

# RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO DA MORTE

Algumas contribuições filosóficas

## *RESPONSIBILITY FOR TORTIOUS ACTS RESULTING IN DEATH*

*A few philosophical contributions*

ANDRÉ MACIEL SILVA FERREIRA<sup>1</sup>

**Resumo:** A responsabilização civil pela morte da vítima, por meio de reparação a título de danos morais, é uma realidade no cenário jurídico brasileiro. Tal responsabilização pode assumir a forma de uma reparação civil pela própria perda da vida, devida em nome próprio ao falecido, e/ou pode significar uma compensação pecuniária aos familiares, pelos reflexos danosos da morte do ente querido. Embora certamente justa, é possível levantar alguns questionamentos que têm o objetivo de compreender os fundamentos teóricos que possam embasar tal pleito. Nesses termos, o presente artigo pretende investigar a adequação da categoria jurídica do dano da morte, em especial em sua configuração como dano reflexo, em vista das posições no debate filosófico que discutem a possibilidade de entender a morte como um dano. A hipótese que se defende, após abordar as ideias levantadas por Epicuro e pelos teóricos da tese da privação, é que uma possível interpretação que assuma expressamente o caráter paradoxal da figura do dano da morte – e privilegie uma determinada forma de se interpretar a tese epicurista, em detrimento da tese da privação – pode fornecer os subsídios necessários para que a juridicidade dessa figura de dano não seja negada por aportes de caráter filosófico.

**Palavras-chave:** dano da morte; dano reflexo; Epicuro; Kierkegaard; tese da privação.

**Abstract:** The responsibility for tortious acts resulting in death, via monetary compensation, is an undeniable facet of the Brazilian legal system. This compensation can be shaped as a reparation for the loss of life, due to the dead person's own right, and/or it can mean reparation for the loved ones, in response to the fact that they lost someone they cared for. Although certainly fair, it's possible to raise a few questions regarding its theoretical foundations. The focus of the paper is to understand how the category of death-as-damages, through its formulation as an instance of direct and indirect damages, can be viewed as adequate in light of the philosophical debate regarding the badness of death. The hypothesis defended is that, after reviewing Epicurus' account of death and the deprivation account as its response, an interpretation that expressly admits the paradoxical nature of death-as-damages and supports a certain way of understanding Epicurus can provide the necessary implications so that death-as-damages, in a juridical sense, is not negated by its philosophical contributions.

**Keywords:** liability for death; indirect damages; Epicurus; Kierkegaard; deprivation account.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: : amsjj.ferreira@gmail.com.

## **1 – Introdução**

Considere os seguintes exemplos: a) sujeito X, com 75 anos de idade, falece em acidente de trânsito, com culpa do condutor do outro veículo, deixando para trás sua esposa, de 55 anos, e sua filha de 30 anos; b) sujeito Y, com 25 anos, se envolve em acidente de trânsito provocado culposamente por outro indivíduo, deixando para trás sua esposa, também de 25 anos, e sua filha de 5. Embora, de certa forma, seja inquestionável que é devida à família de ambos os sujeitos reparação pelos danos morais infringidos, algumas questões podem ser levantadas quanto aos fundamentos teóricos que embasam tal pleito.

Em primeiro lugar, a compensação a título de danos morais é devida em razão de dano acometido contra a esfera jurídica do falecido, de seus familiares, ou de todos esses sujeitos? Seria o caso, então, de conceder dupla compensação à família, uma pelos danos morais sofridos pelos sujeitos X ou Y, e outra pelos danos próprios sofridos pela esposa e filha respectivas? Existe uma terceira via para justificar qual o embasamento dessa reparação?

Em segundo lugar, tomando em consideração que nenhum outro fator será considerado no arbitramento do *quantum* devido, seria necessário considerar as idades dos sujeitos envolvidos – isso é, não igualar a compensação devida quanto à vitimação de um sujeito idoso com familiares adultos em relação à vitimação de um sujeito jovem que deixa familiares também jovens –, ou seria o caso de assumir a postura de que a vida humana, embora seja compensável por valores monetários, não é precificável e, portanto, não pode permitir que certos indivíduos recebam mais pela morte de uma pessoa do que outros?

Tais indagações se relacionam sobremaneira com um debate filosófico que ainda não se tem por encerrado: o primeiro grupo de questões assume relação direta com a afirmação, agora clássica, de Epicuro, que a morte em si não pode ser tida como um dano, por não ser algo que atinge o indivíduo, que deixa de existir no mesmo momento em que esta o alcança; já o segundo grupo de questões se relaciona com a resposta convencionalmente adotada à visão de Epicuro, ao explicar que o dano não é a morte em si, mas a privação das experiências que ela acarreta.

O debate na doutrina civilística contemporânea, no entanto, passa ao largo de tais discussões e, com o objetivo de conceder a devida reparação de maneira insuficientemente crítica, elegeu a nomenclatura de dano da morte (também denominado dano-morte) para essa situação, associando-a com a categoria dos danos reflexos.

No entanto, a delimitação dessa categoria jurídica, quando dissociada das questões de

fundo acima expostas, não é suficiente para explicar por que e para quem é devida a compensação moral. Assim, o problema do presente trabalho se resume a compreender se a categoria do dano da morte, como manifestação de dano reflexo, é adequada e coerente para explicar os fundamentos filosófico-jurídicos da compensação devida a título de danos morais nessa situação.

Para isso, será desenvolvida inicialmente uma análise da tese de Epicuro e dos demais pensadores que seguem sua tradição, culminando na apresentação da tese da privação das experiências como principal argumento utilizado para sua negação.

Em sequência, o trabalho se voltará para a análise das considerações da doutrina civilística brasileira a respeito do dano-morte e de sua relação com os danos reflexos, de forma a entender como ambos os institutos são trabalhados de forma dogmática e para demonstrar como a mera utilização das categorias jurídicas, quando desvincilhadas da reflexão filosófica, são insuficientes para conferir a adequada justificação.

Por fim, será esboçada uma teoria que explique de maneira coerente no que consiste a compensação a título de danos morais nos casos em que o evento danoso causa a morte do sujeito. A hipótese a ser defendida e demonstrada é que uma possível interpretação que assuma expressamente o caráter paradoxal da figura do dano da morte – o próprio evento que extingue a personalidade jurídica do sujeito deve permitir a sua manutenção para fins de reparação em nome próprio –, e privilegie uma determinada forma de se interpretar a tese epicurista, em detrimento da tese da privação, pode fornecer os subsídios necessários para que a juridicidade dessa figura de dano não seja negada por aportes de caráter filosófico.

## **2 – A morte como não-problema, a não-existência como dano**

A preocupação acerca do finalismo da experiência humana tem provocado intensos debates filosóficos a respeito da postura ética a ser adotada frente a essa situação. Em certo sentido, a constatação de que “a morte é algo ruim para quem morre” ou “a morte é um dano ao sujeito”, em vez de contrafática, é dotada de certa aceitabilidade no discurso social, mesmo contemporâneo. Assim, pode-se ressaltar dois posicionamentos que abordam diretamente as afirmações acima expostas, no sentido de precisar o seu conteúdo: enquanto uma primeira postura vai negar a veracidade dos enunciados, ao ressaltar a qualidade da morte como não-problema para os vivos, visto que sua ocorrência não é algo que os atinge de forma direta; uma segunda postura, em resposta direta à primeira, vai entender que a morte em si não é, de fato, um dano, sendo esse configurado nas consequências prejudiciais ao indivíduo que a sofre.

## 2.1 – “A insensibilidade é o nada para nós”<sup>2</sup> – a morte enquanto um indiferente filosófico

A preocupação com a postura a ser assumida perante a morte é tema de relevante interesse para a sociedade grega clássica, sendo possível ressaltar a influência dessa problemática na literatura épica que, por sua vez, inspira também a forma de pensar sobre o tema. Uma das marcas do herói grego é sua capacidade de assumir uma postura corajosa quando confrontado com a finitude de sua vida mortal, não a negando, mas agindo de forma compatível com o destino que lhe espera<sup>3</sup>.

Com a queda da civilização grega clássica, marcada pelo reinado de Alexandre, o Grande, o pensamento acerca da ética à morte é dotado de novos influxos, que influenciaram a formação de novas tradições helenísticas. Nesse contexto se insere a figura de Epicuro, filósofo do quarto/terceiro século a.C., que irá negar que o destino humano inexorável da morte o controla, argumentando, por sua vez, a liberdade para a escolha do caminho a ser seguido.

À procura de uma postura ética que proporcionasse tranquilidade ao espírito humano frente a todas as vicissitudes que pudesse encontrar, Epicuro propõe a máxima de que não há motivos para temer a morte:

Acostuma-te à ideia de que a morte para nós não é nada, visto que todo bem e todo mal residem nas sensações, e a morte é justamente a privação das sensações.  
[...] Então, o mais terrível de todos os males, a morte, não significa nada para nós, justamente porque, quando estamos vivos, é a morte que não está presente; ao contrário, quando a morte está presente, nós é que não estamos. A morte, portanto, não é nada, nem para os vivos, nem para os mortos, já que para aqueles ela não existe, ao passo que estes não estão mais aqui<sup>4</sup>.

Nesses termos, Epicuro parte da premissa de que a morte configura uma situação de não-existência, pois existir pressupõe a sensação de experiências e a morte é, por definição, a cessação das experiências. Assim, a estrutura da argumentação de Epicuro pode ser apresentada por meio

<sup>2</sup> LAÉRCIO, Diógenes. *Epicuro: máximas principais*. Trad. João Quartim de Moraes. São Paulo: Loyola, 2013, p. 14.

<sup>3</sup> Assim, por exemplo, é a postura de Achilles ao ser confrontado com a escolha de morrer jovem, porém reverenciado por toda a eternidade, ou de morrer com muitos anos, com sua família, porém esquecido; a escolha heroica assume a inevitabilidade da morte, que deve ser enfrentada com *andrea* (coragem) frente ao objetivo de atingir a fama plena. Assim, também, na escolha de Odisseu, que recusa a imortalidade que lhe oferece a deusa Circe, para ter a chance de viver o resto de sua vida mortal ao regressar à sua terra natal junto de sua família; a não-morte não é uma possibilidade ao homem, que em vez de a buscar, deve assumir de frente a contingência definitiva. HOMERO. *Ilíada*. Trad. Christian Werner. São Paulo: SESI-SP, 2018. HOMERO. *Odisseia*. Trad. Christian Werner. São Paulo: SESI-SP, 2014.

<sup>4</sup> EPICURO. *Carta sobre a felicidade (a Menecceu)*. Trad. Álvaro Lorenzini; Enzo Del Carratore. São Paulo: UNESP, 2002. p. 25-29.

do seguinte silogismo<sup>5</sup>:

- i) para que algo seja danoso a uma pessoa, é necessário que a pessoa possa ser afetada por ela, e
- ii) para que a pessoa possa ser afetada por algo, é necessário que ela exista; logo
- iii) a morte [morrer] não pode ser um dano ao sujeito que morreu.

A tese de Epicuro pode ser lida a partir de diversas perspectivas. Uma primeira, que parece ser a pretendida pelo filósofo em primeiro plano, é que a preocupação com a morte é ilógica, pois nunca será algo que ocorrerá aos vivos – enquanto vivo, a morte não está presente; na morte, vida não há mais. Com isso, adoção da filosofia epicurista impõe uma postura de indiferença quanto à morte, pois a morte é, em si, indiferente para os vivos, o que implica também em serenidade quanto à contingência da morte, de modo que não cause angústias indevidas<sup>6</sup>.

Uma segunda forma de interpretar a tese diz respeito à temporalidade do fenômeno morte: de certa forma, a morte não tem um momento para causar dano, pois sempre erra o alvo a qual atinge, chegando por demais tarde à pessoa viva e por demais cedo à pessoa morta.

Por fim, uma terceira forma de interpretar diz respeito à própria possibilidade de se dizer da ocorrência de um dano. Morrer, isso é, não existir, não pode ser um dano a ninguém, pois o próprio evento-morte garante que não há indivíduo a ser lesado. A morte, seria, portanto, um fenômeno que ao mesmo tempo que encerra a vida humana, encerra a possibilidade de sofrer algum dano.

O mesmo ponto central dessa tese é também atribuível a um tributário do pensamento epicurista – Lucrécio, filósofo romano do século primeiro d.C. Em seu livro *Des Rerum Natura* (Da Natureza das Coisas), apresenta o argumento conhecido como “tese da simetria”, que impõe a conclusão de que a não-existência *post mortem* (a qual a morte é uma das manifestações) não é um dano, pois também não há dano no período anterior àquele a qual o sujeito existia. Assim, se não há como se preocupar com o período anterior à existência – todos os eventos que antecederam o

<sup>5</sup> ROSENBAUM, Stephen. Epicurus and Annihilation. In: *The Philosophical Quarterly*. Volume 39, Issue 154, January 1989, Pages 81–90, DOI: 10.2307/2220353. p. 83; KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012. p. 216.

<sup>6</sup> A postura de indiferença perante a morte pela indiferença da morte perante a pessoa não é exclusiva dos epicuristas, sendo possível identificá-la também no pensamento estoico. Sêneca a apresenta como um indiferente justamente por ir além da existência do homem, estando presente apenas quando ele não mais está; ademais, apenas aquilo que pode ser controlado (evitado) é objeto de relevância para o ser humano, sendo tudo o mais indiferente. CONDÉ, Mariana Monteiro. *Considerações sobre a noção de coragem nas Epistulae Morales ad Lucilium de Sêneca*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. p. 52-55. Assim, por exemplo, nas epístolas 24 e 30, em que Sêneca afirma que a morte está temporalmente equidistante do homem a todo momento; a morte, que nunca chega ao homem, permeia cada momento de sua existência, marcando a linha entre o ser e o não-ser. SÊNECA. *Edificar-se para a morte*. Das Cartas morais a Lucílio. Seleção e Tradução Renata Cazarini de Freitas. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2016. p. 32-51.

nascimento – também não há como se preocupar com o período posterior à existência, com termo inicial na morte:

Olhe para trás e considere como todas as eras da eternidade que transcorreram antes de nosso nascimento não foram nada para nós. Aqui, então, é um espelho em que a natureza nos mostra o tempo a vir após a nossa morte. Percebe algo amedrontador nele? Percebe algo sinistro? Não aparenta ser mais pacífico que o sono mais profundo? (Tradução livre)<sup>7</sup>

Como no tempo passado nós não sentimos angústia quando o avanço das hostes Púnicas ameaçava Roma de todos os lados, quando toda a terra, afetada pelo tumulto aterrorizante da guerra, tremendo em calafrios sob os lidos dos altos céus, enquanto a raça humana estava em dúvida quanto a quem a posse da soberania da terra e do mar estava destinada; assim, quando nós não formos mais, quando corpo e alma, pelo qual a união nossa existência depende, estão divorciados, você terá a certeza de que nada terá o poder de nos afetar ou de nos causar sensações, que não existirão – nem mesmo que a terra seja confundida com o mar, e o mar com o céu. (Tradução livre)<sup>8 9</sup>

A tese de Lucrécio assume todos os caracteres da de Epicuro, porém acrescenta o ônus argumentativo a seus opositores de terem que comprovar não só que a não-existência pode conter (causar ou ser a causa de) danos, mas que isso é verdade a todos os momentos dessa não-existência, seja antes ou depois da morte.

### 2.2 – “*I would rather be living in Philadelphia*”<sup>10</sup> – a tese da privação

A partir das considerações tecidas a partir da tese epicurista e da tese da simetria, diversas formas de responder a essas indagações tomaram lugar ao longo do debate. É possível ressaltar, a

<sup>7</sup> No original: “*Look back now and consider how the bygone ages of eternity that elapsed before our birth were nothing to us. Here, then, is a mirror in which nature shows us the time to come after our death. Do you see anything fearful in it? Do you perceive anything grim? Does it not appear more peaceful than the deepest sleep?*” LUCRETIUS. *On the Nature of Things*. Trad. Martin Ferguson Smith. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 2001. p. 94.

<sup>8</sup> No original: “*As in time past we felt no distress when the advancing Punic hosts were threatening Rome on every side, when the whole earth, rocked by the terrifying tumult of war, shudderingly quaked beneath the coasts of high heaven, while the entire human race was doubtful into whose possession the sovereignty of the land and the sea was destined to fall; so, when we are no more, when body and soul, upon whose union our being depends, are divorced, you may be sure that nothing at all will have the power to affect us or awaken sensation in us, who shall not then exist—not even if the earth be confounded with the sea, and the sea with the sky.*” LUCRETIUS. *On the Nature of Things*. Trad. Martin Ferguson Smith. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 2001. p. 128-129.

<sup>9</sup> Uma versão semelhante do argumento também está presente em Cícero: “Portanto, aqueles que ainda não nasceram são miseráveis porque não são; e nós mesmo, se é para sermos miseráveis após a morte, éramos miseráveis antes de nascermos: mas eu não me lembro de ter sido miserável antes de ter nascido; e eu ficaria feliz de saber, se a sua memória for melhor, do que você se recorda de si mesmo antes de ter nascido” (Tradução livre). No original: “*Therefore, those who are not yet born are miserable because they are not; and we ourselves, if we are to be miserable after death, were miserable before we were born: but I do not remember that I was miserable before I was born; and I should be glad to know, if your memory is better, what you recollect of yourself before you were born.*” CICERO, Marcus Tullius. *Tusculan Disputations*. Trad. Charles Duke Yonge. New York: Harper & Brothers, 1877. p. 08.

<sup>10</sup> Frase atribuída ao comediante W.C. Fields, que teria dito que gostaria que ela constasse em sua lápide. KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012. p. 212.

título de exemplo, o ataque à premissa – reconhecida como “condição de existência”<sup>11</sup> – assumida tanto por Epicuro quanto por Lucrecio de que para que um sujeito S sofra um dano D, é necessário que S exista no mesmo momento que D. No entanto, é possível que o dano D seja um dano a S, contanto que S tenha em algum momento existido e que D, em qualquer configuração, seria um dano a S, dado que S estivesse vivo no momento do dano. O dano D, seria, nesses termos, perene ao sujeito S, acompanhando-o independente de sua existência<sup>12</sup>.

No entanto, a resposta à tese epicurista que o trabalho se propõe a analisar assume a noção de que a morte é um dano porque priva o sujeito daquilo que era bom enquanto vivo – tese da privação (*deprivation account*)<sup>13</sup>.

A tese da privação se baseia na noção de que existem três formas distintas pelas quais algo pode ser danoso a uma pessoa, sendo o dano, nesse sentido, entendido como lesão a algum interesse [juridicamente] digno de proteção<sup>14</sup>. O dano pode ser lesivo a um interesse *per se*, pois provoca intrinsecamente algo negativo na pessoa que o sofre, sendo a dor física e o sofrimento mental exemplos típicos – a dor ou a sensação lesiva é uma situação que é, por si mesma, ruim, e que, portanto, deve ser evitada ou não causada ao indivíduo.

A pessoa também pode ser lesada não pelo evento danoso em si, mas pelas consequências adversas que dele resultam. A situação lesiva nesse caso é apenas instrumentalmente danosa, sendo o dano de fato as circunstâncias consequentes – a demissão injusta de um emprego pode não ser um dano, mas a ausência de renda fixa que provém dessa situação e a possibilidade de não ter como se sustentar são situações intrínsecas lesivas (danosas).

Por fim, algo pode ser comparativamente lesivo, no sentido de que o dano advém de tudo aquilo que não se pode usufruir em razão do evento danoso; o paralelo, nesse ponto, com a noção econômica de “custos de oportunidade” é evidente. Os custos de oportunidade evidenciam que o

<sup>11</sup> SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 20.

<sup>12</sup> “[F]ilósofos analíticos têm apelado para redescrição retroativa (como quando um evento atual faz com que os interesses do morto enquanto estivesse vivo sempre fossem ser frustrados) ou predicação atemporal (um mundo em que algum interesse é frustrado é pior para mim, considerando todas as coisas, do que o mundo mais próximo possível em que esse interesse não tivesse sido frustrado – e isso é verdade em todos os tempos, independentemente se estou ou não vivo” (Tradução livre). No original: “[A]nalytic philosophers have appealed to retroactive redescription (as where a current event makes it the case that the interests of a dead person while they were alive were always going to be frustrated) or atemporal predication (a world in which some interest of mine is frustrated is worse for me, all things considered, than the nearest possible world in which that interest is not frustrated—and this is true at all times, regardless of whether I am alive)”. STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011, p.253-73. p. 258.

<sup>13</sup> Dentre seus defensores, destacam-se: KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012; NAGEL, Thomas. *Death*. In: *Noûs*. Vol. 4, No. 1, Feb., 1970, pp. 73-80. DOI: 10.2307/2214297; FELDMAN, Fred. *Confrontations with the Reaper*. A Philosophical Study of the Nature and Value of Death. New York, Oxford: Oxford University Press, 1992.

<sup>14</sup> KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012. p. 210-212.

real custo de uma atividade é uma junção de todos os fatores que, em razão daquela situação, o sujeito deixa de ter possibilidade de usufruir.

A partir dessas constatações, a conclusão obtida é que a morte [morrer] não é um dano no primeiro sentido, visto que não existe nada de intrinsecamente ruim em não ter experiências, e também não pode ser um dano no segundo sentido, pois não acarreta, pelo menos para a pessoa diretamente afetado (o morto), qualquer coisa intrinsecamente ruim<sup>15</sup>. A morte seria, então, comparativamente ruim, pois morrer significa não ter acesso às experiências que se teria caso o evento morte não tivesse ocorrido. Conclui, nesses termos, Fred Felman:

Minha visão, então, é que Epicuro errou ao pensar que tudo que tínhamos que provar era que nada intrinsecamente ruim acontece conosco a partir do momento em que estamos mortos. Ele pensou que seguiria que “a morte não é nada para nós”. Dada a tradicional concepção causal entre coisas intrinsecamente e extrinsecamente ruins, ele estaria certo. Mas a concepção tradicional é equivocada. Coisas podem ser extrinsecamente ruins mesmo que não causem maus intrínsecos. Privar-nos do bem intrínseco pode tornar algo extrinsecamente ruim também. E é por isso que a morte é extrinsecamente ruim. É ruim (quando é ruim) porque nos priva dos valores intrínsecos que nós teríamos aproveitado caso ela não tivesse ocorrido. (Tradução livre)<sup>16</sup>

A tese da privação não nega parte das conclusões obtidas por Epicuro. O dano não é a morte em si, nem o fato de que com ela o indivíduo deixa de existir. A morte é danosa pois sem ela o indivíduo ainda teria a possibilidade de usufruir daquilo que valorizava enquanto em vida, furtando-lhe da possibilidade de vivenciar os valores que são intrinsecamente positivos/não-negativos.

Tendo sido preparado o campo de debate filosófico sobre a qual a questão toma forma, é necessário avaliar como esta é analisada com base nas narrativas da dogmática brasileira, com ênfase no âmbito da responsabilidade civil por danos morais.

---

<sup>15</sup> “Agora eu espero que esteja óbvio que a não-existência não pode ser ruim para mim nesse primeiro sentido. Não pode ser que não-existir é intrinsecamente ruim, que vale ser evitado por si mesmo. Isso faria sentido se não-existir fosse de alguma forma, por exemplo, doloroso. Mas quando você não existe, você não tem a experiência da dor. Não há nada sobre a não-existência em si mesmo que nos faça querer evitá-la. E, de forma similar, a não-existência não é ruim para mim no segundo sentido. Não me causa experiências dolorosas consequentes, por exemplo, nem me leva a ter outros danos intrínsecos.” (Tradução livre). No original: “*Now I hope it is obvious that nonexistence can't be bad for me in our first sense. It can't be that nonexistence is intrinsically bad, worth avoiding for its own sake. That would make sense only if nonexistence was somehow, for example, painful. But when you don't exist, you have no painful experiences. There's nothing about nonexistence in and of itself that makes us want to avoid it. And similarly, nonexistence isn't bad for me in our second sense. It doesn't cause me to have pains later, for example, nor does it lead to other intrinsic bads.*” KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012. p. 212.

<sup>16</sup> No original: “*So my view is that Epicurus went wrong in thinking that all he had to prove was that nothing intrinsically bad happens to us once we are dead. He thought that it would follow that 'death is nothing to us'. Given the traditional causal conception of the connection between intrinsic and extrinsic evil, he would be right. But the traditional conception is mistaken. Things can be extrinsically bad even though they do not cause any intrinsic evil. Depriving us of intrinsic good can make something extrinsically bad as well. And that is why death is extrinsically bad. It is bad (when it is bad) because it deprives us of the intrinsic value we would have enjoyed if it had not taken place.*” FELDMAN, Fred. *Confrontations with the Reaper*. A Philosophical Study of the Nature and Value of Death. New York, Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 140.



### 3 – “*Ese tipo de indemnización ya se puede considerar clásico*”<sup>17</sup> – dano da morte e dano reflexo na experiência jurídica brasileira

A tutela dos direitos da personalidade, enquanto manifestações daquilo que constitui o que há de mais essencial para um ente e que o qualifica com as características de ser pessoa<sup>18</sup>, encontra proteção especial no ordenamento jurídico pátrio.

Assim se identifica tendo em vista a presença de dispositivos protetivos no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal/88, notadamente inciso X<sup>19</sup>, bem como de um capítulo inteiro a eles dedicados no Código Civil de 2002, dos arts. 11 a 21.

Das lesões à personalidade, das quais o dano da morte configura uma de suas instâncias (posto ser lesão que encerra a própria pessoa), a responsabilidade civil institucionalizada prevê como uma de suas consequências a necessidade de compensação pelos prejuízos causados, contanto que presentes os demais requisitos (como o nexo de causalidade e a culpa do agente, nos casos em que a responsabilidade se der de forma subjetiva).

O dano da morte, enquanto possível dano à personalidade do sujeito, pode ensejar nesses termos a responsabilização civil pela compensação dos danos morais causados. É possível visualizar também seu enquadramento na categoria dos danos existenciais, que resultam de lesões aos projetos de vida de uma pessoa, que o impedem de usufruir de forma autodeterminada da plenitude de escolhas passíveis de serem realizadas<sup>20</sup>.

A categoria dos danos existenciais, que teve sua origem no ordenamento italiano, é tida por autônoma dentre os tipos distintos de danos extrapatrimoniais, e tem como ênfase as impossibilidades ou dificuldades na fruição das capacidades, competências, pretensões e liberdades na vida de uma pessoa. O dano existencial é, nesse sentido, uma lesão que afeta de maneira profunda o próprio ser do sujeito, interferindo de maneira injusta na sua capacidade de se

17 SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, ano 3. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016. p. 205-238. p. 217.

18 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 5

19 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

20 Apesar de relevantes discussões doutrinárias acerca da classificação dos danos que ultrapassam a esfera exclusivamente patrimonial do sujeito, destaca-se a predominância da preocupação com a pessoa humana e com sua integridade enquanto sujeito detentor de direitos na ordem jurídica. Assim, seja como instância de dano extrapatrimonial, dano moral ou dano existencial, o dano da morte é categoria jurídica voltada à necessidade de responsabilizar agentes causadores de danos que configuram a morte injusta de outro sujeito de direitos. Para mais acerca das diferentes teorias de dano moral, cf. GOMES, Jordhana Maria de Vasconcellos Valadão Cardoso Costa. *Em busca do conceito de dano moral*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. p. 14-43.

autodeterminar<sup>21</sup>.

A configuração do dano-morte enquanto dano existencial adequa-se ao viés da tese da privação, uma vez que configura justamente lesão que impossibilita o sujeito de fruir plenamente de suas escolhas de vida, visto que há o encerramento injusto de sua existência.

O encerramento da vida pela morte (injusta) seria, nesses termos, causa deflagradora da responsabilidade civil, tendo como consequência a necessidade de reparar os danos morais [existenciais] causados.

Os contornos jurídicos dessa reparação por dano da morte, aos quais não há questionamentos contemporâneos quanto à sua indenizabilidade<sup>22</sup>, são tratados prioritariamente em pesquisas que cuidam da reparação extrapatrimonial por dano reflexo. Nesses casos, a morte de um sujeito geraria em seus familiares próximos um prejuízo moral, decorrente de uma lesão que não foi a ela diretamente direcionado. Nesse sentido se destaca o Art. 10:301 do *Principles of European tort Law* (PETL), que prevê que “danos não pecuniários também podem ser objeto de compensação para pessoas que tinham um relacionamento próximo com a vítima de um acidente fatal ou de grande severidade”<sup>23 24</sup>.

O dano reflexo, nessa forma, configura-se na situação triangular em que um agente prejudica diretamente um sujeito, em sua esfera de direitos, e essa lesão gera um segundo dano na

---

<sup>21</sup> A respeito da categoria dos danos existenciais, cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 110-115; NETO, Eugênio Facchini; WESENDOCK, Tula. Danos existenciais: precificando lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117-140.

<sup>22</sup> Nesses termos verifica-se tanto na doutrina civilística clássica (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12ª Ed. Atualização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 67-68; 79) quanto nos autores contemporâneos (FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil*. Responsabilidade civil. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 275-276; SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 900-901).

<sup>23</sup> No original: “*Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury*”. Em outra obra, Rafael Peteffi da Silva e Otávio Luiz Rodrigues Júnior asseveram que “se observa que nas últimas décadas a jurisprudência brasileira tem se consolidado em favor da reparação do denominado prejuízo de afeição sofrido pelas pessoas que cercam a vítima direta (falecido), de maneira que esse tipo de indenização já pode ser considerado clássico”. No original: “*se observa que en las últimas décadas la jurisprudência brasileña se ha consolidado a favor de la reparación del denominado préjudice d’affection (perjuicio de afección) sufrido por las personas cercanas a la víctima directa (fallecido), de manera que ese tipo de indemnización ya se puede considerar clásico*.” SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016. p. 205-238. p. 217.

<sup>24</sup> No direito alemão, as compensações por prejuízos reflexos no caso de morte somente se dão no âmbito patrimonial, restringindo a reparação moral aos casos em que há lesão à saúde psíquica do familiar; nesse caso, no entanto, a compensação parece não ser em virtude das consequências lesivas de um evento-morte, mas em razão de outro evento lesivo – lesão à saúde mental do envolvido. Não seria tanto caso de dano reflexo, mas de dano próprio sofrido pelo familiar afetado. REINIG, Guilherme Henrique Lima; PETTEFI DA SILVA, Rafael. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (Schockschaden) no direito civil alemão. In: *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/dano-reflexo-oupor-ricochete-e-lesao-a-saude/>. Data de acesso 14/01/2021. p. 29-30.

esfera jurídica de outra pessoa, em razão das relações de proximidades entre este e o diretamente lesado<sup>25</sup>. O dano, nesses termos, seria duplo: o prejuízo que o sujeito diretamente lesado sofre, em nome próprio, resulta na ocorrência de um segundo dano, que é independente ao primeiro, observado na esfera de titularidade daquelas pessoas que compartilham a referida situação de proximidade.

O “caso clássico”, conforme nomenclatura adotada pelos autores, consiste na reparação civil por homicídio, presente no art. 948 do Código Civil<sup>26</sup>, pelo qual a dicção “sem excluir outras reparações” seria suficiente para abarcar o dano moral próprio sofrido pelos familiares, ao qual se acresce ao dano moral sofrido pelo próprio *de cuius*<sup>27</sup>.

No direito civil brasileiro, o rol de pessoas legitimadas a receber reparação em razão de dano causado em situações *post mortem* se encontra descrito no art. 11, parágrafo único, do Código Civil<sup>28</sup>, em que se nota clara delimitação aos membros de um círculo familiar restrito, obedecendo em grande parte as normas que regulam a situação sucessória do falecido. Não fica claro, pela estrita previsão legal, a que título as pessoas legitimadas exercem tal direito à reparação, se em tutela de direito do *de cuius*, em legitimação extraordinária processual, ou se então em nome próprio, tutelando direito próprio decorrente de dano causado ao *de cuius* e, dentre estes, da ocorrência do dano-morte.

Assevera Rafael Petteffi da Silva e Aline Ávila Ferreira dos Santos que o direito civil brasileiro vem experimentando uma ampliação nas hipóteses de dano reflexo extrapatrimonial, além do caso clássico, com o objetivo de atingir a reparação civil devida às vítimas. Expõem os autores:

Nesse sentido e, principalmente, considerando a atual função da responsabilidade civil e sua maior preocupação com as vítimas dos eventos danosos, destaca-se que o direito não pode se mostrar insensível às pretensões daqueles que veem radicalmente alterado seu modo de vida, sujeitos a estados de grande angústia ou até mesmo de desespero ou, ainda, que fiquem gravemente perturbados na relação que anteriormente mantinham com o lesado<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de Justiça, Função Social do Contrato e a Indenização do Dano Reflexo ou por Ricochete. In: *Revista Sequência* (UFSC), Florianópolis, v. 63, p. 353-375, 2011. p. 354-355.

<sup>26</sup> Art. 948. 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.

<sup>27</sup> PETEFFI DA SILVA, R.; SANTOS, A. A. F. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. In: *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 12, n. 1, p. 95-129, jan./jun. 2013. p. 99.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> SILVA, Rafael Peteffi da.; SANTOS, A. A. F. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. In: *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 12, n. 1, p. 95-129, jan./jun. 2013. p. 122.

Trabalhando a diferenciação entre dano-evento (lesão a direito protegido por norma jurídica) e dano-prejuízo (consequências advindas da lesão), Silviano José Gomes Flumignan identifica dano reflexo, de forma diferente da apresentada anteriormente, na situação em que o dano-evento recai sobre uma pessoa e o dano-prejuízo recai sobre outra. Ambos os danos são resultados da mesma conduta lesiva, mas as consequências negativas que dela advém recairiam em pessoa distinta daquele cujo interesse foi violado<sup>30</sup>.

Como consequência da suposta independência e autonomia do dano reflexo, causado em conjunto ao dano que vitimou a pessoa, destaca-se a independência do *quantum* ressarcitório de ambas as reparações, de forma a inexistir identidade entre o montante recebido pela vítima inicial e pela(s) vítima(s) reflexa(s)<sup>31</sup>. Sequer haveria identidade compensatória dentre as vítimas reflexas, pois dependeria do grau de afeição destas com a vítima inicial<sup>32</sup>.

Necessário ressaltar ainda que uma possível explicação adotada para a reparabilidade pelo dano da morte é a lesão ao direito à vida, que é direito de personalidade digno de proteção e é violado nessa instância<sup>33</sup>:

O direito à indenização pela perda da vida, por ofensa biológica máxima, há de ser imputado em favor daquele que sofrera lesão ao bem juridicamente protegido, pela confiança depositada pelas pessoas ao Estado de garantia, cuja prestação jurisdicional deve ser reconhecida e preservada sob pena de flagrante nihilismo. A indenização se legítima, portanto, não como uma prestação do Estado, mas uma garantia da manutenção da vida das pessoas, pois que esta guarda é oposta ao próprio titular quando, se proíbe a prática da assistência ao suicídio, disposição do próprio corpo, v.g.

[...] Esta indenizabilidade baseia-se, neste sentido, levadas em consideração as funções do instituto da responsabilidade civil, em sanção pelo ilícito de ofensa psicossíquica máxima cometida a um bem constitucionalmente reconhecido e protegido e não lhe indenizar significa afronta, *a contrario sensu*, à sua proteção<sup>34</sup>.

Ao assumir tal postura, a compensação seria, notoriamente, devida ao próprio titular da vida que foi perdida, que não se confundiria com possíveis lesões morais que seus familiares sofreriam em razão da ausência do ente querido. Qualquer argumentação quanto à não reparabilidade do referido dano é prontamente rebatida no sentido de que o valor monetário auferido aos familiares do morto, que o adquirem por sucessão *causa mortis*, não assume a função

<sup>30</sup> FLUMIGNAN, Silviano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 200-203.

<sup>31</sup> SILVA, Rafael Peteffi da.; SANTOS, A. A. F. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. In: *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 12, n. 1, p. 95-129, jan./jun. 2013. p. 106.

<sup>32</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 297.

<sup>33</sup> Também nesses termos, CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de Direito Civil português*, Vol. II, Tomo III, Coimbra: Almedina, 2010, p. 518.

<sup>34</sup> CAVALCANTI, Camilla de Araujo. A responsabilidade civil por dano da morte: uma análise do Direito português e sua (in)aplicabilidade no Brasil. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 119-138, jul./set. 2017. p. 127.

de substituir o falecido, mas apenas de compensar, de maneira precária e nos limites do possível, a lesão subjetiva que é causada pela sua ausência<sup>35</sup>.

Ainda, interessante discussão pode ser levantada quanto às possíveis reparações por dano da morte quando o “sujeito falecido” é, no caso, um nascituro. Embora assente tanto na jurisprudência quanto na doutrina que a situação do nascituro não configura um nada jurídico, sendo um ente digno de proteção, não há conclusões definitivas no sentido de sua possibilidade de titularizar direitos<sup>36</sup> e de poder, portanto, sofrer dano moral pelo resultado morte.

A disputa em torno da questão jurídica do nascituro e da reparação (ou não) dos danos causados é marcada pela forma como se interpreta o início da personalidade. Embora o artigo 2º do Código Civil preveja que “[a] personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, o debate doutrinário se desenvolve entre a teoria concepcionista, que protege os direitos do nascituro, em especial seus direitos da personalidade, enquanto pessoa – sujeito de direitos –, desde o momento de sua concepção; e a teoria natalista, que entende que a personalidade somente se inicia com a primeira respiração, resguardando-se eventuais direitos relativos ao período de gestação<sup>37</sup>.

A partir da análise empregada pela literatura brasileira, é possível levantar algumas indagações.

Em princípio, destaca-se que a análise empregada pela civilística passa ao largo das questões de fundo teórico, notadamente, que a morte não seria um dano como os demais, mas um dano que pela sua natureza encerraria a possibilidade da ocorrência de danos. Se manifesta nesses termos Antunes Varela, conforme citado por Camilla de Araujo Cavalcanti:

[E]mbora a obrigação de indenizar assente sobre vários pressupostos, entre os quais figura, em regra, a prática do fato ilícito, não pode esquecer-se que a indenização é,

<sup>35</sup> CAVALCANTI, Camilla de Araujo. A responsabilidade civil por dano da morte: uma análise do Direito português e sua (in)aplicabilidade no Brasil. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 119-138, jul./set. 2017. p. 129-130.

<sup>36</sup> PEREIRA, Fabio Queiroz, LARA, Mariana Alves. A situação jurídica do ente por nascer: uma análise crítica em busca de coerência normativa. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 17-42, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.002. p. 39-41.

<sup>37</sup> É comum a identificação de uma terceira teoria, que adota uma espécie de meio termo entre ambas as visões, conhecida como teoria da personalidade condicionada; no entanto, não passa de uma aplicação qualificada da teoria concepcionista. A personalidade adquirida enquanto condição suspensiva entende que se resguardam os eventuais direitos ao evento futuro e incerto de nascer com vida; a personalidade adquirida por meio de condição resolutiva se subordina ao evento futuro e incerto de não nascer com vida. Em ambas as versões os direitos sempre existiram, subordinando sua eficácia a evento posterior. Para uma análise aprofundada das teorias sobre o nascituro, cf. PEREIRA, Fabio Queiroz, LARA, Mariana Alves. A situação jurídica do ente por nascer: uma análise crítica em busca de coerência normativa. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 17-42, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.002; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 40-43; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 104-118.

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. «É inadmissível, como justamente observa o Conselheiro ARALA CHAVES num dos votos de vencido, reconhecer o nascimento do direito com o facto jurídico de que deriva, para o pretense titular, incapacidade para o adquirir».<sup>38</sup>

O que Varela levanta no trecho supracitado é a necessidade, pressuposta pela teoria da responsabilidade civil, de que o dano, para ser reparado, necessita de um titular que o tenha sofrido. A titulação desse dano impõe, no entanto, que haja um sujeito que o sofra, sujeito esse que possuía uma esfera jurídica de direitos e obrigações. Essa esfera jurídica seria composta pelo conceito de personalidade, consistente, conforme o próprio Código Civil a define, na capacidade de ter direitos e deveres na ordem civil<sup>39</sup>.

Essa capacidade genérica de ser titular de direitos e obrigações, núcleo da personalidade, se extingue, no entanto, com o evento morte que, ao ocorrer, perfaz o suporte fático da norma que a encerra, conforme previsto no art. 6º do Código Civil<sup>40</sup>.

Haveria, portanto, uma incompatibilidade a ser percebida e resolvida, posto que não há como reparar um suposto dano que nega a própria condição de sua existência – existir pessoa (ter personalidade) para sofrer o dano. Se a morte extingue a personalidade, o falecido, que já não existe e não a possui mais, não poderia ser compensado por qualquer direito lesado sob sua titularidade (impossibilitando o próprio dano reflexo subsequente).

À semelhança do silogismo de Epicuro, pode-se apresentar sua versão em termos jurídicos:

- i) para a ocorrência de um dano, é necessária lesão à esfera de titularidades de um sujeito, e
- ii) a morte encerra a esfera de titularidades do sujeito; logo
- iii) a morte não é um dano reparável

Um segundo ponto a ser levantado diz respeito à justificativa empregada tanto para a caracterização do dano da morte como dano reflexo e como dano ao direito à vida.

A categoria do dano reflexo pressupõe, como demonstrado, que: i) o sujeito que morre sofre um dano que, por sua vez; ii) dá origem a um dano próprio em seus familiares. Para sustentar as teses (i) e (ii), os autores teriam que defender, mesmo que de forma implícita, que o dano reflexo

<sup>38</sup> VARELA, Antunes apud CAVALCANTI, Camilla de Araujo. A responsabilidade civil por dano da morte: uma análise do Direito português e sua (in)aplicabilidade no Brasil. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 119-138, jul./set. 2017. p. 125.

<sup>39</sup> Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

<sup>40</sup> Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte

nega a tese epicurista, e defender alguma versão da tese da privação, assumindo a noção de que a morte é, na realidade, um dano comparativo a um estado de coisas possível, tanto para o sujeito que morreu, que não pode experimentar as sensações a que teria acesso se não tivesse morrido, quanto para os familiares, que não podem experimentar a sensação de estar com a pessoa.

A única argumentação coerente nesse sentido é dada pelo dano da morte na perspectiva dos danos existenciais, posto que seria um dano comparativo ao estado possível de autodeterminação do sujeito falecido.

As demais argumentações adotadas, no entanto, assumem a visão que o dano sofrido na tese (i) é um dano intrínseco – a morte é dano *per se*, e o dano sofrido na tese (ii) é um dano comparativo (o que justificaria uma diferenciação no *quantum* compensatório entre sujeitos afetados); com isso, assumem um ônus argumentativo que a própria tese da privação não está preparada para aceitar, no sentido de que a morte em si é um dano. Tal interpretação acaba por negar, conseqüentemente, tanto a tese epicurista quanto a tese da privação.

Quanto à noção do dano ao direito à vida, destaca-se que ela também assume a posição de que a morte é um dano – um dano à vida –, afastando-se da tese epicurista e da tese da privação. No entanto, o conteúdo desse direito à vida seria justamente o conteúdo da tese da privação: a vida deve ser protegida justamente porque, sem ela, não há qualquer experiência (intrinsecamente) positiva a ser vivenciada. Ao mesmo tempo em que deseja assumir os benefícios das conclusões da tese da privação, não está preparado a abdicar da noção intrínseca da morte como dano.

Qualquer interpretação diversa do conteúdo do direito à vida teria apenas o condão de realizar sua imanentização, isso é, de proteger o direito vida enquanto significante vazio de significado. Ademais, se o conteúdo do direito à vida é imanentizado, então a vida é o valor por si a ser tutelado, independente de demais considerações. Nesses termos, parece estranho assumir que qualquer outro critério, que não o fim da vida, seja tomado em consideração no momento de quantificação do dano sofrido, o que levaria à identidade compensatória em todo e qualquer caso (afinal, a vida é em si o fundamento da proteção). Tal visão tarifada do dano moral, já anteriormente presente no ordenamento brasileiro<sup>41</sup>, parece um ônus argumentativo de difícil assunção.

Por fim, é possível ressaltar que a argumentação da simetria em Lucrécio não é suficientemente resolvida, pois embora sedimentada a reparabilidade do dano da não-existência posterior à existência – morte –, a reparabilidade pelo dano anterior à existência – nascituros – ainda caminha sobre terreno incerto.

---

<sup>41</sup> ANDRADE, Daniel de Pádua. A Quantificação do Dano Moral no STJ. Origem, Desenvolvimento e Crise do Método Bifásico. In: VIEIRA, Marcelo de Mello (Org.); LARA, Mariana Alves. *O Direito Civil nos Tribunais Superiores*. Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil. Belo Horizonte: Initia Via, 2020. p. 484-488.

Não se verifica, nesses termos, argumentação suficiente pela qual se justifique por quê danos morais seriam devidos, a título e nome próprios, pelo falecido, mas o mesmo não poderia ser aplicado em relação aos nascituros. Pelo argumento da simetria, ambos configuram situações de não-existência, a qual não se justificaria tratamento não semelhante.

#### **4 – “*That you are and death also is*”<sup>42</sup> – o paradoxo do dano da morte no pensamento de Kierkegaard**

O projeto de construção da categoria do dano da morte como uma espécie de dano reflexo – que afeta o morto e, de forma consequente, os vivos – depende, portanto, da adoção de uma compreensão filosófica que seja capaz de responder à tese epicurista<sup>43</sup>.

Nesses termos, um caminho possível talvez seja, de fato, assumir esse ônus argumentativo, negado pela própria tese da privação. Tal postura pode assumir as premissas de que: o dano causado ao morto não é um dano comparativo, mas um dano intrínseco; o dano causado aos familiares é um dano comparativo, que decorre da privação dos familiares da convivência com o falecido.

A defesa da segunda premissa parece de fácil aceitação; de fato, já está presente na argumentação jurídica apresentada anteriormente, no sentido de que o que está sendo compensado para os familiares, por direito próprio, são as consequências do evento morte. Tais consequências, nesse contexto, são a privação dos familiares das experiências que teriam caso o evento lesivo não tivesse ocorrido.

Para a primeira premissa, é necessário responder ao paradoxo tanto do ponto de vista filosófico – a morte nunca atinge o vivo – quanto do ponto de vista jurídico – o evento morte extingue a personalidade e a possibilidade de direitos titularizados. Uma saída para essa situação é não a negar, conforme a apresenta Epicuro, e nem tentar solucioná-la por meio de uma recontextualização dos elementos que contém (como tenta a tese da privação), mas a aceitar em seu caráter paradoxal.

Com efeito, Epicuro percebe a morte como um fato que não afeta as pessoas vivas, o que seria suficiente para livrá-las de qualquer preocupação e qualquer efeito direto, tal como ser por ela

---

<sup>42</sup> KIERKEGAARD, Søren. *Three Discourses on Imagined Occasions*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993. p. 75.

<sup>43</sup> Uma das possibilidades de argumentação – o dano da morte é comparativo tanto para os mortos quanto para os vivos – é obtida pela linha dos danos existenciais, como ressaltado. O recorte empregado nesse tópico busca entender se é possível justificar o entendimento adotado pelas demais visões da doutrina civilística de que a morte é, em si, um dano. Resta à linha dos danos existenciais, de qualquer forma, ser capaz de responder ao argumento silogístico de Epicuro conforme apresentado em sua versão jurídica.



lesado. No entanto, o filósofo Søren Kierkegaard, ao abordar o pensamento epicurista<sup>44</sup>, admite a morte como fim do sujeito e marca de sua não-existência, mas entende que há um paradoxo que compõe a situação, posto que a morte seria tanto um evento que encerra o homem como um evento que atinge o homem.

Partindo de uma perspectiva inicialmente voltada para a reflexão do sujeito sobre a morte enquanto uma contingência da vida humana, Kierkegaard vai demarcar duas possíveis reações: a disposição (*mood – stemming*) e a interioridade (*earnestness – alvor*)<sup>45</sup>. Enquanto a disposição se representaria em uma série de estados afetivos que apresentam a morte como um dado externo ao sujeito, a uma ideia de morte que enquanto afeta o indivíduo, é pensada para fora dele; a interioridade toma lugar na resposta que apreende a inevitabilidade da morte de frente com o indivíduo que a contempla, que recebe poder sob sua própria vida ao se confrontar com a sua própria mortalidade e à constatação de que o indivíduo que pensa sobre a morte irá morrer.

Ao assumir uma contemplação da morte com interioridade, o indivíduo consegue atingir a co-presença com seu eu morto e com sua morte, o que lhe confere poder, de forma reflexiva, a respeito do destino que lhe aguarda e das obrigações que isso lhe confere<sup>46</sup>. Assim, pensar com interioridade é uma atitude paradoxal, pois implica no pensamento de um indivíduo que existe a respeito do indivíduo enquanto não-existente que, embora temporalmente distante e impossível de ser apreendido, está presente na experiência do sujeito a partir de seu pensamento<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Kierkegaard não aborda diretamente o nome de Epicuro, apenas se referindo ao argumento feito por um “pagão” (*pagan*), que não passava de uma brincadeira (*only a jest*). KIERKEGAARD, Søren. *Three Discourses on Imagined Occasions*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993. p. 73.

<sup>45</sup> KIERKEGAARD, Søren. *Three Discourses on Imagined Occasions*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993. p. 70-76; STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011, p.253-273. p. 262-264; GUIGNON, Charles. Heidegger and Kierkegaard on Death: The Existentiell and the Existential. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011. p. 184-203. p. 188-189.

<sup>46</sup> Kierkegaard resume assim a postura da interioridade: “[i]nterioridade é que você pensa morte, e que você está pensando como sua, e que você está então fazendo aquilo que a morte é incapaz de fazer – nomeadamente, que você é e a morte também é” (Tradução livre). No original: “[e]arnestness is that you think death, and that you are thinking it as your lot, and that you are then doing what death is indeed unable to do—namely, that you are and death also is”. KIERKEGAARD, Søren. *Three Discourses on Imagined Occasions*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993. p. 75. Explicando como essa postura de interioridade pode conciliar o sujeito vivo - que pensa sobre sua morte – com o falecido, Patrick Stokes pontua que “[e]m contemplação com interioridade da minha morte, eu apreendo minha futura morte como me apresentando tarefas aqui no presente. Dessa forma eu me torno co-presente com meu eu morto. [...] Essencial para interioridade, então, é um modo de cognição auto-reflexiva, na qual eu vejo aquilo que imaginativamente contemplo como conferindo normatividade obrigacional diretamente sobre mim.” (Tradução Livre). No original: “[i]n earnest contemplation of my death, I apprehend my future death as presenting me with tasks here in the present. In this way I become co-present with my dead self. [...] Essential to earnestness, then, is a mode of self-reflexive cognition, in which I see what I imaginatively contemplate as conferring normative obligation directly upon me.” STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011, p.253-273. p. 263.

<sup>47</sup> Kierkegaard também irá fornecer uma perspectiva quanto ao argumento da simetria de Lucrécio, abordando-o não a partir do indivíduo que reflete sobre sua própria não-existência, mas dos demais que refletem sobre a não-existência

Com isso, Kierkegaard consegue aceitar e responder à tese de Epicuro no sentido de que a morte é, de fato, um evento que atinge o sujeito, pois, paradoxalmente, a morte extingue a pessoa que, no entanto, está presente quando morre. Kierkegaard é capaz de caracterizar, nesses termos, a morte “como um dano que acarreta a não existência de seu alvo precisamente no momento do evento danoso”<sup>48</sup>.

Assim se manifesta o filósofo:

Tristeza – se quiser compará-la com a morte e quer chamar tristeza de arqueiro, como a morte é – a tristeza não erra seu alvo, porque atinge o vivo, e quando o atinge, só então a tristeza começa; mas quando a flecha da morte atingiu, então de fato tudo está acabado... quando a morte sucede em sua armadilha ela de fato não atingiu nada, porque então tudo está acabado. (Tradução livre)<sup>49</sup>

Pois morrer significa que tudo acabou, mas morrer a morte significa experimentar morrer, e se isso é vivenciado por alguém por um único momento, então ele a vivencia sempre. (Tradução livre)<sup>50</sup>

Morrer, nessa visão, significa ao mesmo tempo cessar a possibilidade de ter experiências e estar experiencialmente presente no seu momento. Essa perspectiva se desprende do viés da reflexão subjetiva e pode ser vista como uma característica da morte enquanto um evento que ocorre no mundo, conforme é experimentado pelos sujeitos.

Adotando esse modo de entender as afirmações de Kierkegaard, o paradoxo da morte não é um problema a ser solucionado, adotando um ponto de vista ou de outro, mas a ser aceito enquanto realidade que o permeia.

O alcance desses reflexões não se encerra em suas conclusões filosóficas, mas pode ser transposta também para o pensamento jurídico: não é caso de se resolver a tensão entre ser-sujeito e encerrar-sujeito, mas de aceitar que o evento que extingue a personalidade jurídica – morte – e

---

do indivíduo. Na obra *Works of Love*, o filósofo vai visualizar o amor que se têm para com os mortos como a forma mais genuína de amor, por não exigir reciprocidade, comparando-o com o amor que os pais têm para com seus filhos antes do nascimento. Existiria uma equivalência entre os períodos de não-existência, que seria percebida por meio da experiência do próximo. KIERKEGAARD, Søren. *Works of Love*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 326; STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011, p.253-273. p. 260-262.

<sup>48</sup> No original: “as a harm that entails the non-existence of its subject at precisely the moment of the harm-event”. STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011, p.253-273. p. 258.

<sup>49</sup> No original: “Sorrow—if you wish to compare it to death and want to call sorrow an archer, as death is—sorrow does not miss its mark, because it hits the living, and when it has hit him, only then does the sorrow begin; but when death’s arrow has hit, then indeed it is over... when death tightens the snare it has indeed caught nothing, because then all is over”. KIERKEGAARD, Søren. *Three Discourses on Imagined Occasions*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993. p. 74.

<sup>50</sup> No original: “For to die signifies that it is all over, but to die death means to experience dying, and if this is experienced for one single moment, one thereby experiences it forever.” KIERKEGAARD, Søren. *Sickness Unto Death*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1980. p. 18.

que impossibilitaria, *prima facie*, sua reparação, também, de forma paradoxal, deve permitir que o sujeito mantenha essa personalidade e sofra, com isso, o evento danoso enquanto experiência própria.

O dano da morte é, nesses termos, o próprio dano de morrer, que está experiencialmente presente no sujeito que se torna incapaz de sofrer futuros danos em sua experiência. O dano comparativo de não ter mais experiências subjetivas não nega, dessa forma, o fato de que a morte é uma circunstância intrínseca ao sujeito, que é por ela lesado.

## 5 – Considerações conclusivas

Epicuro percebeu o caráter paradoxal que a morte assume na experiência humana: enquanto figura como principal fonte de temor e sombra presentes na vida, é, também, um evento que o libera de quaisquer preocupações e sensações futuras. Tal postura ética, no entanto, apresenta-se apenas como uma dentre as demais, e essa forma de encarar a morte e os seus efeitos na vida de uma comunidade não deve ser vista como exclusiva, recebendo o aporte das mais diversas formas plurais de viver.

Ressaltar a finalidade subjetiva da morte não equivale a transformá-la em um nada na vida do indivíduo, e em especial na vida daqueles que ficam para trás, tendo que lidar com os sentimentos de perda e luto. O objetivo das indagações filosóficas levantadas no presente trabalho não é, dessa forma, impossibilitar que a morte possua consequências jurídica, mas entender de fato formas de se fundamentar, em termos teóricos, sua reparabilidade.

A perspectiva adotada procurou entender a suficiência da categoria do dano reflexo como subsídio para a compensação pecuniária pelo dano da morte, no qual um indivíduo, ao causar a morte de outrem, deve pagar uma reparação por meio da reparação civil institucionalizada.

Procurou-se demonstrar que é possível uma dupla compensação, visto ter ocorrido dois danos distintos (premissa adotada pela categoria do dano reflexo): um dano direto ao falecido, pelo evento de sua morte, e um dano – também autônomo e independente – aos seus familiares próximos, pelas consequências danosas da morte do ente querido.

Para justificar a compensação devida diretamente aos familiares, a tese da privação apresenta respostas satisfatórias. Não só justifica a ocorrência de “consequências do evento-morte” como a reparação por essas consequências, que causam a ausência das experiências que poderiam ser experimentadas caso o evento não tivesse ocorrido. Tal visão pode, conseqüentemente, justificar também a diferenciação nos valores devidos a título compensatório, pois a privação não é idêntica a todos os sujeitos.

Por fim, quanto ao dano ao falecido, é possível assumir também a visão da privação, entendendo os danos causados em sua perspectiva existencial. Todavia, não configura a única possibilidade, pois não é necessário negar o caráter paradoxal (para não dizer contraditório) da morte em Epicuro. Ela atinge o sujeito [de direitos] que, quando é por ela atingido, deixa de ser sujeito [de direitos]. Esse permanece o suficiente para que lhe seja devida compensação em nome próprio, sendo a morte uma circunstância que lhe afeta diretamente; a flecha da morte em Kierkegaard, enquanto encerra a existência e marca a não-existência, permite a permanência (ou a co-presença) do sujeito no evento-dano.

Para permitir a reparação pelo dano da morte, não é preciso utilizar categorias retóricas como a proteção da vida, e não é preciso deixar de enfrentar as implicações filosóficas da morte como não-dano. A constatação de seu caráter paradoxal é suficiente para permitir a compensação. Adotar tal lógica de pensamento não é negar a sistematicidade do pensamento jurídico, tão adotado pelos teóricos do direito civil. Apenas demonstra que há mais nos intervalos das categorias jurídicas do que uma análise fechada pode apreender. O levantamento de questionamentos e de visões distintas é, no fundo, um dos grandes papéis da filosofia em sua interface com o direito.

### Referências bibliográficas

ANDRADE, Daniel de Pádua. A Quantificação do Dano Moral no STJ. Origem, Desenvolvimento e Crise do Método Bifásico. In: VIEIRA, Marcelo de Mello (Org.); LARA, Mariana Alves. *O Direito Civil nos Tribunais Superiores*. Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil. Belo Horizonte: Initia Via, 2020.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. A responsabilidade civil por dano da morte: uma análise do Direito português e sua (in)aplicabilidade no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 119-138, jul./set. 2017.

CICERO, Marcus Tullius. *Tusculan Disputations*. Trad. Charles Duke Yonge. New York: Harper & Brothers, 1877.

CONDÉ, Mariana Monteiro. *Considerações sobre a noção de coragem nas Epistulae Morales ad Lucilium de Sêneca*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de Direito Civil português*. Vol. II, Tomo III, Coimbra: Almedina, 2010.

EPICURO. *Carta sobre a felicidade (a Menecem)*. Trad. Álvaro Lorencini; Enzo Del Carratore. São Paulo: UNESP, 2002.

- FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil*. Responsabilidade civil. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FELDMAN, Fred. *Confrontations with the Reaper*. A Philosophical Study of the Nature and Value of Death. New York, Oxford: Oxford University Press, 1992.
- FLUMIGNAN, Silviano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 200-203.
- GOMES, Jordhana Maria de Vasconcellos Valadão Cardoso Costa. *Em busca do conceito de dano moral*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.
- GUIGNON, Charles. Heidegger and Kierkegaard on Death: The Existentiell and the Existential. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011. p. 184-203.
- HOMERO. *Iliada*. Trad. Christian Werner. São Paulo: SESI-SP, 2018.
- HOMERO. *Odisséia*. Trad. Christian Werner. São Paulo: SESI-SP, 2014.
- KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012.
- KIERKEGAARD, Søren. *Sickness Unto Death*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1980.
- KIERKEGAARD, Søren. *Three Discourses on Imagined Occasions*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1993.
- KIERKEGAARD, Søren. *Works of Love*. Trad. Howard V. Hong; Edna H. Hong. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.
- LAÉRCIO, Diógenes. *Epicuro: máximas principais*. Trad. João Quartim de Moraes. São Paulo: Loyola, 2013.
- LUCRETIUS. *On the Nature of Things*. Trad. Martin Ferguson Smith. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NAGEL, Thomas. Death. *Noûs*. Vol. 4, No. 1, Feb., 1970, pp. 73-80. DOI: 10.2307/2214297
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- NETO, Eugênio Facchini; WESENDOK, Tula. Danos existenciais: precificando lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12ª Ed. Atualização Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Fabio Queiroz, LARA, Mariana Alves. A situação jurídica do ente por nascer: uma análise crítica em busca de coerência normativa. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 17-42, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.002.

PETECCI DA SILVA, R.; SANTOS, A. A. F. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 12, n. 1, p. 95-129, jan./jun. 2013.

PETECCI DA SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 205-238. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

PETECCI DA SILVA, Rafael, RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SIVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziereiro (orgs.). *I Encontro de Internacionalização do Conpedi*. Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v. 1, p. 37-72.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; PETTECCI DA SILVA, Rafael. 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, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/dano-reflexo-oupor-ricochete-e-lesao-a-saude/>>. Data de acesso 14/01/2021.

ROSENBAUM, Stephen. Epicurus and Annihilation. *The Philosophical Quarterly*. Volume 39, Issue 154, January 1989, P. 81–90, DOI: 10.2307/2220353.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil*: contemporâneo. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SÊNECA. *Edificar-se para a morte*. Das Cartas morais a Lucílio. Seleção e Tradução Renata Cazarini de Freitas. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. In: STOKES, Patrick (Ed.); BUBEN, Adam (Ed.). *Kierkegaard and Death*. Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 2011, p. 253-73.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.