, negando existir precedente pela reparabilidade do dano moral, nada obstante admitiu o “dano potencial ou eventual, do lucro cessante virtual”¹⁸⁵, acompanhando o relator.

Por fim, no último recurso, tratou-se de matéria ligeiramente diferente. Embora a discussão tenha sido sobre a indenizabilidade da morte do filho menor, a discussão efetiva foi acerca da prova do dano material. O caso cuidou de acidente rodoviário que custou a vida da filha do recorrente. “A sentença (...) condenou a firma proprietária do veículo a compor o prejuízo efetivo (despesas) mas excluiu o lucro cessante e silenciou quanto aos juros de mora”¹⁸⁶. Em 2ª instância, consignou-se que

É certo que alguns julgados, inclusive do Colendo Supremo Tribunal Federal, têm admitido que a morte dos filhos menores conforme as circunstâncias comporta indenização em favor de seus pais. Mas óbvio é que, nessa hipótese, mister se faz a comprovação de que os menores, de algum modo, ajudavam na subsistência do lar (...)¹⁸⁷

A solução do caso se deu com um exercício presuntivo. “Nas famílias pobres, o normal é que os filhos menores ajudem os pais nos trabalhos da casa ou no exercício da profissão (...) De qualquer modo, alguns anos mais tarde, pela expectativa normal, a menor (...) estaria habilitada (...) a receber salário”¹⁸⁸. O acórdão ainda passou à interpretação do precedente do RE 59940 SP, reduzindo o papel do dano moral na solução daquele caso, e enfatizando a solução do dano potencial.

A súmula, portanto, se baseia em acórdãos que, interpretados à época, em que pese a sinalização inicial positiva ao dano moral, somente afirmaram inequivocamente o dano potencial, aspecto material do dano que era havido como razoável esperar que a morte do ente próximo causaria.

Até aqui aponta-se para a sistemática legal do Código de 1916, desde logo se percebe que o atual Código somente inova ao abrir um espaço incontroverso para a indenização do prejuízo não-patrimonial. Este espaço, à míngua de efetiva limitação do texto legal, não permite

vítima era um valor econômico potencial, necessário a subsistência do lar. - embargos conhecidos e recebidos. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgado em 03/05/1967. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=37223>>. p. 5.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 8.

¹⁸⁶ p. 2

¹⁸⁷ *Ibid.*, p 3.

¹⁸⁸ *Ibid.* pp. 6 e 7.

amparo à interpretação que, diante de um determinado dano (satisfeitos os pressupostos do dever de indenizar) e negar sua indenização.

Caso se considere indenizável a perda (moral) do familiar e, simultaneamente, considere-se indenizável o dano sofrido pelo próprio ofendido pela morte considerada em si, este segundo dano, em tese, seria indenizável e, não existindo mais a pessoa do ofendido para ser indenizada, passaria aos herdeiros, cumulando-se com a primeira indenização.

2.3 As transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988

Adiantou-se neste capítulo que, com a ressalva da expressão “sem excluir outras indenizações”, o atual código não trouxe grandes inovações ao tratamento da matéria. Tais transformações, ademais, refletem debate que já existia no direito brasileiro, com doutrina e, de forma mais refratária e melindrosa, jurisprudência gradativamente se orientando pela reparação do dano moral. Coube, não ao Código atual, mas à Constituição Federal consolidar essas transformações. Ao assegurar “indenização por dano material, moral ou à imagem” contra o agravo, e “indenização pelo dano material ou moral decorrente” de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, os incisos V e X do art. 5º, CF criam um espaço normativo de necessária tutela, pela responsabilidade civil, do dano moral¹⁸⁹.

O resultado não foi uma alteração legislativa imediata, mas a demonstração prática da extensão da superficialidade e fragilidade das objeções à reparação ao dano moral no sistema do Código de 1916. A doutrina já conhecia antes de 1988 a tese de que, embora não o enunciasse explicitamente a reparação do dano moral, o Código não permitia fornecia elementos para sua exclusão.

Entre nós, embora sem maior explicitude acerca dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159 do Código Civil, ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material, como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em textos de lei.¹⁹⁰

Para além disso, a Constituição, ao mencionar danos materiais, morais e à imagem, alimentou, ainda que não tenha criado, debate mais ou menos inconsequente sobre a classificação dos danos morais. Diz-se menos consequente pois, anotar que danos morais objetivos ofendam os direitos da personalidade, em seus vários aspectos, e danos morais

¹⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, H. Dano Moral, 1ª ed. *Op. Cit.* p. 6.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 6.

subjetivos seja o *pretium doloris* propriamente dito¹⁹¹; ou, ainda, admitir-se a existência do dano à imagem social, como referindo-se à dimensão ética da pessoa em sociedade¹⁹²; ou, ainda, admitir uma tipologia aberta, em que cada direito corresponderia um dano, ainda que não enumerado em texto normativo¹⁹³; tudo isso repisa em uma distinção estéril, comparável com a distinção anterior entre dores morais e físicas.

Sobre estas últimas, Wilson de Mello da Silva negava qualquer “razão, nem mesmo de ordem prática. Aí, tudo são dores. As causas delas é que podem variar”¹⁹⁴. De fato, a definição dos limites do dano indenizável são a distinção mestra, que orienta o que é objeto da responsabilidade civil. A distinção entre danos materiais e os danos a interesses tutelados não sujeitos à avaliação pecuniária¹⁹⁵ encapsula importantes reflexos na cognição e forma que a tutela efetiva destes danos vai tomar. Distinções internas entre os vários danos desta última categoria são tão úteis quanto as distinções internas entre as várias hipóteses de dano material, como se aprofundará adiante.

Por outro lado, não se pode negar que no direito brasileiro, com ou sem razão, ao exercício de distinguir danos não-patrimoniais se emprestou importância na forma de cumulação de condenações. Este fenômeno tem raiz na própria Sum. 37 STJ, que enuncia a cumulabilidade dos danos morais e materiais oriundos do mesmo fato. A revista de súmulas do Superior Tribunal de Justiça elenca seis precedentes da Súmula, e o já mencionado art. 159, CC/16, como referência legislativa¹⁹⁶.

Dos seis precedentes, o primeiro, REsp 1604 SP, que enfrentou caso de responsabilidade da estrada de ferro por acidente resultando na morte de uma mãe, que caminhava sobre os trilhos. Na origem, foi considerado posicionamento do STF, de 1987, de que o dano moral não seria indenizável, concedendo apenas uma parcela mensal devida aos filhos menores, até

¹⁹¹ LOPEZ, T. A. O Dano Estético, responsabilidade civil, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. pp. 24 a 25 THEODORO JÚNIOR, H. Dano Moral, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 5

¹⁹² LOPEZ, T. A. *Op. Cit.* p. 25

¹⁹³ HAEBERLIN, M. Dano não enumerado não é dano não indenizável: uma análise da relação entre a indenizabilidade dos “novos danos” e a eficácia dos direitos fundamentais, com ênfase no direito à privacidade. Revista da AJURIS, Porto Alegre, RS, v. 40 – n. 129, p. 153 -152, mar. 2013. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/311>. Acesso em 20/09/2021.

¹⁹⁴ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 247.

¹⁹⁵ Que, qualquer que seja a nomenclatura preferida, são os referidos por este trabalho quer como danos extra-patrimoniais, quer como danos não-patrimoniais ou, mais comumente, como danos morais, como apresentado.

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, n. 3 (2006). Súmula 37. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/view/5223/5348>>. Acesso em 15/11/2024. p. 1.

completarem 18 anos. Em segunda instância, foram concedidas indenizações pelo funeral e sepultura, bem como indenização por dano moral no valor de 50 salários-mínimos¹⁹⁷.

O STJ tratou no recurso de três questões distintas. A primeira não interessa ao objeto desta pesquisa, se limitando à consideração sobre a prescrição. Das outras questões, enfrentou-se tanto os limites da responsabilidade delitual quanto a indenizabilidade do dano moral. Quanto à outra, de interesse mais tangencial, a estrada de ferro argumentou que o acidente, tendo se originado da imprudência da própria vítima, não configuraria ato ilícito, para fins de contagem de juros na forma da Sum. 163 STF, questão resolvida considerando que o art. 962, CC/16 compreenderia atos ilícitos em geral¹⁹⁸.

Quanto ao dano moral, o argumento do recurso especial foi de que seria incabível sua cumulação com o pensionamento, indenização de natureza patrimonial¹⁹⁹. O acórdão simplesmente negou existir fundamento legal para a absorção do dano moral pelo patrimonial, nos termos do voto do relator²⁰⁰.

O segundo dos precedentes citados pela Súmula é o REsp 3229 RJ, no qual o recorrente tentou ver extirpada a condenação para pagar indenização pelos danos morais²⁰¹. Neste, o então Min. Waldemar Zveiter defendeu o que entendia ser a jurisprudência consolidada do STJ, de que descaberia a inclusão de verba autônoma para o dano moral, em cumulação com o dano material²⁰². Neste ponto, retorna-se à confusão entre dano moral e “dano potencial” em casos que menores fossem vítimas de acidentes fatais. Nestes casos, excepcionava-se a tese da não cumulatividade dos danos para conceder indenização “em percentual fixo correspondente à parcela pecuniária presumível”²⁰³ da contribuição da economia doméstica. Com isto, votou pelo provimento do recurso.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Acórdão. REsp 1604 SP. Responsabilidade civil. Morte em consequência de atropelamento por comboio ferroviário. Ação indenizatória. Prazo Prescricional. Contagem dos juros de mora. Cumulação do ressarcimento pelos danos materiais com a indenização pelo dano moral. (...). Relator: Min. Athos Carneiro. Julgado em 09/10/1991. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=198900124358&dt_publicacao=11/11/1991>. Acesso em 15/11/2024. p. 3.

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 10.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 12.

²⁰⁰ *Ibid.* p. 20.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 3229 RJ. Recurso Especial. Dano moral e dano patrimonial. Cumulação. Dissídio. Recurso Conhecido mas não provido. É acumulável a indenização por dano moral com a indenização por dano patrimonial. Recurso conhecido pelo dissídio, mas não provido. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 10/06/1991. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000047927&dt_publicacao=05/08/1991>. Acesso em 15/11/2024. p. 3.

²⁰² *Ibid.* p. 7.

²⁰³ *Ibid.*

O então Min. Cláudio Santos apresentou voto divergente, afirmando que “quer por ter a indenização a dupla função reparatória e penalizante, quer por não se encontrar nenhuma restrição legal na legislação privada vigente em nosso País” a ideia de não indenizabilidade do dano moral “pertence ao passado”²⁰⁴. O então Min. seguiu negando existir respaldo legal à restrição ou limitação ao ressarcimento moral²⁰⁵, negou provimento ao recurso, restando vencedor.

O terceiro recurso citado foi o REsp 3604, embora tenha sido julgado antes dos dois outros. Neste, a Fazenda do Estado de São Paulo se insurgia contra acórdão do TJSP que confirmou a concessão de indenização pela morte de filho dos recorridos por ação da polícia militar daquele estado²⁰⁶. Novamente, valeu-se de jurisprudência do STF como argumento para o recurso. No voto do relator, a Sum, 491 STF foi enfrentada e analisada. Considerou-se que ela estaria versando sobre o dano potencial, mas ponderou que “outra coisa não fez o STF senão procurar contornar o óbice que via no art. 1.537, II, do Código Civil, para conceder indenização pelo dano moral”²⁰⁷. Concluiu que a não cumulatividade das indenizações na jurisprudência do STF resultaria disto, já que o dano moral estaria reparado por via indireta, negando existir efetivo dano patrimonial nas situações de dano potencial. Com essas considerações, entendeu que no caso do recurso, em que o filho morto era operário, contribuía com a economia doméstica, pelo que existiu um efetivo dano material, cuja indenização não podia servir, portanto, na capacidade de reparação indireta do dano moral²⁰⁸.

Indo mais além, o relator ainda enfrentou a exegese do Código, afirmando que o art. 159, CC/16,, “ao referir o dano como elemento essencial à responsabilidade civil, não oferece mínima indicação que possa levar à conclusão de que o dano indenizável é somente o material”²⁰⁹, traçando a mesma conclusão sobre o art. 1.518, CC/16,. Por fim, negou que os casos em que o código determinava a indenização do dano moral consistiria de enumeração taxativa, fundado na exata interpretação do art. 1.553, CC/16, que se pôde comentar

²⁰⁴ *Ibid.* p. 9.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 10.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Acórdão. REsp 3604 SP. Administrativo. Indenização por danos morais, postulada pelos pais de operário solteiro, que vivia em sua companhia, vítima de violências praticadas por policiais. Cumulação com danos patrimoniais. Admissibilidade. (...). Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em 19/09/1990. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000047927&dt_publicacao=05/08/1991>. Acesso em 15/11/2024. p. 2.

²⁰⁷ *Ibid.* p. 4.

²⁰⁸ *Ibid.* pp. 4 e 5

²⁰⁹ *Ibid.* p. 5

anteriormente. Ainda, negou que a expressão “luto da família” pudesse se limitar às vestimentas lúgubres, consistindo também no sentimento de luto²¹⁰. Após refutar algumas das objeções à reparabilidade do dano moral já discutidas neste trabalho, o Relator, então Min. Ilmar Galvão, conheceu o recurso, para negar-lhe provimento, sendo seguido pela turma.

O quarto precedente citado, do REsp 4.236 RJ, cuidou de caso da mãe que pretendeu haver reparação pela morte da filha, decorrente de incêndio, contra quem o teria causado²¹¹. Embora negada em primeira instância, a indenização dos danos morais foi concedida pelo tribunal de origem, contra o que se insurgir no recurso especial, com base em Acórdãos do STF, acerca da cumulação dos danos. A tese defendida pelo relator, então Min. Nilson Naves, é que a reparação do dano moral estaria integrada à do dano patrimonial²¹².

Foi o então Min. Eduardo Ribeiro que desdobrou o caso em três questões, sendo a primeira sobre a reparabilidade do dano moral, genericamente; a segunda sobre a indenizabilidade do dano moral em caso de homicídio e a terceira acerca da cumulação²¹³. No primeiro caso, o Min. considerou vencidas as objeções à compensação pecuniária. Argumentou ainda que “não padece dúvida que o ordenamento positivo admite a reparação do dano moral”²¹⁴, com base nos art. 76 e 159. Argumentou que o dano moral não ensejaria reparação pecuniária apenas nos casos expressos em lei, dado o art. 1.553, CC/16.

Voltando-se à segunda questão, enfrentou diretamente o fato de que mesmo entre defensores da reparabilidade do dano moral, existem negativistas da reparação em caso de homicídio, como o próprio Wilson de Melo da Silva, como visto. “Objeta-se com o disposto no artigo 1.537 do Código Civil, onde se discrimina em que consistirá a indenização em tal caso. Sustenta-se que a lei teve claro intuito restritivo”²¹⁵. O Min. refutou a objeção de Clóvis Beviláqua, acerca das especulações desonestas, afirmando ser dificuldade do arbitramento da indenização do dano moral, e salientando que para evitar-se tais especulações, “conta-se com o bom senso dos juízes”²¹⁶. Com isso, apresentou a tese de que o art. 1.537, CC/16, serviria apenas

²¹⁰ *Ibid.* p. 6.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 4236 RJ. Responsabilidade civil - homicídio - Dano moral. Indenização - cumulação com a devida pelo dano material. (...). Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 04/06/1991. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000072506&dt_publicacao=01/07/1991>. Acesso em 15/11/2024. p. 2.

²¹² *Ibid.* pp. 7 e 8.

²¹³ *Ibid.* p. 9.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.* p. 11.

²¹⁶ *Ibid.* pp. 11 e 12.

para a liquidação dos danos materiais, liquidando-se os morais na forma do art. 1.553, CC/16. Por fim, apresentou argumento já familiar, negando existir jurisprudência consolidada do STF contrária ao dano moral, dada a persistência de casos de sua concessão, e de que a Sum. 491 STF teria sido meio oblíquo de atingir o dano moral²¹⁷.

Já quanto à terceira questão, afirmou que quando “reunidos [dano moral e material], a reparação há de referir-se a ambos, Não há porque cingir-se a um deles, deixando outro sem indenização”²¹⁸. Considerando que o caso concreto era de vítima que exercia trabalho remunerado, o dano material seria evidente e não se confundiria a hipótese com a da Sum. 491 STF, pelo que o dano moral deveria ser reparado. Com isto, conheceu o recurso para negar seu provimento,

Os Min. Waldemar Zveiter e Cláudio Santos trouxeram votos que, versando sobre discussões já analisadas no REsp 3229 RJ, deixa-se de comentar novamente. Restou vencedor, por maioria, o Min. Eduardo Ribeiro.

Desviando da tendência até então, de acórdãos versando sobre hipótese de homicídio, o quarto recurso citado, do REsp 10536 RJ, versou sobre caso de dano estético em cirurgia estética embelezadora²¹⁹. No pertinente para este estudo, recorrente buscava afastar a condenação a indenizar os danos morais, alegando a não cumulatividade com base na jurisprudência do STF, no que foi refutado, fundando-se o acórdão na existência de um dano estético constatado na origem²²⁰.

O último dos recursos citados, REsp 11177 SP, tratou da pretensão dos pais de menor, vítima fatal de acidente com micro-ônibus²²¹. O recurso buscou afastar a reparação do dano moral, com fundamento do art. 1.537 e precedentes do STF²²². O relator, citando o já estudado REsp 4236 RJ, entendeu que “se se trata de danos puramente materiais, os valores respectivos serão determinados de conformidade com a disposição constante do art. 1.537, inciso II, do CC. Se cuidar dos danos morais, serão eles arbitrados de acordo com o que reza o art. 1.553”²²³.

²¹⁷ *Ibid.* p. 12.

²¹⁸ *Ibid.* p. 13.

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão.REsp 10536 RJ. Cirurgia Estética. Obrigação de Resultado. Indenização. Dano material e dano moral (...). Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 21/06/1991. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100081779&dt_publicacao=19/08/1991>. Acesso em 15/11/2024. p. 2.

²²⁰ *Ibid.* p. 5.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão.REsp 11177 SP. Civil. Responsabilidade Civil. Indenização. Dano moral e Material. (...). Relator: Min. Monteiro Barross. Julgado em 01/10/1991. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100099821&dt_publicacao=04/11/1991>. Acesso em 15/11/2024. p. 2.

²²² *Ibid.* p. 3.

²²³ *Ibid.* p. 6.

Assim, pode se ver que a Sum. 37 STJ surgiu antes como uma decorrência da Sum. 491 STF, após a mudança de contexto normativo, e como uma reação à tese que pretendia ver na reparação material também uma compensação moral.

3. Estrutura da responsabilidade civil nos casos de homicídio

Com isto, chega-se ao tratamento atual conferido ao homicídio. O código atual substituiu a simples amplitude da disposição do art. 159, CC/16 por uma redação similar e com idêntica amplitude, mas que expressamente destaca o dano exclusivamente moral no atual art. 186. Da mesma forma, o art. 948, CC expressamente ressalva outras reparações como visto, e distintamente do antigo art. 1.537, e determina que a prestação de alimentos leve em conta a duração provável da vida da vítima, critério que não constava da redação anterior, para além do rechaçamento expresso de que as quantias excluem outras reparações. Em que pesem as inovações de técnica legislativa, pôde se observar que os óbices que procuravam remover existiam antes na recalcitrância da jurisprudência do que no texto da lei, e já haviam sido superados na jurisprudência do STJ.

O art. 1.553, CC/16, que foi instrumental na consolidação da compensação arbitrada para os danos morais e lhe forneceu fundamento legal, não encontra correspondente no atual código, assim como o art. 76 do antigo código.

3.1 O dano ressarcível

Por outro lado, sofisticou-se a doutrina em torno do conceito de dano indenizável. Assumindo por dano a ofensa ou apoucamento de um bem *jurídico* (não necessariamente material ou patrimonial), e diminuição de uma situação favorável reconhecida ou protegida pelo direito²²⁴, a situação atual ganha clareza. Todo e qualquer dano a interesse juridicamente tutelado pode ser indenizável caso, ligado causalmente a um fato reconhecido pelo direito como apto a estabelecer o nexo de imputação²²⁵, satisfaça os filtros da reponsabilidade civil.

A tutela do homicídio na jurisprudência nacional, sugere que a vida testa tais filtros, mas à exploração disto convêm estabelecer uma estrutura teórica geral e, em sequência, depurá-la ao específico da morte. Comumente apontados como tais filtros são atributos de certeza,

²²⁴ FROES, J. V. *Op. Cit.* pp. 36 a 37.

²²⁵ Assumido aqui não como um requisito capaz de substituir o nexo de causalidade, mas como a própria ligação hipotética jurídica entre o ato causador e o patrimônio do responsável, podendo ser a ilicitude do ato do responsável, causador de danos; o risco da atividade, concretizado em dano (SOUZA, E. N. Nexos causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 1–58, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/367>. Acesso em: 05/02/2025. p. 49) ou, ainda, o domínio sobre a coisa em sua posse, ou mesmo a simples imputação, desde que por lei, da responsabilidade por atos de terceiro.

alienidade e antijuridicidade²²⁶ que distinguem o dano ressarcível. Ainda, é frequentemente apontada a necessidade de mínima gravidade do dano²²⁷.

3.1.1 Alienidade do dano

Sobre o elemento da alienidade, tem-se a colocação de que a responsabilidade civil necessitaria que os prejuízos, as consequências negativas do dano, “tenham sido suportados por pessoa diversa daquela sobre a qual se pretende que o respectivo sacrifício impenda com caráter definitivo”²²⁸. Tem-se aqui a própria ideia da responsabilidade civil como um deslocamento do dano, nas hipóteses legais e contratuais, do sujeito que o suporta naturalmente, a outrem que o suportará juridicamente.

Aqui a questão pode ser encarada por diferentes ângulos, culminando na mesma solução. Pessoa Jorge, comentando o direito português, entende que a “violação do dever, enquanto integra um acto ilícito fonte de responsabilidade civil, implica a lesão de interesses de pessoa diferente do autor da violação”²²⁹. No direito brasileiro, ademais, a própria redação legal do art. 927 estabelece o dever de reparar o dano causado a *outrem*, como lembra Fróes²³⁰.

Isto, no entanto, parece um dado mais contingente do que necessário. Isto não implica na invalidade ou incorreção da explicação, mas interromper a análise na consequência contingente, em si causa da conclusão final alienidade, não permite perceber a causa necessária. A consequência é sugerir que a inteireza do atributo alienidade está à disposição do legislador, e seria possível, pela vontade ou mesmo o eventual erro legislativo, derroga-la e ainda ter-se o mesmo instituto.

A experiência brasileira até hoje coexiste com restrições legais ao próprio direito, notavelmente o art. 13, do Código Civil, que proíbe o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes^{231 232}. Ao menos na primeira hipótese (e assumindo a inexistência de cúmplices), parece além de dúvida que o interesse tutelado é do próprio ofensor, que dispõe de seu corpo²³³

²²⁶ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 46. JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.*, p. 385.

²²⁷ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 43.

²²⁸ JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.* p. 386.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.* p. 45.

²³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. Cit.*

²³² Aqui, escolheu-se apenas o exemplo que se entendeu mais pertinente. Determinadas leituras da função social e dos comandos de boa-fé são explicitamente limitadoras dos direitos de propriedade e liberdade negocial. CIT.

²³³ Hegel, para quem a noção “vivente”, a ideia (como união do conceito e a efetiva existência), do direito é a liberdade (HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp-Taschenbuch

e, ainda assim, não se cogitaria de tutelar os danos causados por esta auto-disposição pela responsabilidade civil, mesmo se mudasse a redação do art. 927.

Ao menos dois caminhos parecem alcançar, ao nível do instituto da responsabilidade civil, a necessidade da alienidade. O primeiro é mais abstrato, e centra no fato de que a responsabilidade civil é um fenômeno obrigacional. Rejeitar-se a alienidade do dano implicaria aceitar a possibilidade de confusão entre credor e devedor, o que, nada obstante, é impossível dada extinção da obrigação pela confusão²³⁴, afastando a obrigação secundária ou responsabilidade.

A outra solução está não no dano indenizável em si, mas no dano indenizável como categoria da responsabilidade civil e o caráter anômalo da responsabilidade civil. Regra geral, a coisa perece para o dono. Responsabilidade, por sua vez, “exprime a sujeição do patrimônio de uma pessoa à pretensão de outrem”²³⁵. A isto se chega como um mínimo denominador comum, reconhecendo o uso heterogêneo do termo responsabilidade²³⁶ no ordenamento, mas é insuficiente, razão pela qual se depura a natureza da responsabilidade civil. Assume-se que a responsabilidade é “uma técnica para conectar a um sujeito um evento danoso, como auxílio de um critério de imputação (...), sustentado em umnexo de causalidade”²³⁷. A alienidade do dano indenizável, como requisito para sua tutela pela responsabilidade civil, seria a pura resultante do fato de estar no âmbito de normalidade, aquém de reação jurídica, o dano que já está suportado por seu causador²³⁸.

Wissenschaft, 1986. p. 30) chega a colocar a questão de forma mais precisa: “Como uma pessoa, eu sou em mim mesmo uma unidade imediata; que significa em sua ulterior determinação em primeiro lugar: eu estou vivo neste corpo orgânico, que em seu conteúdo, é minha existência externa geral, é a real potencialidade da existência ulteriormente definida. Mas como pessoa eu tenho, ao mesmo tempo, minha vida e corpo, assim como outras coisas, somente na medida em que é a minha vontade”. (“Als Person bin Ich selbst unmittelbar Einzelner; dies heißt in seiner weiteren Bestimmung zunächst: Ich bin lebendig in diesem organischen Körper, welcher mein dem Inhalte nach allgemeines ungeteiltes äußeres Dasein, die reale Möglichkeit alles weiter bestimmten Daseins ist. Aber als Person habe ich zugleich mein Leben und Körper, wie andere Sachen, nur, insofern es mein Wille ist”. *Ibid.* p. 110). Esta noção será melhor explorada adiante.

²³⁴ Aqui se entende que a regra de extinção da obrigação pela confusão se sustenta antes e principalmente por simplificar de uma operação lógica, porém de ordem exclusivamente abstrata: caso fosse possível cogitar de confundirem-se credor e devedor sem que isto *per se* extinguisse a obrigação, esta se extinguiria pelo adimplemento, vez que o patrimônio do devedor-credor estaria (abstratamente, dada a ausência de tradição) percorrendo os polos da relação obrigacional tantas vezes quanto necessárias para saldar a dívida.

²³⁵ “Sicché si può sostenere che la responsabilità esprime la soggezione del patrimonio di una persona alla soddisfazione di una pretesa altrui”. (FRANZONI, M. Trattato della Responsabilità Civile, L’Illecito. 2ªed.São Paulo: Giuffrè Editore, 2010. Tradução nossa. p. 6).

²³⁶ *Ibid.* p. 5.

²³⁷ “Essa [responsabilità civile] consiste in una tecnica per collegare ad un soggetto un evento dannoso, con l’ausilio di un criterio di imputazione (colpevolezza, preposizione, custodia, proprietà), sussistendo il rapporto di causalità”. *Ibid.* tradução nossa. p. 7.

²³⁸ Aqui, parece-se encontrar concordância de Pessoa Jorge que afirma ser a alienidade elemento que interessa apenas à reparabilidade do prejuízo, não à sua relevância jurídica geral (JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.* p. 386).

Em qualquer das soluções, tem-se aspecto do cumprimento do ser da responsabilidade civil que, como fenômeno obrigacional, não permite persistir a auto-obrigação jurídica, e tem seu elemento distintivo no deslocamento do dano ao longo dos sujeitos na cadeia causal.

3.1.1.1 Alienidade e suicídio

Um problema aparente relativo à alienidade do dano, no contexto da morte, se dá no caso de suicídio. Sendo o agente, causador do dano, também o ofendido, não se estaria diante de um auto dano? Sugere-se que não. A combinação das palavras-chave “suicídio” e “responsabilidade civil” na pesquisa de jurisprudência do STJ retorna 36 resultados, a maioria das turmas que compõem a primeira seção do STJ, versando sobre hipóteses de responsabilidade do Estado ou hospital. De modo geral, aponta-se que o ente responsabilizado “falhou com seu dever de vigilância”²³⁹, vinculando-se esta falha, alheia ao próprio suicida, ao resultado morte.

3.1.2 Certeza do dano

O requisito da certeza consiste no fato de que só o prejuízo certo pode ser reparado, e não “o mero prejuízo possível ou eventual, de verificação duvidosa”²⁴⁰. Aqui, não é necessário que esteja plenamente realizado, mas se exige a certeza de sua produção e que possa ser mensurado e constatado na ocasião da sentença²⁴¹. Em que pese a advertência de Rodrigues, de que a certeza do dano não se confunde com os critérios e meios de sua quantificação²⁴², tem-se na exigência de certeza a incorporação de dois problemas de ordem probatória ao próprio

²³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Acórdão. AgInt no REsp 2096329 SP. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. (...) SUICÍDIO. NEXO DE CAUSALIDADE. (...). Relator: Min Regina Helena Costa. Julgado em: 26/02/2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302078383&dt_publicacao=05/03/2024>. Acesso em: 01/02/2025.

²⁴⁰ *Ibid.* FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 43

²⁴¹ RODRIGUES, C. M. *Reparação, e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas*. Indaiatuba: Foco, 2024. p. 11. Neste ponto, incorpora-se ao problema da certeza o da atualidade do dano, compreendido aqui como mero aspecto especial do problema da certeza: a atualidade do dano. “Pouco importa que o prejuízo de que se queixa a vítima já tenha se concretizado ou apenas deva ocorrer somente no futuro. Certamente, quando o prejuízo é atual, a questão não se coloca: sua existência se dá além de dúvidas.” (“En exigeant que le préjudice soit certain, on entend par là qu'il ne doit pas être simplement hypothétique, éventuel; Il faut que le juge ait la certitude que le demandeur se serait trouvé dans une situation meilleure si le défendeur n'avait pas accompli l'acte qui lui est reproché. Mais importe peu que le préjudice dont se plaint la victime soit déjà réalisé ou qu'il doive seulement se produire dans l'avenir. Certes lorsque le préjudice est actuel, la question ne se pose pas: son existence ne fait pas de doute”. MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. *Op. Cit.* p. 235.). Entende-se aqui que tempo para o dano não tem o condão de filtrar o que é dano indenizável, mas apenas de dificultar sua demonstração, quer pelo perecimento da prova sobre o que já aconteceu, quer pela exigência de metodologias mais rigorosas, com resultados menos abrangentes, sobre o que acontecerá ou aconteceria.

²⁴² RODRIGUES, C. M. *Op. Cit.* p. 11.

conceito de dano indenizável: Se houve resultado danoso (e sua extensão) e se este resultado está causalmente ligado a um ato do ofensor.

Sobre o primeiro aspecto, dizer que o dano ressarcível apresenta prejuízo certo equivale a dizer que o prejuízo deve estar provado. Enquanto nos “danos emergentes, a qualificação do prejuízo como certo ou incerto não suscita grandes dúvidas”²⁴³ e é “escusado dizer que ao prejudicado é que cumpre provar o dano”²⁴⁴, no lucro cessante a certeza é fundada “na evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos”²⁴⁵.

O dano moral, por sua vez, acaba por um caminho ou outro, tendo sua certeza ancorada na certeza do fato lesivo, e na presunção simples de sua repercussão como dor moral²⁴⁶. Wilson de Mello Silva considerava plenamente aplicável o *onus probandi incumbit et qui dixit*²⁴⁷. Nesse mesmo sentido, Youssef Said Cahali afirma que “[r]egra geral, ‘no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral’”²⁴⁸. Em qualquer caso, por entender dano moral como dor moral, Wilson Melo da Silva acaba por apresentar tal prova como sendo a da tristeza, apontando elementos para sua verificação clínica, ou ainda fazendo recurso à *presunção hominis*²⁴⁹.

Mais recentemente, se postula que nos casos de dano moral, “o dano decorre logicamente da própria conduta e que sua caracterização se satisfaz com a comprovação da violação do direito”²⁵⁰. Tem-se em todo caso, atributo fortemente dependente da análise e “prudente arbítrio do juiz”²⁵¹. “O dano moral pressupõe uma lesão – a dor – que se passa no plano psíquico do ofendido. Por isso, não se torna exigível, na ação indenizatória, a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em campo onde à pesquisa probatória não é dado chegar”²⁵². Assim, o dano moral se averigua pela prova da violação ao interesse juridicamente

²⁴³ CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 78.

²⁴⁴ DIAS, J. A. Da Responsabilidade Civil. 3ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1954. p. 712.

²⁴⁵ JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.* p. 387.

²⁴⁶ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 113.

²⁴⁷ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 510.

²⁴⁸ CAHALI, Y. S. *Op. Cit.* p. 31

²⁴⁹ SILVA, W. M. *Op. Cit.* pp. 259-260.

²⁵⁰ MARX NETO, E. A; FARIA, J. C. A prova no dano extrapatrimonial. In: MARX NETO, E. A; REZENDE, E. C. G. N; FARIA, J. C. (orgs.) *Novas Tendências, Diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 120.

²⁵¹ THEODORO JÚNIOR, H. *Dano Moral*, 1ª ed. *Op. Cit.* p. 11. *Idem.* *Dano Moral*, 9ª Ed. *Op. Cit.* p. 18.

²⁵² THEODORO JÚNIOR, H. *Dano Moral*, 9ª Ed. *Op. Cit.* p. 41.

tutelado, ou bem jurídico, que evidencie a dor moral²⁵³, que é presumida²⁵⁴ admitindo, entretanto, prova em contrário²⁵⁵.

Diferente da alienidade do dano, o elemento da certeza não parece ser o cumprimento do ser da responsabilidade civil, mas antes sua limitação, o que lhe preserva como figura anômala. Se a existência de limitação é própria do instituto²⁵⁶, o que se buscará demonstrar melhor adiante, que esta limitação esteja no critério da certeza do dano parece atender mais à consideração para com o réu, do que a uma exigência teórica do instituto da responsabilidade civil.

Um problema que salta aos olhos, considerando a certeza necessária ao dano é o dano hipotético, expressão expressamente utilizada na indenização aos pais de menor falecido, nas hipóteses da Sum. 491 STF. Sobre este problema se retornará no capítulo 4.

3.1.3 Antijuridicidade do dano

Por fim, tem-se o elemento da antijuridicidade que, como no caso da alienidade, parece ser exigida pela própria natureza da responsabilidade civil. Por antijuridicidade, refere-se à contrariedade ao direito, pura e simples (e sem a necessidade do conteúdo subjetivo que a designação como ilícito pressupõe)²⁵⁷. que, embora correto, é pela mesma vagueza que o torna pouco prático. Entender o que é contrário ao direito interessa ao estudo do dano.

Nesse sentido, Fróes qualifica o requisito da antijuridicidade como sendo a origem do dano em um ato antijurídico e a ausência de excludente de ilicitude²⁵⁸ Para a autora, o elemento da antijuridicidade da *conduta* lesiva exerce o papel no direito brasileiro que, na Itália, é exercido pela injustiça do dano, implicando em um juízo de desvalor do resultado da conduta lesiva. Com base em Pontes de Miranda e Pessoa Jorge, ela entende que a “noção de antijuridicidade (...) restringe a esfera dos danos ressarcíveis àqueles que não apenas consistam na violação de um bem jurídico, mas que sejam também causados por ato humano antijurídico, sem respaldo em nenhuma causa de justificação”²⁵⁹.

²⁵³ *Ibid.* p. 42.

²⁵⁴ MARX NETO, E. A; FARIA, J. C. *Op. Cit.* p. 129.

²⁵⁵ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 113.

²⁵⁶ A necessidade de limitação, novamente, é um elemento distintivo da responsabilidade, dado que não é o fenômeno que exsurge naturalmente, sendo uma reação do ordenamento, como se verá adiante. Como resultado, não é na normalidade das relações jurídicas, mas na anomalia, que tem sua origem. Tudo isto faz com que seja necessário o estabelecimento de um ou alguns limites, sob pena de normalizar-se o fenômeno patológico.

²⁵⁷ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 43

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.* p. 43.

Em que pese o rigor que tal concepção coloca, se entende aqui que é uma explicação que enfrenta dificuldades no campo da responsabilidade objetiva. No ato jurídico de terceiro pelo qual se seja responsável, os atuais arts. 932 e 933, CC, não criam espaço para justificação, aliás ressaltando que a responsabilidade persiste mesmo quando “não haja culpa” da parte do responsável, pelo ato do ofensor. Importa dizer: ainda que haja justificação. “O dano não antijurídico pode provocar, ainda que excepcionalmente, a reação do direito (...) por exemplo nas hipóteses em que (...) [se justifica] a compensação do sujeito lesado pelo interesse sacrificado”²⁶⁰.

O problema que se coloca, ainda que meramente conceitual, está nas hipóteses de responsabilidade objetiva e sacrifício. Nas hipóteses que a lei impõe ao sujeito responsabilidade, independentemente de qualquer juízo acerca da licitude do ato, sai do escopo da antijuridicidade a conduta, e permanece unicamente o resultado. Se o resultado é hostilizado pelo direito, manda-se o responsável satisfazer o prejuízo²⁶¹. É o caso do art. 1.228, parágrafo único, CC, que impõe o dever de indenizar o vizinho prejudicado por interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde, “quando as interferências forem justificadas por interesse público”²⁶². O vizinho que utiliza anormalmente a propriedade é responsável civil, ainda que “praticado com finalidade legítima”, como lembra precedente colacionado por Humberto Theodoro Júnior em nota de atualização à obra de Orlando Gomes²⁶³. Igualmente, tal explicação parece atender à hipótese da deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente, dos art. 188, II, e 929, CC. É possível sustentar que os casos de direito de vizinhança seriam caso especializado pela noção socializadora da propriedade²⁶⁴, mas ainda não se explicaria a existência de hipótese de responsabilidade do causador do dano nos art. 188, II e 929, CC. Não existisse a hipótese, ainda seria possível sustentar que o causador do perigo – se houver – é responsável, a depender da cadeia causal estabelecida no caso concreto. Alternativamente, a regra especial poderia dispensar uma discussão maior do nexo causal, impondo ao causador do perigo o dever de indenizar o dano resultante dos atos em estado de necessidade. Crucialmente, por fim, o próprio art. 929, CC, condiciona a responsabilidade do causador do dano à ausência de culpa pelo perigo da pessoa lesada ou o dono da coisa.

²⁶⁰ *Ibid.* p. 44

²⁶¹ Nos casos em que “a lei faz indenizar o dano causado por ato que não é ilícito” (MIRANDA, F. C. P. *Op. Cit.* Tomo LIV. p. 279).

²⁶² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Op. Cit.*

²⁶³ GOMES, O. *Direitos Reais*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 191

²⁶⁴ AGUIAR, R. S. *Responsabilidade Civil Objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 21.

Tanto nas hipóteses de direito de vizinhança, como nas hipóteses de dano em estado de necessidade apontadas, tem-se um dever violado (não lesar; não prejudicar a segurança, sossego ou saúde de vizinhos) de forma justificada (perigo, interesse público) que o próprio Código coloca além de dúvidas quanto sua aceitabilidade. No primeiro caso, a justificação elimina o caráter ilícito do ato, observados os limites do art. 188, parágrafo único. No segundo, a justificação permite continuar o ato nocivo, que normalmente seria cessado, ao invés de ressarcido. Em ambos os casos o dano causado permanece indenizável apesar da justificação. Seria possível insistir que em nenhum dos casos há eliminação da antijuridicidade da conduta, mas meramente de sua ilicitude. Tal explicação, para além de artificial (já que apenas a hipótese do perigo iminente se conecta com o elemento subjetivo que distingue um de outro) leva à complicação de ter que se admitir um elemento caracterizador do dano indenizável que não abrange todos os casos de dano indenizável, e depende do sacrifício de uma unidade sistemática do dano, quando não da própria responsabilidade civil.

Ainda que por outra razão (essencialmente, a definição de antijuridicidade ofertada pelo autor), entende-se que é este sacrifício de unidade que De Cupis acaba fazendo ao explicar o que entende por dano não antijurídico:

A antijuridicidade (...) é expressão da prevalência dada pelo direito ao interesse oposto. Mas, (...) também pode ocorrer que o direito considere determinado interesse digno de prevalecer, preocupando-se, de outro lado, de estabelecer consequências aptas a compensar o sujeito do interesse sacrificado. (...) o dano que golpeia o interesse sacrificado não é antijurídico, e a reação a que está sujeito não é uma sanção, pelo simples motivo que, por meio desta o direito pretende não a garantia da prevalência de um interesse, mas sim compensar o sujeito do interesse que foi sacrificado²⁶⁵

A consequência, em última análise, é admitir a existência de dois sistemas de responsabilidade civil, um com base na antijuridicidade, outro alheio a ela. Recuando a um plano mais abstrato, em uma situação de conflito de interesses, a prevalência de um *pode* levar a ilicitude do ato contrário a ela, ou ao sacrifício parcial, posto que compensado, do interesse contrário. Avançando ao campo da responsabilidade civil, significa aceitar sob um mesmo rótulo (responsabilidade) o fenômeno sancionatório do ato antijurídico e o fenômeno

²⁶⁵ “L'antigiuridicità, ripetiamo, è espressione della prevalenza accordata dal diritto ad un interesse opposto. Ma, aggiungiamo ora, può anche avvenire che il diritto consideri un determinato interesse degno di prevalere, preoccupandosi, d'altra parte, di stabilire conseguenze atte a compensare il soggetto dell'interesse sacrificato. Si verifica allora questa precisa situazione: il danno che colpisce l'interesse sacrificato dal diritto non è antifuridico, e la reazione a cui esso va soggetto non è una sanzione, per il semplice motivo che per mezzo di essa il diritto intende non già di garantire la prevalenza di un interesse, ma, bensì, di compensare il soggetto dell'interesse da esso stesso sacrificato”. CUPIS, A. Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1946. Tradução Nossa. p.13.)

compensatório do interesse legítimo, mas sacrificado. Complicando ainda mais a explicação, embora distintos os dois institutos de mesmo nome, as consequências práticas são difíceis de discernir em um caso e outro.

A uma explicação uniforme parece se chegar ao se deslocar a antijuridicidade para o dano, consistente com a noção de que o “interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil²⁶⁶.”

Essa explicação não sacrifica a explicação da hipótese usual (responsabilidade pelo ato antijurídico), mas a concilia com a explicação da regra com a explicação da exceção (responsabilidade pelo ato jurídico, ou justo). Antijurídico é o dano que acomete o ofendido, mas que o direito exige que seja suportado por outrem. A situação de contrariedade ao direito, nos casos de dano indenizável, é exatamente do estado de sujeição do ofendido a um dano que ele não deve suportar. O fato de ter advindo o dano de ato antijurídico, sem qualquer justificação ou, na forma mais simples, ilícito, segue sendo o principal critério que determina o juízo de contrariedade ao direito, mas não ofende a unicidade do instituto, ou sua caracterização teórica, que o direito hostilize outros danos, como se injustamente alocados, e determine que sejam suportados por outrem.

Conectando com o problema da alienidade, o problema da antijuridicidade não é a simples existência do dano, mas a diminuição do patrimônio alheio que seja causada por ato humano relevante para a imputação de responsabilidade, mas não seja autorizada pelo direito. O dono do bem pode, ausente limitação especial, destruí-lo. Não pode ser exigido que suporte sua destruição por outrem. Aqui se justifica o afirmado acima, que a antijuridicidade é do próprio cumprimento do ser da responsabilidade civil.

Isto pois a responsabilidade não se esgota em um simples instrumento de alocação de infortúnios e riquezas. Na responsabilidade civil, a solidariedade ou a vontade e mesmo a vontade política são irrelevantes no momento de sua configuração (independentemente do papel que a vontade e a vontade política tenham exercido anteriormente, para criar a hipótese, posteriormente verificada, de responsabilização).

O elemento distintivo da responsabilidade, nesta parte, em face de outros instrumentos de alocação de infortúnios, é seu caráter corretivo de alocações naturais, seguindo um critério posto em lei. A lei, ao preservar a propriedade e obrigar ao cumprimento de contratos válidos, ao proteger o sossego da vizinhança e proibir a causação de danos a outrem exige que o proprietário, credor, vizinho ou interessado (juridicamente) prejudicado não seja obrigado a

²⁶⁶ DIAS, J. A. *Op. Cit.* p. 43.

suportar o dano. Como o dano existe, determina-se que seja suportado por outrem, que lhe deu causa. Responsabilizar é nos âmbitos contratual ou extracontratual, seja nas hipóteses de ato ilícito, risco ou sacrifício, deslocar (juridicamente) o dano entre os partícipes em uma cadeia causal, daquele quem a natureza faz suportar, até quem o direito prescreve que suporte.

Caso se entenda que o uso feito até aqui de dano, em contraposição ao dano ressarcível, equivale à contraposição entre dano em sentido coloquial e dano em sentido técnico, a explicação, em essência, é dada por Reis Júnior.

A ordem jurídica brasileira, interpretada de modo positivo, aparenta que basta a comprovação da lesão à esfera patrimonial da vítima, ou à sua esfera existencial (a uma de suas potencialidades, extraídas da cláusula geral de tutela da pessoa humana), ou mesmo um interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, para que se qualifique um dano. Nessa perspectiva, a ofensa que não se inclua dentro de tais perspectivas – já bastante amplas – sequer poderia ser qualificada como dano. Isso porque, legalmente, não existe, para nós, o elemento legal-positivo de dano justo. Nestes casos, simplesmente não há dano. (...) Isso não implica dizer que todo dano é indenizável. Para o direito brasileiro (...) o dano será indenizável quando a ofensa por ele representada merecer tutela maior que o exercício da posição jurídica do ofensor, na circunstância do evento²⁶⁷.

O acréscimo que se faz é apontar que as balizas de tal juízo de merecimento foram dadas pelo legislador, a quem, no ordenamento brasileiro, por disposição do art. 5º, II, CF, e ausente delegação legal, compete traçar as fontes da obrigação. Desta ponderação de interesses pelo legislador e expressa em lei que decorre a hipótese geral dos danos indenizáveis advindos de ato antijurídico, sem qualquer justificação, e as hipóteses específicas de danos indenizáveis advindos de atos justificados ou mesmo de danos indenizáveis advindos de atos de terceiros.

Tal solução, por fim, não tem o condão de ampliar o papel, ou mesmo normalizar o dano causado por ato lícito, ou que não tenha causa em ato ilícito, mas tão somente de explicar de maneira normal, uniforme, o funcionamento da responsabilidade civil. A anomalia da responsabilidade pelo ato lícito está nas causas que determinaram o ato lícito particularmente considerado como causa de responsabilização, não no fenômeno da responsabilidade eventualmente fundado nesta hipótese de responsabilização.

3.1.4 Mínimo de gravidade?

Por fim, tem-se um elemento que, embora defensável e identificável com certos fenômenos da jurisprudência, não encontra guarida no direito brasileiro: o mínimo de

²⁶⁷ REIS JÚNIOR, A. Função Promocional da Responsabilidade Civil. Indaiatuba: Foco, 2022. pp. 34 e 35.

gravidade, entendido como a ausência de pressuposto da responsabilidade civil no prejuízo irrisório²⁶⁸.

A consideração do mínimo de gravidade como atributo distintivo do dano indenizável se chega pela aplicação do brocardo *de minimis non curat praetor* e na analogia com o defeito insignificante na execução, que não lhe retira o caráter de cumprimento²⁶⁹. Ainda, e crucialmente, no comentário de Pessoa Jorge, na previsão do Código Civil português que exige a correspondência da prestação a um interesse digno de proteção legal. No direito brasileiro, embora possa-se entender que tal exigência persiste em decorrência da boa-fé²⁷⁰, não se percebe a vantagem neste tratamento.

Em todos os casos anteriores, afirmar que determinado atributo distingue o dano indenizável equivale dizer que não há dano indenizável e, por conseguinte, que não há indenização sempre que não for verificado tal atributo. A distinção deixa de ser meramente conceitual. Eventual transferência de dinheiro voluntária, não havendo dano indenizável, pode até ser negociada em transação, mas o valor, não sendo indenização, não terá o mesmo tratamento, inclusive do ponto de vista tributário²⁷¹.

No caso da indenização forçada, por condenação judicial, por exemplo, o juiz deve julgar improcedente a pretensão de haver indenização por dano (em sentido coloquial) incerto ou jurídico (ou justo). O dano sofrido pode ser equivalente a dezenas de milhares de reais, mas sendo justo (em sua alocação), será suportado pela vítima. O autodano, por sua vez, sequer pode ser juridicamente compreendido, como visto e, não causando qualquer alteração patrimonial, sua pretensa indenização tem sua existência difícil, senão impossível de perceber juridicamente: equivale dizer, ainda que se possa cogitar hipoteticamente, dificilmente seria fato jurídico. Em todos os casos anteriores, portanto, está-se diante de limitação que é decorrência lógica do

²⁶⁸ JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.* p. 386.

²⁶⁹ *Ibid.* pp. 387 a 388, FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 45, THEODORO JÚNIOR, H. Dano Moral, 9ª ed. *Op. Cit.* p. 7.

²⁷⁰ FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 46.

²⁷¹ Vale lembrar que “Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). REsp 1354536 SE. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. (...). Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 23/06/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901504091&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em 15/11/2024. p. 12)

direito das obrigações ou, com impacto significativo na distribuição final de bens jurídicos. Nada disso é verdadeiro no dano mínimo.

O problema ao qual o dano mínimo se presta a resolver, sugere-se, surge exclusivamente na reparação forçada.

Não é possível deixar ao puro critério da parte a utilização da justiça ‘por todo e qualquer melindre’, mesmo os insignificantes. (...) Para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que “pequenos melindres”, insuficientes para ofender os bens jurídicos, não devem ser motivo de processo judicial.²⁷²

Tem-se, portanto, o problema de descasamento entre os recursos públicos necessários para processar o feito e o interesse tutelado e, embora não se enquadre na definição de litigância frívola²⁷³, apresenta o mesmo problema de onerar desarrazoadamente o judiciário²⁷⁴. Ocorre que as mesmas objeções que se levantam contra a reparabilidade do dano mínimo podem ser apresentadas contra qualquer revisão judicial ou administrativa do ato voluntário de reparar o dano mínimo. O *de minimis non curat praetor* é igualmente aplicável para a condenação a reparar o dano que seja mínimo e para a declaração a invalidade da pretensa reparação do dano que seja não-indenizável por ser mínimo.

Em todo caso, sustentar o mínimo de gravidade como atributo necessário do dano ressarcível parece conduzir a um de dois paradoxos: Ou o mesmo dano pode ser ou não ressarcível, a depender exclusivamente se a reparação será espontânea ou forçada, ou o critério para distinção do dano ressarcível deve ser aplicado, ainda que contra as mesmas razões e vantagens que levaram a sua propositura, para declarar inválida. Indo mais além, ausentes critérios para definir o que seria o mínimo de gravidade, aceitá-lo como atributo necessário do dano é aceitar que o juiz tem a discricionariedade para estabelecê-lo casuisticamente.

Por diversos ângulos, parece-se chegar ao ponto comum da insustentabilidade do mínimo de gravidade como critério para distinção do dano ressarcível no direito brasileiro. A reparação espontânea do dano mínimo não encontra lastro legal para ser tratada, por qualquer ângulo, de forma diversa da reparação espontânea do dano que satisfaça o mínimo de gravidade. Nem existe no direito positivo fundamento claro, que permita dizer que não há dano jurídico, quando o dano (fático) é mínimo ou, verificados os pressupostos do dever de indenizar,

²⁷² THEODORO JÚNIOR, H. Dano Moral, 9ª ed. *Op. Cit.* pp. 8-9

²⁷³ Associada, em várias definições oferecidas, à baixa probabilidade de êxito, mais que ao ganho insignificante em caso de êxito. (VITORELLI, E (Org). Fundamentos de Análise Econômica do Processo Civil. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 156).

²⁷⁴ *Ibid.* p. 157.

autorizem o juiz a negar tal indenização. Sem pretender avançar na investigação do mínimo de gravidade além dos limites do útil ao presente estudo, por fim, cabe sugerir que o problema da desproporção entre dispêndio de recursos públicos e o ínfimo valor de interesses privados, compreendido como tal, encontra melhores ferramentas para seu enfrentamento do que o ajuste conceitual de uma área específica do direito material.

Daí se dizer que não há fundamento jurídico, nem utilidade, em entender o mínimo de gravidade como atributo necessário do dano ressarcível, razão pela qual este é entendido como a diminuição ou apoucamento de bem ou ofensa a interesse juridicamente tutelado certa sofrido por sujeito que não deva juridicamente suportá-lo de forma final, ligado causalmente a um ato jurídico outrem, que atraia a imputação jurídica do dever de suportar o dano.

3.2 O dano moral ressarcível

Dentro desses parâmetros, são indenizáveis os danos emergentes e lucros cessantes, sofridos pela pessoa em seu patrimônio estimável em pecúnia, nas coisas que possui, mas também os danos extrapatrimoniais, experimentados pela pessoa fora da parcela de seu patrimônio estimável em pecúnia, mas naqueles bens e interesses que compõem seu patrimônio existencial. São danos, em suma, sofridos pela pessoa em seu ser²⁷⁵, de formas, portanto irredutíveis a soma pecuniária, ainda que esta exerça papel na reparação civil desta espécie de dano. A imagem do dano moral como sendo mais profundo, em relação a pessoa, por atingi-la em si mesma, ao invés de nas coisas sob seu domínio e interesses relativos a estas coisas, quase convida a si mesma.

Parte da doutrina divide o conjunto dano moral em objetivos e subjetivos. Estes seriam as ofensas à direitos de personalidade, enquanto aqueles importariam em dor e sofrimento psicológico sofrido pela pessoa²⁷⁶. Teresa Ancona Lopez distingue ainda, dentro do dano moral, o dano à imagem social. A autora, fundada em Reale, afirma ser o dano à imagem social a ofensa à dimensão ética da pessoa perante a sociedade²⁷⁷. Nada disto obstante, parte da doutrina rejeita a concepção ampla de danos morais²⁷⁸, pelo que se chega mesmo a falar em correntes

²⁷⁵ LOPEZ, T. A. *Op. Cit.* p. 22.

²⁷⁶ TEPEDINO, G. TERRA, A. M. V. GUEDES, G. S. C. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 41. LOPEZ, T. A. *Op. Cit.*, 1999. pp. 23 a 25

²⁷⁷ LOPEZ, T. A. O Dano Estético: responsabilidade civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.a 25

²⁷⁸ HAEBERLIN, M. *Op. Cit.* p. 158; AMARAL, A. C. C. Z. M. Entre essência e consequência: reflexão sobre a necessidade de uma concepção ontológica do dano extrapatrimonial. Revista dos Tribunais, vol. 997. pp. 135-155. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018. p. 3.

objetiva e subjetiva de compreensão dos danos morais²⁷⁹. Bodin de Moraes estabelece na violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana o dano moral “mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica”²⁸⁰.

Assume-se, para fins deste trabalho, com Schreiber e Fróes uma indistinção entre danos extrapatrimoniais: os autores, adotando a nomenclatura dano moral, ligam a ela as categorias de dano ligadas à direito de personalidade²⁸¹. A segunda autora, no entanto, critica a equiparação da lesão a direito de personalidade, entendendo necessário também o abalo psíquico²⁸²²⁸³.

A definição apresenta várias vantagens. A primeira é de não permitir, pela via indireta da indeterminação, que a definição de dano moral seja infinitamente elástica, a ponto de negar qualquer separação entre danos indenizáveis e não-indenizáveis. Nem é, fundamentalmente, incompatível com a concepção que enxerga o dano moral como advindo de ofensa à cláusula geral de tutela da pessoa humana, diferenciando-se principalmente por exigir um prévio reconhecimento de um direito, do qual advenha o interesse juridicamente tutelado, no que é consistente com a própria noção de responsabilidade civil adotada, de reação à violação do dever jurídico pré-existente. Argumentar-se que a cláusula geral cria tal dever, independentemente do reconhecimento expresso de determinado direito incorre no problema alternativo de apresentar ao ofensor um prévio dever indeterminado. Este problema terá repercussão analisada no próximo capítulo.

²⁷⁹ TEPEDINO, G. TERRA, A. M. V. GUEDES, G. S. C. *Op. Cit.* p. 41.

²⁸⁰ MORAES, M. C. B. *Op. Cit.* p. 184.

²⁸¹ SCHREIBER, A. *Op. Cit.* p. 16. FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 107.

²⁸² *Ibid.* 109.

²⁸³ Uma caracterização mais consolidada entenderia corresponder o dano moral à “dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação - enfim, a dor da alma” (CAVALIERI FILHO, S. *Op. Cit.* p. 79, GOMES, L. R. F. Elementos de Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2000. p. 89.). Ainda assim, tomando como fundamento a centralidade da pessoa, dotada de variados direitos da personalidade, mesmo que incidentalmente incapaz de sentir a plenitude da dor moral (como o comatoso, ou o que por qualquer causa não tiver o necessário discernimento para compreender a ofensa), a correspondência estrita da dor com o dano se torna menos sustentável, dado que é pura consequente, ou, em apta analogia, como a febre, em reação à agressão orgânica (CAVALIERI FILHO, S. *Op. Cit.* p. 80). Como resultado, parte da doutrina identifica o dano moral com um elemento unificador, usualmente a dignidade da pessoa humana (*Ibid.*, MORAES, M. C. B. *Op. Cit.* p. CIT). Aceita-se para os fins desta pesquisa que, por variadas causas incidentais, a dor moral pode ser de verificação impossível, mas sustenta-se que isto não retira a dor moral do conceito do dano moral. Isto pois a dor moral (correspondente a um dano moral em sentido estrito) aparece mesmo nos casos em que se repara a ofensa de direito de personalidade autonomamente, como por exemplo no caso da integridade física e o dano estético. Ademais, por ser a reparação, sobretudo pecuniária, como se verá adiante, dependente do conceito de atenuação da dor, ou substituição do prazer extinto pelo dano, pelo prazer que se poderá haver com a indenização (CAVALIERI FILHO, S. *Op. Cit.* p. 81), sendo dificilmente compatível com uma definição de dano moral esterilizada do conceito de dor moral.

3.3 Responsabilidade civil e dano

Estabelecido o elemento do dano e sua centralidade para a responsabilidade civil, permite-se avançar para a própria responsabilidade. Em que pese a heterogeneidade apontada, é possível avançar em alguns elementos adicionais comuns a todos os fenômenos no escopo deste estudo. Foi afirmado que o fenômeno da responsabilidade civil é, em termos amplos, a sujeição do patrimônio do responsabilizado à pretensão alheia e, no específico objeto deste estudo, visando à reparação da ordem perturbada pelo ato causador do dano. Constitui, portanto, fenômeno sancionatório, medida indireta de desencorajamento e obstaculização do comportamento indesejado²⁸⁴.

Tal sujeição, que até então se referiu por indenização, em sentido amplo, se dá principalmente por meio de três meios distinguíveis: A reparação *in natura*, a indenização (em sentido estrito) e a compensação.

A reparação *in natura*, ou específica, embora tenha um papel central nos danos voltados ao corpo da pessoa humana, tem aplicação limitada no caso da morte. O elemento distintivo da reparação *in natura*, ou específica, é fácil de se alcançar. Consiste não no pagamento de soma em dinheiro, mas “quando o interesse do credor (ou, em geral, do titular do direito ofendido) é satisfeito com a prestação de um bem igual ao devido”²⁸⁵. Distingue-se a reparação específica da indenização pois naquela o credor obtém o próprio bem devido, e não bem outro, igual (sob os aspectos relevantes) ao devido²⁸⁶.

“Por meio [da reparação específica] (...), é criada uma situação idêntica à que existiria na ausência da ocorrência do dano, diferentemente da indenização, com a qual se cria uma situação simplesmente equivalente, ou seja, correspondente, possuindo o mesmo valor daquela que foi eliminada”²⁸⁷

A reparação *in natura* contava com expressa previsão legal no art. 1.543, CC/16 como regra para a liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos. Embora sua quase exata redação ainda conste no atual código, suprimida apenas a remissão, foi colocada no parágrafo único do art. 952, que trata especificamente da hipótese de esbulho, embora ainda no Capítulo dedicado à indenização. Da mesma forma, o art. 947, CC, que prevê substituição pelo valor

²⁸⁴ BOBBIO, N. Dalla struttura alla funzione. *Op. Cit.* p. 48.

²⁸⁵ JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.* p. 420. No mesmo sentido, TEPEDINO, G. TERRA, A. M. V. GUEDES, G. S. C. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 46.

²⁸⁶ *Ibid.* pp. 420 e 421.

²⁸⁷ “Riguardo alla reintegrazione in forma specifica, abbiamo soltanto accennato che per mezzo di essa viene creata una situazione identica a quella che esisterebbe in mancanza dell'arrecamento del danno, a differenza del risarcimento, con cui viene creata una situazione semplicemente pari o verosimilmente corrispondente, avente il medesimo valore di quella che è stata eliminata.” (CUPIS, A. *Op. Cit.* p. 359.)

como subsidiária à prestação na espécie não alcança a generalidade da regra do antigo art. 1.543, CC/16, dado que versa sobre a prestação “na espécie ajustada”²⁸⁸, não alcançando os casos em que não há negócio.

Assim, não se encontra fundamento legal para afirmar ser a forma preferencial de indenização no direito brasileiro atual. De toda forma, preferência legal pela reparação *in natura* tem fundamento difícil de ser replicado nos danos morais. “As obrigações são valores econômicos e a moeda é uma medida geral deles”²⁸⁹. Quando a obrigação se torna de reparar um bem não mensurável em dinheiro, a medida entre a performance e obrigação se torna impossível. Um carro pode ser avaliado antes e após o reparo, para uma comparação exata, a honra, o bem-estar e, em larga medida, a saúde, não.

Na reparação *in natura* dos danos morais, pela mesma razão que não se conta com uma indenização, a ausência de um parâmetro objetivo de comparação entre dano e remédio do dano a torna distinta em medida, ainda que não em meios, da reparação *in natura* dos danos materiais. Daí que várias das formas mais usuais de reparação *in natura* dizem respeito não a uma equivalência com os danos, mas sim uma equivalência com o ato lesivo. É o caso, por exemplo, da retratação pública ou direito de resposta, cuja medida é a ofensa e a forma de sua divulgação.

Ainda se fixam obrigações de fazer ou dar²⁹⁰ em desfavor do ofensor visando à restituição do ofendido ao estado anterior ao dano²⁹¹. Se no caso do dano patrimonial, o objeto restaurado é comparável com o objeto antes do dano, como comparar a honra ou a imagem violada? Mais pertinente para este estudo, parece evidente que nem mesmo os danos reflexos admitem reparação *in natura*, tal como definida. A analogia com a substituição do bem diminuído é ainda mais problemática. A conclusão é que “não há como se ter, propriamente, uma restauração *in natura* do dano extrapatrimonial, pela impossibilidade de efetivamente restituir o ofendido ao status quo ante”²⁹².

²⁸⁸ Em sentido contrário, Rodrigo Ustároz Cantali entende que o art. 943 seria essencialmente uma repetição do antigo art. 1.543. (CANTALI, R. U. *Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1–23, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/688>. Acesso em: 02/12/2024. p. 8). Como explicitado no texto, entende-se diversamente exatamente pelas diferenças de redação, que não permitem, senão por analogia, aplicação da regra contida no art. 943, CC às obrigações extracontratuais.

²⁸⁹ BEVILÁCQUA, C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado por Clóvis Beviláqua)*. Vol. II. *Op. Cit.* p. 682.

²⁹⁰ CUPIS, A. *Op. Cit.* p. 375..

²⁹¹ Frequentemente citados são exemplos aplicáveis por dano moral à honra ou imagem, consistentes na publicação de sentença ou desculpas públicas, exemplos que são tratados no Anteprojeto de Reforma do Código Civil.

²⁹² CANTALI, R. U. *Op. Cit.* p. 12.

A reparação específica²⁹³ nos casos de dano moral, assim como a reparação pecuniária, não se vale da exata equivalência com o dano, posto que impossível, mas deve versar sobre o mesmo direito ofendido e visa aproximar-se desta, e em todos os casos se vale de obrigações de fazer ou dar para atingir este objeto²⁹⁴.

O Anteprojeto de reforma do código civil encaminhado ao Senado Federal, por sua vez, altera o artigo 947, CC, para prever a preferência legal da reparação *in natura* de forma ampla. Uma questão interpretativa interessante será a relação entre os parágrafos do artigo, caso seja aprovado sem modificações. Isto pois o §1º, em termos similares ao art. 566, CC português, fixa a indenização em dinheiro quando “a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos, ou seja excessivamente onerosa para o devedor. O §2º, por sua vez, estabelece que nos “casos de dano extrapatrimonial, admite-se, a critério da vítima, a reparação *in natura*, na forma de retratação pública, por meio do exercício do direito de resposta, da publicação de sentença ou de outra providência específica que atendam aos interesses do lesado”²⁹⁵. Por fim, o §3º estabelece que nas hipóteses do §2º, “a reparação *in natura* pode ser efetivada por meio analógico ou digital, alternativa ou cumulativamente com a reparação pecuniária”²⁹⁶.

Caso se entenda que o artigo meramente declara e ressalva o direito de o lesado escolher o meio de reparação *in natura*, somente, ou se efetivamente excepciona o §1º, estabelecendo a faculdade da vítima escolher a reparação *in natura*, para além de seu meio. A primeira interpretação é defensável com base na ausência de distinção no primeiro parágrafo, quanto à natureza do dano. Todo dano será reconstituído naturalmente, exceto quando incorrer nas hipóteses daquele parágrafo. O dano extrapatrimonial, entretanto, estaria sujeito a regras especiais. A segunda interpretação, por sua vez, parece ser a que melhor se encaixa na literal redação do §2º. Na primeira interpretação, o final do §3º, com o enunciado da possibilidade de reparação “alternativa ou cumulativamente com a reparação pecuniária” seria um pré-juízo (razoável) de que em alguns casos a reparação *in natura* pode não ser suficiente para a satisfação dos danos. Na segunda interpretação, é uma extensão da faculdade da vítima.

²⁹³ A rigor, utilizaram-se as expressões reparação *in natura*, reparação específica e reparação não-pecuniária como sinônimos, seguindo o uso nas obras consultadas. Embora seja possível especular uma distinção entre dois ou mesmo os três termos, isto não é necessário para o presente raciocínio e seu teste escapa ao escopo deste trabalho.

²⁹⁴ CANTALI, R. U. *Op. Cit.* pp. 16 e 21.

²⁹⁵ BRASIL, Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf>. Acesso em 06/02/2025. p. 90. Note-se que, em 31 de janeiro o anteprojeto se tornou, oficialmente, o Projeto de Lei 4/2025, no Senado Federal.

²⁹⁶ *Ibid.*

Independentemente do estatuto de meio preferencial legal, a reparação *in natura* tem a vantagem de atacar o dano de modo direto²⁹⁷. “Com a reparação *in natura*, o pagamento da indenização pode eventualmente ser substituído ou cumulado (...) [com algum meio de reparação *in natura*], tornando mais efetiva a compensação e desestimulando a difusão de ações meramente mercenárias”²⁹⁸. A dificuldade da reparação *in natura* é de ordem prática. Nem sempre, especialmente no caso da morte, no que interessa a este trabalho, é possível encontrar equivalente para o que se destruiu ou diminuiu. Evitando-se o mais óbvio, os laços familiares, de amizade no campo extrapatrimonial, parecem impassíveis de reparação *in natura*. O campo patrimonial apresenta espectro, desde o sustento a quem o morto devia alimentos e a contribuição da economia doméstica são duas perdas pecuniárias que fazem apagar, nos casos concretos, a distinção entre pagar quantia e dar coisa equivalente, e plenamente reparáveis. A experiência empregada no trabalho ou no negócio, os contatos e conexões úteis ao trabalho, apenas dificilmente, quando são possíveis.

Do outro lado, condenação a pagar quantia, nos demais casos que o dano sofrido não foi, exatamente, a perda de quantia em dinheiro. Esta pode assumir a forma de ressarcimento, ou indenização em sentido estrito, entendida como concessão do equivalente pecuniário à perda que se sofreu²⁹⁹, ou a forma de compensação, na concessão de um valor que não corresponde, mas que visa amenizar um prejuízo³⁰⁰. Por serem as formas mais usuais de se reparar os danos que advêm da morte, serão melhor tratados no restante deste capítulo e, principalmente, no próximo.

3.4 O dano morte

Assim delimitado o dano ressarcível e os meios da reponsabilidade civil para enfrentá-lo, centra-se no problema específico da morte.

A definição de dano moral, como delineada (item 3.2, *supra*), abrange também danos que são distinguidos por parte da doutrina e da jurisprudência, no que se inclui dano morte. A expressão tem sido utilizada para se referir ao aspecto moral em específico, mas ainda é atual a advertência que para a exacta avaliação do ressarcimento devido pelo homicídio, é necessario considerá-lo econômica e moralmente”³⁰¹.

²⁹⁷ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 512.

²⁹⁸ TEPEDINO, G. TERRA, A. M. V. GUEDES, G. S. C. *Op. Cit.* p. 47.

²⁹⁹ JORGE, F. S. L. P. *Op. Cit.* p. 420

³⁰⁰ ALVIM, A. Da Inexecução das obrigações e suas consequências, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 253.

³⁰¹ BEVILÁQUA, C. *Op. Cit.* Vol. II. p. 687.

Com isto, os problemas enfrentados pelo antigo código ganham atualidade: ainda se trabalha com a ideia, constante já no Código Criminal de 1830, que a reparação deve ser a mais completa possível, que agora tem expressão no texto legal, correspondendo à noção de que a indenização se mede pela extensão do dano, do art. 944, CC. Ocorre que, como visto acima, dano moral e pecúnia são incomparáveis entre si. Permanece ainda atual a consideração que quanto aos danos morais, “ou deixaremos ao arbítrio do juiz a determinação de cada caso, ou nos limitaremos ao *damno material*. O Código Civil brasileiro [de 1916] seguiu este último caminho”. O Código atual, por sua vez, não conta com uma redação radicalmente distinta da do anterior, como visto, nem conta com redação similar em amplitude à do art. 1.553, CC/16, mas com base em construções doutrinárias e jurisprudenciais ainda sob o código anterior, é incontestado que o atual Ordenamento segue o primeiro caminho. Por ser o exercício de um arbítrio que as balizas dadas ao juiz ganham relevância adicional.

Dito isto, o primeiro desafio no dano morte é estabelecer seu conteúdo. Em apertada síntese, pode-se considerar por dano morte, o “o caso específico de falecimento de um parente próximo - como a morte do esposo, do companheiro ou do pai”³⁰². Alternativamente, pode-se considerar os “danos experimentados pelos próprios (...) falecidos, em sua esfera subjetiva, os quais sofreram os resultados diretos” do homicídio³⁰³. A primeira definição aparece reiteradamente na jurisprudência do STJ acerca do “dano morte”. A segunda, adotada expressamente pelo Tribunal Superior do Trabalho como razão de decidir no RRAg 10165-84.2021.5.03.0027, distingue o “dano morte” dos danos suportados pelos familiares, “reflexo do acidente sofrido pelos entes falecidos”³⁰⁴. Ambas as posições encontram desafios no atual ordenamento, e testam ao limite a estrutura e definição do dano indenizável apresentada neste capítulo, por diferentes vias.

3.4.1 O dano morte como dano aos que sobrevivem ao falecido:

³⁰² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Processo 2013/0076325-0 (íntegra dos autos), Disponível em: <<https://cpe.web.stj.jus.br/#/&tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=2013/0076325-0>>. Acesso em 05/02/2025. p. 2513

³⁰³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). RRAg 10165-84.2021.5.03.0027 (Acórdão). (...) INDENIZAÇÃO POR DANO-MORTE. CABIMENTO E TRANSMISSIBILIDADE. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS SOFRIDOS PELA VÍTIMA DIRETA (PRETIUM MORTIS) (...). Relator: Min. Jose Roberto Freire Pimenta. Julgamento em 20/06/2023. Disponível em: <<https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2022&numProcInt=489276&dtPublicacaoStr=30/08/2024%2007:00:00&nia=8431500>>. Acesso em: 02/05/2021. p. 88.

³⁰⁴ *Ibid.*

Iniciando pela posição que identifica o dano morte com o dano sofrido pelos que sobrevivem ao morto, tem-se por exemplificativo o REsp 1127913 RS, não somente por apresentar definição do dano contra a qual nenhum dos acórdãos do STJ analisados se insurgiu, mas principalmente por ter sido objeto de Embargos de Divergência e a extensa discussão acerca da finalidade do dano moral nos casos de morte nas diversas instâncias.

Ocorre que, como se verá a seguir, este dano, que pode ser distinguido pelo prejuízo de afeição, impõe a necessidade de algumas ponderações quanto ao dano indenizável.

3.4.1.1 O caso do EREsp 1127913 RS

Na origem, tem-se acidente de helicóptero em novembro de 2001. Carlos, um biólogo, e Fernando, um engenheiro agrônomo, ambos funcionários da secretaria de Meio Ambiente do estado do Rio Grande do Sul, se utilizavam dos serviços de sociedade de taxi aéreo para vistoriar área de preservação ambiental que seria alagada para formar o reservatório de usinas hidroelétricas. O sobrevoo se deu em baixa altitude em vale sinuoso, sobre o qual passavam linhas de alta voltagem não-sinalizadas que se enroscaram no helicóptero, causando sua queda, explosão e incêndio e a morte do biólogo, outros dois técnicos e o piloto da aeronave³⁰⁵.

Dois filhos de Carlos moveram ação contra a concessionária de energia elétrica e a sociedade de táxi aéreo para haver a indenização pelos danos morais. A filha e a companheira de Carlos também moveram ação para haver indenização pelos danos morais. A esposa de Fernando, por fim, também moveu ação, pleiteando indenização por danos materiais e morais. A concessionária denunciou a lide à seguradora, que denunciou a lide à resseguradora, além de contestar a ação. A concessionária ainda sustentou inexistir dever de sinalizar as linhas em questão, por suas características técnicas, e sustentou que o voo teria sido irregular. A sociedade de taxi aéreo sustentou que no acordo firmado no outro processo, ficou pactuada a divisão dos valores entre os três filhos de Carlos, além de negar voo em altitude abaixo do permitido, atribuindo o acidente e as mortes à ausência de sinalização dos fios. Finalmente, denunciou a lide à seguradora, que denunciou a lide à resseguradora. Os três processos foram reunidos para julgamento conjunto³⁰⁶.

A responsabilidade da concessionária, embora elemento de ênfase da sentença, é menos interessante a este trabalho e foi resolvida observando-se as regras técnicas aplicáveis à sinalização da fiação, que não determinavam a sinalização dos fios em questão, por estarem

³⁰⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Processo 2013/0076325-0. *Op. Cit.* p. 5

³⁰⁶ *Ibid.* pp. 1122 a 1189.

abaixo da altitude em que tal sinalização é obrigatória. Ainda, as regras aplicáveis ao voo, que determinavam a obtenção de autorização especial para sobrevoar na altura em que a fiação se encontrava, abaixo da altura mínima para o voo normal, mas não buscou tal autorização³⁰⁷. Exatamente por estas circunstâncias, e a experiência em voos na região do acidente do piloto, que nada obstante não tomou cautelas usuais entre pilotos da região, foi considerado culpado pelo acidente, e responsabilizada a empresa, com base no antigo art. 1.521, III, CC/16, correspondente ao atual art. 932, III, CC³⁰⁸.

Quanto à pretensão comum, de indenização pelos danos morais, foi considerado que

A reparação dos danos imateriais, atinente à repercussão do evento trágico no íntimo de cada um dos familiares decorrente da perda de um ente querido dispensa a realização de prova quanto a sua efetividade. A perda de um familiar representa a desagregação permanente de um vínculo afetivo, com repercussões psíquicas negativas no íntimo do indivíduo. E consequência inerente ao próprio fato e à natureza humana (...) ³⁰⁹.

Assim, passou à análise de cada um dos autores, considerando que a “equação entre perda e reparação deve encontrar parâmetro e razoabilidade, se possível, em circunstâncias objetivas. Não se trata de quantificação da dor causada pela ausência do ente querido, mas sim do alcance de condições propícias ao encontro de alternativas à superação da perda”³¹⁰. Foi com tais considerações que a sentença se engajou em um exercício de procurar parâmetros de compreensão do dano e mensuração da indenização como meio de compensar o dano. Considerou-se ainda que haveria solidez econômica para satisfazer a condenação, dada a existência de várias rés, pessoas jurídicas empresárias de porte, vinculadas por seguro e resseguro.

Neste exercício que se adotou o valor julgado suficiente para a obtenção de casa própria, R\$ 130.000,00, como indenização devida a cada um dos filhos de Carlos³¹¹. No caso da filha, no entanto, fundada na ausência de sinais em sentido contrário atestados nos autos, além de ser recém-nascida ao tempo dos fatos, a sentença negou existirem consequências diversas das consequências suportadas como reflexo do dano sofrido pela mãe. Esta, na sentença, recebeu análise de aspectos fisiológicos da vítima, remanescente dos argumentos de Wilson de Melo da Silva para a constatação do dano moral. Ainda, foi considerado pela sentença, e apesar da união

³⁰⁷ *Ibid.* p. 1093 a 1101.

³⁰⁸ *Ibid.* p. 1101 a 1102.

³⁰⁹ *Ibid.* p. 1102 e 1103.

³¹⁰ *Ibid.* p. 1104 e 1105.

³¹¹ *Ibid.* p. 1105.

estável, que o relacionamento da companheira de Carlos com ele ainda seria incipiente. Em ambos os casos, julgou-se que o dano seria passageiro, facilmente assimilado e superado, determinando indenização menor, de R\$ 40.000,00, para ambas³¹². Igual análise, com resultado diverso, foi feita sobre a esposa de Fernando, que em atenção ao tempo do vínculo, à gravidade, à persistência da manifestação clínica do abalo psicológico e a ausência de filhos do casal, recebeu também a indenização de R\$ 130.000,00, embora sem comentários, nos três últimos casos, sobre a relação de equivalência que se pretendeu estabelecer quanto à compensação.

À exceção da Concessionária e sua seguradora, todos recorreram. De especial interesse, tem-se a apelação da filha e da companheira de Carlos, que negavam ser possível tratar diferentemente pessoas com igual relação de parentesco no caso, razão pela qual a indenização da filha de Carlos devia ser igual à concedida aos filhos maiores do próprio Carlos, e a indenização à companheira de Carlos devia ser igual, dada a igualdade de condições, à concedida à esposa de Fernando. A apelação ainda se insurgiu contra a improcedência em relação à concessionária, mas por divergir dos fatos tomados pela sentença como provados, e enfatizando a suposta negligência e a gravidade da culpa da concessionária e sociedade de taxi aéreo³¹³. Os filhos de Carlos e a esposa de Fernando recorreram tanto contra a improcedência do pedido indenizatório em desfavor da concessionária, como buscando a majoração da condenação, para atender a seu caráter punitivo³¹⁴. A sociedade de taxi aéreo recorreu contra a condenação e a improcedência do pedido quanto à concessionária, mas também requerendo a minoração das indenizações, para evitar enriquecimento sem causa.

O Acórdão manteve a sentença, exceto quanto ao valor das indenizações. Neste caso, considerou-se que

Para se fixar o valor indenizatório ajustável à hipótese fática concreta, deve-se sempre ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao status quo ante. Este princípio encontra amparo legal no artigo 947 do Código Civil e no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, não sendo possível a *restitutio in integrum* em razão da impossibilidade material desta reposição, transforma-se a obrigação de reparar em uma obrigação de compensar, haja vista que a finalidade da indenização consiste, justamente, em ressarcir a parte lesada.

No que diz com o valor dos danos morais, há de se considerar uma série de circunstâncias. De regra, venho expondo que o valor da indenização deve observar atentar para a pessoa do ofendido e do ofensor; a medida do padrão sócio-cultural da vítima; a extensão da lesão ao direito; a intensidade do sofrimento e sua duração; e as condições econômicas do ofendido e as do devedor. Deve-se relevar, ainda, o caráter pedagógico-preventivo da medida.

³¹² *Ibid.* p. 1106 a 1107.

³¹³ *Ibid.* p. 1369.

³¹⁴ *Ibid.* p. 1456 a 1458.

Todavia, a real dimensão externa da ingerência do ato lesivo no âmbito psicológico da vítima é que deflagrará o quantum indenizatório devido. Para tanto, temos de sopesar que nesta esfera eminentemente subjetiva, há interferência direta do meio social dos sujeitos, das especificidades do objeto, e, finalmente, os efeitos jurídico-econômicos.

Aliado a estes critérios de julgamento, deve sempre buscar no bom senso e na razoabilidade esteios para o arbitramento desta medida. Não se pode desconsiderar, noutra senda, a exequibilidade do encargo pelo agente responsável³¹⁵.

Após enunciar estes critérios, o Acórdão passou diretamente à confirmação do valor da indenização aos filhos de Carlos e à esposa de Fernando, e à majoração do valor da indenização devida à filha e à companheira de Carlos. Foi desse acórdão que recorreram a sociedade de táxi aéreo, a seguradora e a resseguradora, no relevante a este estudo, pugnando pela redução dos danos morais, buscando adotar o patamar de 500 salários-mínimos, já havido pelo STJ como limite de uma indenização razoável para o caso de morte, como referindo a cada vítima, de modo que a família como um todo pudesse haver indenização de até 500 salários-mínimos³¹⁶.

O Min. Marco Buzzi, relator, comparou as indenizações tanto ao salário-mínimo vigente à sentença, como ao salário-mínimo vigente quando do julgamento, em ambos os casos entendendo o valor concedido a cada familiar de vítima como razoável. O Ministro rejeitou a pretensão de haver no parâmetro de 500 salários-mínimos um limite coletivo, ao argumento de que poderia inviabilizar que outros herdeiros necessários viessem a pleitear suas respectivas indenizações³¹⁷.

O Ministro Luís Felipe Salomão, relator para o acórdão, apresentou voto divergente em parte. Destacou que, pelo número de pessoas envolvidas, o valor alcançaria soma expressiva, ultrapassando dois milhões de reais. Ponderou que, embora a tarifação de indenizações tenha sido historicamente afastada pelo STJ, fundado em um princípio de ampla indenizabilidade, o dano moral deveria ter sua indenização pautada pela equidade, dada a impossibilidade de reparação da dor e do sofrimento de forma precisa e a subjetividade do abalo moral, assim como a necessidade de atribuir soluções semelhantes a casos assemelhados³¹⁸.

Embora reconhecendo existirem vários julgados propondo indenizações individualmente, citou outros julgados que mantiveram o parâmetro de quinhentos salários-mínimos, asseverando que tal parâmetro harmonizaria a indenizabilidade plena com a “exigência de se proceder sempre com equidade no arbitramento de indenizações por danos

³¹⁵ *Ibid.* p. 1599.

³¹⁶ *Ibid.* p. 2201.

³¹⁷ *Ibid.* p. 2202.

³¹⁸ *Ibid.* pp. 2209 a 2212.

que, em essência, não possuem conteúdo econômico”. Negou, com isso, que a indenizabilidade plena se confundiria com uma obrigação, pelo causador do dano, à compensação ilimitada e irrestrita. Fundado no art. 944, parágrafo único, CC, o Ministro apontou que a solução que fixaria o valor razoável e simplesmente o multiplica pelo número de autores da ação analisaria apenas a extensão do dano, descuidando de valorar a reprovabilidade da conduta causadora do dano. Após analisar diversos precedentes, o Ministro propôs que as balizas indenizatórias aplicadas pelo STJ o fossem de forma global, à família do ofendido, admitindo flexibilização para evitar, em famílias numerosas, sua diluição à infimidade. Com estes argumentos, fixou a indenização para cada familiar de Carlos envolvido na ação em R\$ 125.000,00, mantendo a condenação em favor da esposa de Fernando³¹⁹. Após considerações do Min. Raul Araújo e da Min. Maria Isabel Gallotti, o STJ deu parcial provimento ao recurso contra a companheira e os filhos de Carlos e negou provimento ao recurso contra a esposa de Fernando, nos termos do Min. Relator³²⁰.

A companheira e os filhos de Carlos apresentaram embargos de divergência que, na parte conhecida, se insurgiu contra a fixação de um arbitramento de valor de indenização global para a família da vítima, permitindo a atribuição de indenizações distintas situações idênticas³²¹.

O voto do relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho regrediu à caracterização jurídica do dano, entendendo-o, com amparo doutrinário, “como o distúrbio ou perturbação causado à pessoa através de sensações anímicas desagradáveis (...), em que a pessoa é atingida na sua parte interior, anímica ou psíquica”³²². Em face disso, a “reparabilidade do mal causado, por sua vez, possui função meramente satisfatória, cujo arbitramento almeja tão somente à suavização de um pesar, de uma sensação dolorosa, insuscetível de restituição ao *statu quo ante*”³²³.

Diante disto, o Ministro apontou que a indenização deveria perfazer um juízo de reparação apenas entre a dor suportada, e a capacidade econômica de ambas as partes, adotando ainda um “critério equânime”, que obstaculizando o enriquecimento sem causa e a indenização pífia, “promova o tratamento igualitário entre as pessoas que se encontrem em idênticas situações”³²⁴. O fator de discriminação, portanto, não poderia ser meramente o tamanho do

³¹⁹ *Ibid.* pp. 2213 a 2222.

³²⁰ *Ibid.* pp. 2236 a 2237,

³²¹ *Ibid.* p. 2519.

³²² *Ibid.* p. 2529.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

núcleo familiar, distanciando-se da indagação do grau de parentesco ou de afeição dos lesados para com o falecido, que seria o critério a ser adotado. Por fim, considerou que o valor fixado originalmente não afetaria a capacidade econômica da sociedade de táxi aéreo, ou sua seguradora³²⁵.

O Ministro foi acompanhado pelo então Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que enfatizou “que o principal dano moral decorrente do homicídio é aquele sofrido pelos familiares do falecido (vítimas por ricochete), denominado de prejuízo de afeição”³²⁶. Assim, a orientação apontada pelo ministro como tradicional da jurisprudência do STJ, de arbitramento individual para cada familiar do falecido, seria mais consentânea com o direito brasileiro. A lógica seria então inversa à proposta no Acórdão do Recurso Especial: não se apontaria para o tamanho do núcleo familiar em caso de indenização tornada irrisória pela multiplicidade de atingidos, para majorar a indenização global, mas apenas para minorar os montantes individuais de um montante global tornado excessivamente oneroso. O Ministro fez então remissão ao art. 953, parágrafo único, sustentando ser necessária equidade na indenização do dano moral³²⁷.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura divergiu, apontando que a unicidade do evento danoso, associada à possibilidade de flexibilização do teto indenizatório, justificariam a manutenção do acórdão³²⁸. Com isto, e os votos com o relator dos demais ministros, a corte especial do STJ deram provimento ao recurso, retornando as indenizações ao patamar fixado na origem³²⁹.

3.4.1.2 Dano morte como prejuízo de afeição

Neste ponto, inicia-se pela definição que estabelece uma identidade entre o prejuízo de afeição e o dano morte. Em que pese a ausência de mudança no texto legal, é apontado atualmente que a lei restringiria

(...) a indenização pelos danos mensuráveis, a saber, as despesas necessárias aos tratamentos que o lesado possa ter se submetido, até seu decesso, com o funeral, e o luto da família, entendido este último como os danos morais causados aos sobreviventes pela perda do seu familiar³³⁰

³²⁵ *Ibid.* p. 2530 a 2533.

³²⁶ *Ibid.* p. 2539

³²⁷ *Ibid.* pp. 2539 a 2545.

³²⁸ *Ibid.* pp. 2526 e 2547.

³²⁹ *Ibid.* p. 2514.

³³⁰ CAVALCANTI, C. A. Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida. *IN: Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, 2019. DOI: 10.37963/iberc.v2i2.59. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/59>. Acesso em: 05/01/2025. P. 7.

Isto, aliás, além da pensão àqueles que dependiam do falecido³³¹.

Trata-se, no aspecto material, em tese do mesmo tipo de dano que mesmo Gabba, aceitava como “dano”, como visto anteriormente. Se o prejuízo, na forma da dor moral, é de fácil identificação, o interesse tutelado pode ser identificado com a ligação afetiva entre o ofendido (nos casos estudados, falecido) e o lesado.

A isto se chega observando que, a conformação do dano aos que sobrevivem ao falecido, assim considerado, dada pelo direito pátrio é a do dano reflexo ou por ricochete, nomenclatura aliás utilizada no caso analisado anteriormente, embora de forma esporádica. Em sentido amplo, se refere a uma forma particular pela qual um conjunto de danos emerge, não em sua caracterização *per se*. Este dano “pode ser observado sempre em uma relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa”³³².

Nos casos analisados, o dano por ricochete é identificável com o “prejuízo de afeição”, prejuízo moral suportado pelas pessoas afetivamente ligadas ao ofendido. O relatório do grupo de trabalho encarregado de elaborar uma nomenclatura dos prejuízos corporais na França tratou por “*préjudice d'affection*”:

um tipo de dano que repara o prejuízo por afeto sofrido por alguns familiares próximos em decorrência do falecimento da vítima direta. Deve-se incluir, nesse contexto, o impacto patológico comprovado que o falecimento pode ter causado em determinados familiares.

Na prática, é necessário indenizar quase automaticamente os danos por afeto dos parentes mais próximos da vítima direta (pai, mãe, etc.).

No entanto, também é apropriado indenizar, sob este título, pessoas sem laço de parentesco, desde que provem, por qualquer meio, ter mantido uma relação afetiva real com o falecido³³³.

³³¹ *Ibid.*

³³² SILVA, R. P. Sistema de Justiça, Função Social do Contrato e a Indenização do Dano Reflexo ou por Ricochete. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 32, n. 63, pp. 353–375, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p353>. Acesso em: 05/01/2015. p. 355.

³³³ “Il s’agit d’un poste de préjudice qui répare le préjudice d’affection que subissent certains proches à la suite de la survie handicapée de la victime directe. Il s’agit du préjudice moral subi par certains proches à la vue de la douleur de la déchéance et de la souffrance de la victime directe. Il convient d’inclure à ce titre le retentissement pathologique avéré que la perception du handicap de la victime survivante a pu entraîner chez certains proches. En pratique, il y a lieu d’indemniser quasi-automatiquement le préjudice d’affection des parents les plus proches de la victime directe (père et mère, etc.). Cependant, il convient également d’indemniser, à ce titre, des personnes dépourvues de lien de parenté avec la victime directe, dès lors qu’elles établissent par tout moyen avoir entretenu un lien affectif réel avec le défunt”. FRANÇA, Ministère du Travail, de la Santé, des Solidarités et des Families. Nomenclature des postes de préjudices: rapport de M. Dintilhac. Disponível em: <<https://sante.gouv.fr/ministere/acteurs/partenaires/article/nomenclature-des-postes-de-prejudices-rapport-de-m-dintilhac>>. Acesso em 10/01/2025. p. 45.

Superando a polissemia que as várias figuras de dano comumente assumem, entre o evento danoso, a consequência deste evento e a medida reparatória, percebe-se aqui uma definição útil ao dano analisado.

Neste ponto, pode-se advertir que a definição apresentada somente especifica a forma pela qual o dano atinge a vítima, e nem apresenta, nem isenta o dano em ricochete de apresentar um interesse juridicamente tutelado ofendido pela vítima por ricochete. Esta avaliação, que não é distinta da avaliação da ocorrência de qualquer outro dano, por vezes vai apontar para o próprio laço afetivo familiar³³⁴. Na experiência nacional, “pode-se dizer que há, fixado pela jurisprudência brasileira, uma presunção *juris tantum* em favor dos pais, cônjuge ou companheiro e filhos do de cujus (...) sendo que outras pessoas, como irmãos e sobrinhos, também podem ser incluídos, em situações especiais”³³⁵.

Nestes casos, a jurisprudência do STJ, nem sempre distingue entre o interesse juridicamente tutelado e o abalo, mas nesta distinção pode-se buscar um critério que enfrenta as críticas postas pelos próprios críticos ao dano moral e, a rigor, ainda carentes de solução, sobre o número potencialmente indeterminável de lesados. A presunção em favor dos parentes em linha reta e cônjuges e companheiros passa a ser compreendida como o reconhecimento, ainda que implícito, de uma tutela jurídica às relações familiares. A presunção relevante, de que há um abalo causado pelo rompimento destas relações passa a ser explicada como uma observação do que ordinariamente acontece, de um vínculo afetivo seguindo o vínculo familiar, e a possibilidade de sua desconstituição (ser presunção *iuris tantum*) meramente atua como inversão específica do ônus de provar que (não) há prejuízo.

Ocorre que, como visto no caso do EREsp 1127913 RS, o tratamento é o mesmo nestes casos e nos casos em que o abalo se converte em um prejuízo à própria saúde da vítima sobrevivente, como foi no caso da esposa de Fernando. O fato de que aquele dano foi tratado sem maiores ressalvas, senão em primeiro grau, como os demais, marcadamente distintos, não permite fugir à conclusão de que a correta identificação do interesse tutelado da vítima por ricochete efetivamente ofendido somente é possível de forma casuística. Ainda assim, sugere

³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Acórdão. REsp 1076160 AM. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS POR MORTE. NOIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSÁRIA LIMITAÇÃO SUBJETIVA DOS AUTORIZADOS A RECLAMAR COMPENSAÇÃO. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 10/04/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801608299&dt_publicacao=21/06/2012>. Acesso em 15/11/2024. p. 8.

³³⁵ *Ibid.* pp. 360 e 361.

que tal identificação pressupõe tanto a identificação de qual direito é tutelado, e o fundamento normativo da tutela, como a visão imediata do caso concreto, sem prévias abstrações.

3.4.2 O dano morte como dano ao falecido:

O caso analisado pelo TST, por sua vez, foi marcadamente distinto. O problema originário continua a morte e a imputação desta morte a outrem, mas a solução reclamada ao tribunal não somente pressupôs, mas enfatizou sua distinção com a busca de satisfação aos familiares sobreviventes. Ao contrário, os danos sofridos pelos familiares, inclusive morais, já haviam sido objeto de quitação anterior³³⁶.

3.4.2.1 O caso do RRAg 10165-84.2021.5.03.0027

Na origem, tem-se o rompimento da barragem de Brumadinho. Em razão do rompimento da barragem, 308 trabalhadores foram mortos ou desapareceram, sem que seus corpos tivessem sido encontrados até a data do ajuizamento da ação coletiva³³⁷. Dos vários detalhes que se tornaram familiares pela cobertura jornalística ao evento, a ausência de alarmes no momento que a barragem se rompeu e o fato de que vários dos trabalhadores estavam em horário de almoço, em um refeitório que, como diversas casas, instalações administrativas e pousadas, se situava no caminho da lama, foram destacados na inicial.

Em razão disto, o sindicato autor moveu demanda coletiva, em nome de 131 dos trabalhadores, que eram seus membros. Pleiteou especificamente indenização pelos danos sofridos pelas vítimas até o momento de inconsciência e concomitante óbito, bem como da abreviação do direito de existir. Nem por isto se tratou de uma pretensão meramente ressarcitória. A necessidade de uma indenização também foi defendida a fim de evitar o cenário pelo qual “sob um ponto de vista financeiro, para a ré mais compensaria a morte dos trabalhadores do que a sobrevivência”³³⁸. A atenção foi dividida entre as condutas, de um lado, e os resultados danosos de outro, apontando-se ser injusto que o trabalhador falecido não houvesse indenização quando sofreu o mesmo ato que levou à indenização do dano do trabalhador sobrevivente. Ainda, a ausência de isonomia na concessão de indenizações pela

³³⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 10165-84.2021.5.03.0027. (íntegra dos autos). Disponível em: <<https://visualizacao-autos.tst.jus.br/visualizacaoAutos/VisualizarPecas.do?load=1&anoProcInt=2022&numProcInt=489276&origem=consultarProcesso#Peca82914035>>. pp. 8 e 18.

³³⁷ *Ibid.* p. 19 e 20.

³³⁸ *Ibid.* pp. 24 e 25.

morte do trabalhador com familiares, e a ausência de indenizações pela morte do trabalhador sem familiares³³⁹.

Para além de questões específicas de direito do trabalho, apoiou-se a demanda não somente na exegese do art. 12, e seu parágrafo único, CC, como na interpretação dada pela Sum. 642, STJ, ao art. 943, CC³⁴⁰. A contestação, por sua vez e no que interessa ao presente estudo, apontou que a fixação de indenizações por dano moral em transação anterior, homologada e transitada em julgado, implicaria em coisa julgada. Apontou-se que o art. 6º, CC, ao fixar o termo final da personalidade com a morte, implicaria na não-indenizabilidade do dano-morte em direito brasileiro. Fundou-se, nesta parte, em precedentes do TST negando a reparabilidade do dano-morte por esta mesma razão. Por esta mesma razão, inexistiria aplicabilidade do art. 943, CC. A contestação ainda impugnou a interpretação do art. 12 apresentada na inicial. Negou ser transmissível a indenização do dano moral e afirmou existir *bis in idem* na pretensão do dano morte em situação que já reparado o “dano em ricochete”³⁴¹.

A sentença rejeitou que existiria coisa julgada a ser observada no caso, apoiando-se na natureza personalíssima do dano cuja indenização foi pleiteada na ação, de um lado, e na natureza personalíssima do dano, distinto e sofrido por pessoas distintas, cuja indenização foi fixada na transação³⁴². No mérito, no que interessa, apesar de uma extensa análise da culpabilidade da Vale S.A, concluindo com o juízo que “os riscos do rompimento da barragem e respectivas consequências eram conhecidos e foram conscientemente negligenciados” e, logo adiante, a existência de culpa³⁴³, foi aplicada a responsabilidade objetiva³⁴⁴.

Após enfrentar as considerações pertinentes ao direito trabalhista, a sentença enfrentou o cabimento de indenização pelo dano morte também pela ótica cível, afirmando, quanto ao art. 12, CC, que:

(...) há previsão de extensão de tutela aos direitos da personalidade do falecido no parágrafo único do citado artigo, que outorga legitimidade aos familiares a titularidade para intentar medida capaz de cessar ameaça ou lesão e reclamar perdas e danos.
O óbito subtrai a capacidade de adquirir direitos e obrigações, pois morto não é sujeito de direito, mas ordenamento prolonga a proteção aos direitos da personalidade para depois da morte.

³³⁹ *Ibid.* pp. 26 a 28.

³⁴⁰ *Ibid.* pp. 26 a 28.

³⁴¹ *Ibid.* pp. 4027 a 4120.

³⁴² *Ibid.* pp. 6135 a 6137.

³⁴³ *Ibid.* pp. 6151.

³⁴⁴ *Ibid.*

Tal dispositivo, ao contrário do defendido pela Requerida, não é limitador de direito, mas ampliativo, restando nele expressamente previsto que os danos perpetrados a direito de personalidade, mesmo após a morte da vítima, é objeto de amparo jurídico³⁴⁵.

A sentença distinguiu o caso de ofensa *post mortem* do caso *sub iudice*, de ofensa à pessoa viva e entendeu como superada a extensão da intransmissibilidade do direito de personalidade ao direito autônomo de exigir a reparação do direito, fundada no art. 943, CC³⁴⁶. A sentença ainda qualificou o que seria o dano morte, como decorrente “do ataque injusto e ilícito à vida”³⁴⁷.

A subtração da vida configura lesão ao mais valioso direito da personalidade. Divirjo de respeitabilíssimas vozes que defendem que, da morte ilícita imediata, não decorreria dano para o morto, haja vista que não haveria tempo suficiente para que o de cujus experimentasse as repercussões do fato na sua órbita extrapatrimonial. A supressão da vida configura o dano moral *in re ipsa*, *data maxima venia*.³⁴⁸

A sentença ainda apontou que a consideração de que o dano moral é aceito como ocorrendo *in re ipsa* em outros casos, que configurariam ofensas menos graves à personalidade, sustentando ser inadequado a não-extensão do entendimento ao dano morte. Apontou que seria impossível a externalização do sofrimento, pela vítima fatal, razão pela qual exigir tal prova importaria em inviabilização da reparação integral. Trouxe novas considerações sobre a torpeza identificada na postura da Ré. A sentença tornou enfrentar a questão da transmissibilidade, agora centrada na transmissibilidade do direito de ação. Concluiu reiterando a existência de culpa e nexo causal da Ré³⁴⁹. Não se encontrou enfrentamento expresso sobre o art. 6º, CC.

Na quantificação, a sentença considerou a culpa da ré em grau gravíssimo, fixando a indenização no valor de um milhão de reais por vítima fatal, que seriam concedidos aos espólios e herdeiros dos vitimados, em razão do dano morte. Salientou que a indenização teria caráter pedagógico³⁵⁰.

³⁴⁵ *Ibid.* p. 6155.

³⁴⁶ *Ibid.* p. 6156.

³⁴⁷ *Ibid.* p. 6165.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.* pp. 6165 a 6172.

³⁵⁰ *Ibid.* pp. 6172 a 6174.

A Vale reiterou seus argumentos em recurso ordinário³⁵¹, com o sindicato autor reiterando seus argumentos em contrarrazões³⁵², aderindo ao recurso, pugnando a majoração da indenização ao valor de três milhões de reais por trabalhador vinculado ao sindicato falecido³⁵³. Entre os argumentos analisados pelo Tribunal Regional do Trabalho, no entanto, também se inseriram os da nota técnica, apresentada pelo Polos de Cidadania, programa de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. No mérito, a nota técnica enfatizou os impactos para a comunidade local. Um elemento que, embora perpassando a petição inicial, a contestação e a sentença, para contextualização da aplicação do caráter pedagógico da indenização está na discussão de se houve ou não reincidência caracterizada, em relação ao rompimento da barragem em Mariana, ocorrido três anos antes³⁵⁴. Os argumentos, que entre os litigantes e na sentença versaram sobre a caracterização técnica da reincidência, na nota técnica serviram de contexto para a caracterização do abalo sofrido, de forma maior, na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais e além³⁵⁵.

A nota técnica defendeu ainda a aplicabilidade do dano morte, ainda que sem referência legal expressa, comparando-o com o dano estético. “A compreensão de que é possível aplicar modalidades de dano, mesmo que estas não estejam expressamente enunciadas em lei, decorre da hermenêutica do sistema de reparação que toma como base o princípio da reparação integral”³⁵⁶.

Foi enfrentado também o art. 948, CC e sua ressalva de que as indenizações neles fixadas não excluíam outras reparações. Defendeu-se que seriam cabíveis tantas indenizações quanto adequadas, sustentando-se em específico ser adequada ao dano morte no caso concreto. Foi apresentado um conceito de dano morte como “o dano extrapatrimonial indenizável, decorrente da perda da vida do ser humano, reclamado e pago ao seu espólio”, uma violação do direito à vida³⁵⁷. Foi defendido, sob pena de “baratear o valor indenizatório” comparando-se com a indenização paga ao sobrevivente que sofreu lesões corporais³⁵⁸. Foi ainda enfrentada a relação entre o direito personalíssimo (vida) e o direito à indenização, apontando-se que a lesão ao direito ocorreu ainda em vida. “[A] morte cessa a aquisição de direitos e obrigações. Mas a

³⁵¹ *Ibid.* pp. 7720 a 7894.

³⁵² *Ibid.* pp. 8097 a 8134.

³⁵³ *Ibid.* pp. 6621 a 6650

³⁵⁴ *Ibid.* pp. 6498 e 6499.

³⁵⁵ *Ibid.* 6499.

³⁵⁶ *Ibid.* p. 6500.

³⁵⁷ *Ibid.* p. 6501.

³⁵⁸ *Ibid.*

violação aos direitos desses 131 trabalhadores incluídos na sentença se deu em vida”³⁵⁹. A indenização, patrimonial, que seria objeto de sucessão, e seria distinta “da indenização recebida pelos familiares da vítima a título próprio”³⁶⁰.

Daí é extraída a autonomia do dano moral em relação aos danos que os herdeiros possam pleitear.

O dano-morte é a modalidade de dano que indeniza o sofrimento e a violação à integridade física e a vida de uma pessoa viva, que, em virtude do ato ilícito, perdeu o seu bem jurídico mais precioso. Quem é indenizado é aquela pessoa hoje morta, mas que no momento do evento estava viva, tendo, portanto, sofrido e experimentado sofrimento, humilhação e violação³⁶¹.

Foi ainda defendida a distinção entre os danos morte e coletivo que, nada obstante, escapa ao objeto deste estudo.

Reiterou-se que não se paga por uma vida, considerando que negar valor indenizatório no caso de morte desvirtuaria o processo indenizatório, por resultar em um cenário em que é “mais barato para uma empresa matar seus empregados”³⁶². Ainda, que negar que os fatos gerariam direito à indenização pelos danos morais individuais do falecido seria promover um apagamento, silenciamento, e negação do direito à existência. É no reconhecimento ao direito à existência que a Nota Técnica enfatizou o cabimento de outras medidas de restituição, em todo caso enfatizando a importância da sanção pecuniária³⁶³.

A sanção pecuniária é importante de ser mantida nesses casos porque é a língua falada pelo setor produtivo, ou seja, quando empresas tem que tirar do bolso - seja na forma de seguro, patrimônio ou lucros e dividendos- elas tendem a repensar suas práticas corporativas, já que a reiteração de seu comportamento comissivo ou omissivo que podem gerar prejuízos e retração de acionistas e financiamento.³⁶⁴

A nota técnica passou a revisar a conduta da Ré, enfatizando a negligência da Ré e os impactos de acolher argumentos tais quais a existência de heterogeneidade dos direitos, a determinar a extinção da Ação Civil Pública ou impossibilidade de transmissão hereditária dos direitos. Enfim, é afirmado que através da responsabilização teria o efeito de impulsionar mudanças na cultura corporativa da Ré³⁶⁵.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Ibid.* p. 6502

³⁶² *Ibid.* pp. 6511 e 6512.

³⁶³ *Ibid.* 6512 a 6513.

³⁶⁴ *Ibid.* p. 6513.

³⁶⁵ *Ibid.* pp. 6514 e 6515.

Centrando no valor da indenização, negou-se dever considerar unicamente a situação econômica do Réu, mas se apontou com base em documento interno da Ré, em seu porte e seguimento de negócio que a metodologia de cálculo deveria ser equiparada “aos parâmetros internacionais, que o raciocínio seja em dólares americanos, moeda usada nesses parâmetros, porque assim se aproximará de valores que estejam condizentes com a extensão do dano face à capacidade econômica da empresa”³⁶⁶. A nota passa a tomar por base em medidas como o valor da ação da Ré negociada em bolsa de valores estrangeiras, o valor da tonelada do ferro, bem como um estudo interno da própria Ré. Nesse ponto, são criticados os parâmetros do STJ, aferidos como entre 300 e 550 mil reais por vida perdida, pela ausência de esclarecimento de como o tribunal superior teria chegado ao valor. No estudo realizado pela Ré, analisado na nota técnica, foi assumido com base em estudo anterior o valor de um milhão de dólares por vida perdida, atualizado no estudo da Ré para mais de dois milhões e meio. A nota técnica, aplicando a diferença de cotações entre a data do estudo da Ré e a da nota técnica, alcançou o valor de mais de três milhões e setecentos mil dólares, quase vinte milhões de reais³⁶⁷. A nota problematizou o estudo, apontando dados da agência estadunidense de segurança e saúde ocupacional, sua metodologia, outros casos e importância relativa do setor para o restante da economia, concluindo com a necessidade de “romper o ciclo de lucros e mortes”³⁶⁸. Trouxe novos dados sobre a segurança de barragens, indicativa da postura recorrente, e dos valores econômicos da Ré, tudo isto resultando em uma conclusão de que todas as sanções já aplicadas até então seriam de impacto insignificante³⁶⁹. Todos os valores teriam, portanto, desconsiderado a proporcionalidade e razoabilidade, a gravidade do fato, antecedentes do infrator, considerado recorrente pela nota técnica, não sendo capazes de desestimular a conduta do causador do dano, “tampouco cumprir o caráter pedagógico da sanção”³⁷⁰. Por fim, foi apontado que os danos existencial e ao projeto de vida não teriam sido apresentados no pedido inicial, sendo insatisfeitos pela demanda, dada sua autonomia em relação ao dano moral³⁷¹.

No relevante, o acórdão rejeitou, por maioria, a formação de coisa no acordo anterior, ao fundamento de que o acordo homologado teria versado sobre a reparação do dano moral dos familiares, enquanto a ação versaria sobre o dano sofrido pelos próprios trabalhadores³⁷². O

³⁶⁶ *Ibid.* pp. 6515 a 6518.

³⁶⁷ *Ibid.* pp. 6519 a 6538.

³⁶⁸ *Ibid.* pp. 6538 a 6548.

³⁶⁹ *Ibid.* pp. 6549 a 6552.

³⁷⁰ *Ibid.* p. 6552.

³⁷¹ *Ibid.* pp. 6553 a 6570.

³⁷² *Ibid.* p. 7477.

acórdão iniciou o enfrentamento do mérito considerando a inviolabilidade do direito à vida, enfatizando seu caráter absoluto, evidenciado no fato que os demais direitos iniciariam com o nascimento com vida, perpassando a ausência de um rol taxativo de danos indenizáveis na constituição federal. A indenização do dano-morte decorreria então da proteção ao direito a vida, sua negação seria a negação desta proteção e, diante da possibilidade de outras indenizações, seria possível admiti-lo como dano autônomo. Tal indenização independeria do prévio ajuizamento, dado que, a partir da morte, o direito à indenização se integraria ao patrimônio da vítima, passando a obedecer às regras de direito sucessório³⁷³.

Após trazer considerações sobre convenções internacionais e o direito português, o acórdão passou a avaliar a indenização, retomando a centralidade da vida humana, apontando que “o arbitramento não deve premiar a vítima nem penalizar o causador do dano, como também não pode causar enriquecimento sem causa ou ser fixado valor insignificante”³⁷⁴. Foi apontado ainda a finalidade pedagógica da indenização, parâmetros através do qual se manteve a indenização nos patamares inicialmente fixados³⁷⁵. Embora acolhidos para prestar esclarecimentos, os embargos de declaração não trouxeram novas considerações. Ambas as partes recorreram, e enquanto o recurso da Vale teve seguimento em parte, o recurso do Sindicato autor não teve seguimento. Ambas as partes agravaram, levando ao julgamento do Tribunal Superior do Trabalho.

Sendo os argumentos recursais já familiares, avança-se diretamente à discussão pelo Tribunal. Neste ponto, o acórdão resgatou a argumentação do Tribunal Regional acerca da dignidade da pessoa humana, apontando que seria o “centro de gravidade de todo o ordenamento jurídico internacional e nacional”³⁷⁶. Com base nisto, a dignidade não se revestiria de caráter princípio genérico, sendo suscetível de viabilizar o reconhecimento do direito da reparação ao dano-morte, ainda que diante de suposta vedação legal. Apontou que tal princípio teria força normativa, o que se aliaria com o respaldo dado pelo ordenamento nacional e internacional, embora não tenha indicado artigo de lei específico. O acórdão argumentou que o princípio da dignidade da pessoa humana implicaria na fruição de um “complexo de direitos humanos e fundamentais”, entre os quais a vida, com proteção específica na constituição e em

³⁷³ *Ibid.* pp. 7480 a 7484.

³⁷⁴ *Ibid.* pp. 7491 e 7492.

³⁷⁵ *Ibid.* p. 7492.

³⁷⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). RRAg 10165-84.2021.5.03.0027 (Acórdão). *Op. Cit.* p.152

tratados internacionais de direitos humanos³⁷⁷. Argumentou ainda que a proteção do direito à vida, inclusive a responsabilização do ofensor, também encontram proteção em tratados internacionais de direitos humanos. Rememorou ainda o princípio da reparação integral do dano, fundado no art. 5º, V e X, CF e no art. 944, CC³⁷⁸.

Diante disto, o Tribunal interpretou os art. 6º e 11, CC em conjunto com o parágrafo único do art. 12, CC. Reconheceu-se o término da existência da pessoa natural com a morte e a intransmissibilidade do direito de personalidade, sem prejuízo da legitimidade de parentes para velar pelo direito de personalidade, reclamar perdas e danos e outras sanções previstas em lei. Com isto, o acórdão concluiu a “possibilidade de proteção e reparação da tutela dos direitos da personalidade para além do término da vida da vítima³⁷⁹”.

O acórdão ademais reiterou que o direito objeto de sucessão é o da ação indenizatória, que seria patrimonial, e não o direito moral, trazendo os argumentos já analisados acerca do art. 943, CC. O acórdão ainda reiterou a abertura do art. 948, CC e enfrentou expressamente uma questão tormentosa, da aquisição de direitos quando ou após o fim da personalidade e, por isso mesmo, da capacidade para adquirir direitos:

(...) a alegação de que, com a extinção da personalidade civil, o homem deixaria de ser sujeito de direitos e, com isso, o direito à indenização decorrente do seu falecimento não ingressaria em seu patrimônio jurídico, sucumbe à simples e elementar constatação de que, no momento da lesão, o titular do direito à vida encontrava-se vivo e, por isso mesmo, violado o direito, nasce para o titular a pretensão à respectiva reparação, na esteira do que dispõe o art. 189 do Código Civil. Ou seja, a aquisição do direito decorrente do dano-morte é automática e simultânea à ocorrência do fato danoso, evidentemente ocorrido, em todos esses casos, em momento no qual a vítima ainda se encontrava viva, independente, inclusive, do estado anímico ou consciência do seu titular no momento do evento fatídico³⁸⁰.

Com isto, considerou que seria necessária a responsabilização pelo ato ilícito do ofensor, sob pena de premiá-lo, ou incentivar a inobservância das normas de segurança e medicina do trabalho³⁸¹.

O acórdão ainda adotou conceito de vida, considerando-o meramente biológico, sendo “vida humana toda aquela baseada no código genético humano” para fins de proteção jusfundamental³⁸², sendo o dano morte autônomo e distinto dos prejuízos de afeição sofridos

³⁷⁷ *Ibid.* pp. 152 a 154.

³⁷⁸ *Ibid.* pp. 154 e 155.

³⁷⁹ *Ibid.* pp. 155 a 156.

³⁸⁰ *Ibid.* pp. 159 a 160.

³⁸¹ *Ibid.* p. 160.

³⁸² *Ibid.* p. 161.

por familiares ou herdeiros, pela ofensa à existência da pessoa humana. Quanto ao mais, retomou a análise do direito português e internacional, e da jurisprudência do STJ acerca da indenizabilidade do dano moral, concluindo ser devido o afastamento de interpretações que vulnerem ou esvaziem princípios e direitos constitucionais³⁸³. O acórdão, nesta parte, foi unânime³⁸⁴. O processo ainda não transitou em julgado, embora não se tenha encontrado nos embargos de declaração já julgados ou pendentes, matéria de interesse ao presente estudo.

3.4.2.2 Dano morte e capacidade de direito

De todos os argumentos analisados, um parece ser o mais crítico para a análise. Se, em vários momentos da discussão, admitiu-se que a pessoa do falecido adquiriu o direito à indenização pelo dano morte ao sofrer o dano, e se o sofrimento do dano foi a morte, como a pessoa pode ter adquirido o direito a indenização?

Este argumento, em uma análise desinteressada, é o que compôs parte da tese defensiva, e analisado de maneira rigorosa, consiste em um elemento desafiador para a doutrina jurídica. Ao afirmar que a morte e aquisição do direito são simultâneas, o acórdão analisado aparentou oferecer uma resposta judicial a um problema doutrinário.

A peculiaridade do direito à vida é a identificação da sua violação. Se resulta no evento morte, resta evidentemente caracterizado o dano. Do contrário, estar-se-ia diante de uma lesão à integridade física (nos casos, por exemplo, de tentativa de homicídio mediante agressões físicas, como espancamento) ou diante, quando muito, de uma lesão à integridade psíquica (uma pessoa que quase é atropelada, mas sai incólume³⁸⁵).

O próprio acórdão desmente ter apresentado uma resposta unívoca ao problema (embora tenha apresentado uma resposta), tratando de elementos díspares como a existência de vida do ofendido no momento da lesão, o sofrimento psicológico do ofendido, etc. O problema posto convida uma única, de duas soluções em razão da própria natureza dos conceitos envolvidos.

O interesse juridicamente tutelado é a vida e, na forma colocada pelo acórdão do TST, a vida baseada no código genético humano. O argumento, no entanto, facilmente chega a resultados que causam perplexidade, pois a vida é dissimilar de qualquer outra condição sobre a qual se pode reconhecer um direito.

³⁸³ *Ibid.* pp. 163 a 172..

³⁸⁴ *Ibid.* p. 181.

³⁸⁵ LIBERAL, L. M. A transmissibilidade mortis causa das indenizações por danos extrapatrimoniais e o dano morte no ordenamento jurídico brasileiro. [Dissertação de Mestrado]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2019. pp. 52 e 53.

O primeiro ponto que se coloca é que a vida protegida é a vida da pessoa humana. Longe de pleonasma, a distinção desmente que toda e qualquer vida baseada no código genético humano é protegida pelo ordenamento jurídico, e coloca nas fronteiras do direito à vida a própria tensão entre ser pessoa e ser humano. Explica-se. O direito não oferece definições sobre o que caracterizaria o fato jurídico morte, embora apoie sobre este pressuposto fático variadas e relevantes consequências jurídicas.

Isto pois morte não pode ser apreendida diretamente por meios científicos, “cultura provê o meio-chave para compreender a fronteira final entre nossa existência como seres vivos e o fim último”³⁸⁶. Neste sentido, mesmo sem pretender uma correlação, parece interessante a coincidência: entre os romanos, viver e estar entre humanos, de um lado, e morrer e cessar de estar entre humanos eram sinônimos³⁸⁷. O critério jurídico não é tão distinto.

No direito brasileiro, são reconhecidas duas formas de morte, ambas baseadas na ausência da pessoa no meio social, independentemente da existência ou não de uma vida biológica. A primeira é meramente referida na primeira parte do art. 6º, CC, é a morte natural, enquanto a segunda, é a morte presumida, disciplinada no art. 7º, CC. Se a segunda se baseia, em hipóteses que a morte natural é provável, a definição desta morte natural é confiada ao critério médico³⁸⁸. O critério médico mais aceito, no entanto, de morte encefálica, importa em considerar mortos pessoas que, ao olhar leigo, estão tão vivas quanto qualquer paciente “vivo” em uma unidade de tratamento intensivo³⁸⁹: O coração continua batendo; ainda que por auxílio de respiradores, a respiração continua. Permite-se, ainda que o caso seja anedótico, referir-se ao caso de parentes que, comunicados da morte encefálica de um enfermo, não se conformaram com o diagnóstico, chegando a ameaçar chamar a polícia contra a equipe médica que estaria “matando o paciente vivo”. “Ele ainda está quente...”

O que muda com a morte encefálica não é a vida biológica, mas a vida pessoal. Independentemente de todo cuidado de suporte à vida biológica, o paciente não vai ser capaz de se expressar ou agir no mundo. Independentemente do corpo e sua vida biológica, a pessoa cessou de estar entre humanos. A vida baseada no código genético humano não é irrelevante

³⁸⁶ “What is death? How do we understand its meaning? Since death cannot be directly apprehended by straightforward scientific means, culture provides the key medium for comprehending the final boundary between our existence as living beings and the eventual end of that existence. Death is a fact of life, but awareness of mortality is a social, not a biological reality”. DEATH, *IN*: Encyclopedia of Bioethics. 3rd ed. Vol. 2. New York: Macmillan, 2004. p. 13.

³⁸⁷ ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. 2^a ed. Chicago: Chicago University Press. 1998. pp. 26 e 27.

³⁸⁸ LIBERAL, L. M. *Op. Cit.* p. 110.

³⁸⁹ DEATH, *IN*: Encyclopedia of Bioethics. *Op. cit.* p. 22.

para a constatação jurídica da morte, “não existe qualquer predicado pessoal desvinculado de corpos materiais”³⁹⁰. Ainda assim, a vida biológica não se confunde com a vida, para o direito.

Entender isto não é um mero floreio teórico, mas tem um impacto real em transplantes. A retirada de órgãos vitais, seguida da cessação do suporte à vida seria indistinguível do dano-morte, de outra forma. Traçar a fronteira entre um e outro significa rejeitar a noção apresentada pelo acórdão, de que a vida baseada no código genético humano, com repercussões que avançam ao outro extremo, do início da vida. Se a proteção à vida é absoluta, e a vida protegida é toda aquela baseada no código genético humano, o aborto seria necessariamente ilícito, interpretação constitucional expressamente rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal no caso de anencefalia do feto³⁹¹. É, ainda, uma interpretação implicitamente rejeitada pelo legislador, que estabeleceu não somente a exceção ao crime de estupro na hipótese de risco de vida à mulher, mas também na hipótese de concepção por estupro, no art. 128, I e II, CP.

Ocorre que o acórdão também tratou a vida como pressuposto de direitos, o que, pela própria redação dos art. 1º, 2º e 6º, CC, é verdadeiro. O nascimento com vida é o termo inicial da personalidade, que se encerra com a morte, e a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. O problema que isto impõe é o surgimento de um direito do ofendido. Se isto não impede a concessão de qualquer indenização, sendo possível entender que houve violação da integridade física, resultando em dano moral³⁹². O prejuízo, na forma do abalo psicológico, é presumivelmente igual no paciente que tem tempo o suficiente para ter tal abalo mensurado, avaliado, e naquele que não o tem e, neste caso, ainda que se trate de uma ofensa a um bem jurídico distinto (integridade física, saúde, ao invés da vida, cuja violação ainda não foi consumada), permitiria uma resposta civil idêntica.

Por sua vez, apresentar uma pretensão indenizatória em razão da ofensa à vida apresenta o problema que, após a consumação da ofensa, não há tempo para que haja abalo psicológico. A aparente indistinção de resposta entre a ofensa se deu contra a vida, e que a ofensa se deu contra a saúde, quando o abalo seja o da certeza de morte não elimina esse problema nos casos

³⁹⁰ LARA, M. A.. O Direito à Liberdade de Uso e (Auto)Manipulação do Corpo. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 48.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Acórdão. ADPF 54 - ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 20/01/2025.

³⁹² LIBERAL, L. M. *Op. Cit.* p. 110.

de morte instantânea. A resposta do acórdão do TST quanto ao momento da aquisição do direito à indenização, de que seria simultâneo, não posterior à morte, não elimina a necessidade de que o dano fatal seja dano indenizável. Pela definição adotada, no entanto, o abalo moral necessário à configuração de dano indenizável do morto instantaneamente somente pode ser apreendido pelo mesmo tipo de raciocínio presuntivo que permite identificar o dano moral por ofensa ocorrida contra pessoa incapaz de compreender a lesão ou, ainda, de se expressar durante ou após a lesão³⁹³. A via alternativa a este raciocínio é considerar que o dano indenizável sofrido pelo sujeito falecido se daria na sua integridade física, resultando em sua morte e no dever de indenizar. Neste ponto, o raciocínio será precisamente o mesmo realizado nas vítimas de quaisquer outras ofensas resultantes em outros danos morais, que falecem sem ajuizar ação judicial. Embora expressamente rejeitada no acórdão analisado, esta solução apresenta, no direito brasileiro, os mesmos resultados práticos na determinação da obrigação do responsável, como se demonstrará em ponto 4.1.1.5, adiante.

³⁹³ No mesmo sentido, por raciocínio distinto, LIBERAL, L. M. *Op. Cit.* p.

4. Função da responsabilidade civil no homicídio

Estabelecida a estrutura da responsabilidade civil nos casos de homicídio, tanto como dano às pessoas próximas do falecido, quanto como dano ao próprio falecido, avança-se à função, nos limites estabelecidos da responsabilidade, permitindo comparar concretamente ambas as acepções. Neste ponto, parte-se da constatação que o mesmo instituto, responsabilidade, é chamado a um só tempo para ser ferramenta de uma tutela negativa e uma tutela positiva. Naquele, como reação ao ilícito, quer reparando o dano injusto, quer impondo penalidade. Neste, como centrando-se nos interesses dignos de proteção³⁹⁴.

Ocorre que esta divisão não exclui uma divisão mais concreta, entre sanções positivas e negativas. Ambas se podem valer de medidas atributivas ou privativas, mas as sanções negativas se valem ou da retribuição do mal causado, ou da reparação do dano causado. São remédios à ação não-conforme³⁹⁵.

As sanções positivas podem compensar o agente pelos esforços, dificuldades e despesas no comportamento conforme, ou retribuir o comportamento conforme. São meios de induzir uma ação desejada³⁹⁶, ou mesmo a sobre-performance de um dever jurídico³⁹⁷. Sobrepondo a distinção entre sanções positivas e negativas, se percebe que a distinção entre as tutelas positiva e negativa não necessariamente corresponde a uma diferença de função.

Além destas funções, é apontada pela doutrina a função, aludida no caso do RRAg 10165-84.2021.5.03.0027, em vários momentos, de reconhecimento, vindicação e satisfação. Trata-se da função de reconhecer a ofensa e vindicar o direito ofendido da vítima³⁹⁸. Tal função, no entanto, pode ser compreendida mormente como sanção negativa e, nos limites do que pode ser considerada uma função propriamente jurídica, parte da função reparatória ou punitiva.

4.1 Responsabilidade civil e sanção negativa

Iniciando pelas sanções negativas, percebe-se que a responsabilidade civil, por sua própria estrutura, se presta à reparação do mal causado. Foi sustentado que o surgimento de um dever de reparar o dano, pela violação do dever de um dever jurídico do responsável ou de terceiro é uma reação do ordenamento contra a alocação indevida do dano.

³⁹⁴ REIS JÚNIOR, A. *Op. Cit.*, p. 93.

³⁹⁵ BOBBIO, N, Dalla struttura alla funzione. *Op. Cit.* pp. 42 e 43.

³⁹⁶ *Ibid.* p. 43.

³⁹⁷ *Ibid.* p. 36.

³⁹⁸ DAM, C. *European Tort Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 349.

Ocorre que, no caso do dano causado pelo responsável, a o surgimento do dever de indenizar é também sanção pelo descumprimento do dever jurídico. A execução forçada do dever de indenizar, da performance, normalmente na forma de transferência patrimonial é em ambos os casos uma sanção ao descumprimento do dever de indenizar³⁹⁹. Como resultado, a responsabilidade civil, por sua própria estrutura, pode ou não sancionar o dever jurídico primário, violado. Alternativamente, no caso de cumprimento espontâneo do dever de indenizar pelo terceiro responsável não envolve sanção.

4.1.1 Responsabilidade e reparação civil

Em todos os casos, mira-se ainda que não exclusivamente na reparação civil. “Apesar da multifuncionalização [da responsabilidade civil] (...), não se pode ignorar que a função reparatória ainda é a função dominante da responsabilidade civil”⁴⁰⁰. É, ao lado da causação, um pressuposto geral para responsabilidade por danos⁴⁰¹. O que é reparado é um equilíbrio abstrato de relações, fundado na noção de que um não pode ganhar prejudicando o outro⁴⁰².

Ocorre que esta noção, de justiça corretiva, é tanto mais antiga, como mais geral do que a reparação civil.

Numerosas justificações lógicas e axiológicas foram oferecidas ofertadas ao longo dos anos para fundamentar a *tort law*. A mais antiga e linear, que também encontrou notável seguimento nas obras doutrinárias, se baseia na noção geral de justiça corretiva. O ofensor, que injustificadamente preferiu seu próprio interesse em detrimento do ofendido, deve reequilibrar a situação, reequilibrando-a. Em tal perspectiva, reparação e prevenção são somente um produto incidental do ilícito aquiliano e da liquidação do dano se torna juridicamente correta somente quando este seja atribuível à culpa de um terceiro, com o único objetivo de repristinar o *status* econômico precedente ao sinistro⁴⁰³.

Ocorre que a ênfase no dano e na vítima desloca o ponto central para a função reparatória da responsabilidade civil, como visto anteriormente. Assim, não importa se e quanto o ofensor ganhou com a ofensa, todo o dano deve ser reparado. O prejuízo não é somente teto, mas pela função reparatória, é piso do dever de indenizar⁴⁰⁴.

³⁹⁹ KELSEN, H. *Op. Cit.* p. 139.

⁴⁰⁰ CANTALI, R. U. *Op. Cit.* p. 4.

⁴⁰¹ DAM, C. *Op. Cit.* p. 347.

⁴⁰² *Ibid.* p. 5. TELLA, M. J. F.; TELLA, F.F. Fundamento e Finalidade da Sanção: Existe um direito de castigar? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 158.

⁴⁰³ COMANDÉ, G. *Op. Cit.* p. 284.

⁴⁰⁴ FERREIRA, K. P. Princípio da Reparação Integral: feição clássica, insuficiências e expansão funcional da responsabilidade civil. *IN: PIRES, F. I. (org.) Op. Cit.* p. -374..

Em todo caso, se percebe que o dano jurídico e o dano natural seguem caminhos similares, mas não coincidentes mesmo em um plano ideal. A reparação eficaz apaga o dano natural. O bem destruído ou danificado é reparado, o ofendido é repristinado à situação anterior ao dano. Isto não significa que não há uma diminuição, analisada de forma total, mas que deixa de haver uma diminuição, inicialmente verificada, no plano específico do ofendido. O dano jurídico, em suma, é apagado pela reparação. No plano natural, no entanto, mesmo a reparação perfeita meramente desloca a diminuição, inicialmente experimentada pelo ofendido, ao patrimônio do ofensor. Naturalmente, não há apagamento do dano pela responsabilidade civil, nem é essa a expressão de sua função reparatória, cujo escopo não é total, mas específico do ofendido.

4.1.1.1 Meios e efeitos da reparação civil nos casos de dano patrimonial e extrapatrimonial

Ocorre que, por vezes, nem mesmo no plano específico do ofendido é possível apagar o dano naturalístico. Aqui se retorna à distinção entre indenização e compensação. No capítulo anterior foi afirmado que a distinção entre indenização em sentido estrito e compensação está na correspondência ou não que pretendem alcançar com o dano efetivamente sofrido. Esta distinção surgiu como uma admissão, ainda que parcial, à crítica contrária à indenização do dano moral. Como visto, mesmo antes da aceitação da indenizabilidade do dano moral se apontava a impossibilidade de avaliação rigorosa em direito. “A impossibilidade de uma rigorosa avaliação, em dinheiro, dos danos morais, bem como a imoralidade de compensar a dor com dinheiro, são (...) as mais relevantes [objeções] de todas [à reparação dos danos morais]”⁴⁰⁵. Em resposta, apontou-se que a dor não seria precificada⁴⁰⁶.

A questão posta não se refere exclusivamente aos danos morais. Todos os danos de difícil ou impossível liquidação, ainda que sua ocorrência e gravidade sejam certos, enfrentam o problema similar de como estabelecer a equivalência entre dano e reparação⁴⁰⁷. Mesmo quando os danos são em tese determináveis, sua determinação precisa ser dada concretamente, perante juízes que precisam equilibrar a extensividade da atividade probatória, a economia processual, os limites da técnica científica, presunções legais que alteram os ônus probatórios ou mesmo tornam determinadas provas irrelevantes.

Em qualquer caso, nas hipóteses de compensação, que a indenização pecuniária não corresponde a um dano já com valor pecuniário identificável, o dinheiro assume a função de

⁴⁰⁵ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 269.

⁴⁰⁶ *Ibid*, p. 270. Ainda, LOPEZ, T. A. *Op. Cit.* p. 106.

⁴⁰⁷ SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 273.

reparação indireta, como meio de obter algum prazer ou distração que neutralize o abalo moral⁴⁰⁸. Trata-se do exato mecanismo que se viu tentado no caso do EREsp 1127913 RS, estudado com maior rigor no capítulo anterior.

A seu modo, a reparação desempenha sua função reintegradora também em relação ao dano não patrimonial. Se Tício sofre uma lesão à integridade física, é agredido ou insultado, ele recebe do responsável uma soma de dinheiro com a qual, certamente, não pode recuperar o membro perdido, nem a reputação prejudicada, tampouco readquirir a serenidade de espírito que provinha de sua saúde ou reputação intactas. Contudo, com essa soma, ele pode obter outros benefícios, outras satisfações, capazes de compensá-lo adequadamente, de modo que, no conjunto, a balança alterada de sua felicidade pessoal volte a alcançar o equilíbrio⁴⁰⁹.

Com isso chegou-se a sustentar que o dano moral exerceria função distinta do dano material, pois enquanto estes se voltam para a recomposição do patrimônio do ofendido, por meio da fórmula danos emergentes e lucros cessantes, aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento obtido⁴¹⁰.

Ocorre que a distinção se dá apenas no meio de fixar o valor da obrigação. Na indenização, a equivalência entre indenização e dano é auferida diretamente, por referência ao valor patrimonial pré-existente, do bem violado. Na compensação, se faz por arbitramento de uma quantia que possa compensar a dor sofrida. Uma vez fixada a indenização, o que se percebe é uma indistinção de efeitos jurídicos. Se a dor foi efetivamente amenizada com apenas parte dos meios de reparação fixados, isto não encontra meio jurídico para ser alegado como meio de defesa contra a execução dos demais. Nem se encontra fundamento para o ofendido-credor pretender uma majoração das obrigações do ofensor após definitivamente fixadas, ao argumento de que o dano tutelado ainda persiste.

Uma explicação é possível considerando a distinção entre satisfação e reparação. A responsabilidade civil, por qualquer de seus remédios ou, ainda, o somatório de vários remédios, provê satisfação ao ofendido pela violação de seu direito, podendo efetivamente reparar o direito como possível, distinção existente em direito alemão, ainda que se considere que o *Schmerzensgeld* tenha a dupla função compensatória e satisfatória⁴¹¹.

⁴⁰⁸ *Ibid.* p. 282. SILVA, W. M. *Op. Cit.* p. 450.

⁴⁰⁹ CUPIS, A. *Op. Cit.* p. 333.

⁴¹⁰ *Ibid.* p. 334. RODRIGUES, F. L. L. VERAS, G. L. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 1–24, 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/225>. Acesso em: 15/01/2025. p. 12. No mesmo sentido, MAGGI, B. O. *Op. Cit.* p. 4.

⁴¹¹ DAM, C. *Op. Cit.* p. 349.

4.1.1.2 Prejuízo e reparação civil

Esta explicação, no entanto, considera a existência de um número determinado de hipóteses indenizatórias. Embora se tenha adotado, no capítulo anterior, uma concepção bipartida de dano, pela qual ele seria material ou moral na medida que afetasse bens avaliáveis ou não em pecúnia, a realidade é que o dano é um. O prejuízo, por sua vez, que se espraia, podendo se manifestar de formas passíveis de mensuração em pecúnia (dano material) ou não, como sofrimento moral (dano moral). O problema maior surge como consequência da excessiva etiquetagem de danos, de pretender que a avaliação pode se debruçar sobre um único aspecto da ofensa à pessoa.

Ocorre que, se os vários danos são sempre verificados juntos, e sua reparação, no que tange à indenização pecuniária, é medida da mesma forma (pelo arbitramento), fundada no mesmo problema (a ofensa à personalidade, por qualquer de seus atributos) e com a mesma solução (de forma indireta, fornecer à vítima meios de compensar o prejuízo sofrido). Dois casos ilustram o problema.

O primeiro, julgado no RE 69754 SP tratou de uma mulher que perdeu parte da perna direita em razão do desprendimento de fachada de edifício⁴¹². O laudo pericial foi especialmente influente no voto do relator, então Min. Thompson Flores:

[A autora] tem sofrido alternativas de otimismo e melancólico pessimismo. Embora tenha procurado reagir, é evidente que vive amarguradamente. Esse estado de espírito influi seriamente em sua capacidade laborativa, em sua capacidade de produção. Sente-se abatida ante a fatalidade e acredita que dificilmente poderá vir a casar-se, mesmo porque, segundo diz, jamais poderá ser uma boa dona de casa, que possa andar permanentemente daqui para acolá. Nota-se haver perdido muito do gosto pela vida. Não se sente estimulada a concorrer para uma melhor sorte.

(...) Antes do acidente, era uma moça apresentável, sem defeitos físicos, inteligente e dedicada ao trabalho. Poderia esperar, conseqüentemente, por um casamento que a amparasse materialmente e lhe proporcionasse calor ao coração.

Agora, com a mutilação que sofreu, perdeu as qualidades que possuía para um trabalho profícuo e a “chance” de um casamento bom⁴¹³

Misturado com a angústia relatada, portanto, estava a questão distinta do uso do corpo para o trabalho e como atrativo, para o casamento. Isto fica mais evidente, no entanto, no exemplo proposto por Teresa Ancona Lopez ao tratar do dano existencial:

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Acórdão. RE 69754 SP. Relator Min. Thompson Flores. Julgado em 11/03/1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doCID=165704>>. Acesso em 25/03/2021. p. 3 e 4.

⁴¹³ *Ibid.* pp. 12 e 13.

(...) um jovem modelo profissional e assíduo praticante de jogos de futebol com os amigos que vê seu carro, enquanto dirigia, violentamente abalroado por culpa exclusiva de outro motorista. O jovem, como consequência, sofre danos físicos e incorrigíveis danos estéticos. Pode dirigir, mas não consegue ultrapassar o medo. Não pode mais, em decorrência das intervenções cirúrgicas, praticar seu prazeroso hobby semanal. Além disso, não poderá mais continuar na carreira que tinha escolhido para sua vida⁴¹⁴.

A autora distingue no caso danos psicológicos, existenciais e morais⁴¹⁵, dado o abalo psíquico, de um lado, e o rompimento da agenda existencial deste lado, para além de potenciais danos estéticos. O rompimento da agenda existencial, na impossibilidade de seguir na carreira ou de praticar determinado esporte, são novamente limitações impostas pela violação ao uso do próprio corpo.

Restaria então um de dois caminhos: aceitar que, para reparar o dano, seria necessário considerá-lo como ofendendo interesse juridicamente protegido, causando prejuízo mensurável em pecúnia ou não, sendo este critério de separação entre danos materiais e morais; ou insistir-se, agora pela via teleológica, na multiplicação de danos autônomos entre si.

Importa reconhecer que a doutrina, com exceções, e a jurisprudência, de modo geral, caminham para a terceira via, nem sempre pela diversidade de prejuízos, mas por vezes pela própria diversidade de interesses juridicamente tutelados. Esta segunda posição, tem-se por insustentável.

Repudiando a guerra de etiquetas, de nomenclatura sugestiva de danos, que é útil para enquadrar e dar visão sistemática ao instituto, nem por isso deve-se fixar várias indenizações sob o pretexto de que houve três ou mais lesões oriundas do mesmo fato, perdendo de vista o critério tão sedimentado de que os danos são dois, apenas: o patrimonial e o moral⁴¹⁶.

Isto pois no prejuízo que os danos materiais, entre si, e os danos morais, entre si, encontram unidade, sendo essa a medida da indenização, somente. Da mesma forma que o patrimônio avaliável em pecúnia pode fundar diversos interesses, cuja ofensa, inevitavelmente, dá azo a dano material, não é na diversidade de interesses existenciais que se encontra justificativa plausível para multiplicar os danos indenizáveis.

Por evidente, nos danos materiais, é possível a enumeração dos vários valores pecuniários dos interesses ofendidos. Dificilmente seria considerado menos que devido que, por exemplo, diante do dano ao veículo que impeça o proprietário de se deslocar ao lugar onde

⁴¹⁴ LOPEZ, T. A. Dano Existencial. In: Revista de Direito Privado, vol. 57, pp. 287-302. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Texto online. p. 5.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ SANTOS, A. J. Dano moral indenizável. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 370.

concluiria lucrativo negócio, a sentença discrimine a parcela do dano emergente e a parcela do lucro cessante. A indenização dos bens extrapatrimoniais, no entanto, não guarda qualquer correspondência com um valor pecuniário pré-aferível.

Ainda assim, isto não elimina, *per se*, a viabilidade *in thesi* de determinação teleológica de uma classificação em relação aos prejuízos. Seria então, retornando ao exemplo proposto por Teresa Ancona Lopez, o caso da tripartição dos danos em material, moral e ao corpo, distinguidos uns em relação aos outros pelo prejuízo mensurável em pecúnia, abalo psíquico pelo lazer perdido, e o abalo pela diminuição do uso do corpo⁴¹⁷? Tal seria útil se os danos mensuráveis em abalo psíquico e diminuição do uso do corpo pudessem ter consequência jurídica distinta, impactando no meio de mensuração da indenização devida, por exemplo.

Nos limites da presente pesquisa, por outro lado, revela inviável apontar para outro elemento de unidade entre os vários danos, que não o fato de que ofendem diretamente a pessoa, existindo em uma dimensão de prejuízo única. A parcela do patrimônio diminuída é daqueles bens da vida que são atributos diretos da personalidade e, em alguns casos, condicionantes de seu exercício. Lara explica a pessoa humana como sistema específico emergindo do corpo humano, em relação ao meio que o circunda por estruturas e mecanismos específicos. “(...) A estrutura da pessoa seria a sociedade (família, polis, estado...) e o mecanismo seria a interação direta e simbólica com o ambiente, de modo que a informação é encapsulada pelo cérebro, de onde emergem a identidade e o senso de eu e de pessoa”⁴¹⁸. Nessa unidade do dano moral, desmente-se a tese de que um dano precisaria ser reconhecido de forma autônoma para ser tutelado⁴¹⁹. Reconhecida a indenizabilidade do dano moral, o interesse personalíssimo violado,

⁴¹⁷ De maneira distinta, propondo uma distinção entre danos psíquicos, patrimoniais e um *tertium genus* mais amplo, em si contendo danos biológico, estético, ao nome e honra, à privacidade e à produção do intelecto, tem-se a proposta de classificação do dano à pessoa natural proposta por MAGGI, B. O. *Op. Cit.* pp. 13 a 15.

⁴¹⁸ LARA, M. A. *Op. Cit.* p. 19.

⁴¹⁹ Defendido, por exemplo, quanto ao dano existencial, em HATOUM, N. S. COLOMBO, M. B. S. Da necessidade de identificação do dano existencial na responsabilidade civil. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1–19, 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/701>. Acesso em: 17/08/2024. P.13. As autoras identificam a necessidade de distinção entre os danos, com base na diferença no bem juridicamente tutelado e na norma jurídica de reparação, distinguindo o fundamento do dano moral como sendo o art. 5º, V e X, CF, e voltando-se à proteção da integridade moral; o dano estético como sendo fundado no art. 6º e 196, CF e voltando-se à integridade física e o dano existencial como fundado no “Art. 5º, *caput* e outros”, protegendo a liberdade e autonomia existencial. Tal teorização, no entanto, desvia da interpretação mais evidente para os dispositivos constitucionais no que tange aos danos existencial e estético e, ainda que tais normas pudessem facilmente ser interpretadas como determinando dever de reparação de danos, a resposta mais comum continua sendo a indenização arbitrada ou compensação. Ainda, força tripartir a pessoa humana digna de forma pouco intuitiva: sustentar a teoria é sustentar que o Ordenamento concebe da integridade do componente biológico em isolamento, e não como pressuposto, da pessoa moral, e esta em isolamento do agente livre. Que tal concepção não é factível se deduz da própria casuística apontada pelas autoras, nos quais o bem jurídico violado “não foi somente a integridade moral das vítimas, o que implicaria na reparação do dano moral, mas sim a sua liberdade e a sua autonomia existencial” (*Ibid.* p. 15). Sugere-se que, em todos estes casos, há o mesmo fenômeno de tutela

que reúna as condições para ser considerado dano indenizável será indenizável pela via do dano moral. Caso não exista um interesse juridicamente tutelado, ou a violação não implique em dano que satisfaça os critérios de certeza, alienidade e antijuridicidade, não é o reconhecimento de uma categoria apartada de danos que bastará para que seja dano indenizável.

Sem pretender testar exaustivamente esta hipótese, tem-se aparente elemento unificador dos danos morais. “O direito delitual protege tanto o ‘ter’, quanto o ‘ser’ de indivíduos”⁴²⁰ e, nos danos morais, trata-se justamente dos danos sofridos no ser. A título exemplificativo, se a personalidade está na interação com o mundo, mediada pela sociedade, a intimidade como autodeterminação informativa⁴²¹ dá à pessoa controle desta interação. O nome designa a pessoa sujeito de direitos e deveres e a distingue das demais⁴²². A honra, por dois caminhos distintos, igualmente se encaixa neste modelo. Pelo caminho longo, por encerrar um conjunto de “sentimentos subjetivos particulares no que concerne à autoestima, ou decoro, a merecer tutela somente enquanto de acordo com o valor que lhe serve de fundamento, isto é, enquanto em consonância com a dignidade humana, sua e dos outros”⁴²³, seria a “paixão motivadora” do exercício de vontade⁴²⁴ da pessoa na ordem civil.

O resultado aponta o erro não para a negativa em uma nova tutela, de uma nova etiqueta de dano, mas para a própria tentativa de dissecar a pessoa, fenômeno que se dá de maneira necessariamente complexa e contextual, em partículas idealizadas.

dúplice, da causa e do efeito, do evento e do prejuízo, que nas situações que se repara o dano moral e o dano estético, ambos surgindo do mesmo ato (FROES, J. V. *Op. Cit.* p. 144.). A solução unitária que se defende parte da insindicabilidade da pessoa humana, simultaneamente um ente biológico e moral, dotado de autonomia e identifica neste elemento uno o espaço onde os prejuízos são concretizados. Da mesma forma que não se consideraria um dano automotivo apartado do dano moral, por repercutirem ambos no patrimônio, não se considera sustentável uma identificação de dano corporal, ou estético, ou biológico apartado do dano moral, por serem ambos dano à pessoa.

⁴²⁰ “[Civil personality rights] are hybrids, sort of *private human rights*. They function as a metaphor for non-physical aspects of the persona and this nomenclature has helped them to be recognised by private law. The law of delict protects both the ‘have’ and the ‘being’ of individuals.” BRÜGGEMEIER, G. CIACHI, A. C. O’CALAGHAN, P. *Personality Rights in European Tort Law 2010*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 6.

⁴²¹ BAIÃO, K. C. S. GONÇALVES, K. C. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1–24, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 26/01/2025.

⁴²² MARX NETO, E. A. Os usos do nome: identidade, estado civil e ordem pública. [Tese de Doutorado]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2013. pp. 27 a 29.

⁴²³ REIS JÚNIOR, A. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 1–30, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/123>. Acesso em: 26/01/2025. pp. 16 e 17.

⁴²⁴ Adota-se aqui uma concepção instrumental de razão, na qual esta seria inerte e apenas elencaria meios idôneos para ao exercício da vontade, proposta em HUME, D. *A Treatise on Human Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1960. p. 413.

Não se ignora aqui que o distanciamento entre a reparação fática e a reparação jurídica é um problema que interessa ao direito. O sentimento de que as indenizações são, no geral, de baixo valor⁴²⁵, interessa ao direito. Ocorre que este é um problema em si. Não se encontra qualquer mecanismo racionalmente posto pelo qual tal dissecação resultaria em uma reparação mais completa ou precisa: Todas as várias partículas indenizatórias de todas estas etiquetas de danos são fixadas de forma arbitrada, enquanto que a justificação do valor pode se fundar na consideração em isolamento do bem jurídico ofendido ou da sua apreciação em contexto. Crucialmente, tratam-se todos de eventos de danos, cujo prejuízo não se dá em partes, mas é experimentado de forma unitária pelo sujeito. Mesmo na hipótese de não se ofender a técnica, indenizando simultaneamente o evento e o prejuízo, mesmo que se busque entender os vários eventos e seus respectivos prejuízos, por estarem todos medidos em uma escala, a rigor, incomparável, que é a da pecúnia, não se auferirá ganho efetivo, na forma da indenização, nem na fundamentação da indenização.

Finalmente, é preciso notar que a responsabilidade civil não contém em si a inteireza do fenômeno reparatório. Assumindo aqui uma relativa indistinção entre reparação e compensação, da ponta do ofendido, a responsabilidade civil coexiste com a seguridade social e o seguro privado, que podem oferecer respostas mais imediatas⁴²⁶. Ainda, geralmente não dependem da demonstração de culpa do causador do dano⁴²⁷, eliminando um importante ônus probatório do ofendido. Por outro lado, estas reparações tendem a ser inferiores às oferecidas pela responsabilidade civil, normalmente sendo tabeladas⁴²⁸.

Avançando, tem-se um problema específico do *quantum* indenizatório nas reparações de danos morais. Embora se aponte que as indenizações pelos danos morais no direito brasileiro são, no geral, baixas⁴²⁹, tal afirmação, sob o prisma exclusivo do direito positivo, a rigor, não se sustenta. Não se afirma que tais indenizações são de monta, ou mesmo em valores satisfatórios, mas, ausente valor patrimonial correspondente à diminuição experimentada, o valor da indenização é simplesmente incomparável. A indenização simbólica guarda precisamente e mesma correspondência com o dano moral que a indenização em valores considerados exemplares. O juízo entre as duas grandezas incomparáveis torna a fixação

⁴²⁵ TEPEDINO, G. TERRA, A. M. V. GUEDES, G. S. C. *Op. Cit.* p. 47

⁴²⁶ DAM, C. *Op. Cit.* p. 401,

⁴²⁷ COMANDÉ, G. *Op. Cit.* p. 327.

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ TEPEDINO, G. TERRA, A. M. V. GUEDES, G. S. C. *Op. Cit.* p. 47.

quantum um exercício de ampla discricionariedade⁴³⁰. É na justificativa da mensuração indireta, pela qual a indenização seria calculada em função do dano através de um juízo instrumental, “de lhe oferecer [ao ofendido] a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, sejam mesmo de cunho material”⁴³¹.

Finalmente, pode-se apontar a situação curiosa do direito brasileiro atual: tendo-se comentado sobre a ausência de dispositivo legal vigente com a amplitude do art. 1.553, CC/16, qual o fundamento legal para a indenização arbitrada? Os reflexos das disposições legais acerca da legalidade das obrigações serão objeto de comentário mais aprofundado na parte da função punitiva da responsabilidade civil, mas a aparente ausência de autorização para o arbitramento judicial não parece ter encontrado maior repercussão na doutrina ou na jurisprudência.

4.1.1.4 Reparação civil da morte

Após isto, resta responder o problema fundamental da reparação civil dos danos ocasionados pela morte. A suma de tudo quanto foi visto é que a responsabilidade civil permite ligar juridicamente o sujeito legalmente responsável ao dano ao qual o sujeito, sua coisa ou terceiro pelo qual ele está responsável, esteja causalmente ligado. Esta ligação assume a forma de um deslocamento do dano do sujeito que o suporta naturalisticamente ao sujeito que deve suportá-lo, seja determinando a restauração do bem diminuído, destruído ou danificado, seja determinando soma em dinheiro que, juridicamente, restabeleça o equilíbrio entre as partes, quer por equivaler ao valor pecuniário perdido do bem, quer por arbitramento.

Aplicando isto à morte, pode-se ver como um único (dano) evento assume consequências morais e materiais. Esbarra-se, no entanto, nos aspectos de que a morte é inevitável e, para a pessoa do ofendido, irreparável. Como visto no Capítulo 2, perpassando o

⁴³⁰ Interessante notar o voto vencido do Min. Rodrigues Alkmin no RE 75675 SP, que, discutindo a possibilidade de fixação de indenização do dano estético, sem qualquer relação com dano econômico, apontou que o art. 1538, §1º, CC/16 não daria margem à indenização, ausente multa fixada na legislação penal, vez que previa sua dobra em caso de deformidade. Ainda, salientou que o juiz não poderia criar de seu arbitrio uma quantia, cabendo à lei estabelecê-la, assentando que “o dano estético, isoladamente considerado, não é estimável em qualquer quantia. Seria, portanto, arbitrário fixá-lo. A lei não autorizou o juiz a exercer esse arbítrio”. O Min. reconheceu a inutilidade do art. 1.538, §1º, CC, mas considerou que não havia como estabelecer autorização para que o magistrado criasse lei dispositivo substituto, apesar da vigência do art. 1.553, CC/16. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Acórdão. RE 75675 SP. Responsabilidade Civil - Dano estético oriundo de amputação da perna. 1) A jurisprudência do STF admite a reparação do chamado dano estético ou morfológico. 2) As máximas da experiência integram-se na norma jurídica e a completam na apreciação do recurso extraordinário, mormente quando diagnosticam vício lógico do julgado. Relator Min. Aliomar Baleeiro. Julgado em 17/06/1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=159939>> . Acesso em 10/04/2020., pp. 12 a 14).

⁴³¹ PEREIRA, C. M. S. *Op. Cit.* p. 317.

recorte histórico apresentado na doutrina, e ainda, entre os visigodos, a tutela da morte é geralmente punitiva, não reparatória. Na via contrária, a perda sofrida por familiares, especialmente próximos, foi uma forma de dano moral reconhecida ou distinguida mesmo entre críticos do dano moral, quando do debate sobre sua indenizabilidade. Em que pese a importância da vida, não somente como direito, mas como pressuposto da personalidade e, por conseguinte, de qualquer outro direito, a proteção do direito à vida pela responsabilidade civil, ao menos no direito legislado, permanece modesta⁴³². A consideração, apontada no caso do RRAg 10165-84.2021.5.03.0027, de que seria mais barato matar do que aleijar não é exclusiva do direito brasileiro⁴³³.

Sobre o primeiro aspecto, da inevitabilidade da morte, pode-se apontar que atualmente, a tutela civil nos casos de homicídio é comum, e ainda assim, os objetos de reparação são variados. “Na Inglaterra e na França, o parente mais próximo pode reivindicar danos por tal perda não-pecuniária [morte]”, na forma de valor que reflete simbolicamente o luto⁴³⁴.

Especificamente no Reino Unido, o *Fatal Accidents Act 1976* expressamente resguarda a ação indenizatória contra a pessoa que teria sido responsabilizada nos casos de morte causada por ato ilícito⁴³⁵. Esta ação, pode consistir ou incluir a reivindicação de danos pelo luto, que nada obstante apenas beneficiará o cônjuge ou companheiro coabitante ou, sendo o falecido menor nunca casado, os pais, se legítimo, ou a mãe, se ilegítimo. Todos os outros danos devem ser divididos entre os dependentes dos falecidos⁴³⁶.

De lege ferenda, os Princípios de Direito Europeu sobre Responsabilidade civil extracontratual por danos causados a terceiro, elaborados pelo Study Group on a European Civil Code, preveem a lesão pessoal da integridade física ou da saúde como caso particular de dano juridicamente relevante. Ainda, a perda sofrida pela pessoa, “em consequência de lesão pessoal ou morte de outrem se, ao tempo da lesão, aquela pessoa mantivesse uma relação de particular proximidade com o lesado”⁴³⁷. Nos casos de morte, “o dano juridicamente relevante causado ao falecido em resultado da lesão converte-se, no momento da sua morte, em dano

⁴³² DAM, C. *Op. Cit.* p. 223.

⁴³³ *Ibid.* p. 170..

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE, *Fatal Accidents Act 1976*. Disponível em: < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30/contents>>. Acesso em:15/01/2025.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. *Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*. Munique: Sellier European Law Publishers, 2009. p. 162.

juridicamente relevante para os sucessores do falecido”⁴³⁸. Alternativamente, os Principles of *European Tort Law*, elaborados pelo European Group on Tort Law, expressamente consideram vida, além de integridade mental ou corporal, dignidade humana e liberdade como interesses protegidos de forma mais extensiva⁴³⁹. A violação do interesse pode justificar a compensação do dano não-patrimonial, considerando o escopo de proteção, sendo ressaltados ao lado da ofensa pessoal, ou ofensa à dignidade humana, liberdade ou outros direitos de personalidade, o relacionamento próximo com a vítima de ofensa fatal ou séria, ainda que não-fatal⁴⁴⁰.

Enquanto no primeiro caso é expressamente apontado que a premissa seria de que a morte, como tal não constituiria dano juridicamente relevante⁴⁴¹, no segundo, a consideração foi da indenização pelos danos não pecuniários de parentes de vítimas diretas. Apontou-se que na maioria das jurisdições onde tal direito é estabelecido, seria (politicamente) difícil revogá-lo⁴⁴².

A solução legislada brasileira é, “sem excluir outras reparações”, largamente centrada nos danos patrimoniais, das despesas que surgem com a ofensa fatal, inclusive despesas com funeral que, a rigor, seriam inevitáveis. A resposta jurisprudencial, por sua vez, parece aceitar tanto a perda da vida, como o luto da pessoa com ligação próxima (normalmente familiar) com o falecido como danos indenizáveis⁴⁴³.

A questão que se coloca aqui, menos do que qualquer consideração de moralidade ou, ainda, do problema de se reconhecer um direito surgido, no mínimo, no momento que cessou a personalidade e, por conseguinte, a capacidade para adquirir direitos, é de ordem prática. Com a morte, mesmo a justificativa de reparação indireta deixa de fazer sentido ao ofendido. Neste ponto, esbarra-se no segundo aspecto do dano morte, que é sua fundamental irreparabilidade.

Mesmo revisitando as justificativas da indenização arbitrada pelo dano moral, o dano morte não consegue satisfazê-las. Aqui, é necessário apontar a perspectiva fundamental.

Um Estado Democrático de Direito é necessariamente plural; deve promover a convivência das mais diversas formas e estilos de vida. Por consequência, esse Estado também é laico, sendo incompatível com a imposição unilateral de concepções morais religiosas à generalidade da população.⁴⁴⁴

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: SpringerWienNewYork, 2005. p. 40.

⁴⁴⁰ *Ibid.* p. 171.

⁴⁴¹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, *Op. Cit.* p. 391.

⁴⁴² EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Op. Cit.* p. 173.

⁴⁴³ STJ

⁴⁴⁴ LARA, M. A. *Op. Cit.* p. 120.

O resultado, por sua vez, é

(...) uma perspectiva dessacralizada do humano. Noções como alma e espírito pertencem ao campo da Religião, e não aos da Ciência e da Filosofia. Crenças e outros elementos de cunho metafísico dizem respeito à teologia, e não a um trabalho científico, devendo ficar, pois, restritos ao âmbito das escolhas morais no caso concreto.⁴⁴⁵

Embora, teoricamente, esteja no plano de discricionariedade do Constituinte originário não fundar um Estado Democrático de Direito e, alternativamente, adotar uma forma mais ou menos próxima, mas confessional, escolha capaz em tese de trazer tais considerações metafísicas ao estudo do direito positivo, tal discussão é inócua para o presente estudo. Centrando-se no direito vigente brasileiro, que assume tanto a forma de Estado Democrático de Direito, como de estado laico (arts. 1 e 19, I, CF)⁴⁴⁶. Com isto, não é apenas a personalidade civil que cessa com a morte, mas qualquer consideração de vida após a morte deve ser necessariamente infensa ao direito brasileiro. O ordenamento opera, e até o momento não encontra subsídios para operar de outra forma, ignorando qualquer existência pessoal desvinculada do corpo vivo.

Para a responsabilidade civil, qualquer abstração jurídica que integre ao patrimônio da pessoa a indenização devida pelo seu falecimento de forma simultânea à morte não se explica como reparação. Sendo simultânea a morte e a aquisição do direito à indenização, a reparação *in natura* deixa de ser possível mesmo em tese, já que não há como se restaurar a vida perdida. A reparação pecuniária, que nos danos extrapatrimoniais em geral somente se justifica de maneira indireta, pela possibilidade ao ofendido de adquirir prazeres para compensar o mal sofrido, igualmente é impossível no caso de dano morte.

Similar problema não existe, caso se considere que a indenização devida ao falecido surge como consequência da ofensa à integridade física, que eventualmente tenha ocasionado a morte. Neste caso, mesmo em hipótese de morte imediata, a simultaneidade do surgimento do direito a indenização com a morte não precisa se justificar do ponto de vista reparatório, por ser resultante da própria ordem causal dos eventos. A ofensa à integridade física é causa tanto da morte, como do direito à indenização pela ofensa à integridade física, nesta hipótese. Contra isto, tem-se a consideração de que integridade física e vida são bens jurídicos distintos, mas tal

⁴⁴⁵ *Ibid.* p. 15.

⁴⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05/02/2025.

consideração é inócua na medida que o critério legal de mensuração da indenização não é o interesse violado, mas sim o prejuízo, conforme art. 944, CC. Importa dizer: do ponto de vista prático, é irrelevante que dois interesses juridicamente tutelados distintos foram violados, se o prejuízo é precisamente o mesmo, a indenização será a mesma por regra legal.

Um segundo problema de ordem prática, comum à ambos os casos, é quem vai efetivamente fruir da reparação. A resposta, embora não seja a mesma, estritamente, é similar tanto na indenização integrada ao patrimônio do falecido, como na indenização pelo prejuízo de afeição. Em ambos os casos, o valor pecuniário da indenização poderá ter como destinatário (ainda que final) o cônjuge e filhos e, na ausência destes, os pais. Nestes casos, estruturalmente, somente estes fruirão da indenização em tese deixada ao morto e, sendo titulares de direito próprio, pelo luto, estarão em efeito sendo indenizados em duplicidade. Não se afirma isto por ser a indenização de dano sofrido pelo falecido, meramente, mas por ser indenização à qual o falecido somente passou a ter direito por ocasião da morte.

Uma situação curiosa é a da indenização prevista na Sum. 491 STF. Como visto no Capítulo 2, esta súmula foi resultado da resistência do STF, na vigência do Código e da Constituição anteriores, à indenização do dano moral, associada ao argumento de que em famílias de baixa renda, os filhos menores representariam valor econômico potencial. Tratou-se, como visto, de meio indireto de indenizar o dano evidente, em situação que o prejuízo material era mínimo ou inexistente e insistindo na irreparabilidade do dano moral, admitindo-se o dano hipotético ou potencial. Ocorre que, nesta via de indenização moral indireta, a própria utilidade da Sum. 491 STF perdeu sua função. Resta, portanto, elemento evidente, direto, de reparação de um dano material futuro⁴⁴⁷, que embora chamado de hipotético, nos acórdãos analisados no Capítulo 2, que levaram à construção da súmula, foram provados por presunção. Nesta via, que o julgador se convence de que há uma perda patrimonial futura na morte do filho menor, o dano é certo, ainda que venha a ser futuro. Não é possível afirmar abstratamente a incorreção do juízo presuntivo nesta hipótese, já que os casos de aplicação da súmula são

⁴⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 1197284 AM. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE ESCOLAR. MORTE DE CRIANÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TRANSPORTADOR E DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO CONTRATANTE. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. (...). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino Julgado em 23/10/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001040970&dt_publicacao=30/10/2012>. Acesso em 15/11/2024. p. 10.

variados, incluindo mesmo casos em que, embora menor, o falecido já contribuía com a economia doméstica⁴⁴⁸.

Neste aspecto, no entanto, a distinção de classe não encontra subsídios para ser mantida senão casuisticamente, como elemento a persuadir ou não o juiz do mesmo raciocínio presuntivo que levou, na corrente vencedora à época, hostil ao dano moral, ao resultado de dois dos acórdãos, e voto divergente no terceiro, que serviram de precedentes da própria Sum. 491 STF. Adotar a distinção de classe como critério absoluto significaria divorciar a pensão aos pais de falecido menor do dano indenizável correspondente à perda de amparo material. Ainda, transformar uma medida reparadora em mecanismo de imposição ao particular de uma obrigação de seguridade social. Nesse sentido, a redação proposta para o art. 948, §2º, no Anteprojeto de Reforma do Código Civil, ao fixar o dever de pensionar os pais ou outros parentes do falecido com quem ele vivia, apenas na hipótese de o ofendido não ter rendimentos fixos em família de baixa renda, tanto torna irrelevante a prova da certeza do dano, como parece sinalizar com uma função distinta, asseguradora (*de lege ferenda*) para a responsabilidade civil.

4.1.1.5 Determinando o objeto da reparação civil da morte

Concluindo o estudo da função reparatória da responsabilidade civil, cabe concluir também o esforço em se determinar o objeto de estudo da morte. O direito brasileiro, ampara o interesse do próprio falecido, quanto o das pessoas a ele vinculadas por afeto ou proximidade⁴⁴⁹.

Neste segundo campo, algumas distinções existentes no direito estrangeiro não são observadas e, embora não se distingam da aceção utilizada de dano moral, são úteis para alcançar-se a indenização justa. São as distinções existentes no direito francês entre o *préjudice d'affection* e o *préjudice d'accompagnement* e, ainda, a categoria alemã do *Schockschaden*.

⁴⁴⁸ Como exemplo mais recente, tem-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 1279173 SP. RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PENSÃO POR MORTE DE FILHO COM 17 ANOS (...). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 04/04/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001040970&dt_publicacao=30/10/2012>. Acesso em 15/11/2024. p. 4.

⁴⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Acórdão. AREsp 2065911 RS PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO POR MORTE. DIREITO AUTÔNOMO DO ESPÓLIO. CUMULAÇÃO COM DANOS POR RICOCHETE (REFLEXOS) DOS FAMILIARES. POSSIBILIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DOS FAMILIARES. INEXISTÊNCIA. PENSIONAMENTO. CONDIÇÃO DE ARRIMO FAMILIAR. CONTRIBUIÇÃO DO FALECIDO PARA A ECONOMIA DOMÉSTICA. SUFICIÊNCIA. (...). Relator: Min. Og Fernandes Julgado em 23/10/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200301948&dt_publicacao=06/09/2022>. Acesso em 15/11/2024. pp. 7 e 8.

Enquanto o primeiro já foi estudado no Capítulo 3, cabe ressaltar que a distinção entre o dano indenizável e o dano não indenizável (rejeitada a noção de um mínimo de gravidade como atributo do dano indenizável), deve se pautar em um critério que, embora não objetivo, é passível de demonstração, do vínculo afetivo efetivamente existente, caso se considere que o laço afetivo familiar é um interesse juridicamente tutelado. Sugere-se que a consideração contrária compromete o próprio reconhecimento de indenizabilidade ao dano, ausente interesse juridicamente tutelado ofendido. Tentar traçar uma via intermediária, que tanto negue ser o vínculo afetivo familiar o interesse tutelado, como aceite a indenizabilidade do prejuízo de afeição arrisca tornar o dano morte fundamentalmente indeterminável⁴⁵⁰, ou forçar um controle subjetivo pelo julgador, através de conceitos pouco claros e sem lastro legal, como mero aborrecimento e mínimo de gravidade do dano.

Por sua vez, o segundo versa sobre o “prejuízo moral sofrido pelos familiares ou pessoas próximas da vítima direta, durante o período de sua doença traumática, até o falecimento”⁴⁵¹. Neste ponto, busca-se indenizar mudanças e perturbações na vida cotidiana dos entes queridos, dependendo de uma avaliação subjetiva das pessoas que mantinham verdadeira proximidade com a vítima direta, não podendo ser concedida de forma automática às pessoas com vínculo jurídico⁴⁵². No contexto brasileiro, é a situação fática do AgInt no AREsp 999927 RS, que versou sobre caso de acidente automobilístico, resultando em ferimentos para o ofendido, que foi durante longo período de recuperação acompanhado pela mãe e companheira, sendo os três indenizados, com uma quantia maior para a vítima direta e menor para as vítimas indiretas⁴⁵³.

Por sua vez o *Schockschaden* se refere o choque à lesão da própria saúde psíquica do familiar sobrevivente ao morto⁴⁵⁴. Neste caso, embora possa ser identificável com o da esposa

⁴⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Acórdão. REsp 1076160 AM. *Op. Cit.* p. 8.

⁴⁵¹ “[Le préjudice d’accompagnement] s’agit ici de répa re r un préjudice moral, dont sont victimes les proches de la victime directe pendant la maladie traumatique de celle-ci jusqu’à son décès.” (FRANÇA, Ministère du Travail, de la Santé, des Solidarités et des Families. *Op. Cit.* p. 43).

⁴⁵² *Ibid.* p. 44.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Acórdão. AgInt no AREsp 999927 RS. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE. DANO EM RICOCHETE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ALTERAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (...). Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 28/03/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602714633&dt_publicacao=18/04/2017>. Acesso em 15/11/2024. p. 5.

⁴⁵⁴ REINIG, G. H. L; SILVA, R. P. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (*Schockschaden*) no direito civil alemão. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 1–34, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/303>. Acesso em: 06/01/2025. P.8

de Fernando, no caso do EREsp 1127913 RS, recebeu tratamento idêntico, ao dos demais, como prejuízo de afeição. Ocorre que, nestes casos, há uma violação da saúde do próprio sobrevivente, não havendo que se falar, portanto, em vítima indireta ou por ricochete⁴⁵⁵. Não se entende existir risco de indeterminação injusta do dano nesta hipótese, na medida que, exatamente por exceder o que normalmente se verifica, identificável com o prejuízo de afeição, e ofendendo interesse autônomo, protegido (saúde) apresenta contornos rigorosos. Ainda, como visto no estudo de caso, a prova pode ser produzida iniciando já no tratamento de sua saúde do ofendido.

Já quanto ao dano sofrido pelo próprio ofendido, a razão pelas remissões ao longo do RRAg 10165-84.2021.5.03.0027, e da atenção dada por parte da doutrina nacional⁴⁵⁶ ao direito português está no fato de que o direito à indenização pela morte é amparado por aquele ordenamento⁴⁵⁷, embora exista discussão sobre a que título, variando as posições favoráveis à indenização do dano morte – separada e cumulativa com a indenização do dano em ricochete – em linhas similares às já tratadas. Parte da doutrina considera que o dano surgiria na violação à integridade física, ainda que resulte na morte, enquanto parte entende que o dano morte exsurge da própria perda da vida, variando o fundamento legal entre o art. 486 e o art. 564 com o 496 do Código Civil Português, sendo o a primeira posição amparada pelo Supremo Tribunal de Justiça daquele país⁴⁵⁸.

Qualquer que seja a posição, entende-se aqui que três pontos são inegáveis: o falecido sofre um dano em um interesse juridicamente tutelado, que é o pressuposto de todos os direitos e interesses da pessoa; este dano é, por definição, irreparável e, no ordenamento brasileiro, a personalidade civil da pessoa se encerra com a morte. Qualquer posição pela indenizabilidade do dano sofrido pelo falecido, diante destes três fatos, não se justifica do ponto de vista reparatório, tanto por ser fundamentalmente incapaz de mudar a situação do ofendido, quanto por não existir uma pessoa a ser reparada, não por causa superveniente ao dano, mas pelo dano em si. Situação diversa parece ser a da indenizabilidade pela lesão corporal que levou à morte, mas em algumas situações. Nos casos de morte imediata, que sequer é possível ao falecido compreender que ele irá sofrer uma lesão ou que irá morrer, os mesmos problemas surgem.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ A título exemplificativo WESSENDONCK, T. ETTORI, D. G. Pretium mortis: questões controvertidas acerca da responsabilidade civil em decorrência do dano morte – um estudo comparado entre o Direito brasileiro e o português. *IN: Revista de Direito Privado*, vol. 17. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁵⁷ WESSENDONCK, T. ETTORI, D. G. *Op. Cit.* p. 4. LIBERAL, L. M. *Op. Cit.* p. 156.

⁴⁵⁸ WESSENDONCK, T. ETTORI, D. G. *Op. Cit.* p. 5. LIBERAL, L. M. *Op. Cit.* p. 188..

4.1.2 Responsabilidade e pena civil

Reconhecido, no entanto, que existe um interesse juridicamente tutelável, avança-se à função propriamente punitiva, de sanção negativa da responsabilidade civil. Aqui, percebe-se que o debate atual gira principalmente em torno de uma função punitiva da responsabilidade civil. Ocorre que o contraponto entre um purismo reparatório e a multifuncionalização para abranger a pena é fenômeno relativamente recente na doutrina pátria., podendo-se apontar, por exemplo, a fundamentalidade da prevenção na responsabilidade civil⁴⁵⁹, que não a desviava de sua vocação reparatória⁴⁶⁰ na visão de Aguiar Dias.

De toda forma, antes de enfrentar o problema da função punitiva, cabe considerar que existem duas funções normalmente consideradas apresentadas como distintas, a pedagógica e a preventiva, que nada obstante não encontram razões para serem consideradas em apartado. Iniciando pela função preventiva da responsabilidade civil, “[e]m termos gerais, a função preventiva, em sentido estrito, é aquela que indica a absorção, pela responsabilidade civil, de uma intencionalidade atuante sobre o comportamento dos agentes que, pelo exercício de suas atividades, podem causar danos a outrem”⁴⁶¹. Existe uma distinção apresentada por Reis Júnior, entre o efeito dissuasório e a incidência sobre situações pré-danosas, mas tal distinção não se verifica no uso jurisprudencial do termo. Ainda assim, a função da responsabilidade em situações pré-danosas será analisada mais adiante, pelo que nessa parte, cabe debruçar-se sobre o efeito dissuasório pretendido com a responsabilidade civil.

Assim delimitada, percebe-se de plano a inviabilidade de se distinguir entre a função preventiva e a função punitiva, por ser a prevenção uma justificativa da tutela punitiva⁴⁶². Da mesma forma, com a função pedagógica, “no sentido de que, a apresentar-se [a responsabilidade civil] como um modelo que, uma vez incidente, sirva de lição ao agente causador do dano, de maneira a fazê-lo aprender com seus próprios erros, evitando a reiteração da conduta anterior”⁴⁶³.

Como tal, o discurso legitimador da pena pela prevenção se insere no conjunto de teoria utilitárias, que partem da premissa que “a pena não pode justificar-se sem a consideração de sua necessidade para um fim específico”⁴⁶⁴. O direito de punir deve, nesta concepção, derivar

⁴⁵⁹ DIAS, J. A. *Op. Cit* p. 110. e 113

⁴⁶⁰ *Ibid.* p. 113.

⁴⁶¹ REIS JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 95

⁴⁶² GALVÃO, F. *Direito Penal: Parte Geral: 7ª ed.* Belo Horizonte: D’Placido, 2016. Pp. 71 e 75

⁴⁶³ REIS, JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 75.

⁴⁶⁴ *Ibid.* p. 71.

da absoluta necessidade⁴⁶⁵, “[a]firmar que o sofrimento que possa afetar o culpado de um delito como consequência da sanção penal é algo que possui valor intrínseco, é um argumento que tem sido mais ultrajado que defendido”⁴⁶⁶. Assim, o discurso legitimador da pena é apresentado principalmente em sua função de prevenção especial, que justificaria a pena em sua função de “garantir que o criminoso do caso concreto não volte a delinquir pelo temor da aplicação da pena”⁴⁶⁷. Ainda, na ideia de prevenção geral, consistente na intimidação difusa da coletividade, pela apenação de seus semelhantes⁴⁶⁸. Por fim, também como proposta de reforma do criminoso, melhorando sua pessoa, reeducando o sujeito⁴⁶⁹.

Caso não se conceba de uma função de defesa social, o discurso punitivista cível não pode se dissociar da ideia de prevenção sem fundar a pena civil na pura retribuição do mal com o mal.

4.1.2.1 Possibilidade jurídica da pena

Ocorre que a própria estrutura da responsabilidade civil, em si, já aplica um mal ao ofensor, ao fazê-lo suportar de forma definitiva o dano. Como visto anteriormente, a responsabilidade civil não é capaz de apagar o dano, senão no âmbito específico do ofendido, ao contrário, meramente deslocando-o ao patrimônio do responsável. Neste ponto, no entanto, há uma indistinção entre o mal infligido ao ofensor e a função reparatória do dano. O debate sobre a função punitiva da responsabilidade civil poderia se encerrar com a visão global do fenômeno reparatório, mas ainda há a defesa de uma pena civil, em sede de responsabilidade civil, autônoma em relação à reparação de danos⁴⁷⁰

Do ponto de vista constitucional, existem ao menos três obstáculos que um uso penal da responsabilidade civil não parece superar. O primeiro da própria legitimidade da punição estatal, delineada pela reserva de legalidade para a fixação de penas, para além da definição dos crimes⁴⁷¹. Por uma leitura literal, a lei não somente é o requisito, mas o próprio pressuposto de existência de pena e da definição de determinado ato como crime.

O segundo, está na estrutura da responsabilidade civil, que como visto, cria uma obrigação ao responsável, face a violação do interesse juridicamente tutelado de outrem, pelo

⁴⁶⁵ BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.

⁴⁶⁶ TELLA, M. J. F. TELLA, F. F. *Op. Cit.* p. 160.

⁴⁶⁷ GALVÃO, F. *Op. Cit.* p. 75.

⁴⁶⁸ *Ibid.* p. 77.

⁴⁶⁹ *Ibid.* p. 80.

⁴⁷⁰ ROSENVALD, N. *Op. Cit.* p. 229

⁴⁷¹ GALVÃO, F. *Op. Cit.*, p. 153.

responsável ou outro ou coisa pela qual seja responsável. Ao se criar uma obrigação com substrato punitivo, sem fundamento em lei, no entanto, o uso penal da responsabilidade ofende a legalidade como único fundamento de uma obrigação não voluntariamente assumida⁴⁷².

Por fim, tem-se o próprio direito, ou prerrogativa de fixar a pena. Sendo o juiz agente público, sua atuação é limitada na forma do art. 37, CF. O Estado não detém a prerrogativa de não se submeter às leis⁴⁷³, sendo o juiz, enquanto tal, obrigado a fixar a punição quando a lei o determina, e proibido de fixá-la quando a lei não o determina ou autoriza⁴⁷⁴.

Nesse sentido, uma leitura apressada da jurisprudência poderia levar à conclusão de rejeição do raciocínio pelos tribunais. Isso pode até ser a conclusão, mas não significa que os danos punitivos foram abraçados pela jurisprudência lida através do sistema de precedentes inaugurado no CPC. Isto pois, como visto no caso do EREsp 1127913 RS, em que pese a reiterada pretensão de punição do responsável, foi delimitada a função da responsabilidade civil nos casos de danos extrapatrimoniais à mera satisfação da vítima como razão de decidir para arbitrar a indenização de cada vítima em ricochete de forma apartada. Sendo julgado da Corte Especial, em tese é de observância obrigatória na forma do art. 927, V, CPC. A ausência de “caráter punitivo imediato” da reparação civil também constou entre as teses firmadas para fins do art. 543-C, CPC/73 no REsp 1354536 SE e, embora o julgamento tenha se dado sob os danos ambientais, a fundamentação se colocou de maneira geral nesta parte⁴⁷⁵. Tendo sido julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é de observância obrigatória, não somente ao próprio STJ, como aos juízes e tribunais, na forma do art. 927, III, CPC.

A aplicabilidade do sistema do art. 927, CPC aos julgados anteriores é matéria que ultrapassa o âmbito desta pesquisa, mas ausente lei ou interpretação pacificada contrária à aplicação do dispositivo aos precedentes anteriores à vigência do CPC, e não encontrado julgamento da corte de observância obrigatória em sentido contrário, a conclusão imediata parece ser no sentido da rejeição de uma função punitiva da responsabilidade civil.

⁴⁷² PEREIRA, C. M. S. *Instituições de direito civil*, vol. II, 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 51 e 426.

⁴⁷³ MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 100

⁴⁷⁴ MORYAMA, I. M.S. LEITE, M. S. N. L. RIBEIRO, T. P. A (in)nadequabilidade dos danos punitivos no ordenamento jurídico brasileiro, sob o prisma do princípio da legalidade. Texto inédito.

⁴⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). REsp 1354536 SE. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008. (...). Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Julgado em 26/03/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202466478&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em 15/11/2024. p. 4.

Ocorre que o Anteprojeto de Reforma do Código Civil, nos §§3º a 6º do art. 944-A, cria uma hipótese de “sanção pecuniária de caráter pedagógico, em casos de especial gravidade”⁴⁷⁶, exclusivamente nos casos de danos extrapatrimoniais. Ao longo da disciplina do instituto, os redatores propuseram a limitação aos casos de dolo ou culpa grave do agente causador do dano ou reiteração de condutas danosas, determinou limite à fixação da parcela punitiva, a consideração de condenação pelo mesmo fato ou imposição definitiva de multa pela mesma conduta e permitiu a reversão de parte da sanção em favor de fundos públicos destinados à proteção de interesses coletivos ou estabelecimento de beneficência⁴⁷⁷.

Essas disposições parecem carecer de sentido, sobretudo no contexto de uma disciplina mais delineada da indenização de dano extrapatrimonial. Em que pese a consolidação, no texto de lei, de critérios de arbitramento da indenização pecuniária, esta continua sendo arbitrada, com base em poucos critérios objetivos que não os parâmetros de indenização adotados pelos tribunais em casos semelhantes. Com um amplo poder discricionário sobre o valor da indenização, o juiz não perde, em relação ao sistema anterior, capacidade de fixar indenização em patamares mínimos, minimizando teto sancionatório correspondente, ou máximos, expandindo o teto sancionatório de sobremaneira. No caso específico do dano-morte, com a jurisprudência do STJ amparando indenizações entre trezentos e quinhentos salários-mínimos, a diferença é de oitocentos salários-mínimos entre o teto sancionatório da indenização no ponto inferior desta faixa, e o da indenização no ponto superior. Ainda, partindo o próprio anteprojeto (segundo sua fundamentação) do risco de aplicação desordenada⁴⁷⁸, é curiosa a ausência de regramento da utilização, na sistemática proposta, de precedentes firmados anteriormente, frequentemente sem identificação de qual parcela seria punitiva e qual seria meramente reparatória. O risco que se expõe é autoevidente: do uso de decisões precedentes que fixaram patamares indenizatórios em atenção à finalidade punitiva para construir um parâmetro ressarcitório, sobre o qual pode-se chegar à quintuplicar, a depender da interpretação do art. 944-A adotada no caso concreto.

A justificativa de adequação “aos mais avançados ordenamentos”⁴⁷⁹ é, no mínimo curiosa. Em que pese sua conhecida origem no direito anglo-saxão⁴⁸⁰, “está para além de dúvida

⁴⁷⁶ BRASIL, Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. *Op. Cit.* p. 88.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ *Ibid.* p. 289.

⁴⁷⁹ *Ibid.* p. 289.

⁴⁸⁰ REIS JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 78.

que danos exemplares ou punitivos são um dos aspectos mais controversos do sistema de responsabilidade civil” da Inglaterra⁴⁸¹. Naquele país, entre as várias críticas tecidas ao instituto, ressoam como alerta ao direito brasileiro as que o réu gozaria de garantias adicionais perante um juízo criminal⁴⁸², ao invés de um juízo cível e que em casos de múltiplos réus, o réu inocente ou menos culpado poderia ser forçado a pagar a inteireza do dano⁴⁸³. Ainda, que a causa cível depende da ação privada, mesmo em casos que, em tese, o ofensor mereceria punição, que tais danos não poderiam ultrapassar a pessoa do ofensor e a possibilidade de responsabilidade por ato de terceiro e que a possibilidade de asseguramento frustraria a finalidade de punição e prevenção⁴⁸⁴.

O caso do EREsp 1127913 RS, analisado, é exemplar nesse sentido. Mesmo com a fixação do ato ilícito com o piloto, que não obedeceu ao plano de voo que comunicou às autoridades, respondendo a sociedade de táxi aéreo em razão de sua responsabilidade legal e a seguradora e a resseguradora em razão de suas obrigações contratuais, pretendeu-se a fixação da indenização em patamar que satisfizesse a função punitiva. Neste caso, quem suportaria definitivamente a indenização – com sua parcela punitiva - seriam a resseguradora e seguradora, até o limite da apólice, e a sociedade de táxi aéreo quanto ao restante, vez que fixada a culpa com sujeito já falecido. Mesmo a possibilidade de regresso, nos casos de atos culposos pode não servir para remediar o desvio, nos casos em que o patrimônio se revele inferior ou muito inferior ao da condenação. Nos casos de morte, que geram uma multiplicidade de sujeitos ofendidos, cada qual considerado individualmente, a multiplicação dos valores de indenização para satisfazer uma função punitiva podem facilmente se converter em quantias que poucas pessoas físicas podem suportar, mesmo quando uma pessoa física individualmente considerada que seja o sujeito identificado como tendo tido comportamento reprovável. Nestas hipóteses, mesmo vitoriosa, uma ação de regresso resultaria em um cumprimento de sentença frustrado, sobretudo diante das regras de prescrição intercorrente atualmente vigentes independentem, em tese, de uma inércia do credor para resultarem na extinção da execução ou cumprimento de sentença.

Na França, por sua vez, a proposta de inclusão dos danos punitivos atraiu na legislação atraiu críticas, sobretudo que os tribunais já poderiam punir ofensores através de compensações

⁴⁸¹ KOZIOL, H. WILCOX, V. (eds.) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewyork, 2009. p.32.

⁴⁸² *Ibid.* p. 33.

⁴⁸³ *Ibid.* p. 43.

⁴⁸⁴ *Ibid.* pp. 45, 46, 49 e 50.

generosas, que a definição de culpa exigida para os danos punitivos seria demasiadamente imprecisa, e que a proposta de permitir que os danos punitivos fossem alocados ao Erário Público tornaria a finalidade do instituto obscura e borraria as fronteiras entre astreinte e amende civile⁴⁸⁵. A proposta não avançou para votação no legislativo francês⁴⁸⁶.

Críticas similares podem ser feitas ao texto do anteprojeto brasileiro, que se vale das categorias dolo e reiteração, cuja aceção penal pode ser utilizada, na hipótese de sucesso da proposta, mas também culpa grave, cuja conceituação não é tão clara; ainda, na falta de clareza sobre as hipóteses e porcentagens da parcela punitiva que podem ser atribuídos à fundos públicos ou estabelecimentos beneficentes.

Na Alemanha, embora objeto de debate, os danos punitivos são rejeitados. Os debates tradicionalmente se dão em relação ao *Schmerzengeld*, e se o instituto em si teria um caráter penal. Os argumentos versam sobre, ausente possibilidade objetiva de correspondência entre valor pecuniário e dor, e com o viés objetivo, sobre a ofensa, adotado diante da revulsa que a indenização em valor simbólico pelo BGH em caso que a ofensa resulta em uma incapacidade de percepção ou sensação causou. Ainda, há a crítica da justificativa reparatória indireta, pela qual a indenização pelos danos morais permitiria a aquisição de prazeres que em si compensariam a dor moral, por falhar nos casos em que a vítima é imensamente rica, sendo capaz de adquirir tais prazeres. A construção do BGH em resposta, da função de satisfação da responsabilidade civil, é lida por alguns autores como introduzindo um elemento penal no direito de danos⁴⁸⁷. Neste sentido, no entanto, o debate sobre o elemento penal da responsabilidade civil não se eleva à aceitabilidade de uma sobrefunção ou multifunção do instituto, mas à própria aplicação do que se tradicionalmente aponta como a função reparatória em casos difíceis.

Note-se que não há aqui uma negativa de existência dos danos punitivos em ordenamentos estrangeiros. Mesmo dentre os citados aqui, no ordenamento inglês há aplicação de danos punitivos e danos exemplares. A ausência, na justificativa do anteprojeto, de um apontamento de qual ordenamento específico buscou-se emular com a previsão de uma função preventiva, de cunho punitivo no ordenamento torna difícil isolar e analisar a experiência concreta, e analisar de forma crítica sua pertinência no caso brasileiro. Ainda, a comparação com críticas ao instituto no ordenamento inglês e a breve análise do debate no contexto dos

⁴⁸⁵ *Ibid.* p. 71.

⁴⁸⁶ *Ibid.* p. 72.

⁴⁸⁷ *Ibid.* pp. 75, 84 e 85. difícil

ordenamentos francês e alemão permite identificar dificuldades que o texto proposto, a rigor, não supera.

4.1.2.2 Efeito da pena

Em todo caso, isolando-se a função punitiva, surgem algumas considerações que não parecem exploradas em grande parte da doutrina.

A primeira, mais evidente, que a métrica da responsabilidade civil é mais rigorosa com o ofensor que a métrica da responsabilidade penal, ainda que seus meios sejam mais brandos. Como visto, a responsabilidade civil se rege pela estrita equivalência entre dano e reparação, mesmo que o custo disto seja maior, nos casos de reparação *in natura*, para o ofensor. Esta equivalência é rejeitada como princípio da pena, que é limitada pela proporcionalidade entre a intervenção no atingido (apenado) e os objetivos perseguidos pelo legislador e a razoabilidade que expressamente rejeita uma proporcionalidade de Talião no direito penal⁴⁸⁸. Assim, resta a consideração: uma vez atingido a perfeita medida de proporcionalidade, que é a equivalência, já na função reparatória, qual seria função da função punitiva? Parece insustentável admitir-se que, unicamente pelo fato da responsabilidade civil se restringir ao patrimônio do responsável, possa assumir a forma de resposta desproporcional.

Admitir uma proporcionalidade, não entre dano e consequência, mas entre intenção e consequência encontra problemas próprios. O primeiro é de desproteger a vítima, nas situações de culpa mínima do agente⁴⁸⁹. O segundo, de desviar a análise da vítima ao ofensor, impondo uma subjetivização mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva⁴⁹⁰. Mesmo analisando do ponto de vista exclusivo da vítima, quem em tese seria beneficiária de uma parcela punitiva da indenização, a situação assume antes a forma de *trade-off*, entre um diminuto ônus de provar culpa do ofensor, ou mesmo a inexistência deste ônus, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, mas com indenizações limitadas pela reparação integral, e um ônus probatório mais pesado, para aferição de indenizações pecuniárias maiores. Este risco, no entanto, somente se concretizaria com a adoção consistente de uma função punitiva, existindo também o risco de

⁴⁸⁸ BITTENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76..

⁴⁸⁹ Caso apontado, nas hipóteses de dano material, de eventual aplicação da redução equitativa prevista no parágrafo único do art. 944, CC em BUSTAMANTE, T. R.; SILVA, D. F. . Neminem Laedere: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos morais decorrentes de ato ilícito. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 20, p. 247-258, 2004. P. 257. Os autores sustentam nesta parte que por violar a garantia aos direitos de propriedade, o dispositivo do CC seria inconstitucional.

⁴⁹⁰ Em sentido similar, embora sob a premissa de um ocaso da culpa na responsabilidade civil, REIS JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 65.

uma aplicação menos consistente, resultando em indenizações punitivas sem rigorosa prova das circunstâncias que a autorizariam, como a reiteração ou culpa grave.

Avançando, não se encontra uma explicação bastante de como se daria o efeito de dissuasão, que seria a concretização da prevenção justificadora do plano, especialmente quando o responsável é pessoa jurídica. Esta dificuldade se dá para além das dificuldades de regredir toda a parcela punitiva à eventual pessoa física que seja culpada, e mesmo sem qualquer consideração ao comportamento das pessoas (naturais) concretas que tomam decisões e agem pela pessoa jurídica. Isto pois, tomando-se por exemplo a fundamentação do caso do RRAg 10165-84.2021.5.03.0027, nesta parte de criar uma punição sensível no campo patrimonial da pessoa jurídica depende de sobremaneira de previsibilidade.

Conforme Natalino Irti,

Simplificando as análises de Weber e empobrecendo-as de qualquer perfil histórico e nuance expositiva, diríamos que há duas categorias fundamentais de relações jurídicas que se inserem no cálculo do empresário. Por um lado, estão as relações com o aparato burocrático, que, no Estado moderno, ocorrem "sem consideração pela pessoa" e com base em "regras previsíveis". Esse elemento – as "regras previsíveis" –, observa Weber, "tem, no entanto, uma importância verdadeiramente predominante. A característica da civilização moderna, e especialmente sua estrutura técnico-econômica, exige precisamente essa 'calculabilidade' do efeito".

Por outro lado, existem as relações jurídicas entre partes privadas. "Para os sujeitos interessados no mercado de bens" – lemos em Weber – "a racionalização e a sistematização do direito... tiveram o significado de uma crescente previsibilidade do funcionamento da administração da justiça...".

Assim, para ambas as grandes categorias de relações jurídicas (as relações dos indivíduos com o aparato burocrático e as relações entre sujeitos que trocam bens), o requisito essencial é a calculabilidade da decisão judicial. A sentença, por meio da qual um terceiro define o conflito (ou disputa, ou causa, conforme se queira chamar) com base em uma norma estabelecida, constitui uma decisão calculável⁴⁹¹.

Mesmo assumindo que o resultado desta calculabilidade seja, para a maioria dos agentes, que é mais barato cumprir com as regras de conduta do que arriscar ser

⁴⁹¹ "I rapporti giuridici appartengono al calcolo razionale dell'imprenditore. Semplificando le analisi di Weber, e impoverendole di ogni profilo storico e sfumatura espositiva, diremmo che due sono le fondamentali categorie di rapporti giuridici, rientranti nel calcolo dell'imprenditore. Da un lato, i rapporti con l'apparato burocratico, che nello Stato moderno si svolgono 'senza riguardo alla persona' e in base a 'regole prevedibili'. Questo elemento, le 'regole prevedibili', – osserva Weber – 'ha però un'importanza veramente predominante. La caratteristica della civiltà moderna, e specialmente la sua struttura tecnico-economica, esige proprio questa 'calcolabilità' dell'effetto'.

Dall'altro lato, ci sono rapporti giuridici fra parti private. 'Per i soggetti interessati al mercato dei beni – leggiamo in Weber 3 – la razionalizzazione e la sistemazione del diritto... ebbe il significato di una crescente calcolabilità del funzionamento dell'amministrazione della giustizia...'

Così, per ambedue le grandi categorie di rapporti giuridici (rapporti dei privati con l'apparato burocratico, rapporti fra soggetti che si scambiano beni), il requisito sta nella calcolabilità della decisione giudiziale. La sentenza, con cui il terzo definisce il conflitto (o lite o causa, che voglia chiamarsi) in base a una norma data, è una decisione calcolabile." IRTI, N. Un diritto incalcolabile. Turim: G.Giappichelli Editore, 2016. p. 34.

responsabilizado. Nestes casos, para estes agentes, o descumprimento da norma será não intencional, enquanto para os agentes que derivarem alguma vantagem ou incorrerem em custos sobre-elevados em cumprir a norma, compensará descumpri-la gravemente⁴⁹². Neste caso, o dano punitivo sobre o descumpridor não-intencional será tanto ineficaz para a prevenção do dano, quanto injusto⁴⁹³. Um problema adicional se dá quando a intencionalidade do sujeito não é levada em consideração para a fixação dos danos punitivos. Neste caso, o incentivo para agir conforme a norma desaparece⁴⁹⁴, pois o dano punitivo será igualmente aplicado a quem buscou satisfazer a norma, e foi sobrepujado na tarefa, e quem sequer incorreu nos riscos de tentar. A rigorosa separação dos tratamentos entre a ofensa intencional e a ofensa não-intencional é, portanto, necessária ao sucesso da pretensão preventiva da função punitiva que, nada obstante, exige a demonstração clara de que o sujeito responsabilizado e apenado é gravemente culpado. Tal demonstração exige, especialmente em atos complexos, contínuos, de um conjunto amplo e variável de pessoas, um ônus probatório difícil de ser satisfeito.

Uma última consideração se refere ao reflexo tributário de uma parcela punitiva da indenização. A *ratio* esposada no REsp 1152764 CE é que a indenização pelo dano moral não seria tributável em razão do caráter indenizatório, comutativo, da indenização por dano moral⁴⁹⁵. Uma vez rompida a relação de equivalência entre dano e reparação, tal razão deixa de existir na parcela que não corresponde à reparação do dano e, desacompanhada de expressa isenção legal, em tese conduziria à possibilidade de tributação do componente indenizatório. Se indistintos os componentes reparatório e punitivo, necessariamente haverá ou a subtração de parcela que, em tese, seria tributável, ou o comprometimento das próprias razões que levaram o STJ a considerar a indenização do dano moral não-tributável.

4.1.2.3 Pena civil, Direito penal e morte

Encerrando o estudo da função punitiva, percebe-se que sua proposta, para além do efeito sancionatório que a reparação já promove, envolveria a assunção da forma de uma

⁴⁹² COOTER, R. D. Economic Analysis of Punitive Damages. *IN*: POSNER, R. A. PARISI, F. Economic Foundations of Private Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2002. p. 641.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.* pp. 652 e 653.

⁴⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). REsp 1354536 SE. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. (...). Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 23/06/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901504091&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em 15/11/2024. p. 8.

resposta desproporcional para, atingindo o patrimônio do devedor, tentar evitar sua reiteração e a ação de terceiros. O problema aqui é tanto de inconstitucionalidade, quanto a ausência de um efeito de fácil verificação. Utilizar a responsabilidade civil para atingir fins sancionatórios, de forma alternativa ao direito penal é pretender uma pena não regulada pelo próprio direito das penas, frustrando prerrogativas constitucionais, como a presunção de inocência.

Ainda, na medida que a proposta atual envolve a absorção legal da função punitiva não somente nos casos de dolo, tem-se a ameaça de criar um recorte de classe no direito sancionatório. Uma vez que o efeito sancionatório civil é facilmente frustrado por mecanismos legítimos como o seguro (nos casos em que não há ato intencional) e, para as pessoas jurídicas, a recuperação judicial ou, em casos extremos, a falência⁴⁹⁶, o efeito penalizador da responsabilidade civil pode vir a não se concretizar perante atividades organizadas, em si geradoras de riscos.

Existe um problema adicional, da certeza da conduta violada, que é resolvido no direito penal pelo tipo, mas cujo estudo em sede de dano morte se torna despidendo.

Resta responder se é necessária uma função punitiva para a responsabilidade civil, diante da impotência reparatória nos casos de morte. Sugere-se que a resposta é não. Ao homicídio, doloso ou culposo, são reservadas algumas das maiores penas do direito brasileiro. A lesão corporal ou à saúde também são objetos de repressão penal.

Indo mais além, não se encontra uma demonstração de qual efeito dissuasório adicional a sanção incidente sobre o patrimônio poderia ter sobre os sujeitos que efetivamente tomam decisões ou praticam ações resultantes em danos quando já existente a ameaça de sanção pessoal, de direito penal. O efeito dissuasório da responsabilidade civil é normalmente apresentado como um súbito aumento de custos do agente quando um determinado nível de cuidado não é observado⁴⁹⁷. Os danos punitivos teriam a função, nos casos de causação intencional de danos, de eliminar a distorção nos casos em que o agente auferir lucro, mesmo considerando a responsabilidade, ou incorre em gastos sobre-elevados em manter no nível legal de cautela⁴⁹⁸. Nestes casos, o nível de cautela que minimiza custos é inferior ao legalmente exigido, e a indenização deve ser majorada, para diminuir o ganho ilícito, aumentando o custo

⁴⁹⁶ Não se considera, por sua restritividade, excluindo controle do devedor todo seu patrimônio suscetível de penhora (arts. 751, III e 763, CPC/73) ao longo de vasto período de tempo, a insolvência civil como instituto comparável. Sobre o efeito da falência ou posterior recuperação judicial, entende-se aplicável o raciocínio em MICELI, T. J. *Economics of the Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997. p. 36

⁴⁹⁷ COOTER, R. D. *Op. Cit.* p. 643..

⁴⁹⁸ *Ibid.* p. 649.

de não-cautela⁴⁹⁹. Ocorre que, no direito brasileiro, ao menos na hipótese do homicídio, o agente ou tomador de decisões já enfrenta a ameaça deste súbito aumento de custos, não em seu patrimônio, mas em sua pessoa, pela sanção penal. Indo mais além, pela própria metodologia de apresentação dos danos punitivos se percebe que a possibilidade de responder civilmente pelos danos é assumida como uma chance que, concretizada, irá acarretar o custo de suportar o dano. Esta assunção já foi desafiada acima, mesmo sem se considerar o desafio de cumprimento da sentença cível.

A resposta aqui não é um maximalismo penal, mas partindo do pressuposto que há uma concordância sobre a necessidade de se apenar atos que coloquem em risco juridicamente relevante, ou extingam a vida, que tal pena deve ser reservada ao ramo do direito que as regula. A vantagem aqui é evitar que a lei confunda os incentivos aos agentes que não agem intencionalmente, criando incentivos econômicos à cautela (diminuir chance de responsabilização perante o conjunto determinável, mas nem sempre determinado, de ofendidos por ricochete ou, ainda, o próprio ofendido). Nesta parte, rejeita-se que um viés propriamente punitivo seja necessário à uma meta-função preventiva, que pode ser atingida pela sanção já existente no mecanismo reparatório. Igualmente, evitar uma resposta jurídica desarrazoada, por desproporcional, e de eficácia duvidosa, por somente poder atingir o patrimônio, e de maneira mitigável, do ofensor.

Neste ponto, deve-se reconhecer que não há uma inviabilidade geral da pena ou de uma sanção propriamente punitiva civil, mas argumenta-se que o efeito penal possível à responsabilidade civil no Ordenamento já é alcançado pelo cumprimento da função reparatória.

4.3 Responsabilidade e prevenção para além da tutela negativa

Superado isto, tem-se o restante da função preventiva. Aqui, de plano, pode-se rejeitar a possibilidade de responsabilidade civil sem verificação do dano. À responsabilidade civil não interessa, de modo geral sancionar a mera conduta⁵⁰⁰.

Assim, verifica-se que a função preventiva, no que não envolve a pretensão de prevenção geral ou especial pela sanção, se reduz ao ressarcimento de despesas preventivas do dano⁵⁰¹. Neste caso, não se entende existir desvio em relação à função reparatória quando se busca ressarcir as despesas razoáveis e necessárias para prevenir um perigo real e concreto de

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ PEREIRA, C. M. S. *Responsabilidade Civil, Op. Cit.* p. 38.

⁵⁰¹ RODRIGUES, C. M. *Op. Cit.* p. 148.

dano⁵⁰². Sugere-se, como corolário da razoabilidade da despesa, que as precauções tomadas sejam em tese capazes de mitigar ou impedir o dano que, de outra forma, ocorreria, no que não se ofende a desvinculação da ressarcibilidade ao sucesso da medida preventiva.

Especialmente nos casos em que estas despesas minimizem o prejuízo da vítima, chega a ser um exercício de boa-fé, na forma da mitigação do próprio prejuízo. Entende-se aqui que sua compreensão como função apartada da responsabilidade civil se dá pela insistência na atualidade do dano como critério do dano ressarcível⁵⁰³. O dano prevenível é necessariamente futuro. Se o dano indenizável tiver que ser atual, a despesa atual incorrida para minorar o prejuízo (a despesa médica para salvar a vítima, ao invés do dano ocasionado pela morte, por exemplo) exigiria uma reconfiguração das funções da responsabilidade civil, ou ao menos uma reconfiguração da responsabilidade para satisfazer sua função preventiva.

No modelo adotado, no entanto, o interesse juridicamente tutelado assume protagonismo entre os critérios de corte. Havendo o interesse juridicamente tutelado (no presente estudo, vida) ofendido pelo evento danoso (por exemplo, o acidente industrial resultante de negligência), que o inteiro desencadear da cadeia causal tenha sido estancado mediante um prejuízo menor (por exemplo, pelo terceiro que, assumindo lesão corporal, salva uma vida que, de outro modo, seria perdida) é um resultado benéfico ao responsável. Pretender isentá-lo do dever de indenizar em razão do não esgotamento da cadeia causal frustra a função reparatória em si. Em que pese existir uma consideração teórica a ser feita, se a responsabilidade civil visa a prevenção do dano (neste caso, fazendo causa comum com a responsabilidade penal em vários casos) e atua através da sanção restitutiva⁵⁰⁴, ou se a responsabilidade civil visa a reparação, daí interessando-se na prevenção⁵⁰⁵, o resultado prático parece indistinto

Nos casos de homicídio no Ordenamento brasileiro, em parte, a função preventiva decorre *ex lege* já quando iniciada a ofensa ao bem-jurídico, sendo ressarcíveis as despesas de tratamento da vítima, tanto se mal-sucedidas, pelo art. 948, I, CC, quanto se bem-sucedidas, na forma do art. 949, CC.

4.4 Responsabilidade e promoção de direitos

⁵⁰² *Ibid.* p. 149.

⁵⁰³ *Ibid.* p. 15.

⁵⁰⁴ DIAS, J. A. *Op. Cit* p. 113

⁵⁰⁵ RODRIGUES, C. M. *Op. Cit.* p. 103.

Finalmente, tem-se a função promocional, que é definida por Bobbio como aquela exercida pelo Estado que manda fazer por meio de encorajamento ou promessa.

Há dois caminhos pelos quais o Estado pode limitar a esfera do deixar fazer: obrigar a fazer (ou a não fazer) ações que, do contrário, seriam permitidas - e este é o caminho da restrição coativa da liberdade de agir -, ou então, estimular a fazer (ou a não fazer) ações que, não obstante isso, continuam sendo ações permitidas - e este é o modo pelo qual se exerce a função promocional⁵⁰⁶.

O direito promocional não se confunde com o das sanções [negativas] Se vale de uma sanção positiva (prêmio) e de incentivos, ambos meios de encorajamento, pelos quais se manifesta a função promocional do direito⁵⁰⁷. Novamente, volta-se à importância da estrutura, mesmo em uma análise funcional, que tem influência relevante na forma de expressar função estatal. “[E]nquanto o poder coativo é habitualmente empregado com função repressiva, o poder econômico pode ser empregado também com função promocional, ou seja, para dar em troca não o mal pelo mal, mas o bem pelo bem”⁵⁰⁸.

No campo da responsabilidade civil, visaria “proporcionar um ambiente ético que estimule as partes, sobretudo o agente ofensor, a reparar ou compensar espontaneamente os danos causados”⁵⁰⁹. Neste âmbito, passa a depender da transação sobre os danos sofridos⁵¹⁰, independentemente de efetivo benefício ao ofensor, que pode se prontificar à reparar integralmente o dano infligido⁵¹¹. O prêmio, ao ofensor, mesmo segundo a doutrina acaba se tornando altamente contextual, envolvendo a rápida resolução da controvérsia, a desnecessidade de pagamento de despesas processuais, e desnecessidade ou diminuição de honorários. Ainda, a imposição de eventuais penalidades administrativas, a potencial (na hipótese de concessões mútuas) de diminuição dos custos de indenização, a segurança no valor da indenização, diminuição de eventual condenação judicial e o ganho reputacional⁵¹².

Ocorre que apenas um número limitado destes “prêmios” são, de fato, sanções premiais. De fato, o Art. 90, §3º, CPC, dispensa o pagamento de custas processuais remanescentes, se houver, quando o processo se extingue por transação antes da sentença. Ainda, no §5º do mesmo artigo, reduz à metade os honorários devidos pelo réu que reconheça a procedência do pedido e, simultaneamente, cumpra a integralidade da prestação reconhecida.

⁵⁰⁶ BOBBIO, N. Da estrutura à função. *Op. Cit* p. 71.

⁵⁰⁷ BOBBIO, N. Dalla struttura alla funzione. *Op. Cit.* p. 82

⁵⁰⁸ BOBBIO, N. Da estrutura à função. *Op. Cit.*, p. 76.

⁵⁰⁹ REIS JÚNIOR, A. *Op. Cit.* p. 149.

⁵¹⁰ *Ibid.* p. 157.

⁵¹¹ *Ibid.* p. 162.

⁵¹² *Ibid.* p. 167 e 168

O possível ganho reputacional em nada se confunde com sanção premial, embora o Estado possa se utilizar de seu poder econômico e coercitivo para celebrar determinada pessoa, como prêmio, pois o este possível ganho reputacional decorre unicamente da ação dos indivíduos considerados. Também não pode se considerado prêmio a redução do valor da condenação. Isto pois somente influi na esfera do responsável indiretamente, pela redução que provoca nos honorários e, a depender das circunstâncias, participação nas custas judiciais: se a redução se deu em razão do prévio pagamento de parte do valor devido, o responsável continua tendo pago a integralidade do valor devido. Ainda, na medida que considerar tal “prêmio” sanção premial seria confundir prêmio com a não-incidência de sanção negativa, pelo cumprimento da norma.

Já quanto à certeza e segurança do valor da indenização, e mesmo sua diminuição, o incentivo dependerá do respeito, pelo judiciário à cláusula de quitação que a garanta, de um lado, e da correta identificação de todos os lesados, de outro. A depender da interpretação, o caso do RRAg 10165-84.2021.5.03.0027 demonstra que ou, o outro ou ambos estão longe de ser garantidos. Este problema, no entanto, pressupõe a realização de um acordo sobre os danos. Neste ponto, o atual estado da doutrina e da jurisprudência pátrias acabam por diminuir as possibilidades de um acordo substancial, por dificultar um consenso sobre a situação concretamente envolvida. Em um conflito, a incerteza sobre o direito aplicável pode resultar em diferenças de percepção sobre o caso, impedindo um acordo mutuamente benéfico⁵¹³.

Por fim, é de se questionar se há uma Função Promocional da Responsabilidade Civil, especificamente, *de lege lata*. A restituição, obrigação de restaurar um equilíbrio violado é um mecanismo de sanção negativa⁵¹⁴. Que seja benéfica e eficaz a reparação espontânea serve à função reparatória, mas não se encontra subsídio para dizer que seria função da responsabilidade civil em si.

Por outro lado, afirmar que a Função Promocional da Responsabilidade Civil versaria sobre outro bem ou valor, que não a reparação dos danos, por exemplo, promovendo (a defesa d)os interesses tutelados envolveria confundir a função promocional com o sancionamento ou garantia, incorrendo no equívoco apontado acima, de confundir prêmio com não-incidência de coação.

⁵¹³ MICELI, T. J. *Op. Cit.* p. 157.

⁵¹⁴ KELSEN, H. *Op. Cit.* p. 138. BOBBIO, N, Dalla struttura alla funzione. *Op. Cit.* p. 48.

5. Conclusões

Após este estudo, entende-se que a proposta, dentro dos limites da análise, foi infirmada em parte.

A responsabilidade civil, independentemente da natureza moral ou material do prejuízo a ser tutelado, visa à reparação do dano, na esfera do ofendido, por meio do deslocamento jurídico deste dano ao patrimônio do responsável. Apontou-se que a diferença entre a responsabilidade por dano material e a responsabilidade por dano moral somente se distinguiria no fato de não ser possível uma equivalência direta entre o dano e a reparação. Apontou-se ainda que nas várias etiquetas indenizatórias de danos extrapatrimoniais, os problemas e as soluções, mormente a reparação *in natura* e a indenização arbitrada, são comuns, não se encontrando fundamento racional para distinção entre danos não patrimoniais.

Neste âmbito, argumentou-se que há a efetiva imposição de um mal ao responsável, que esgota, *de lege lata*, o potencial sancionatório juridicamente possível, no ordenamento pátrio vigente, da responsabilidade civil. Não se percebeu aqui uma distinção relevante, capaz de identificar uma função preventiva apartada da função reparatória juridicamente possível. A função promocional, por sua vez, foi infirmada como função da responsabilidade civil e, mesmo que haja a promoção da reparação espontânea de danos, são percebidos substanciais desafios pelo atual estado da dogmática e jurisprudência acerca da responsabilidade civil para sua concretização. Em nenhum destes casos, a responsabilidade civil é assumida como único meio e, claramente nos casos de função punitiva, sequer como o melhor meio de alcançar a finalidade do legislador. Em todos os casos, no entanto, constatou-se a responsabilidade civil como um meio, com vantagens e desvantagens específicas para, em conjunto com outros existentes no ordenamento, concretizar as funções reparatória, punitiva e preventiva de danos. Ainda, nesta parte, de qualquer forma, refutou-se uma diferença funcional entre a responsabilidade civil nos casos de danos morais e materiais.

Ainda assim, o dano morte, concebido como categoria autônoma ou não, mas incidente sobre o dano verificado na esfera do falecido, desafia este equilíbrio de funções. Caso se conceba de um prejuízo moral resultante do evento morte em si, sua demonstração exigiria considerar uma acepção objetiva, que identifica o dano moral (ou, na hipótese de se conceber de uma etiqueta indenizatória apartada, morte) com a própria ofensa ao direito. A resposta seria um dano cuja tutela não pode pretender qualquer viés reparatório, fixando um direito que se agregaria ao patrimônio do ofendido *post mortem* ou, por abstração judicial, simultânea à morte.

Neste ponto, o recorte histórico comum na dogmática civilista pode ser compreendido de forma similar, reservando medidas que hoje podem ser identificadas com viés precipuamente reparatório, ao invés de precipuamente punitivo aos casos de lesão, e em vários casos reservando o caso da morte para a punição do ofensor. Aponta-se, ademais, que mesmo atualmente o problema de proporcionalidade da resposta civil diante da morte, de evitar que seja mais barato matar que mutilar, é mais amplo que o Ordenamento civil brasileiro.

Por outro lado, criticou-se a utilização do recorte histórico com o escopo do feito tradicionalmente pela dogmática civilista com fito de amparar determinada narrativa sobre a função e limites da Responsabilidade Civil. Centrando-se na evolução do direito brasileiro, questionou-se a assunção, comumente feita, que haveria um óbice legal à reparação do dano moral no Código Civil de 1916, apontando-se que em larga medida, o óbice era antes jurisprudencial, e foi superado para além do que, a rigor, determina a atual Constituição antes da alteração legislativa.

Culminando esta análise, construiu, com base na dogmática, um modelo de danos indenizáveis, centrado no interesse juridicamente tutelado. Buscou-se uma teoria unitária, capaz de compreender o fenômeno do dever de indenizar. O resultado, fundado na doutrina nacional e estrangeira, pode ser sintetizado como a reação do ordenamento jurídico, que liga o patrimônio do responsável, vinculado por nexo de imputação a ato que deu causa a um dano ressarcível, deslocando juridicamente este dano do ofendido, que o suporta naturalmente, ao ofensor, que deve suportá-lo juridicamente. Quanto ao dano ressarcível, novamente contou-se com o amparo da doutrina, mas analisada de forma crítica. O resultado pode ser sintetizado como a distinção do dano ressarcível de outros fenômenos, identificados de maneira atécnica como danos, por consistir na ofensa a um interesse juridicamente tutelado, gerador de prejuízo certo e antijuridicamente alocado com outro, que não o responsável.

Com base neste modelo, pode-se compreender o dano que acomete os que sobrevivem o falecido e o que se propõe serem os danos que acometem o próprio falecido, em ambos os casos, pelo estudo pormenorizado de casos que se entendeu serem significativos pela exaustividade da discussão e o impacto dos precedentes que produziram. Com base nisto, identificou-se a morte como evento gerador de prejuízos morais e materiais, centrando-se a análise nos primeiros, distinguindo alguns casos que merecem valoração apartada, dentro da etiqueta de danos morais.

Ainda, compreendeu-se o prejuízo que se propõe componente de dano indenizável, conduzindo à conclusão acima. Resultado alternativo foi alcançado ao apontar-se conceber do dano ao ofendido em uma ofensa à integridade física, cuja consequência natural é a morte, e cuja consequência jurídica é o dever de indenizar. Apontou-se que, nos casos de morte instantânea, esta solução conduz ao mesmo resultado, de impossibilidade reparatória, de considerar-se indenizável o dano sofrido em razão da morte. Nos demais, entretanto, tem-se a situação similar a qualquer outra hipótese de dano moral seguida do falecimento. Tudo isto, aliás, sem prejuízo da reparação em si, vez que medida em função do prejuízo.

Quanto à função sancionatória, *de lege ferenda*, analisou-se através da proposta de incorporação de uma função preventiva na responsabilidade civil do dano moral, constatando existirem problemas substanciais na sua adoção em concreto e desafios à sua efetividade em abstrato.

Por fim, a título de conclusão, pode-se apontar que mesmo que se aceite esta última concepção de dano morte, inexistirá razão para considerá-lo distinto do dano moral. O elemento unitário permanece sendo a pessoa, que sofre o dano, sente a dor e a angústia. Tratar da lesão que leva à dor e à morte, da

morte, da angústia que advêm do findar da vida, da vida que poderia ter continuado e todos os outros aspectos é tutelar a pessoa humana, una e indivisível, que sofreu um dano, cujos prejuízos se irradiam em si e em seu patrimônio passível de avaliação pecuniária. Tão somente estas duas dimensões de dano são irreduzíveis e o restante, se pode servir eventualmente aos propósitos de fundamentação da decisão concreta, não justifica qualquer distinção sistemática do ponto de vista funcional, considerada a função reparatória, dada a unidade da pessoa, na qual se perfazem os prejuízos, punitiva, dado seu esgotamento constitucionalmente possível na função reparatória, e preventiva, dada sua indistinção prática em relação à função reparatória da responsabilidade civil.

Referências bibliográficas

- AGUIAR, R. S. *Responsabilidade Civil Objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.
- ALVES, J. C. M. *Direito Romano*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ALVIM, A. *Da Inexecução das obrigações e suas consequências*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- AMARAL, A. C. C. Z. M. Entre essência e consequência: reflexão sobre a necessidade de uma concepção ontológica do dano extrapatrimonial. *Revista dos Tribunais*, vol. 997. pp. 135-155. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.
- ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. 2ª ed. Chicago: Chicago University Press. 1998.
- AZEVEDO, V. P. V. *Crime - Dano - Reparação*. São Paulo: Empresa Grafica Revista dos Tribunais, 1934.
- BAIÃO, K. C. S. GONÇALVES, K. C. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1–24, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/151>. Acesso em: 26/01/2025
- BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BEVILÁCQUA, C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. I. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- _____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (comentado por Clóvis Beviláqua). Vol. II. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
- BITTENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione* [edição digital]. Bari: Laterza, 2007.
- _____. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007. Tradução de Daniela Beccaria Versiani.
- BRASIL, Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf>. Acesso em 06/02/2025.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05/02/2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Acórdão. REsp 1833722 SP. Relator Min. Raul Araújo. Julgado em 03/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900130702&dt_publicacao=15/03/2021>. Acesso em 13/04/2020. p. 8.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Acórdão. RE 59940 SP. Responsabilidade - A morte de filhos menores, conforme as circunstâncias, comporta indenização. O problema resolve-se na liquidação e por arbitramento. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Julgado em 26/04/1966. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157636>>. p. 3.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Acórdão. EDv no RE 53404 GB. Acidente ferroviário. O embargante, pai de filho menor de 18 anos, que no mesmo faleceu, tem direito a necessária reparação, porque a vítima era um valor econômico potencial, necessário a subsistência do lar. - embargos conhecidos e recebidos. Relator: Min. Adalício Nogueira. Julgado em 03/05/1967. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=37223>>. p. 5.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, n. 3 (2006). Súmula 37. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/view/5223/5348>>. Acesso em 15/11/2024. p. 1

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Acórdão. REsp 1604 SP. Responsabilidade civil. Morte em consequência de atropelamento por comboio ferroviário. Ação indenizatória. Prazo Prescricional. Contagem dos juros de mora. Cumulação do ressarcimento pelos danos materiais com a indenização pelo dano moral. (...). Relator: Min. Athos Carneiro. Julgado em 09/10/1991. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=198900124358&dt_publicacao=11/11/1991>. Acesso em 15/11/2024. p. 3.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 3229 RJ. Recurso Especial. Dano moral e dano patrimonial. Cumulação. Dissídio. Recurso Conhecido mas não provido. É acumulável a indenização por dano moral com a indenização por dano patrimonial. Recurso conhecido pelo dissídio, mas não provido. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Julgado

em 10/06/1991. Disponível em:
 <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000047927&dt_publicacao=05/08/1991>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Acórdão. REsp 3604 SP. Administrativo. Indenização por danos morais, postulada pelos pais de operário solteiro, que vivia em sua companhia, vítima de violências praticadas por policiais. Cumulação com danos patrimoniais. Admissibilidade. (...). Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgado em 19/09/1990.

Disponível em:
 <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000047927&dt_publicacao=05/08/1991>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 4236 RJ. Responsabilidade civil - homicídio - Dano moral. Indenização - cumulação com a devida pelo dano material. (...). Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 04/06/1991. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199000072506&dt_publicacao=01/07/1991>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 10536 RJ. Cirurgia Estética. Obrigação de Resultado. Indenização. Dano material e dano moral (...). Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 21/06/1991. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100081779&dt_publicacao=19/08/1991>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 11177 SP. Civil. Responsabilidade Civil. Indenização. Dano moral e Material. (...). Relator: Min. Monteiro Barross. Julgado em 01/10/1991. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100099821&dt_publicacao=04/11/1991>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). REsp 1354536 SE. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. (...). Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 23/06/2010. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901504091&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Acórdão. REsp 1076160 AM. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS POR MORTE. NOIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSÁRIA LIMITAÇÃO SUBJETIVA DOS AUTORIZADOS A RECLAMAR COMPENSAÇÃO. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 10/04/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801608299&dt_publicacao=21/06/2012>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Acórdão. AgInt no REsp 2096329 SP. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. (...) SUICÍDIO. NEXO DE CAUSALIDADE. (...). Relator: Min Regina Helena Costa. Julgado em: 26/02/2024. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302078383&dt_publicacao=05/03/2024>. Acesso em: 01/02/2025.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 10165-84.2021.5.03.0027. (íntegra dos autos). Disponível em: <<https://visualizacao-autos.tst.jus.br/visualizacaoAutos/VisualizarPecas.do?load=1&anoProcInt=2022&numProcInt=489276&origem=consultarProcesso#Peca82914035>>.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). RRAg 10165-84.2021.5.03.0027 (Acórdão). (...) INDENIZAÇÃO POR DANO-MORTE. CABIMENTO E TRANSMISSIBILIDADE. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS SOFRIDOS PELA VÍTIMA DIRETA (PRETIUM MORTIS) (...). Relator: Min. Jose Roberto Freire Pimenta. Julgamento em 20/06/2023. Disponível em: <<https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2022&numProcInt=489276&dtaPublicacaoStr=30/08/2024%2007:00:00&nia=8431500>>. Acesso em: 02/05/2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Processo 10165-84.2021.5.03.0027. (íntegra dos autos). Disponível em: <<https://visualizacao-autos.tst.jus.br/visualizacaoAutos/VisualizarPecas.do?load=1&anoProcInt=2022&numProcInt=489276&origem=consultarProcesso#Peca82914035>>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Processo 2013/0076325-0 (íntegra dos autos), Disponível em: <<https://cpe.web.stj.jus.br/#/&tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=2013/0076325-0>>. Acesso em 05/02/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Acórdão. ADPF 54 - ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 20/01/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Acórdão. RE 69754 SP. Relator Min. Thompson Flores. Julgado em 11/03/1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=165704>>. Acesso em 25/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Acórdão. RE 75675 SP. Responsabilidade Civil - Dano estético oriundo de amputação da perna. 1) A jurisprudência do STF admite a reparação do chamado dano estético ou morfológico. 2) As máximas da experiência integram-se na norma jurídica e a completam na apreciação do recurso extraordinário, mormente quando diagnosticam vício lógico do julgado. Relator Min. Aliomar Baleeiro. Julgado em 17/06/1974. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=159939>> . Acesso em 10/04/2020., pp. 12 a 14)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 1197284 AM. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE ESCOLAR. MORTE DE CRIANÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TRANSPORTADOR E DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO CONTRATANTE. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. (...). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino Julgado em 23/10/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001040970&dt_publicacao=30/10/2012>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão. REsp 1279173 SP. RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO

JURISPRUDENCIAL. PENSÃO POR MORTE DE FILHO COM 17 ANOS (...). Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 04/04/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001040970&dt_publicacao=30/10/2012>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Acórdão. AREsp 2065911 RS PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO POR MORTE. DIREITO AUTÔNOMO DO ESPÓLIO. CUMULAÇÃO COM DANOS POR RICOCHETE (REFLEXOS) DOS FAMILIARES. POSSIBILIDADE. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DOS FAMILIARES. INEXISTÊNCIA. PENSIONAMENTO. CONDIÇÃO DE ARRIMO FAMILIAR. CONTRIBUIÇÃO DO FALECIDO PARA A ECONOMIA DOMÉSTICA. SUFICIÊNCIA. (...). Relator: Min. Og Fernandes Julgado em 23/10/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200301948&dt_publicacao=06/09/2022>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Acórdão. AgInt no AREsp 999927 RS. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE. DANO EM RICOCHETE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ALTERAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (...). Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 28/03/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602714633&dt_publicacao=18/04/2017>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). REsp 1354536 SE. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008. (...). Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Julgado em 26/03/2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202466478&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em 15/11/2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). REsp 1354536 SE. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. (...). Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 23/06/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901504091&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em 15/11/2024.

BUSTAMANTE, T. R. A “Lei da Boa Razão” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. IN: *Revista Estudos Filosóficos UFSJ*, n. 14, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://seer.ufsj.edu.br/estudosfilosoficos/article/view/2077>. Acesso em: 04/11/2024.

BUSTAMANTE, T. R.; SILVA, D. F. . Neminem Laedere: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos morais decorrentes de ato ilícito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 20, p. 247-258, 2004.

BRÜGGEMEIER, G. CIACHI, A. C. O’CALAGHAN, P. *Personality Rights in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CANTALI, R. U. Reparação de danos extrapatrimoniais: entre medidas pecuniárias e não pecuniárias. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1–23, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/688>. Acesso em: 02/12/2024.

CAVALCANTI, C. A. Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida. IN: *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, 2019. DOI: 10.37963/iberc.v2i2.59. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/59>. Acesso em: 05/01/2025.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COMANDÉ, G. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*. Turim, G. Giappichelli Editore, 1999.

CUPIS, A. *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore. 1946.

DAM, C. *European Tort Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013

DIAS, J. A. *Da Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1954.

_____. *Da Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1954.

ENCYCLOPEDIA OF BIOETHICS. 3rd ed. Vol. 2. New York: Macmillan, 2004.

- FERNANDES, B. G. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- FRANÇA, Ministère du Travail, de la Santé, des Solidarités et des Families. Nomenclature des postes de préjudices: rapport de M. Dintilhac. Disponível em:<<https://sante.gouv.fr/ministere/acteurs/partenaires/article/nomenclature-des-postes-de-prejudices-rapport-de-m-dintilhac>>. Acesso em 10/01/2025.
- FRANZONI, M. Trattato della Responsabilità Civile, L'Illecito. 2ªed.São Paulo: Giuffré Editore, 2010.
- FROES, J. V. Novos danos na responsabilidade civil: As fronteiras do dano moral ressarcível. Curitiba: Juruá, 2023.
- FUERO JUZGO, en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices - Reproducción digital de la edición de Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1815. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em:<<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrf5r6>>. Acesso em 29/10/2024.
- GABBA, C. F. *Questioni di Diritto Civile*. Vol II. 2ª Ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1911.
- GALVÃO, F. Direito Penal: Parte Geral: 7ª ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2016.
- GOMES, L. R. F. *Elementos de Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- GOMES, O. *Direitos Reais*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GUSTIN, M. B. S. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HAEBERLIN, M. Dano não enumerado não é dano não indenizável: uma análise da relação entre a indenizabilidade dos “novos danos” e a eficácia dos direitos fundamentais, com ênfase no direito à privacidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, RS, v. 40 – n. 129, p. 153 -152, mar. 2013. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/311>. Acesso em 20/09/2021.
- HATOUM, N. S. COLOMBO, M. B. S. Da necessidade de identificação do dano existencial na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1–19, 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/701>. Acesso em: 17/08/2024.
- HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1986.
- HESPANHA, A. M. *História das Instituições*. Coimbra: Almedina, 1982.
- HUME, D. A Treatise on Human Nature. Oxford: Clarendon Press, 1960.
- IHERING, R. *3 Estudios Juridicos*. Buenos Aires: Atalaya, 1947. Trad. Adolfo González Posada.

- IRTI, N. *Un diritto incalcolabile*. Turim: G.Giappichelli Editore, 2016
- JORGE, F. S. L. P. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- KELLY, G. P. *A History of Exile in the Roman Republic*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Trad. João Batista Machado.
- KOZIOL, H. WILCOX, V. (eds.) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Mörlenbach: SpringerWienNewyork, 2009.
- LALOU, H. *Traité Pratique de la Responsabilité Civile*. 6ème éd. Paris: Librairie Dalloz, 1962.
- LIBERAL, L. M. *A transmissibilidade mortis causa das indenizações por danos extrapatrimoniais e o dano morte no ordenamento jurídico brasileiro*. [Dissertação de Mestrado]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2019.
- LOPEZ, T. A. *O Dano Estético, responsabilidade civil*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- LOPEZ, T. A. Dano Existencial. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 57, pp. 287-302. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Texto online.
- MARTINS-COSTA, J. BRANCO, G. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARX NETO, E. A; REZENDE, E. C. G. N; FARIA, J. C. (orgs.) *Novas Tendências, Diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- MARX NETO. E. A. *Os usos do nome: identidade, estado civil e ordem pública*. [Tese de Doutorado]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.
- MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, 4ème ed. T. 1. Paris: Librairie du Recueil Sirey.
- MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MENDONÇA, J. X. C. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Vol. VI, 2ª parte, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1947.
- MICELI, T. J. *Economics of the Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.
- MIRANDA, F. C. P. *Tratado de Direito Privado*, Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIV. Rio de Janeiro: Borsoi. 1967.
- MORAES, M. C. B. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

TELLA, M. J. F.; TELLA, F.F. *Fundamento e Finalidade da Sanção: Existe um direito de castigar?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

THEODORO Jr. H, ANDRADE, É. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, H. *Dano Moral*, 1ª ed. São Paulo, Ed. Oliveira Mendes, 1998.

_____. *Dano Moral*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PEREIRA, C. M. S. *Instituições de direito civil*, vol. II, 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, C. M. S. *Responsabilidade Civil*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIRES, F. I. (org.) *Da estrutura à função da responsabilidade civil: Uma homenagem do instituto brasileiro de estudos de responsabilidade civil (IBERC) ao professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco.

PORTUGAL, Ordenações do Senhor Rey D. Manuel. Livro II. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1797. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/e736e4ed-b149-4176-9010-96c6fb46d385>. Acesso em 30/10/2024.

PORTUGAL, Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Phillippe I, 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 30/10/2024.

POSNER, R. A. PARISI, F. *Economic Foundations of Private Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2002.

REINIG, G. H. L; SILVA, R. P. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (Schockschaden) no direito civil alemão. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 1–34, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/303>. Acesso em: 06/01/2025.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE, Fatal Accidents Act 1976. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/30/contents>. Acesso em: 15/01/2025.

REIS JÚNIOR, A. *Função Promocional da Responsabilidade Civil*. Indaiatuba: Foco, 2022.

REIS JÚNIOR, A. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 1–30, 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/123>. Acesso em: 26/01/2025.

- RODRIGUES, F. L. L. VERAS, G. L. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 1–24, 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/225>. Acesso em: 15/01/2025.
- ROSENVOLD, N. *As funções da reparação civil: a reparação e a pena civil*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RODRIGUES, C. M. *Reparação, e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas*. Indaiatuba: Foco, 2024.
- ROTH, M. T. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*, 2nd ed. Atlanta: Scholars Press 1997.
- SANTOS, A. J. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SANTOS, J. M. C. Código Civil Brasileiro Interpretado. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.
- SILVA, A. D. *Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*, v. 2: Legislação de 1763 a 1774. Lisboa: Typografia de L. C. da Cunha, 1858. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/dcb14530-0f7b-4eb9-980b-fb50aead04d4>. Acesso em 04/11/2024.
- SILVA, R. P. Sistema de Justiça, Função Social do Contrato e a Indenização do Dano Reflexo ou por Ricochete. *Seqüência*. Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 32, n. 63, pp. 353–375, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2011v32n63p353>. Acesso em: 05/01/2015.
- SILVA, W. M. *O dano moral e sua reparação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- SMITH, W. *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. Londres: John Murray, 1875. texto online. Disponível em: https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Leges_Corneliae.html. Acesso em 29/10/2024.
- SOUZA, E. N. Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 1–58, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/367>. Acesso em: 05/02/025.
- STEIN, B, ARNOLD, D. (ed.), *A History of India*, 2nd ed, Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE. *Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*. Munique: Sellier European Law Publishers, 2009.

SOUZA, S. C. (coord) *Revista Forense comemorativa, 100 anos*. Tomo II, direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TEPEDINO, G. TERRA, A. M. V. GUEDES, G. S. C. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VITORELLI, E (Org). *Fundamentos de Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: JusPodivm, 2024.

WESSENDONCK, T. ETTORI, D. G. Pretium mortis: questões controvertidas acerca da responsabilidade civil em decorrência do dano morte – um estudo comparado entre o Direito brasileiro e o português. IN: *Revista de Direito Privado*, vol. 17. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZIMMERMANN, R. *The Law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1996