

O DANO-MORTE: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, PORTUGUESA E OS *VINDICATORY DAMAGES*

Nelson Rosenvald

Sumário: 1. Introdução; 2. O dano *post mortem*; 3. O dano ao morto enquanto vivo; 4. A morte como fato ilícito de consequências múltiplas - 4.1. O dano reflexo à morte – 4.2 O dano pré-morte; 5. O dano-morte como terceira via; 6. O dano-morte para além da função compensatória da responsabilidade civil: *vindictory damages*; 7. A quantificação do dano-morte; 8. Conclusão

“Não tema a morte porque - se houver morte - você não está lá e - e se você estiver lá - não há morte” (Epicuro)

1. Introdução

No direito civil brasileiro não há previsão legal para o chamado *dano-morte*. O dano que provoca a morte de uma pessoa é escassamente discutido pela doutrina e sumamente ignorado pela jurisprudência. Contudo, esta não é originalmente uma lacuna brasileira. Há muito, importantes doutrinadores tentam dar uma explicação ao aforismo

do filósofo Epicuro. A sua advertência é clara: se a pessoa não mais existe, conseqüentemente não existe compensação pela privação de sua vida.

É da natureza das coisas que o fato jurídico morte descortina o cenário do direito das sucessões, envolvendo a conexão entre o óbito e as situações jurídicas advindas da transmissão do seu patrimônio.¹ Porém, por muito tempo o direito negligenciou a repercussão do fato jurídico morte em termos de responsabilidade civil, decorrente de uma conduta de terceiro que se coloca como causa adequada para a abrupta interrupção de uma vida.

E pior, sem que se perceba, a evolução do ordenamento brasileiro, consistiu apenas na preocupação com o dano reflexo sofrido por aqueles que ficam. Em um primeiro momento através de uma indenização por luto e pela estipulação de alimentos aos dependentes e, mais recentemente, pela consagração do dano moral a uma classe de pessoas que presumivelmente mantinha relações afetivas com a vítima de uma conduta antijurídica.

Porém, assim como ultimamente evoluímos no planejamento sucessório mediante a gestão convencional dos efeitos jurídicos do fato jurídico morte, cremos que há espaço para visualizarmos a morte enquanto fato ilícito, e as suas consequências sobre a pessoa do morto, não mais como “de cujus” e sim como vítima de um ato que de forma anômala mitigou o seu tempo de vida. Isto é fundamental, *o dano não pode ficar com quem o sofre*, sendo a morte um fato que deve desencadear uma indenização autônoma, transferindo-se o dano ao patrimônio do ofensor.

Três são as questões que se colocam: primeiro, se para além dos danos morais sofridos pelos parentes próximos, o fato da morte da vítima primária dá lugar a um dano autônomo indenizável (seja ou não morte instantânea); segundo, se os herdeiros do

¹ Art. 1784, Código Civil Brasileiro: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

falecido têm o direito de reclamar os danos que o falecido sofre durante o período de tempo que decorre entre o dano e a morte. Terceiro, qual seria a natureza jurídica de uma indenização pelo dano-morte

2. O dano *post mortem*

Qual é o cenário jurídico brasileiro atual? Inexiste indenização pelo dano-morte, diante da supressão ilícita de uma vida. O fundamento para tanto consiste na própria falta da pessoa a quem a perda do bem possa estar ligada e, em cujo espólio, a indenização possa ser consolidada. O paradoxal é que, como veremos adiante, torna-se economicamente muito mais vantajoso matar uma pessoa instantaneamente do que lentamente e, de fato, mais barato matar rapidamente do que feri-la gravemente.

Face à impossibilidade jurídica da indenização pelo dano-morte, quais são as alternativas que se colocam? Antes de tratarmos propriamente dos danos que nascem da morte em si, cabe referenciar brevemente os danos decorrentes de atos ilícitos posteriores ao óbito e totalmente desvinculados do fato jurídico que ensejou a morte. Intitulo-os como “danos post mortem”.

O parágrafo único do art. 12 do Código Civil² defere tutela *post mortem* aos membros da família pela ofensa à memória do falecido. Cuida-se de uma tutela póstuma da personalidade em atenção a bens jurídicos que não fenecem com o seu titular. Se é evidente que a morte é o marco temporal da extinção dos direitos da personalidade, o legislador reconhece a sua projeção em prol dos membros da família diante de uma violação da honra, bom nome e imagem do *de cujus*, após o seu passamento. Nesse

² Art. 12 Código Civil Brasileiro: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

primeiro plano não está em jogo um bem jurídico de titularidade originária do falecido transmitido por efeito hereditário.

O Enunciado 400 do Conselho de Justiça Federal bem situa o escopo da norma: “Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”. Por conseguinte, em razão do dano reflexo, nasce uma legitimação por direito próprio aos familiares, havendo ilegitimidade por parte do espólio para agir, pois como uma universalidade de direito, apenas atuará em questões patrimoniais.³ Apesar do rol taxativo dos beneficiários, é possível ampliar o círculo de legitimados, não apenas em favor de companheiros, porém, mesmo para pessoas que não tenham laços de parentesco, desde que na concretude do caso fique provado o real vínculo afetivo com o falecido. Como regra geral, tem-se que a reparação será *in re ipsa* para o grupo familiar, sendo necessária a prova da conexão afetiva para os demais casos.⁴

3. O dano ao morto enquanto vivo

O legislador não disciplinou exclusivamente a *fattispecie* do dano *post mortem*. De acordo com o art. 943 Código Civil Brasileiro: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. O preceito se aplica as lesões e violações de caráter patrimonial ou extrapatrimonial que se verificaram enquanto a vítima

³ Questões outras surgem sobre a indenização do dano *post mortem*. Ilustrativamente, o Enunciado 398 do Conselho de Justiça Federal proclama que “As medidas previstas no art. 12, parágrafo único, do Código Civil podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma”. Emerge a controvérsia sobre a natureza do rol é *numerus clausus* e a limitação subjetiva de beneficiários, bem como, se em simetria, pode-se também discutir se deve ser negada a indenização nas situações excepcionais em que se demonstre que apesar do vínculo legal familiar, não subsistem os laços de afeição, como no caso de abandono afetivo ou matrimônio com longa separação de fato.

⁴ Em relação a outras situações, o STJ tem afirmado que o valor pode variar, pois o sofrimento pela morte do familiar atinge os membros do núcleo em gradações diversas, o que deve ser observado pelo magistrado para arbitrar o valor da indenização: “consoante a jurisprudência sedimentada nesta corte superior, são legitimados para a propositura de ação indenizatória em razão de morte de parentes, o cônjuge ou companheiro (a), os descendentes, os ascendentes e os colaterais, de forma não excludente e ressalvada a análise de peculiaridades do caso concreto que possam inserir sujeitos nessa cadeia de legitimação ou dela excluir”(STJ, AgRG no REsp 1.283.764).

vivia e não tiveram como efeito a morte. O óbito não guarda conexão com o fato ilícito que lhe antecedeu.

No final de 2020 o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 642, com o seguinte teor “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”.⁵ O mérito da referida súmula consiste em fracionar as duas hipóteses que dão azo à compensação dos danos: quando a morte ocorre no curso da ação proposta pela vítima e, alternativamente, nos casos em que a morte se verifica sem que sequer o ofendido tenha ingressado com uma pretensão em juízo. Isso significa que no direito brasileiro, tanto o dever de ressarcir é transmissível através de herança, como o direito de exigir reparação (Art. 943, CC)⁶. Neste último caso, a meu juízo, excepcionar-se-ia tal possibilidade se a vítima expressamente renunciou a este direito em vida.⁷

Com efeito, se a ação fora proposta e no seu curso o autor vem a falecer não parece haver dúvida sobre a possibilidade de os herdeiros darem continuidade à demanda, conforme sinalizado no parágrafo. 2, II, do art. 313 do CPC/15.⁸ Diferentemente de uma ação de divórcio, evidentemente intransmissível pela sua natureza personalíssima – o que dará ensejo à extinção do processo –, a pretensão compensatória ostenta natureza patrimonial, integrando o patrimônio do falecido que se transmite aos herdeiros.

⁵ STJ - Súmula 642, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2020, DJe 07/12/2020

⁶ Art 943. CC: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

⁷ No mesmo sentido, no DCFR os sucessores do falecido herdarão todos os direitos que o falecido poderia ter exercido em vida. Apontam, no entanto, uma exceção a esta regra geral, de modo que caso o falecido tenha declarado que não apresentaria qualquer pedido de indenização pelos danos, será entendido que renunciou a esse direito, com o qual o pedido não passa para seus herdeiros como parte de seu espólio (Grupo de Estudo sobre um Código Civil Europeu ACQUIS GROUP] [2009, p. 3227]).

⁸ § 2º, ART. 313, Código de Processo Civil Brasileiro: “Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte: II - falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito”.

Contudo, ainda que a demanda não tenha sido proposta em vida, deduz-se do já referido art. 943 CC a consagração legal da noção de que mesmo desconexa ao fato ilícito antecedente, a morte posterior da vítima extingue a sua personalidade e não o dano consumado, seja ele de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Não cabe a aplicação da regra “*actio personalis moritur cum persona*”. O direito da personalidade da tutela a integridade psicofísica, não pode ser confundido com o direito à reparação dos danos sofridos em decorrência da lesão, pretensão de natureza patrimonial. Ainda que o ofendido, em vida, não tenha promovido a ação de ressarcimento, poderão os familiares iniciá-la se em vida se a vítima não tenha expressamente renunciado a essa pretensão.⁹ O direito de exigir reparação é transmissível; é um crédito, embora ilíquido, a que os herdeiros fazem jus. Tem-se, aqui, a natural regra de que os direitos e ações da pessoa se transferem aos herdeiros no momento de sua morte.¹⁰

4. A morte como fato ilícito de consequências múltiplas

Apesar do dano-morte como modelo autônomo ser o propósito deste escrito, é inegável que, enquanto fato ilícito pluriofensivo, a morte consiste em um dano que acarreta outras repercussões, em maior ou menor medida acolhidas em diversos sistemas jurídicos. Em um primeiro nível, os familiares mais próximos sofrem danos extrapatrimoniais e os dependentes econômicos fazem jus a danos patrimoniais. Todavia, não podemos nos olvidar do dano experimentado pelo próprio morto, seja pela lesão à vida, como, eventualmente, pelo sofrimento e dor no período que mediou o ilícito e a

⁹ Apoiamos tal posicionamento, porém reconhecemos que os argumentos a favor da intransmissibilidade *mortis causa* do crédito indenizatório por dano moral são, fundamentalmente, os seguintes: o primeiro é o incumprimento da função reparadora da responsabilidade civil, na medida em que já não é possível indenizar o sofrimento da pessoa quem sofreu (o falecido). Assim, se a reclamação de tais danos fosse transferida *mortis causa* aos herdeiros, o responsável seria punido com o pagamento da referida indenização, não cabendo atualmente a função punitiva de responsabilidade civil no direito brasileiro. O segundo argumento é o caráter altamente pessoal do direito à integridade psicofísica e com ele a dor que sua violação implica. Sustenta-se que a transmissão *mortis causa* aos herdeiros do falecido do direito de reclamar a reparação do dano que, na medida em que afete o interesse muito pessoal da vítima, pertence apenas à vítima.

¹⁰ O STJ reafirmou em 2018 que “de acordo com a jurisprudência dessa corte, o direito à indenização de danos morais ostenta caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível ao cônjuge e aos herdeiros do de cujus” (STJ, AgInt no AREsp 711.976).

morte. Todas essas possibilidades serão discutidas a partir da exegese do artigo 948 do Código Civil.¹¹

4.1. O dano reflexo à morte

O art. 948 do Código Civil defere danos reflexos patrimoniais (explicitamente) e extrapatrimoniais (implicitamente) ao cônjuge e parentes, como um direito próprio dos familiares – não adquirido por via sucessória –, com base na lesão às suas esferas econômica/existencial, pela morte do ente querido. Discute-se ainda se a indenização aos familiares é devida apenas em caso de morte da vítima – hipótese expressa – o igualmente quando a vítima sofre lesão grave de que não resulte a morte e que comprometa gravemente a vida pessoal e familiar dos que são próximos.¹²

Nada diferente do que ocorre nas jurisdições europeias quando fazem referência às vítimas secundárias (lesados indiretos) e discutem se serão ou não indenizadas em razão do ato antijurídico que provocou a morte do familiar, conforme

¹¹ Art. 948 do Código Civil Brasileiro: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

¹² Superior Tribunal de Justiça, Informativo nº 459: 6 a 10 de dezembro de 2010: “Trata-se de REsp em que a controvérsia é definir se os pais da vítima sobrevivente de acidente de trânsito têm legitimidade para pleitear compensação por danos morais, considerando-se que, na espécie, a própria acidentada teve reconhecido o direito a receber a referida compensação por tais danos. A Turma assentou que, não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm firmado sólida base na defesa da possibilidade de os parentes do ofendido a ele ligados afetivamente postularem, conjuntamente com a vítima, compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. Observou-se que se trata, na hipótese, de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores, ora recorridos. Assim, são perfeitamente plausíveis situações nas quais o dano moral sofrido pela vítima principal do ato lesivo atinja, por via reflexa, terceiros, como seus familiares diretos, por lhes provocar sentimentos de dor, impotência e instabilidade emocional. Foi o que se verificou na espécie, em que postularam compensação por danos morais, em conjunto com a vítima direta, seus pais, perseguindo ressarcimento por seu próprio sofrimento decorrente da repercussão do ato lesivo na sua esfera pessoal, visto que experimentaram, indubitavelmente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa, como reconheceu o tribunal de origem, ao afirmar que, embora conste da exordial que o acidente não atingiu diretamente os pais da vítima, eles possuem legitimidade para pleitear indenização, uma vez que experimentaram a sensação de angústia e aflição gerada pelo dano à saúde familiar (REsp 1.208.949-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/12/2010).

questões de causalidade e o fim de proteção da norma: em concreto, coloca-se se o dano foi “causado” aos parentes pelo responsável e se a finalidade da norma infringida era a de tutela os direitos dos familiares.¹³

Inicialmente, ao prever o pagamento das despesas com o tratamento da vítima e seu funeral, o inciso I do art. 948 se refere à compensação de danos patrimoniais relativos aos cuidados com o falecido no período entre a lesão e o seu enterro. Abrange todos os gastos para mantê-lo vivo (despesas hospitalares que surgem da tentativa frustrada de cura do falecido) e os desembolsos efetuados para as últimas homenagens. Incluímos ainda os lucros cessantes, como, por exemplo, a receita líquida que o falecido poderia ter obtido no exercício de sua profissão no intercurso entre o fato ilícito e o passamento. Isso significa que se houver um intervalo de tempo entre a lesão e a morte da vítima, e ela falecer antes do reconhecimento do crédito de indenização, nasce uma reparação em favor da vítima pelo dano sofrido durante esse intervalo, o qual é transmissível aos herdeiros. Contudo, não será assim se a morte for instantânea, caso em que os herdeiros só poderão reclamar as despesas do sepultamento. Não existindo definição quanto ao montante das despesas funerárias, considera-se que o mais adequado é que a jurisprudência aplique, em cada caso, o teste de razoabilidade, de modo que apenas as despesas consideradas moderadas sejam reparadas, jamais as luxuosas e extraordinárias.¹⁴

Em complemento, quando o inciso II do art. 948 se refere à “prestação de alimentos”, cuida da repercussão do dano experimentado pelo falecido na esfera material de alguém que dele era dependente e receberá uma pensão mensal, como espécie de lucros cessantes, cujo valor será fixado de acordo com as possibilidades econômicas do ofensor e as concretas necessidades dos dependentes do falecido. Portanto, lucros cessantes no período intermediário entre o ilícito e a morte beneficiam os herdeiros, enquanto lucros

¹³ Uma peculiaridade é o direito espanhol, pois a legitimação ativa de vítimas secundárias não se encontra referido no Código Civil, porém está expressamente previsto no artigo 113 do Código Penal, no que se refere à responsabilidade civil ex delicto: “A Indenização por danos materiais e moral inclui não só as que foram causadas à vítima, mas também as que foram irrogadas a seus familiares ou terceiros”.

¹⁴ No mesmo sentido, o DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), cujo art. VI.-2: 202 (b) também indica explicitamente o mesmo critério de razoabilidade.

cessantes posteriores ao óbito apenas se direcionam aos dependentes econômicos. Ademais, o legislador consagra uma exceção ao princípio geral de que só ao titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado assiste direito a indenização, aí se abrangendo terceiros reflexamente prejudicados com o evento danoso. Contudo, esse direito não é de atribuição direta e automática às pessoas indicadas na norma. Só existirá se (e na medida em que) for demonstrada a facticidade em que necessariamente terá que assentar.¹⁵

Em matéria de danos reflexos extrapatrimoniais, duas são as possibilidades afirmativas, conforme a hermenêutica do art. 948. Podemos compreender a expressão “luto da família”, ao final do inciso I, como correspondente ao dano moral indireto, por direito próprio dos parentes pela morte do ente querido. Alternativamente, servimo-nos simplesmente do conceito jurídico indeterminado “sem excluir outras reparações”, que se encontra na parte derradeira do *caput* do art. 948, para compreendermos que o legislador dedicou os incisos I e II aos danos patrimoniais, mas não fechou as portas às emanções existenciais por “ricochete” do ilícito que redundava na morte.

A morte de uma pessoa configura uma lesão à personalidade dos que se integram em seu núcleo familiar, sendo explicada a questão imputacional pelo impacto que a morte de uma pessoa em seu seio familiar, pelo fato da pessoa não viver no isolamento. Como sinaliza Mafalda Miranda Barbosa¹⁶ “aquele que erige uma esfera de risco/responsabilidade pondo em causa a vida de uma pessoa, tem de ter aventado a possibilidade da lesão desses terceiros que com a vítima estabelecem uma plena união,

¹⁵ Certamente, a maior garantia à preservação do mínimo existencial dos lesados indiretos será a prestação de alimentos, que serão pagos pelo ofensor ou responsável em prol daqueles a quem a vítima direta necessariamente os devia. Importante situação é a que envolve o falecimento de pessoa responsável pelo sustento do lar, especificamente a morte do marido, de quem dependia (economicamente) a esposa, ou vice-versa, a pensão não mais se estende até um limite rígido, tal e qual a data em que a pessoa falecida completaria 65 ou 70 anos, pois será preferível reconhecer que a idade de sobrevivência não é estanque, visto que se consideram vários elementos para sua fixação, como habitat, alimentação, educação e meios de vida. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça tem buscando um referencial para sua fixação por meio da adoção dos critérios da tabela de sobrevivência da Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Trata-se de presunção jurisprudencial construída acerca da sobrevivência provável que teria a pessoa se não tivesse sido atingida pelo dano. Ilustrativamente, Recurso Especial n. 1.311.402-SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, Publicada em 7/3/2016.

¹⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Considerações a propósito dos danos morais reflexos*. Cadernos de direito privado. Jan-Mar 2014, nº 45, p. 3-18.

porque com a morte daquele, é também uma parte do próprio familiar que se perde irremediavelmente, mesmo tendo em conta o reencontro futuro numa outra forma de vida”.

Aliás, se considerarmos a expressão “luto da família” como relativa exclusivamente ao sentido psicológico de um “processo durante o qual um indivíduo consegue desligar-se progressivamente da perda de um ente querido”,¹⁷ não há razão para nos abstermos de um outro debate, qual seja, o fato de que o sofrimento inerente ao luto pode por vezes gerar um comprometimento psíquico duradouro. Embora estudos empíricos comprovem que a morte inesperada e súbita de um ente querido seja a mais frequente experiência traumática e uma importante questão de saúde pública, por razões desconhecidas não existe responsabilidade civil por acometimentos psiquiátricos causados pela perda repentina da pessoa próxima. Os tribunais ressaltam que a conduta ilícita é uma só, e suas consequências não podem variar de acordo com as particularidades de cada vítima que sofre o dano reflexo ou por ricochete.

Em reforço a este dado, ao contrário do que ocorre no direito alemão, no Brasil não se concede aos familiares do falecido o chamado “dano de choque nervoso” (“*schockschaden*”), que é fruto de uma interpretação elástica dos tribunais sobre o conceito de dano à saúde, contido no §823 do BGB.¹⁸ Ou seja, por aqui não contamos com uma reparação autônoma em favor de familiares que presenciaram o momento da morte e efetivamente sofreram um abalo psíquico pelo evento em si, fato que transcende a perda pelo falecimento do ente querido, igualmente experimentada pelos demais parentes ou pessoas de sua íntima relação. Enfim, em razão do receio quanto à indiscriminada abertura de comportas para múltiplas indenizações por danos

¹⁷ in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, <https://dicionario.priberam.org/luto> consultado em 12-12-2020

¹⁸ Seção 823 - Responsabilidade por danos (1) A pessoa que, intencionalmente ou por negligência, lesar ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa é responsável por indenizar a outra parte pelos danos daí decorrentes”.

consequentes à imediata verificação de um único evento, os tribunais optam por restringir o número de demandantes.¹⁹

Se, ao contrário de outros sistemas,²⁰ é pacífica no Brasil a concessão do dano reflexo extrapatrimonial como decorrência da morte, foge ao escopo deste artigo a amplíssima discussão acerca da legitimação para a percepção da indenização. Dentre as inúmeras fontes de controvérsia poderíamos situar as seguintes: O dano moral para os parentes é *in re ipsa*, ou requer-se a prova da conexão espiritual? Como se dá o concurso entre os parentes do falecido: os mais próximos excluem os mais remotos? Seriam os beneficiados apenas os componentes do estrito grupo familiar ou haveria uma extensão àqueles com quem o falecido mantivesse forte laço afetivo? Como se não fosse bastante, todas essas questões não excluem o árduo enfrentamento da quantificação do dano extrapatrimonial reflexo. Certamente há a opção de intervenção legislativa para a resposta rígida a todas estas indagações.²¹ Nada obstante, na dupla alternativa entre um sistema inflexível e um sistema dúctil de reconhecimento da legitimidade dos lesados indiretamente para reclamar indenizações por danos não patrimoniais por morte, os textos europeus que elaboram princípios gerais para a harmonização do Direito Europeu de Danos sem dúvida optam pelo segundo deles (PETL e DCFR).²²

¹⁹ “É certo que a solução de simplesmente multiplicar o valor que se concebe como razoável pelo número de autores tem a aptidão de tornar a obrigação do causador do dano demasiado extensa e distante de padrões baseados na proporcionalidade e razoabilidade. Por um lado, a solução que pura e simplesmente atribui esse mesmo valor ao grupo, independentemente do número de integrantes, também pode acarretar injustiças. Isso porque, se no primeiro caso o valor global pode se mostrar exorbitante, no segundo o valor individual pode se revelar diluído e se tornar ínfimo, hipóteses opostas que ocorrerão no caso de famílias numerosas. 6. Portanto, em caso de dano moral decorrente de morte de parentes próximos, a indenização deve ser arbitrada de forma global para a família da vítima, não devendo, de regra, ultrapassar o equivalente a quinhentos salários mínimos, podendo, porém, ser acrescido do que bastar para que os quinhões individualmente considerados não sejam diluídos e nem se tornem irrisórios, elevando-se o montante até o dobro daquele valor” (REsp 1127913/RS Relator p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão 4.T DJe 30/10/2012).

²⁰ O exemplo mais claro a esse respeito é a Alemanha. As disposições do BGB dedicadas a este assunto (§ 844 e segs.) Não preveem indenização por danos não patrimoniais a favor de uma parte indiretamente lesada devido à morte de outro membro da família. A referida norma passou incólume à reforma de 2002.

²¹ Por outro lado, ao contrário de outros ordenamentos, no domínio específico dos acidentes automobilísticos, no Brasil não há um sistema de escalas, que atue como um conjunto de normas convencionalmente estabelecidas para avaliar danos reflexos em que caberia ao legislador indicar, além do montante da indenização, quem são os lesados que podem reclamar o dano morais em caso de morte da vítima.

²² O Artigo 10: 301 (1) PETL estatui que “[...] dano imaterial também pode ser indenizado para aquelas pessoas próximas à vítima de um acidente fatal ou ferimento muito grave.” Por sua vez, o artigo 2: 202 (1) DCFR estabelece que os danos imateriais causados a uma pessoa física devido à morte de outra pessoa

Uma última observação: tendo em consideração que a justificativa para a indenização é a relação de dependência entre a origem dos danos causados às vítimas secundárias e os causados à vítima primária - vez que os danos reflexos não existiriam se os danos diretos não existissem anteriormente - torna-se fundamental a questão da causalidade, na medida em que a contribuição do comportamento da vítima primária para o dano impactará na extensão da reparação solicitada pelas vítimas secundárias, mediante mitigação proporcional do *quantum* indenizatório.²³

4.2. O dano pré-morte

Superada a aferição dos danos reflexos à morte direcionados aos familiares e em antecedência ao exame do dano-morte diretamente sofrido pela vítima, pretendemos enfrentar uma terceira categoria de danos conexos à morte como fato ilícito: o dano pré-morte, isto é, danos vivenciados pelo *de cuius* antes do passamento.

No direito italiano, em recente caso julgado na *corte di Cassazione* (Sentenza 8580/2019), decidiu-se sobre a morte de um trabalhador que contraiu mesotelioma pleural, devido à inalação de fibras de amianto no trabalho. Nesta oportunidade, negou-se a indenização pelo dano tanatológico, pela falta da própria pessoa a quem a privação do bem se conectava. Porém, a mesma decisão condenou o empregador por outras duas indenizações ao falecido e transmissíveis *jure hereditatis*: o chamado dano biológico terminal (“danno terminale”) – quando a morte ocorre após um período considerável da data do dano - e o dano moral terminal (“danno catastrofale”), consistente no sofrimento da vítima, que convive conscientemente com a iminência do fim da própria vida, no prazo

constituem um dano juridicamente relevante se, no momento da morte, essa pessoa estava em um relacionamento pessoal particularmente próximo da pessoa falecida.

²³ A art. 8: 101 (2) PETL trata expressamente da incidência da conduta ou atividade concorrente da vítima quando é solicitada indenização em caso de morte, concluindo que tal conduta exclui ou reduz a responsabilidade. Em complemento, o art. 5: 501 DCFR não se refere apenas à culpa concorrente, mas em geral às causas de exoneração que poderiam ter sido alegadas contra o falecido no caso de não ter morrido e que, em virtude disso, estendem-se as pessoas que têm certos direitos após a morte

entre o ato ilícito e a morte.²⁴ O dano biológico é um dano-consequência à saúde, consistindo nas sequelas debilitantes que caracterizam a real duração da vida do acidentado desde o momento da lesão até a morte. A avaliação da consequência do dano pressupõe que os efeitos prejudiciais realmente ocorreram, sendo necessário, para tanto, que tenha decorrido um “período de tempo apreciável” entre o fato lesivo e o momento da morte. Em contraposição, quanto ao denominado "dano moral" subjetivo denominado "dano catastrófico", consiste no estado de sofrimento espiritual íntimo sofrido pela vítima que testemunha o desenvolvimento progressivo do perecimento de sua própria condição existencial até o fim da vida, demandando a indenização a prova da percepção consciente e lúcida da inevitabilidade do próprio fim.

O dano moral terminal do direito italiano se acerca da figura do *dano intercalar* no direito português, que consiste na conversão económica da dor e angústia sofridas pela vítima durante o período que medeia o fato ilícito e a morte. O dano intercalar seria uma espécie de dano pré-morte que se concretiza nos casos em que a morte é antecedida por um período de clausura hospitalar e dolorosos tratamentos que perspectivam o próprio óbito, causando angústia e medo. O dano que é aqui procurado reparar engloba não só a dor física como a consciência da eminência da morte,²⁵ sendo que a sua valoração tem em conta o tempo decorrido entre o evento e a morte, o estado

²⁴ Cassazione Civile, Sez. Lav., 27 marzo 2019, n. 8580 - *Morte per mesotelioma pleurico* “A compensação por perda de vida está excluída. Na verdade, falta a pessoa a quem a perda do bem possa estar ligada e, em cujo espólio, o prêmio em questão possa ser adquirido; Porém, aceita-se a reparação, considerando-se transmissível *iure hereditatis*, repartindo-se o dano imaterial nos dois componentes: 1. o dano biológico terminal: entendido como dano biológico decorrente de invalidez temporária absoluta, configurável caso ocorra a morte após um período de tempo considerável desde o dano; 2. Do dano moral terminal “ou catastrófico”, que consiste no sofrimento da vítima que conscientemente atende o fim da própria vida, quando houver prova da existência desse estado de ânimo no termo entre o ato ilícito e a morte, com a aquisição de direito à compensação que pode ser transmitido aos herdeiros”. Extraído em 8.12.2020 de https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=20128:cassazione-civile,-sez-lav-,27-marzo-2019,-n-8580-morte-per-mesotelioma-pleurico&catid=16&Itemid=138

²⁵ Sobre o dano intercalar, em recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, fundamentou-se “é pela vida concreta que se está a perder que se mede o dano, que se mede esta consciência da morte, ou seja, independentemente até do medo de morrer, é perceber-se a inelutabilidade da perda de tudo quanto faz parte da vida que a vítima tem, desde o corpo, a vitalidade e a esperança de viver ainda por muitos mais anos, à casa, ao lugar, ao País, à língua, e sobretudo, como é evidente no caso concreto, à companhia e ao amor da família, do marido, dos filhos e dos netos. É a preocupação com o futuro do marido, dela dependente. É, em cinco horas ou num relance, perder tudo” (726/16.7T8CSC.L1-6, Rel. Eduardo Petersen, 7.11.2019)

de consciência da vítima, as circunstâncias de esta ter ou não tido presciência da morte e de ter ou não sofrido dores e a sua intensidade.²⁶

De um modo geral, o panorama do direito europeu é favorável a indenização do dano pré-morte (dano intercalar)²⁷, com as peculiaridades do “pain and suffering” do direito inglês²⁸.

No Brasil inexistente uma *fattispecie* que materialize uma indenização pelo dano que antecede a morte, compreendendo o sofrimento psicofísico suportado diretamente das lesões sofridas, eventualmente de subsequentes tratamentos ou intervenções cirúrgicas e ainda, a inexorável angústia sentida com o aproximar do decesso. Creio que podemos fundamentar um modelo próximo ao dano moral terminal com base no art. 943 do Código Civil, que enuncia a transmissão com a herança do direito de exigir reparação. A lógica subjacente a este dispositivo é a de que a morte extingue a personalidade e não o dano consumado em vida, permitindo-se ao espólio ingressar com uma pretensão de reparação pelo “dano terminal”, mesmo que o falecido não tenha tomado essa iniciativa no ocaso de sua existência.

²⁶ Universidade Católica Portuguesa. *Comentários ao Código Civil. Direito das obrigações*. Lisboa. Universidade Católica Editora, 2018, p. 365.

²⁷ No tocante à reparação dos danos morais gerados pela dor e sofrimento da vítima primária entre o ilícito e a morte, o artigo VI. -2: 202 (2) (a) do DCFR indica como regra geral a transferibilidade *mortis causa* aos herdeiros de tais danos (exceto a renúncia do falecido para reivindicá-los). Por sua vez, os comentários ao art. 10: 301 dos Princípios do Direito Europeu de Responsabilidade Civil (PETL) também consideram que se a morte não for instantânea, os danos não patrimoniais sofridos pelo falecido antes da morte devem ser transmitidos aos herdeiros, mas esclarecem que em qualquer caso isso é uma questão de Direito Processual.

²⁸ Na Inglaterra os herdeiros, regra geral, podem reclamar a indenização pelo “pain and suffering” vivenciados pela vítima antes da morte. Tal conceito de indenização se assemelha à versão do dano moral subjetivo como *pecunia doloris*, agregando a ideia do sofrimento em suas mais diversas variantes, como o medo, a preocupação e a incerteza quanto ao desenvolvimento da lesão, da cura futura etc. No entanto, o “pain and suffering” não será compensado em dois casos: primeiro, se o lapso de tempo entre o ilícito e a morte for muito curto. Em segundo lugar, não haverá compensação se a vítima estiver inconsciente ou em coma até o momento da morte. Isto quer dizer que o período de tempo entre o início da lesão corporal e a morte deve ser longo o suficiente para que um tribunal considere que a vítima sofreu, do ponto de vista jurídico, dano físico pelo qual a dor e o sofrimento possa ser compensado. Um curto período de dor consciente, desde que intensa e horrível, pode justificar a reparação do dano. Contudo, os tribunais ingleses também indenizam a perda dos prazeres sofridos pela vítima até o momento da morte (“loss of amenities of life”). Há uma diferença clara com relação à compensação pelo “pain and suffering”. Se a vítima estiver inconsciente ou em coma no período que vai da lesão até a morte, não é concedida a indenização por dor e sofrimento, mas, por outro lado, isso não impede a concessão de indenização aos herdeiros por perda das amenidades da vida.

5. O dano-morte como terceira via

Transcendendo as já examinadas situações jurídicas do dano reflexo à morte (aos familiares) e do dano pré-morte – diretamente sofrido pela vítima - haveria espaço para a lapidação da indenização autônoma pelo dano-morte no ordenamento brasileiro? Em linha de princípio, a Constituição Federal do Brasil consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de proteção dos direitos da personalidade (art. 1, III, CF/88), enquanto o direito à vida se coloca como premissa necessária para que qualquer pessoa desfrute de sua privacidade, honra, imagem e tenha liberdade para o exercício de suas escolhas patrimoniais e existenciais. Portanto, embora natural, a cessação do ciclo vital jamais poderá ser ilicitamente abreviada por terceiros.²⁹

Relativamente aos danos sofridos pela própria vítima ao ensejo do ilícito que lhe causa a morte, não apenas ignoramos a *fattispecie* do dano pré-morte como desconsideramos o dano-morte como um dano autônomo. Paradoxalmente, não podemos atribuir ao nosso sistema a pecha da disfuncionalidade, pois há quase uma unanimidade no sentido da rejeição à ideia do dano-morte, colocando-se Portugal como uma exceção.³⁰

²⁹ CAVALCANTE, Camila. Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida. “Sendo a dignidade humana substrato ético que regula a vida, a cessação do ciclo vital, embora natural, jamais pode ser abreviado por terceiros e, mesmo com estas nuances limitadoras ao pleno reconhecimento do direito à vida, não sobram resistências outras que impossibilitem/limitem a indenizabilidade do dano morte quando provocado por ato ilícito, imputável ao lesante, atendidos os demais pressupostos da responsabilidade civil”. Revista IBERC, v.2, n. 2, p. 1-19, maio-agosto/2019. www.responsabilidadecivil.org

³⁰ No entanto, os comentários ao artigo VI.-2: 202 (2) do Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR), texto preparado pelo Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu e pelo Grupo de Investigação sobre Direito Privado da CE (Grupo *Acquis*) e coordenados pela VON BAR & CLIVE em 2009, destacam que o referido preceito, que regulamenta os danos que podem ser indenizados em caso de lesão corporal ou morte, decorre do princípio de que a morte não constitui dano juridicamente relevante pela responsabilidade civil. A vida não tem um valor monetário quantificável que possa ser atribuído pelo direito privado a herdeiros ou sucessores (p. 3227). As notas de Direito Comparado do referido texto indicam que esta tese é comum na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, exceto em Portugal (pp. 3229-3230).

O art. 496, 2. do Código Civil de Portugal prevê o dano-morte como um dano autônomo, de caráter extrapatrimonial.³¹ Conforme expressa Diogo Leite de Campos: “o dano da morte é um dano de caráter não patrimonial para o próprio; ao facto que deu origem à morte podem ser imputáveis outros danos patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo falecido; sendo também imputáveis à morte danos para terceiros, de caráter patrimonial e não patrimonial; todos estes danos devem ser indenizados.”³² O que ainda se discute além-mar é se a eventual indenização será buscada por algum herdeiro que compõe um rol especial, ou, se pelo espólio, sendo posteriormente canalizado aos sucessores pela ordem de vocação hereditária.³³

No direito espanhol um setor doutrinário preconiza a viabilidade da indenização pelo dano causado pela própria morte, contrariando a tese do Direito romano de que a morte só deve ser questionada pela via penal. Indaga-se se a responsabilidade civil pode continuar a negar qualquer sanção por lesão do mais alto valor conhecido pelo sistema jurídico: a vida humana. Além disso, assinala-se que, atualmente, beneficia-se mais quem priva a vida de uma pessoa do que quem só causa lesões, visto que neste último caso há espaço para reparação à vítima. A isso se somam os argumentos econômicos, uma vez que a falta de valorização suficiente da vida humana impede a adoção de medidas de prevenção de riscos.³⁴

³¹ Art. 496, 2. do Código Civil de Portugal: “Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representam”.

³² CAMPOS, Diogo Leite de. *Os danos causados pela morte e sua indenização*. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol III, Das Obrigações. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p.133-137

³³ A tese da reparabilidade do “dano da morte”, embora discutida pelos tribunais nos primeiros anos de vigência do CC de Portugal, consolidou-se na jurisprudência desde o Ac. STJ 17.3.1971.

³⁴ GUTIÁN, Alma María Rodríguez. *Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos ingles y español*. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid; Barcelona, abril de 2015. Porém a autora reconhece que a opinião majoritária é “en contra de que la muerte sea en sí misma un daño moral reparable se encuentran, entre otros, los siguientes: primero, el momento de la producción del daño coincide con la extinción de la personalidad jurídica, de modo que la víctima no llega a adquirir un derecho por la pérdida de la propia vida que ingrese en su patrimonio. Segundo, la privación del bien “vida” va unida a la producción de un daño moral, de modo que sería, al menos discutible, que el derecho a la indemnización por tal daño sea transmisible mortis causa. En tercer lugar, la admisión de la legitimación activa a los herederos para reclamar la reparación del daño moral del fallecido conduciría a entender que la función de la responsabilidad civil es en este caso punitiva, ya que es imposible que aquí se cumpla la función reparadora al no poderse compensar ya a la víctima fallecida”, op. Cit, p. 6

Já na Itália, ao longo do tempo os tribunais fixaram uma compensação autônoma, chamada de “danno tanatologico”, ou “dano pela perda de uma vida”. Esta condenação extrapatrimonial surge na sequência da causação da morte da pessoa, tornando-se parte de sua herança e transmissível aos seus herdeiros. Inicialmente, a figura foi acolhida pela Suprema Corte em uma decisão de 23/1/2014 (n.1361) no conhecido caso “Scarano”.³⁵ Previu-se uma compensação *ex se*, ou seja, a perda do bem da vida, objeto de um direito absoluto e inviolável, seria compensável em sua objetividade. Porém, em uma súbita mudança de rumo, em decisão do ano seguinte (15.350), o mesmo tribunal a rejeitou. As Seções Unidas especificaram que não é reembolsável a perda do bem jurídico vida se a morte ocorrer imediatamente ou após um período muito curto da ofensa, em virtude da ausência daquele a quem possa estar ligada a perda do bem e em cujo patrimônio possa ser adquirido o crédito de indenização, ou em caso de falecimento após pequena lapso de tempo, a falta de utilidade de um espaço de vida muito curto.³⁶

E quanto ao direito brasileiro? Uma resposta provocativa, seria a de que em nosso país saí mais barato matar uma pessoa do que feri-la gravemente. O paradoxo surge ao analisamos os arts. 949 e 950, do Código Civil.^{37 38} Em ambos os casos, defere-se

³⁵ Com a sentença n. 1361/2014 (est. Scarano), o Tribunal de Cassação reconheceu explicitamente pela primeira vez o direito à indemnização por “danos à vida” como tal, ou pelos danos da própria morte da vítima que podem, portanto, ser transmitidos (*iure hereditatis*) para herdeiros, quaisquer que sejam, aos quais deve ser pago o equivalente. Sob este último aspecto, a referida sentença também confirmou a existência da tríade experimentada e testada constituída por preconceitos de natureza existencial, moral e biológica, ainda que não como categoria de dano a si mesmo, mas como aspectos descritivos, ainda que ontologicamente distintos (independentemente da nomenclatura utilizada), dos categoria única de dano imaterial, de acordo com as sentenças gêmeas conhecidas pelas Seções Unidas da *corte di cassazione* em 2008.

³⁶ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI: “La negazione di un credito risarcitorio della vittima, trasmissibile agli eredi, per la perdita della vita, seguita immediatamente o a brevissima distanza di tempo dalle lesioni subite, è stata ritenuta contrastante con la coscienza social e alla quale rimorderebbe che la lesione del diritto primario alla vita fosse priva di conseguenze sul piano civilistico (cass.n.1361 del2014), anche perché, secondo un'autorevole dottrina, se la vita è oggetto di un diritto che appartiene al suo titolare, nel momento in cui viene distrutta, viene in considerazione solo come bene meritevole di tutela nell'interesse dell'intera collettività”. http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2015/07/Cass.-SS.UU._danno-tanatologico-n.-15350-2015.pdf

³⁷ “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

³⁸ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros

indenização pelos danos provocados à integridade física do lesado que não morreu com o fato danoso, incluída uma pensão atribuída a ele em caso de incapacitação para o trabalho. Esta indenização não afasta eventual dano reflexo em prol de familiares e dependentes econômicos. Soa incongruente que uma lesão que ofenda a integridade corporal acarrete uma indenização, sem que nenhuma referência se faça à uma compensação nos casos extremos em que a lesão física tenha levado à morte.

Todavia, retornando ao *caput* do art. 948 do Código Civil, frisa-se na parte final: “sem excluir outras reparações”. Surge aqui uma abertura para que os tribunais possam admitir a indenização do dano-morte como um dano autônomo nos casos em que o ilícito ceifou a vida da vítima, tendo como fundamento a ofensa corporal que cessou com a morte.³⁹ A tessitura da referida norma também permite que eventual indenização alcance o dano pré-morte.

O dano-morte é um dano a um bem supremo do indivíduo, objeto de um direito absoluto e inviolável garantido primariamente pelo ordenamento jurídico, e, portanto, prescinde da consciência do lesado sobre a sua morte. Ou seja, tanto faz se o fato ilícito acarretou a morte instantaneamente, ou se a vítima sobreviveu por tempo suficiente para pressentir a inexorável chegada da morte.⁴⁰ Exatamente como delimita Menezes Cordeiro⁴¹, não faz sentido existir um direito à vida e não o dotar da competente tutela aquiliana, a ponto de se considerar que a recusa do dano-morte conduz a resultados inaceitáveis “se não houver nenhum dos familiares, não há indenização? Chegar-se ia ao

cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

³⁹ No mesmo sentido, sustenta Camila Cavalcante que “No diploma cível brasileiro, expressamente, não se percebe, a uma primeira leitura, a possibilidade de compensação pelo decesso de uma pessoa que sofre com uma conduta, omissiva, ou comissiva, a ponto de perder sua vida. Bem assim, pela compreensão atenta do *caput* artigo 948, de onde se extrai, expressamente, “sem excluir outras reparações”, a abertura à indenizabilidade do dano morte como dano autônomo devido ao de cujus, pelo seu falecimento, como um direito próprio, sem excluir a já prevista possibilidade de compensação por danos morais *in re ipsa* aos familiares do lesado falecido”. *Op.cit*, p. 16.

⁴⁰ No mesmo sentido, o Artigo 2.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei”.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português* II, Direito das obrigações, Tomo III, p. 516. Coimbra, Almedina, 2010.

absurdo de ser mais barato matar do que ferir: o agente responsável deve indenizar o lesado ferido, mas se conseguir matá-lo nada paga”.

6. O dano-morte para além da Função Compensatória da Responsabilidade civil: *Vindictory damages*

A indenização pelo dano-morte é claramente distinguível da compensação pelo dano da perda da relação destinado ao cônjuge e parentes, assim como de um dano moral "terminal ou catastrófico", ou seja, o dano que consiste no sofrimento da vítima que testemunha claramente a extinção de sua vida, quando houver prova da existência de um estado de consciência no intervalo entre o evento dano e morte, com a consequente aquisição de um pedido de indenização, transmissível aos herdeiros. Assim, o dano-morte só pode ser admitido dentro da *função compensatória* da responsabilidade civil como uma espécie de dano abstrato, isto é, uma exceção ao princípio da irreparabilidade do dano-evento e da reparabilidade exclusiva do dano-consequência, pois a morte tem como consequência o fim de tudo.

Uma forma de acomodação é a de compreender que em casos de homicídio com morte imediata, o evento fatal coincidiria com a ausência de vida. Se, portanto, o dano-evento e o dano-consequência coincidem, não se trataria mais de uma exceção ao princípio do dano-evento não reembolsável porque, estritamente falando, o dano consequencial está sendo indenizado. Na mesma linha, Mafalda Miranda Barbosa chama a atenção para o fato de que a morte em si mesma – mesmo que instantânea e não precedida por um processo de agonia e não conscientizada – configura um dano cuja repercussão jamais poderá ser aferida, senão em termos aproximados. O Dano pré-morte e o dano reflexo dos familiares são mensuráveis, contudo, o mesmo não se diga do dano existencial que se traduz na supressão da própria vida, “É que, tratando-se da lesão da vida, ela própria coincide com o dano, não sendo necessário ao contrário do que é a regra,

procurar determinar quais as repercussões negativas que a violação do direito comporta na esfera do lesado”.⁴²

Apesar do mérito do raciocínio acima exposto, precisamos avançar ainda mais. Em verdade, carecemos de uma linha argumentativa alternativa, diante da postura majoritária dos sistemas jurídicos, qual seja, a de que nos casos em que a morte ocorre no imediatismo do evento lesivo, a responsabilidade civil é ineficiente como remédio destinado ao reequilíbrio da posição patrimonial da vítima, pela ausência física de um sujeito com capacidade legal, que é *conditio sine qua non* para atrair qualquer direito ao seu "patrimônio" (incluindo o direito à compensação pela privação de sua existência). Se falta a pessoa natural, não haverá sequer uma entidade legal capaz de "consolidar" a si mesma e depois transmitir o direito à compensação por uma súbita privação da vida.⁴³

Portanto, se não quisermos raciocinar em termos de regra/exceção, parece-nos que a indenização pelo dano-morte não deva ser justificada pela função compensatória da responsabilidade civil, que se tornaria incoerente, diante da impossibilidade lógica de uma condenação pecuniária restituir a vítima falecida ao momento anterior ao ilícito.⁴⁴ Não se trata de dizer que não houve um dano, porém de se reconhecer que no paradigma reparatório, a vítima não sofreu um dano que o ordenamento justifique como compensável.

⁴² BARBOSA, Mafalda Miranda. *Considerações a propósito dos danos morais reflexos*. Cadernos de direito privado. Jan-Mar 2014, nº 45, p. 3-18.

⁴³ No Direito Português, Oliveira Ascensão considera que a compensação “nunca poderia funcionar como equivalente ou compensação para o lesado; por natureza, ele nunca poderia desfrutar desse bem. ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil Sucessões*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1989. p. 50. Antunes Varela, afirma: “embora a obrigação de indemnizar assente sobre vários pressupostos, entre os quais figura, em regra, a prática do fato ilícito, não pode esquecer-se que a indemnização é, essencialmente, reparação de um dano (de terceiro). Se e enquanto não houver dano, embora haja fato ilícito, não há obrigação de indemnizar. No caso especial da lesão ou agressão mortal, a morte é um dano que, pela própria natureza das coisas, não se verifica já na esfera jurídica do seu titular.” VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10ª ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina, 2014. p. 611

⁴⁴ Como se extrai do Art. 10:101. do PETL (*Principles of European Tort Law*) “Indenização é um pagamento em dinheiro para compensar a vítima, ou seja, para restaurá-la, tanto quanto o dinheiro possa, na posição em que se encontraria se o ilícito não fosse cometido”.

Também não nos parece que a indenização pelo dano-morte seja justificável como uma sanção punitiva, pois a pena civil requer um comportamento ultrajante por parte do infrator, enquanto o dano-morte se contenta com o ilícito, independentemente da gravidade da culpa.

Creemos que a lacuna legislativa e a própria oscilação quanto ao tema, convidam a doutrina brasileira a visitar uma diferente função da responsabilidade civil, discutida nas jurisdições da “*common law*”, e mais conhecida pelo rótulo de “*vindictory damages*”. Ao contrário da responsabilidade por “*negligence*” (*tort* primordial no mundo do *common law*), cuja essência reside no dano e em sua compensação - existem Ilícitos acionáveis *per se*, independentemente de danos, fundamentalmente ligados à reivindicação de direitos, que desempenham um papel fundamental na proteção de direitos fundamentais dos indivíduos, seja a liberdade em razão de prisões indevidas, a reputação em caso de difamação, o direito de propriedade protegido contra invasão ou direito a própria integridade psicofísica tutelado contra agressão.⁴⁵

Em outros termos, quando se indaga sobre o propósito da responsabilidade civil na Inglaterra, prevalece o “*loss model*”, pela qual o demandado será responsabilizado pela causação do dano, exceto se houver uma boa razão em contrário. Contudo, outra explicação – o “*rights model*” – consiste em que o desiderato da responsabilidade civil é o de tutelar direitos e que as pretensões daí resultantes tendem a vindicar tais direitos, sendo a indenização um meio para tanto, oferecendo uma reparação para a sua violação. Conforme este modelo, na linguagem de Robert Stevens, ao invés de objetivar uma indenização consequencial a um dano (*consequential damages*), como compensação pela perda resultante da interferência em um interesse, a função vindicatória

⁴⁵ No sistema inglês afirma-se majoritariamente que a privação da vida em si não é um dano moral reparável e, portanto, o direito de exigir indenização não é transferível aos herdeiros. No *common law* tradicional, afirma-se que a morte como resultado de um ato negligente não pode dar origem a uma indenização, no que diz respeito à própria morte, nem em favor do próprio falecido, nem em favor de outras pessoas. Assim, em *Baker v. Bolton*, de 1808 Lord Ellenborough afirma que: “the jury could only take into consideration the bruises which the plaintiff had himself sustained, and the loss of his wife’s society, and the distress of mind he had suffered on her account, from the time of the accident till the moment of her dissolution. In a civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages, as to the plaintiff’s wife, must stop with the period of her existence”. [1808] EWCC J38, [1808] EWHC KB J92, (1808) 1 Camp 493, 170 ER 1033

propõe uma indenização substitutiva (*substitutive damages*) à violação do próprio direito por parte daquele que ofendeu o demandante - quebrando o seu dever perante ele.⁴⁶

Em uma tradução aproximada, a “*indenização reivindicatória*”, não é uma condenação pecuniária que tenha como objetivo compensar danos, dissuadir ilícitos ou punir comportamentos ultrajantes. É algo diferente: trata-se de uma indenização cuja finalidade é a de reivindicar direitos que foram violados, independentemente de suas consequências. Tal como no direito romano – onde surgiu a figura da “*vindicatio*” de tutela à propriedade a despeito de qualquer prejuízo sofrido pelo seu titular -, no dano-morte a pretensão exercida contra o réu atua como um substitutivo para a violação ao direito. Isto é, ao se exigir que o autor do homicídio não apenas pague uma importância X pelos danos infringidos aos parentes do falecido (de natureza compensatória), mas que também seja condenado a uma soma y, por abreviar uma vida, a sentença se afasta do princípio da “*restitutio in integro*” e passa a exprimir o elemento moral do ordenamento jurídico.

Endossar a vindicação na responsabilidade civil não significa rejeitar a sua função compensatória. As duas funções coexistem. Todavia, *vindictory damages* atuam quando em certas circunstâncias a função primária da *tort law* se distancia da recuperação de danos por uma perda factual, passando a exprimir a reação do sistema a uma interferência ilícita diante de um interesse protegido. Como explica o mais proeminente autor no campo dos *vindictory damages*, Jason Varuhas: “Para ilícitos onde a vindicação de direitos é a função primária, a indenização é deferida pelo fato da interferência indevida sobre o interesse protegido de *per se*. Esta indenização compensa por um dano que é “normativo” por natureza, objetivamente avaliado, e deferido ao demandante independente de seu sofrimento ou qualquer impacto psicológico negativo, ou mesmo efeitos econômicos decorrentes do ilícito”.⁴⁷

⁴⁶ STEVENS, Robert. *Tort and rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007. “The award is not intended to attempt to undo the wrong but rather to make it clear to the world, or more precisely to the two parties, that the wrong was a wrong and should never have happened”.

⁴⁷ VARUHAS, Jason. *The Concept of 'Vindication' in the Law of Torts: Rights, Interests and Damages*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 34, Issue 2, Summer 2014, Pages 253–293, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqt036>

Ao contrário de indenizações por perdas materiais (*factual loss*), a indenização normativa compreende um dano construído abstratamente no mundo jurídico, sem correlação com os efeitos sentidos no mundo real. Desta maneira, a condenação sinaliza de forma tangível que o comportamento do réu foi um ilícito perante o falecido e que, ao mesmo tempo, o direito à vida não é apenas algo a ser exercido pelo “*de cujus*”, porém um direito fundamental que se afirma abstratamente contra qualquer um em sociedade e, concretamente, contra aquele ofensor que a ceifou por um ato antijurídico.⁴⁸

Enfim, surge uma excelente oportunidade de alargar as funções da responsabilidade civil, pela autonomização da finalidade de vindicação de direitos, perante a tradicional reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Até mesmo, pela própria complexidade do dano-morte, que simultaneamente apresenta aspectos existenciais e patrimoniais. Ao invés de corrigirmos as consequências do ilícito, retifica-se o próprio ato ilícito por uma indenização, a despeito do que teria acontecido se o ilícito não fosse produzido. No que tange ao dano-morte, independentemente de qualquer repercussão moral ou econômica na esfera de terceiros, o ilícito de abreviar a vida de alguém é uma violação a integridade psicofísica da própria vítima, por parte de quem intencionalmente ou não, omitiu o dever geral de cuidado, sendo a sua conduta a causa adequada para o abrupto decesso da vítima. Neste contexto a indenização pelo dano-morte transmite a importante mensagem de reforço do dever moral de preservação da vida humana.

Podemos traçar um paralelo na função vindicatória da indenização, pela simetria entre o fim e o início da vida. De forma análoga ao dano-morte, na “*wrongful conception*”, também vislumbramos fundamento para uma indenização reivindicatória.

⁴⁸ James Edelman aponta precisamente que “The conflict is between one model, historically dominant, which sees the wrong – i.e. the violation of a right – as transparent in itself, the law looking to its factual consequences in order to compensate them, and an alternative model, increasingly influential in an age saturated with the language of rights, which sees the wrong itself as the compensable injury suffered by the claimant.” In, Vindictory Damages. TC Beirne School of Law conference 'Private Law in the 21st century' Stamford Plaza Hotel, Brisbane 15 December 2015

Basta pensarmos na condenação de um médico a uma obrigação de indenizar por *mala praxis*, ou seja, a violação da *leges artis* por uma conduta negligente em processo de esterilização que acarretou gravidez e nascimento indesejado de filho. A indenização representará o reconhecimento da violação de um direito, a par de qualquer consequência negativa. A final, cogitar a vida de um filho como um dano em si ou uma fonte de danos, é uma ideia ruim e contradiz a própria intangibilidade da dignidade humana.⁴⁹

É compreensível e aceitável que os pais sejam indenizados por despesas adicionais que terão pela criação do filho. Para além do mencionado dano patrimonial, é defensável que sejam os pais compensados pelo dano da privação de sua autonomia, como oportunidade perdida de viver sua vida da maneira que se desejou e planejou. Percebam: a “perda da autonomia” não é uma perda no sentido consequencial. O nascimento de uma criança, não obstante uma fracassada tentativa de esterilização de um dos pais, não é idealmente uma consequência adversa. Portanto, uma indenização pela privação da autodeterminação dos pais atua como um substitutivo à violação ao seu direito fundamental ao planejamento familiar. Se um filho vem ao mundo por uma falha em um método anticonceptivo, proporcionando um impacto maravilhoso sobre a vida da família, subsiste o direito dos genitores à uma indenização, posto privados de sua liberdade de escolha. Se compararmos o mundo como ele é agora, com o mundo como deveria estar, ausente o ilícito, posso não estar pior, mas ainda assim posso reivindicar os meus direitos.

No julgamento da Suprema Corte da Inglaterra do caso *Rees V Darlington Memorial Hospital*, a demandante, Karina Rees, pessoa com deficiência visual gravíssima, submeteu-se à esterilização pois temia dificuldades adicionais em exercer o papel de mãe. Contudo o procedimento foi negligente e tempos depois ela teve um filho, que nasceu saudável. Na decisão que concedeu a indenização, *Lord Bingham* descreveu que a sua finalidade não se pretende compensatória pelos custos de criação de um filho indesejado, por não se tratar de um produto de um cálculo decorrente de um filho como

⁴⁹ Justamente pelo fato de que a indenização pelo dano-morte transmite a importante mensagem de reforço do dever moral de preservação da vida humana, podemos avançar ainda mais e indagar: e o dano morte do nascituro? Atualmente, a interrupção antijurídica da vida do nascituro é reconhecida como dano reflexo em favor dos progenitores, porém se a indenização pelo dano morte for reconhecida para os já nascidos, em um segundo momento a discussão fatalmente abarcará os ainda não nascidos, porém já nidados no útero.

um dano. Porém não se trataria meramente de uma indenização nominal (*nominal damages*), como uma condenação irrisória. Pelo contrário, a indenização deve proporcionar alguma medida de reconhecimento pelo ilícito à autonomia reprodutiva dos demandantes em todo o espectro de casos de gravidez indevida.⁵⁰ O mérito deste precedente foi de reconhecer que o ilícito praticado contra os pais resultou em uma condenação a uma indenização substitutiva ao direito violado por interferência indevida, ao invés de danos consequenciais por se considerar o nascimento como um “defeito”.⁵¹

7. A quantificação do dano-morte

Deve ser ponderada a específica natureza do dano sofrido para fins de quantificação, seja na valoração do sofrimento que antecede a morte (dano pré-morte), do dano reflexo dos familiares da vítima, como do dano da perda da vida. Especificamente no tocante à indenização pelo dano-morte, caso respaldada em nossos tribunais, seja na visão consequencialista da compensação de um dano, seja na alternativa de um ilícito indenizável como reação à violação de um direito, necessariamente o próximo passo será a avaliação quanto à extensão desta indenização. No dito popular, quando resolvemos um problema, sempre surge uma família de novos problemas. O debate quanto à quantificação de uma eventual indenização é tão importante quanto o próprio reconhecimento do dano morte, haja vista que se mantido o padrão nacional de condenações por valores irrisórios, na prática qualquer indenização corresponderá a uma não indenização.⁵²

⁵⁰ House of Lords, SESSION 2002-03 [2003] UKHL 52. REES V DARLINGTON MEMORIAL HOSPITAL NHS TRUST: HL 16 OCT 2003. No julgamento, Lord Millet frisou o seguinte aspecto: “I still regard the proper outcome in all these cases is to award the parents a modest conventional sum by way of general damages, not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz the right to limit the size of their family. This is an important aspect of human dignity, which is increasingly being regarded as an important human right which should be protected by law. The loss of this right is not an abstract or theoretical one”.

⁵¹ Mulligan, Andrea. *A vindicatory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction*. Legal studies. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 64.

⁵² Supremo Tribunal de Justiça – Portugal- 6/15.5T8VFR.P1.S1 – 3.11.2016: “V - A reparação do dano morte é hoje inquestionável na jurisprudência, situando-se, em regra e com algumas oscilações, entre os € 50 000,00 e € 80 000,00, indo mesmo alguns dos mais recentes arestos a €100 000,00. VI - Ponderadas a idade da vítima (52 anos) e as circunstâncias em que ocorreu o acidente (sem qualquer culpa sua), considera-se ajustada, equilibrada e adequada a indemnização de €60 000,00, a título de dano morte. VII - Essa indemnização é atribuída, em bloco, às pessoas a quem cabe, nos termos do art.º 496º, n.º 2, do Cód.

O primeiro passo consistirá em compreender que a busca pelo atendimento ao princípio da reparação integral por vezes demandará três indenizações autônomas: a) o dano moral por direito próprio de cada ente familiar; b) o dano pelo direito à vida da vítima (dano-morte); c) eventualmente, o dano pelos sofrimentos da vítima no período que mediou entre o ato ilícito e a morte.

O primeiro aspecto que precisa ser considerado no âmbito do dano-morte é que o prejuízo que dá origem à indenização foi sofrido pelo falecido e não pelos herdeiros, logo, o valor deverá ser unitário, independentemente da quantidade de herdeiros com direito à partilha. Quanto ao valor monetário, está muito claro que deverá ser bem superior ao valor fixado para a compensação de outros prejuízos extrapatrimoniais, já que a vida, como destacado, é o principal bem imaterial de que o ser humano é dotado.⁵³

Justamente por se tratar o dano morte de uma resposta a um ilícito que abrevia o ciclo vital de uma pessoa concreta, em suas circunstâncias, cada sentença alcançará um “quantum” conforme o grau de interferência ao direito à vida: com relação à vítima, fatores preponderantes serão a idade, condição de saúde, esperança de vida futura, atividade por ela desenvolvida, além de condições pessoais e familiares. Por certo, na consideração quanto à própria existência do dano-morte, inviável a sua recusa pela iminência da morte face à idade avançada da vítima, conforme uma escala de longevidade dentro da abstração da esperança média de vida de um certo país. A condição humana não pode ser reificada pela estatística. Eventualmente, se o contexto fático aponta que a vítima não era dotada de vitalidade psicofísica - por redução de capacidade de entendimento e de gestão da sua vida e de sua família – estamos no terreno da mitigação da extensão da indenização.⁵⁴

Civil, e repartida entre elas, mesmo que relativamente a alguma destas haja que operar redução, nos termos do art.º 570º, n.º 1, do Cód. Civil. VIII - A redução daí resultante deve repercutir-se na quota ou quinhão dos restantes titulares da indemnização.

⁵³ PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues, O dano morte. a existência jurídica do “pretium mortis” Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

⁵⁴ Não existe uniformidade de critérios. Segundo Diogo Leite de Campos, sendo a vida um valor absoluto e o prejuízo de sua perda igual para qualquer pessoa, o valor da indenização pelo dano morte não deve

Ademais, ao enfrentar-se o dano-morte por um viés vindicatório e não compensatório de danos, abre-se caminho para investigação da extensão da culpa do demandado na busca por um *quantum* adequado, algo que seria despiciendo em nível de pura função reparatória (art. 944, CC). Destarte, um ilícito intencional que ceifa uma vida repercutirá em uma indenização maior do que um ilícito culposos, resultante de uma negligência ou desídia, como comumente ocorre nos ilícitos de trânsito.

Em nível de políticas públicas, este debate quanto à quantificação de uma eventual indenização é tão importante quanto o próprio reconhecimento do dano morte, haja vista que se mantido o padrão nacional de condenações por valores irrisórios, na prática qualquer indenização corresponderá a uma não indenização.

A final, em um país em que as estatísticas de homicídio demonstram o desvalor da existência humana, o acolhimento de uma reivindicação de dano morte por um “arremedo monetário”, apenas confirmaria na esfera cível o “descrédito” que o mais importante dos bens jurídicos já recebe como resposta na esfera criminal.

8. Conclusão

Em seu plano eficaz, eventualmente o fato jurídico morte produzirá consequências no plano da responsabilidade aquiliana como fato ilícito danoso pluriofensivo. Familiares próximos sofrem danos reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais, sem que tais danos indiretos, impeçam a compensação *mortis causa* pela via hereditária, dos danos sofridos pelo próprio *de cujus*, seja pelo sofrimento e dor no período que mediou o ilícito e a morte, como pelo dano pela perda vida, o dano-morte.

depende da idade, condição sociocultural, estado de saúde ou de outra circunstância atinente à vítima. Op. cit, 2007, p. 135.