

Dano morte no ordenamento

Douglas Phillips Freitas

OAB/SC 18167, PROFESSOR DE DIREITO EM GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO

A evolução da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro obteve após 1988 um avanço exponencial em relação ao período anterior. Embora naquele momento histórico a doutrina já defendesse a existência do dano moral, somente após a carta magna, houve a consolidação de tal direito no sistema pátrio.

Com o decorrer dos anos, novas modalidades de dano agregaram ao rol existente, como o dano estético, mobbing ou dano existencial,¹ dano afetivo,² entre outras construções doutrinárias acompanhadas *pari passu* pela doutrina, alguns cumulados com o dano moral, outros como espécies deste, como posteriormente será abordado.

Embora a legislação civil de 2002 não tenha contemplado especificamente os referidos danos, principalmente o dano estético, que há muito foi consolidado como dano autônomo, podendo ser cumulado ao dano moral, em momento algum refutou sua aplicação ou dos demais, já que nos artigos em que cita a forma de reparação para lesão ou ofensa a saúde³, deixa ao ofendido, além das indenizações do rol do artigo, a possibilidade de buscar outros prejuízos que houve sofrido.

A postura do legislador em deixar em forma de *numerus apertus o rol das indenizações por lesão ou ofensa a saúde*,⁴ bem como nos casos de homicídio,⁵ permite a construção de tais modalidade de danos, inclusive, dependendo do caso, cumulando as reparações dispostas no artigo 948, transformando-as no mínimo que é de direito a vítima e seus familiares.

Ante tal possibilidade jurídica, faz-se mister discutir sobre uma omissão ocorrida na doutrina e jurisprudência pátria, onde um dano sofrido por diversos ofendidos não tem sido reparado, ou melhor, tem simplesmente sido deixado de lado como se não existisse, este chamado de dano morte.

A consagrada ação por danos morais decorrente da morte de um sujeito, tem indenizado ao invés da vítima (*de cujus*), seus familiares, e a doutrina e a jurisprudência, como dito, raras vezes, tem se manifestado contrário a tal fato. Tal oposição feita à postura atual não se trata na possibilidade de indenizar o luto da família, este adequado, salienta-se, mas, ao fato que atualmente não se pleiteia a indenização da perda de um direito fundamental da personalidade, a vida.

Esta lacuna pretende-se, de forma modesta, porém incisiva, ser tratada neste artigo, uma vez que há possibilidade jurídica de tal feito, haja vista o atual ordenamento jurídico brasileiro, o encaminhamento e acolhimento do dano morte em diversos países e na recente decisão do STJ, ratificando o preceito do art. 12, da lei civil, os quais permitem que os herdeiros busquem a reparação do dano sofrido pelo de cujus, em seu nome, revertendo a indenização em prol do espólio.

DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DANO MORAL (LATO SENSU)

Os direitos da personalidade, indisponíveis conforme o ditame legal,⁶ dão ao cidadão o direito à incolumidade física, psíquica, ao patrimônio, à liberdade, à integridade moral, e à vida, entre tantos outros. Na esfera civil, todos os direitos supracitados têm guarida na responsabilidade civil quando tolhidos, ou seja, quando há prejuízo ao patrimônio, há correspondente indenização por danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) e quando o prejuízo reside na esfera não patrimonial, há o dano moral (*lato sensu*) a devida compensação.

Clayton Reis leciona que a importância da proteção no caso dos danos extrapatrimoniais, reside essencialmente no reconhecimento de que, na medida em que o julgador assegura a indenização em face dos danos morais, está ao mesmo tempo valorando os bens subjetivos que integram a personalidade da vítima.⁷

Faz-se mister discutir sobre uma omissão ocorrida na doutrina e jurisprudência pátria, onde um dano sofrido por diversos ofendidos não tem sido reparado, ou melhor, tem simplesmente sido deixado de lado como se não existisse, este chamado de dano morte.

Ao longo dos anos, verificou a necessidade de dividir o dano moral e o dano estético. Embora, num primeiro momento, este não era cumulado com aquele, na seqüência houve a

necessidade de atribuir valor ao dano estético,⁸ pois no caso concreto o sujeito que tivesse sofrido (dano ao direito de incolumidade psíquica ou moral) percebia a mesma compensação aos danos morais percebidos, daquele que além deste sofrimento tivesse que carregar consigo uma deformidade física ou motora. A doutrina e, após, a jurisprudência, no intuito de adequar este descompasso, começaram a conceber a reparação pelo dano moral, decorrente do sofrimento, angústia ou dor, e o dano estético, pelo afeiamento, deformidade ou aleijão, ambos cumulados em valores próprios e com arbitramento de acordo com a gravidade e extensão de cada um.

Assim, pode-se dizer, que há um dano moral *lato sensu*, ou seja, por força de um compasso com a nomenclatura legal,⁹ onde os danos não patrimoniais são tidos como morais, ou seja, há uma nomenclatura geral para os danos extrapatrimoniais, tidos como danos morais. Neste sentido, Aguiar Dias¹⁰ leciona que o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão abstratamente considerada.¹¹

Sendo o dano moral *lato sensu* todo dano extrapatrimonial, porém, admitindo-se a possibilidade real de que há outros danos não patrimoniais cumuláveis (de acordo com o tipo), que tutelam diversos direitos, por conseqüência lógica, há o dano moral *stricto sensu*, este dividido em dano estético, dano existencial (*mobbing*), dano afetivo, dano morte, entre outros, de acordo com o respectivo direito tutelado.

DANO MORTE

O dano morte consiste no dano não patrimonial, indenizável, decorrente da perda da vida do sujeito de direito, reclamado e pago ao seu espólio.¹² A possibilidade jurídica de tal instituto reside na seguinte construção dialética: O artigo 186, da lei civil, dispõe que: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, quando a morte resulta de ato ilícito, a vítima tem direito de buscar a devida compensação por força do artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Tal responsabilização civil prevê no artigo 948, da mesma lei, que no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com 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.¹³

A expressão “sem excluir outras reparações” do texto legal acima transcrito, transforma os respectivos incisos em *numerus apertus*, ou seja, permitindo, como já dito anteriormente, na inclusão de outras compensações além daquelas.

O artigo 12 do Código Civil aduz que para reclamar perdas e danos [...] em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer outro parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, ora, os parentes passíveis de herança, como igualmente prevê o artigo 1.829 cumulado com o artigo 1.592 da mesma lei.

Esta capacidade processual dos herdeiros em postular em nome do morto em favor do espólio é adequada ao artigo 943 da lei civil, onde expõe que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, que obteve igual interpretação pelo STJ, em decisão unânime, o qual se transcreve a seguir: Ementa: Responsabilidade civil. Ação de indenização em decorrência de acidente sofrido pelo de cujus. Legitimidade ativa do espólio.

1. Dotado o espólio de capacidade processual, tem legitimidade ativa para postular em Juízo a reparação de dano sofrido pelo de cujus, direito que se transmite com a herança. 2. Recurso especial conhecido e provido. Resumo estruturado: Legitimidade ativa, Espólio, ação de indenização, dano moral, dano material, vítima, de cujus, caracterização, defesa, direito patrimonial, transmissão, herança, existência, capacidade processual. Processo: resp 343654 / sp; recurso especial 2001/0101096-8. Rel.: ministro Carlos Alberto Menezes direito. Julgamento: 06/05/2002.

Embora a nomenclatura utilizada no decisor tenha sido dano moral, trata-se do dano morte, pois ao contrário da prática jurídica que não refuta, apenas, não versa a respeito a possibilidade do referido dano decorrente de perda a chance de viver, é possível jurídica e jurisprudencialmente como acima foi exposto.

DANO MORTE NO DIREITO COMPARADO

Em diversos países, o dano morte é acolhido pela doutrina e jurisprudência, como na Argentina, Uruguai, Itália, França, Japão, Líbano, China e Portugal.¹⁴ O tribunal lusitano julgou neste sentido: 05B1612. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Neves Ribeiro. Descritores: acidente de viação – Direito à indenização - Direito à vida - Danos morais – Sucessão. nº do documento: sj200506160016127. Data do acórdão: 16/06/2005. Votação: maioria com um voto vencido. Sumário: 1. O direito à indenização por danos não patrimoniais sofridos pela vítima, antes de falecer, e o dano decorrente da sua perda do direito à vida, ambos em consequência de acidente de aviação, cabe, em conjunto, e pela precedência indicada no artigo 496º-2 do Código Civil, às pessoas que, também nesta disposição, se mencionam. [...] Neves Ribeiro Araújo Barros: Entendo seguindo Inocêncio Galvão Teles e Diogo Leite de Campos, que os danos não patrimoniais sofridos pela vítima (incluindo o dano morte) se transmitem por via hereditária aos respectivos herdeiros, legítimos conforme as disposições das leis sucessórias.¹⁵

DANO MORAL E DANO MORTE: DISTINÇÃO

Partindo da premissa em tratar do sofrimento e dor pela perda do ente querido como dano moral *stricto sensu*, onde o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual se não pode ser valorado por terceiro, afim de quantificá-lo economicamente¹⁶, o dano morte tem seu fundamento teleológico na perda da vida e não a dor¹⁷.

No caso prático, com a morte de um sujeito, seus familiares sofrem tal perda. A estes, lhe são compensado tal sofrimento por meio de uma ação de danos morais. Outrossim, não tem se vislumbrado a compensação ao sujeito por ter perdido seu direito a vida ou mesmo, pelo sofrimento antes da morte. Afinal, enquanto no primeiro o objeto é o sofrimento pela perda do ente querido, no segundo e terceiro caso, os objetos são a perda pela chance de viver e a dor durante o processo.

No tribunal português as decisões que cumulam o dano moral dos familiares da vítima (compensando a dor por ter perdido o ente querido) com o dano morte (compensando ao espólio, por perdida a chance de viver do *de jure*), são consolidadas. Abaixo, segue a transcrição de didática decisão portuguesa: 2957/03-1. Relator: SÉNIO ALVES. Descritores: Homicídio por negligência – Danos morais – Danos não patrimoniais – Direito à vida – Indenização - Montante da indenização. Data do acórdão: 23/03/2004. Votação: unanimidade. Decisão: provido parcialmente. Sumário: É adequado fixar em • 60.000 o montante indenizatório pela perda do direito à vida. Quanto aos montantes fixados na sentença recorrida a título de reparação pelos danos morais sofridos pelos demandantes com a morte do seu filho: Neste campo, salvo o devido respeito por melhor opinião, não é legítimo nem sensato procurar um montante-padrão: cada pai sente, de modo e intensidade diversos, a morte de um filho (e casos há em que, ao arrepio das leis da natureza, nem sequer a sente). [...] Verdadeiramente, nada há de mais injusto e cruel que um pai perder um filho, em tudo o que isso significa de inversão de uma lei natural. [...]. Presente o sofrimento profundo dos demandantes cíveis, que o tribunal recorrido deu como provado, nada temos a apontar aos montantes indenizatórios fixados (esc. 10.000.000\$00, isto é, • 49.879,79, para cada um) a título de ressarcimento por esse dano, sendo de manter a decisão impugnada, nessa parte. São termos em que, por tudo quanto exposto fica e ao abrigo das disposições legais citadas, acordam os juízes desta Secção Criminal em conceder parcial provimento ao recurso, reduzindo para • 60.000 (sessenta mil euros) o montante indenizatório pela perda do direito à vida de C, mantendo – em tudo o mais – a douta decisão recorrida. Custas cíveis por recorrente e recorridos, na proporção de 4/5 para aquela e 1/5 para estes. Évora, 23 de Março de 2004. Sénio Alves Pires da Graça.¹⁸

Para alguns estudiosos do direito, esta possibilidade jurídica de cumular o dano moral da família e o dano morte da vítima, pode parecer uma forma de enriquecimento sem causa ao espólio. Porém, não é o motivo deste ensaio, quando vislumbrado o caso concreto. Inclusive, igual interpretação tem o ministro Luis Fux em recente decisão, embora ainda nomine como dano moral a compensação ao espólio: deveras, cediço que nem sempre há coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, restando inequívoco que o dano moral pleiteado pela família do *de jure* constitui direito pessoal dos herdeiros, ao qual fazem jus, não por herança, mas por direito próprio, deslegitimando-se o espólio, ente despersonalizado, nomine próprio, a pleiteá-lo, posto carecer de autorização legal para substituição extraordinária dos sucessores do falecido.¹⁹

Caso 1: danos moral e estético da vítima: a um sujeito que após acidente grave, tem diversas lesões em seu corpo, sofrendo por meses num hospital, inclusive com perda de algum de seus membros, a este é pacificada a interpretação de que é possível ingressar com ação para reparação de danos materiais (decorrentes do dano patrimonial positivo ou negativo) cumulada com compensação de danos morais (decorrente de todo sofrimento) e danos estéticos (decorrente do aleijão e afeição).

Caso 2: dano moral da família: no mesmo caso acima, supondo que a vítima, no decurso do processo de convalescença, piore ou faleça por conta do sinistro que o vitimou, talvez por um coágulo ou outra enfermidade conexa ao primeiro fato, terão direito os familiares a buscar dano moral contra o ofensor por ter perdido o ente querido, posição pacificada na doutrina e jurisprudência, inclusive ratificado na legislação civil atual, em seu artigo 948, inc. I.

Caso 3: danos moral e estético da vítima – propondo ação judicial em vida: Iguamente pacificado é o fato de que se a vítima, sem ter perdido sua capacidade civil, puder constituir um advogado (ou ingressar em nome próprio no juizado especial), a fim de reparar seus danos sofridos, no que fora relatado nos casos 1 e 2, mesmo após sua morte, tal ação continuará e reverterá a indenização em prol do espólio, por simples substituição processual.²⁰

Caso 4: Dano morte (e/ou Dano moral e estético da vítima) – ação judicial proposta após a morte: Valendose do mesmo caso narrado, por força da construção dialética e corroborado pela decisão do STJ, ambos citados, é possível tal proposta judicial, através do dano morte, inclusive, cumulando esta ação com a ação proposta em favor dos familiares da vítima, conforme caso 2.²¹ Afinal, a atual legislação civil reconhece a extensão do direito da personalidade, no que tange a sua reparação, mesmo após a morte do ofendido, como já narrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, muito há o que se discutir e construir sobre o tema. Enquanto a legislação não consolidar tal fato, cabe a ator jurídico interpretar o atual sistema que permite tal construção e aplicá-lo nas lides, no intuito de buscar a maior promoção dos direitos individuais. Outrossim, são nas palavras do jurista Claudio Borges que é definida a temática deste artigo ao dizer que se uma vítima tem direito à reparação em razão de violação de sua integridade física fruto de ato culposos, não se pode admitir, até mesmo em respeito ao princípio da reparação integral, ausência deste direito quando a agressão se assoma mais violenta, decorrente da retirada do seu bem maior, que é a vida.²²

1 Conforme discute o grande jurista Clayton Reis na conferência Mobbing: Dano existencial e assédio moral, no I Congresso de Direito da Amarel, promovido pela Vox Legem, em 01 de setembro de 2006, em Tubarão.

2 Que obteve uma grande divulgação por conta da procedência da ação proposta pelo presidente nacional do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, em Minas Gerais, após a concessão da indenização ao filho pelo dano decorrente da ausência paterna.

3 Art. 949, CC.

4 Art. 949, CC.

5 Art. 948, CC.

6 Art. 11, CC.

7 REIS, Clayton. FREITAS, Douglas Phillips (org). O novo código civil: comentado por artigos. 2003. p. 106.

8 Alguns juristas têm defendido que o Dano Estético é um dano híbrido, extrapatrimonial e consequentemente moral, por não ter valor econômico o corpo, porém, devido ao tipo do dano estético e ao avanço da tecnologia e das cirurgias reparadoras, há possibilidade de se aproximar ao dano patrimonial por sua indenização ser passível de aferição econômica e reparação integral da ofensa, como deve ser, na dano patrimonial (RT 730/252).

9 A terminologia correta, entendendo ser Dano Extrapatrimonial, porém, o art. 186, CC, trata a expressão "Moral" para os referidos danos sem cunho patrimonial, e a doutrina consolidou tal expressão, por isso a opção em Dano Moral Lato Sensu e Stricto Sensu para designar a orientação deste trabalho.

10 Aguir Dias, importante jurista brasileiro, obteve uma excelente obra coordenada pelo grande jurista Eduardo de Oliveira Leite (Forense, 2006), em homenagem póstuma ao seu centenário. Na obra, além do ilustre coordenador, outros grandes nomes integram a obra por meio de artigos, como Clayton Reis e Rui Stoco.

11 Apud REIS, Clayton. FREITAS, Douglas Phillips Freitas (org). Op. Cit., p. 105.

12 FREITAS, Douglas Phillips. Dano morte e responsabilidade civil. Semana Jurídica da Faculdade IBES. Blumenau. Palestra proferida em 25 de maio de 2006.

13 Grifo nosso.

14 O português Diogo Leite de Campos em seu estudo sobre "A indenização do dano morte" B.F.D.C.-L-1974, em notas de rodapé faz referência a várias disposições de direito comparado. Também Vaz Serra "Reparação do Dano não patrimonial" BMJ n.º 83, págs.105, nota (73) referencia o Código Japonês (arts. 710º e 711º), Chinês (arts. 194º e 195º) e Libanês (Art. 134º). LUCENA, Delfim Maya de. Danos não Patrimoniais, O Dano Da Morte, Interpretação do Artigo 496º do Código Civil. Coimbra, 1985, p. 5.

15 Grifo nosso.

16 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p 39-41.

17 Sérgio Severo Apud BORGES, Claudio. FREITAS, Douglas Phillips (org). Op. Cit. p. 121

18 Grifo nosso.

19 REsp 697141 / MG ; RECURSO ESPECIAL 2004/0148300-0. Julgamento: 18/05/2006. Publicação: DJ 29.05.2006 p. 167.

20 “Embora sendo subjetivo o direito à indenização por dano moral e inerente à pessoa do ofendido, tendo este acionado seu direito com o ajuizamento da ação e vindo a falecer no curso da demanda, a substituição processual se impõe, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, pois sendo a natureza da ação patrimonial, transmite-se aos herdeiros” (Agravo de instrumento nº 70002704377, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, julgado em 9.8.01). Mesmo sentido: Apelação cível 2000.018729-1. Relator: Des. José Volpato de Souza. Data da Decisão: 29/10/2002.

21 Precedentes do STJ sobre a capacidade do espólio em pleitear ação em nome do de cujus: RESP 648191/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004; RESP 602016/SP, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 30.08.2004; RESP 470359/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 17.05.2004; AgRg no RESP 469191/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.06.2003; e RESP 343654/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 01.07.2002. 22 BORGES, Claudio. FREITAS, Douglas P. (org). Op. Cit. p. 121.