

A VIDA, A MORTE E SUA INDEMNIZAÇÃO

DIOGO LEITE DE CAMPOS

1. *O Ser Humano Despojado das suas Funções: a Vida*

Um fotógrafo introduz-se na câmara mortuária de Bismarck, contra a proibição da família deste, e obtém uma fotografia do seu cadáver. Põe-se o problema da personalidade depois da morte: tratava-se da fotografia de um ser humano?... de um objecto?... a quem pertencia? ao ser que foi (ou que é), aos seus herdeiros, aos seus parentes mais próximos? E, por contraste, o problema da vida — do ser que vai morrer — também se põe como pressuposto: o que é uma pessoa humana (o ser que nasceu para viver)?

Contudo, este caso só é o revelador da necessidade jurídica oculta, o seu interesse imediato, dirige-se a uma fotografia — não à pessoa humana que o objecto, o ter, mascara. O caso em análise denuncia mesmo um obstáculo epistemológico que se pode denominar obstáculo de interesse funcional.

O interesse sobre as funções dos seres — do ser humano — precede o interesse sobre o conhecimento destes mesmos seres.

O *homo faber* precede o homem;¹ o homem — trabalhador está juridicamente mais protegido do que o homem enquanto tal — a segurança social (como direito à saúde, às férias, à vida...) foi primeiro um direito dos trabalhadores; só hoje é um direito do homem. Este percurso é fonte constante de perturbação, por esconder o ser humano sob os seus produtos.

1 Mesmo se o homem o é por ter sido faber: "as mãos ... libertaram a boca para o serviço das palavras" (S. GREGÓRIO DE NISA, *Tratado da Criação do homem*). Vide também A. LEROI-GOURHAN, *Le gest et la parole, Technique et langage*, Paris, 1964. MARX quer que cada homem seja reconhecido pelos outros na obra que o seu trabalho produz.

A filosofia de Aristóteles também tem aqui a sua parte de responsabilidade. Propõe um método de estudo dos animais que consiste em classificá-los segundo os seus órgãos, as suas funções, os seus modos de vida. A interrogação sobre a natureza da vida é ocultada pela sua função, pelos seus sinais, pela sua plástica... como a vida e a morte de Bismarck são ocultadas ao jurista pelo problema de saber a quem pertence a fotografia, enquanto produto da sua pessoa, objectivada.

Façamos as perguntas ao ser humano, não ao *homo faber*.

Uma mulher morre atropelada por um automóvel — é o diálogo vida/morte que se vai travar. Mas... eis o marido, a filha, que aparecem, que pedem uma indemnização para o seu desgosto, para os prejuízos morais e patrimoniais que a falta da morta implica. A pessoa da morta apaga-se diante dos interesses dos que a cercam, e do seu próprio papel, da sua função social.

Tomemos uma outra pessoa, isolada, na medida em que um ser humano “corrente” o pode ser. Uma jovem é atropelada por um automóvel. Conduzida ao hospital, sofre a amputação de uma perna, e verifica-se a existência de lesões cerebrais graves. Alguns dias mais tarde, falece. Uma sobrinha — a sua única parente viva — aparece para recolher a sua herança. Encontra, nesta, direitos contra o autor do dano: despesas de hospitalização, perda de rendimentos da vítima, durante os dias que precederam à sua morte; danos não-patrimoniais (dores físicas e sofrimento moral). Vai exercê-los como direitos que pertenciam à vítima e que lhe são ora transmitidos. A sobrinha terá direitos próprios contra o autor do dano? Vivendo afastada, afectiva e economicamente da tia, não terá direitos, por não ter sofrido danos.

A pessoa da vítima, os danos que sofreu e os direitos que daqui decorrem, parecem bem isolados no campo da análise. Mas... o autor do dano queixa-se: se a vítima tivesse falecido instantaneamente, não teria havido dano a indemnizar; a sua situação económica seria melhor — enquanto a pena seria, mais ou menos, a mesma. Este raciocínio parte de um pressuposto contestável: no caso de morte imediata, a vítima não teria sofrido danos (“civis”). A morte equivaleria à ausência de danos. A vítima seria catapultada no nada... E e a perda da vida? Vida que, anteriormente ocultada pela rede social dos interesses,

pela funcionalização do homem, aparece agora dramaticamente isolada.

Tentemos descobrir o direito na oposição de interesses que acaba de surgir.

2. *O que é a Vida?*

Depois de ter perdido uma perna e uma parte das suas capacidades intelectuais e das suas funções — mesmo se tiver perdido todos os membros e todos os sentidos, mesmo em coma profundo — a vítima tinha ainda algo mais a perder, aquilo por que os seus médicos ainda lutavam: a vida. Mesmo quando o ser humano é tratado como uma máquina que se monta e desmonta, de que se pode retirar e substituir qualquer peça, a sua vida não se reduz ao conjunto composto por estas peças.²

Decomponhamos o homem com o fim de distinguir, nas profundezas, a sua vida. Reconstituamo-lo para compreender o que é a sua vida no conjunto, o que ele é.³

A noção de vida como organização e organismo está presente em LEIBNIZ: “assim qualquer corpo orgânico de um ser vivo é uma espécie de máquina divina...” cuja unidade estrutural e funcional, pressupõe a alma, a organização.⁴ A alma é informante, princípio imanente de animação, necessária, para que o corpo desempenhe as suas funções (ARISTÓTELES), mesmo se só aparece através do corpo, alimentando-se com as energias que este lhe oferece, numa unidade substancial indecomponível. A forma humana, pelas suas actividades intelectuais, é um excedente sobre a matéria. Esta “forma excedente” é o fundamento da pessoa e confere-lhe a sua transcendência.⁵ O ser organizado supõe uma energia organizadora da matéria, energia diferente da simples força motriz. O corpo orgânico não é simplesmente organizado, é auto-organizador.⁶ As modernas teorias da termodinâmica e da informação trazem novos elementos neste sentido.

2 Em direito criminal distinguem-se as ofensas corporais, da morte.

3 Não se trata, contudo, de uma antropologia, pois o homem não se reduz à sua vida.

4 *Monadologia*, 1714, p. 64.

5 S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Teológica*, 1ª, qu LXXVI C. para BERGSON, a consciência e a memória são mais ricas do que o corpo que as condiciona.

6 KANT, *Critique du jugement*, 1790, cap. 65.

A teoria da informação, aliada à biologia molecular e à genética, descreve o organismo em termos de auto-organização.⁷

O homem, oculto pela mais longínqua barreira do ser, é esta forma excedente, esta auto-organização que é a “sua razão de ser”, que “é o ser”.⁸ É, à primeira vista, esta “forma”, esta vida, humana, igual em todos os homens, que faz com que cada um, reconhecendo-se um valor infinito, se reconheça em todos os outros.⁹

É, assim, possível isolar “um” ser¹⁰ humano, um ser vivo,¹¹ ser puro e abstracto que se impõe intemporalmente como um imperativo moral não circunstancial. Imperativo que se traduz juridicamente e se objectiva positivamente no “direito” (“o mais estrito”)¹² de cada um a viver, e no dever de todos os outros de respeitar esta vida. Em virtude do princípio geral da ordem que rege todo o universo, cada homem é ordenado por natureza para viver com todos os outros homens e para formar com eles um todo social único. Jamais uma parte atinge a perfeição fora do todo. Deste modo, cada um deve respeitar os outros (S. TOMÁS DE AQUINO). Mesmo se o “eu sou” existe antes do “ele é”, o “eu sou” implica intrinsecamente uma referência à pessoa de outrem, o que constitui a coesão social e permite o estabelecimento de um projecto, através do qual o respeito de cada um é reconstituído, e sem o qual “o inferno são os outros” (SARTRE).

O direito à vida será, portanto, prévio em relação à sociedade, mas será, subsequente, reconstituído social e juridicamente. Reconstituído pelo próprio facto da formação da socie-

7 Cfr. RAYMOND RUYTER, *La cybernétique et l'origine de l'information*, Paris, 1954.

8 H. LABORIT, “À la recherche des bases bio-comportementales de ce qu'il est convenu d'appeler les “*droits de l'Homme*”, *Pour les droits de l'homme*, Mélanges en honneur de l'ADLF, p. 149 e segs.

9 O imperativo categórico de KANT — é preciso procurar a sua própria dignidade, o seu próprio valor moral, mas contribuir, ao mesmo tempo, para a felicidade dos outros — é procurado nos imperativos morais de todos os tempos, do cristianismo — ama o seu próximo como a ti mesmo (ou, antes, como o Cristo te ama) — até à moral hindu: “o que se vê simultaneamente em todos os seres e vê todos os seres em si mesmo...” (“Manusmiti”, XVI, transcrito em *Le droit d'être un homme*, Unesco).

Mesmo se cada ser humano é biologicamente único, “portador de estruturas jamais antes mortas” — L. Israel, “*Médecine et droits de l'homme*”, *Pour les droits de l'homme*, cit., p. 163 e segs.

10 Tracemos uma “cruz” sobre o “ser”...

11 Não esqueçamos, contudo, que “a vida” é feita de “vidas”.

12 LÉVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Paris.

dade. “Eu sou” precede “ele é”, mas só tem sentido em relação a este último. Mas, como a condição primeira da organização social é a ausência de violência no interior do grupo, sobretudo de violência entre as pessoas, o “ele é” pressupõe o respeito do “eu sou”. A fonte do direito é o dever.

Conseqüentemente, o direito ao respeito do ser não é (apenas) uma concessão do Estado. Qualquer norma jurídica que se lhe refira não é mais do que o *reconhecimento* de um direito (“do Direito” e de uma “ordem”).¹³

De qualquer modo, o respeito da vida só é jurídico desde o momento em que é reconhecido por uma norma jurídica. Norma que é a primeira norma social. A sociedade não pode ser sem que haja uma repartição prévia das coisas que pertencem a cada um: a primeira é a vida. Esta partilha é a ordem. O homem vê doravante institucionalizado o lugar que lhe cabe na ordem universal.

A individualidade e a sociabilidade do homem aparecem pois reconstituídas num mesmo conjunto. ARISTÓTELES afirmava que o homem não é um animal solitário; é feito para a associação com os que são naturalmente seus parentes; é um animal social; é na casa que se encontram, desde logo, os preceitos e as fontes da amizade, do Estado e da justiça.

Mas, antes de ser social, o homem é singular. Não se pode recusar humanidade ao bárbaro (ao que gagueja “bar-bar-bar”) à criança-lobo e ao homem em coma profundo.¹⁴ Excluído da sociedade, o homem mantém-se um ser humano. A personalidade não depende do estatuto social — ao contrário do que sucedia para os gregos, para quem o homem se integrava num *continuum* deus — natureza-cidade-homem.¹⁵ O cristianismo li-

13 “Non ex regula ius sumatur sed ex iuris quod est regula fiat” (PAULO, D. 50, 17, 1).

“A personalidade jurídica... é um direito inato, um facto originário”, escreve CORNU (*Droit Civil, Introduction, Les Personnes, Les biens*, 2ª ed., § 459).” ... Pertence a todo o indivíduo vivo. Advém-lhe com a vida. Fundado sobre a natureza, sobre a biologia, o direito civil responde aqui às exigências da vida: é a vida que reclama — que exige, desde que existe e enquanto dura — ser reconhecida. Forte com a sua conformidade à natureza (ao direito natural) este princípio positivo governa a aquisição e a perda da personalidade jurídica” (§ 458).

14 A vida é subordinada à matéria física.

15 Para PLATÃO, o verdadeiro bem do homem, do homem enquanto tal, seria descoberto logo que se tivesse determinado a natureza do homem, estabelecendo o seu lugar no cosmos, esta totalidade viva, estruturada, organizada, compreensível, que é a natureza.

bertou o homem da natureza (e da cidade), sem contudo o transformar em eremita.

Na natureza das coisas só existem seres individuais,¹⁶ para todas as outras realidades acidentais, o individuo é como que o centro de onde elas provêm e para o qual convergem.¹⁷ Isto é verdade, no que se refere às realidades sociais, nascidas da tendência intrínseca à natureza do homem feito para viver em sociedade.¹⁸

A vida humana é, pois, um “bem” anterior ao direito, que a ordem jurídica deve integrar. Assim o faz.¹⁹ A Constituição²⁰ e as leis ordinárias²¹ consagram, ao menos em princípio, o direito ao respeito da vida.

3. O Direito ao Respeito da Vida

O “direito” à vida será um direito? E será um direito “à” vida?

Não é um direito à vida, no sentido de um direito a uma prestação. A vida não é uma concessão da sociedade, uma prestação do Estado.²²

16 S. TOMÁS DE AQUINO, Met., 2, 74.

17 *Ibidem*.

18 Eth., I, I; Pol. I, I. A espécie humana (C. q. III, 113), o Estado (I, II, 21, 4, 3 m), a sociedade (Eth., VI, 6 (8); Eth., VI, 6, I, I, 66, 5) são fins instrumentais que não podem pretender constituir a suprema referência da vida humana.

19 Como sempre o fez. Afirmar que, pertencendo o homem ao domínio da cultura, a vida humana é, como “direito”, historicamente situada, só tem uma parte de verdade. A vida (o ser humano) foi sempre considerada como uma das bases de qualquer sociedade, sendo censurados os atentados de que fosse vítima. O que é historicamente situado é o preço, em termos de respeito da vida humana, que outras sociedades do passado e outros Estados modernos estão dispostos a pagar pelo valor da paz social. (Quando certos povos primitivos faziam sacrifícios humanos aos deuses para que estes os salvassem da destruição, davam ao sagrado o bem mais importante de que dispunham, a seguir à sobrevivência da comunidade).

A recusa da pena de morte e a garantia da vida em caso de estado de sítio (por ex., arts. 24,2 e 19,4 da Constituição portuguesa de 1976) representam um passo dado por certos Estados modernos na via da garantia completa da vida humana (no plano dos princípios...).

20 Art. 24,1 da Constituição portuguesa de 1976; e as Constituições: italiana de francesa de 1958 (em referência à declaração dos direitos do homem de 1789, art. 1), italiana (Pr. e art. 175), mexicana etc., ao mencionarem os direitos do homem como finalidade ou fundamento do Estado. Vide também o art. 3 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

21 Nomeadamente, ao punirem o assassinio e as agressões contra a vida (mesmo autorizadas pela vítima); ao consagrarem a legítima defesa; ao proibirem a ajuda ao suicídio (o que significa que a vida não é um bem disponível) etc.

22 Não é certamente uma “liberdade” que está sempre ligada à acção, seja qual for o nível da sua compreensão.

Também não se trata de um direito de uma pessoa sobre ela mesma, sobre a sua vida. SAVIGNY não admite a existência de um direito sobre si próprio, por este direito permitir ao seu titular dispor de si mesmo, e acabar por legitimar o suicídio.²³ Não se trata, portanto de um direito subjectivo, no sentido que SAVIGNY lhe atribui: um poder reconhecido ao indivíduo pelo direito objetivo, com o fim de lhe assegurar um domínio no qual a sua vontade reine independentemente de qualquer vontade estrangeira, pois a relação de direito é o domínio da vontade livre.²⁴

A vida não é o domínio da vontade livre. A exclusão de toda e qualquer vontade estranha não se faz — como, por ex., no direito de propriedade — para assegurar a fruição do titular do direito. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite. A exclusão de terceiros só se opera para assegurar a existência de um domínio onde *nenhuma* vontade é soberana.

O direito “à” vida é um direito “ao respeito” da vida perante as outras pessoas. É um direito *excludendi alios*²⁵ e só nesta medida é um direito. É um direito a exigir um comportamento negativo dos outros.²⁶ Eis o único conteúdo do direito “à” vida — expressão incorrecta,²⁷ mas que não rejeitaremos, utilizando-a a par de “direito ao respeito da vida”, por causa da dignidade que obteve em mil combates ao serviço do homem.

23 *Traité de droit romain*, 1840, I, p. 329. Não há um “direito à morte” mas, antes, o “direito de morrer”, de recusar, por ex., o prolongamento artificial da vida. E porque não, também, o “dever de morrer?”... que levaria a interdizer a procriação, através de células, de uma pessoa falecida, apesar da vontade desta.

24 SAVIGNY, *op. cit.*, I, 7, 9, 326, 327 etc. Recusando aos “direitos da personalidade o carácter de direitos subjectivos, vide M. VILLEY, *Le droit et les droits de l’homme*, Paris, 1983, e PAUL ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1983.

25 Tal como o direito de propriedade. Contudo, contrariamente a este, o direito “à” vida não se traduz por um direito “sobre” o bem protegido.

26 O direito a exigir um comportamento positivo começa a aparecer através de outros direitos económicos e sociais.

27 É, igualmente, uma expressão que pode ser perigosa, na medida em que sugere a idéia de que a vida é concedida ao exterior, distribuída pela sociedade. Nomeadamente, no plano da defesa da vida das crianças já concebidas, mas ainda não-nascidas, esta expressão viria apoiar a idéia de que é o direito que concede a personalidade. Como o direito só concederia essa personalidade a partir do nascimento, o problema do aborto não se poria como direito ao respeito da vida da criança (concebida) — já que esta vida não existiria enquanto fenómeno juridicamente relevante. O “direito” da criança concebida seria, quando muito, um “direito” a que a deixam nascer. E por-se-ia aqui o problema de saber quem seria o titular deste direito — se fossem os pais, acabaria por se negar tal direito.

Atentar contra o direito ao respeito da vida produz um dano — a morte — superior a qualquer outro no plano dos interesses da ordem jurídica.

4. O Dano da Morte: Prejuízo sem Reparação Possível?

O dano da morte é o prejuízo supremo, é a lesão de um bem superior a todos os outros.

Mas esta própria característica pode determinar a recusa da sua indemnização.

Trata-se de um dano não mensurável, na medida em que a vida não é comparável a qualquer outro bem, tendo um valor conhecido que possa constituir a sua contrapartida. Ao mesmo tempo, este dano incomensurável seria idêntico para todas as pessoas: não é possível afirmar que a vida de Pedro vale mais para este do que a vida de João para o seu titular. E, se valesse, não seria possível estabelecer diferenças quantitativas. Deste modo, o montante da indemnização seria entregue ao arbitrio do juiz, desprovido de qualquer critério directivo.

A certeza do direito estaria gravemente posta em causa.

Por outro lado, se parece discutível, nos outros danos não-patrimoniais,²⁸ a compensação das dores e dos sofrimentos morais da vítima através de somas pecuniárias destinadas a assegurar-lhe satisfação equivalente; parece ainda menos justo que a reparação pelo poder de algo tão pessoal como a vida, reverta necessariamente em benefício de outra pessoa.²⁹

Não se vê que interesses esta “indemnização” vai satisfazer. Não vai preencher uma lacuna no património do *de cuius*, como o faz a indemnização — reintegração dos danos patrimoniais. Não compensará, porque não pode, o dano não-patrimonial do *de cuius* com outras satisfações obtidas através do dinheiro, como é o caso, em geral, da indemnização dos danos não-patrimoniais.

No quadro de uma responsabilidade civil tão profundamente moldada pela estrutura dos danos patrimoniais que o próprio

28 O dano da morte será um dano não-patrimonial, qualquer que seja a concepção destes danos que se escolhe de entre os correntes na doutrina.

29 A indemnização só se pode efectivar se for admitida a sua reversão em benefício de outrem, já que o dano, pressuposto da obrigação de indemnizar, só é constatado depois da morte do titular do direito.

conceito de dano não leva em conta senão estes últimos,³⁰ as dificuldades em medir os danos não-patrimoniais e as incertezas no que se refere ao fim e à eficácia da “indemnização” são agravadas no âmbito do dano da morte.

Já que não é possível encontrar-lhe a justificação de uma compensação, triplamente impossível, do dano de morte, qual será o fundamento da indemnização?

5. *O Imperativo Ético de Indemnizar o Dano da Morte*

A lesão de um direito absoluto, como o direito ao respeito da vida, deve implicar a indemnização do dano sofrido. Não se compreende que seja precisamente a lesão do bem supremo, da vida, que está desprovida de indemnização. Tanto mais que a solução contrária constituiria um incitamento ao homicídio, às lesões capazes de provocar a morte imediata. O autor da agressão estaria em melhor situação (económicamente falando) no caso de morte imediata da vítima, do que quando a morte é diferida no tempo, ou só há lesões corporais. Na primeira hipótese, não seria obrigado a indemnizar, enquanto que nos outros casos deveria indemnizar os danos sofridos pela vítima enquanto viva. E, contudo, quando a morte é imediata a agressão é normalmente mais grave, envolvendo uma necessidade jurídica acrescida de indemnização.

Poder-se-ia opor a este discurso que a responsabilidade civil teria, então, aqui, uma função preventiva e repressiva³¹ que é

30 O dano é concebido tradicionalmente como uma diferença no património do lesado. A impossibilidade de recusar, por mais tempo, a existência de danos (nomeadamente dos danos não-patrimoniais) aos quais esta noção se não aplicava, levam a negar a possibilidade de uma definição geral (por exemplo: Baur, *Entwicklung und Reform der Schadenersatzrecht*, Berlin, 1935) e a tentativa de reunificação como a que vê no dano a lesão de um interesse subjetivo (por exemplo: CARNE-LUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926).

31 A doutrina alemã sublinha este carácter (no que respeita à indemnização dos danos morais reconhecidos pelo direito) afirmando que a medida do “Schmerzensgeld” depende da gravidade de culpa (LARENZ, *Lehrbuch der Schuldrechts*, § 69, III, in fine; *Vertrag und Unrecht*, II, 85, Buhcke, “Verschuldensgrad und Ersatzumfang”, NJW 1959, p. 1.858; LIEBERWIRTH, *Schmerzensgeld*, p. 53). O Código suíço das Obrigações (art. 43º) prevê que o valor da indemnização é determinado com relação à gravidade da culpa.

Não é, todavia, possível partir destas características para atribuir a indemnização dos danos não-patrimoniais a função de pena privada (como o pretende uma parte da doutrina: RIPERT, *Le prix de la douleur*, Dalloz, Paris, 1948; GANOT, *La réparation du préjudice moral*, Paris, 1924, p. 23 e segs.; STARCK, *Essai d'une*

típica da responsabilidade criminal. Esta seria suficiente para desencorajar os agressores eventuais e para assegurar a sua punição. O homicídio é punido pelo direito criminal mais severamente do que as simples lesões corporais; e a morte imediata, sendo em geral produzida por uma agressão eticamente mais censurável do que a que causa a morte diferida no tempo, e traduzindo uma personalidade menos adaptada aos valores jurídicos, será também sujeita a uma pena mais severa.

Pode responder-se a este raciocínio que uma parte dos homicídios é provocada por mera negligência (é o caso dos acidentes de automóveis) o que implica penas criminais leves. O reforço da indemnização levará os autores dos danos a tentar preveni-los.

Por outro lado, uma pena exclusivamente criminal justifica-se quando o facto envolve um dano exclusivamente social e não um dano privado. No caso de um homicídio, há um dano privado que deve ser indemnizado. Isto, não só na óptica do “devedor” que produziu um dano que deve parar³² mas também na perspectiva do “credor” que sofreu um dano que pretende ver indemnizado — mesmo se esta compensação é muito limitada e muito rudimentar.

A indemnização das ofensas à vida será um passo na via da jurisdicização total do bem “vida”, da sua total integração *prática* na ordem jurídica.

Esta solução viria também assegurar a prevenção e a repressão em sociedades nas quais há, em diversos domínios, um desprezo *prático* da vida humana³³ que é preciso combater através da protecção prática dessa mesma vida.

32 PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, dact., Coimbra, ps. 70, 71.

33 Para só falar de um aspecto que parece evidente aos olhos do “europeu médio” — “esqueçamos” os genocídios de todas as espécies, os assassínios políticos... e também a subordinação de protecção de vida (saúde, por ex.) às necessidades do poder (vide SAUVY, *Coût et valeur de la vie humaine*, Paris, 1977) — as estruturas jurídicas e sociais parecem insuficientes perante a criminalidade crescente.

Théorie Générale de la responsabilité civile considérée en la double fonction de garantie et de peine privée, LGDJ, Paris, 1947 etc.). A reparação é avaliada, sobretudo, segundo o dano, e pertence ao lesado. A sua finalidade indemnizatória e a estrutura reparatória que daí decorre, ultrapassam a função de sanção que se lhe pretende atribuir, só se vendo o necessário desfazamento entre o dano e a sua graduação conforme a culpa do autor do dano. Certos autores (vide, por exemplo, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I) atribuem à indemnização dos danos não-patrimoniais uma natureza mista de compensação e de pena civil. Vide supra.

Tanto mais que o direito criminal se “desprivatiza” para se “publicizar”. O aspecto de compensação que a pena teve outrora — marcado nomeadamente pelo seu carácter de compensação pecuniária e de retribuição ética — é abandonado em benefício da sua função de instrumento de restabelecimento de uma ordem social desfeita, na qual a personalidade do agente adquire um peso crescente.³⁴

A função tradicional de compensação da pena criminal³⁵ deve ser recuperada pelo direito privado ao serviço das suas finalidades específicas.

As dificuldades da indemnização — que, vista a natureza do dano, não poderá ser mais do que uma vaga compensação — não devem fazer recuar diante do falso idealismo que deixa danos sem indemnização por causa das dificuldades inerentes à avaliação dessa indemnização. Indemnização que, na circunstância histórica, permitirá uma mais completa consideração jurídica da vida, no caminho para uma maior justiça.³⁶

6. O Cálculo da Indemnização

O imperativo moral e jurídico de indemnizar o dano da morte deve ceder perante as dificuldades práticas do cálculo do montante da indemnização?

A indemnização não deve ser aferida pelo custo da vida humana para a sociedade ou para os parentes da vítima, nem pelo seu valor para a sociedade e para os que dependem da vítima.³⁷ Será aferida pelo valor da vida para a vítima enquanto ser.

O prejuízo é o mesmo para todos os homens. Afirmamo-lo e justificamo-lo.³⁸ A indemnização deve ser a mesma para todos.

A indemnização deve ser medida por dois parâmetros: pela consideração de que a morte é o prejuízo supremo, envolvendo a

34 A ponto de ser legítima a pergunta sobre se esta evolução (aliás em vias de ser revista no pensamento jurídico e na prática de múltiplos países) não levaria à imunidade do criminoso ocasional ou arrependido.

35 E também, porque não, o seu papel preventivo e repressivo.

36 A indemnização do dano da morte recebe a adesão da doutrina e da jurisprudência portuguesas. Vide DIOGO LEITE DE CAMPOS, A indemnização do dano da morte, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1974 e nota 30.

37 Sobre estas noções vide SAUVY, ob. cit.

38 *Supra*.

desaparição do homem; pela finalidade (uma das finalidades...) desta reparação: não deixar o agressor numa situação patrimonial melhor do que a que teria se não fora a morte da vítima.

A destruição do "bem" vida envolve a destruição de todos os outros "bens" da personalidade: o ser humano não fruirá mais dos prazeres dos sentidos, da razão, do movimento, dos sentimentos. A morte é um dano único que absorve todos os outros prejuízos não-patrimoniais. O montante da sua indemnização deve ser, pois, superior à soma dos montantes de todos os outros danos imagináveis. Este montante revelará praticamente que a morte é o dano supremo, superior a todos os outros. E o agressor estará numa situação pior do que se não tivesse cometido o homicídio.

Uma vez estabelecido o critério de fixação do montante da indemnização é preciso enunciar directrizes mais concretas.

A análise da jurisprudência permitirá fixar o montante médio da indemnização que é (ou que seria) concedida no caso de invalidez total (perda do movimento, dos sentidos etc., mas capacidade de compreender o seu estado... e de sofrer com isso).³⁹ A indemnização do dano da morte deve ser fixada sistematicamente a um nível superior — pois a morte é um dano acrescido e isto tem de ser feito sentir economicamente ao culpado.

Não pensamos que no quadro destas directivas o cálculo da indemnização do dano da morte ponha problemas práticos, superiores aos que são levantados pela indemnização dos outros danos não-patrimoniais.

7. O Enquadramento Técnico da Indemnização

Uma vez justificada, sob o ponto de vista da justiça, a indemnização do dano da morte, e demonstrada a "praticabilidade" da indemnização (pressuposto da sua aceitação de princípio pelos "práticos" do direito) é preciso legitimá-la nos quadros da técnica jurídica — condição do seu acolhimento pelos "técnicos" do direito.

³⁹ Trata-se aqui de indemnização do ser e não de ter. Os danos que se devem levar em conta para o cálculo são os danos não-patrimoniais. Os danos patrimoniais supõem a existência "actual" de uma vida.

A pretensão do reconhecimento de um direito de indemnização pela ofensa do direito à vida, opôs-se o obstáculo seguinte: como pode a vítima adquirir um direito de indemnização pelo dano da própria morte, se, com esta, a sua personalidade jurídica desaparece? O direito que se pretende ser adquirido pela vítima, só o pode ter sido depois da sua morte (pressuposto do direito à indemnização), momento no qual ela já não tem a personalidade jurídica necessária para adquirir direitos.⁴⁰ Se a vítima não adquiriu o direito, este não pode transmitir-se (*mortis causa*). Transmissão que constitui o destino inevitável de um direito que só aparece depois da morte do seu titular, para se transmitir imediatamente a outrem.

Este obstáculo, que parece impressionante numa primeira abordagem do problema, influenciou o tratamento jurídico do conjunto do problema. Não duvidamos que tenha desencorajado os legisladores de prever expressamente a obrigação de indemnizar a violação do direito à vida, e os autores e os tribunais de impô-la na ausência de um texto. Contudo, pensamos que é possível utilizar os instrumentos técnicos existentes para fazer compreender que alguém, ainda em vida, adquire um direito decorrente do facto da sua morte.⁴¹

40 Já se sustentou que o direito de indemnização é adquirido pela vítima no momento da sua morte. A vítima falece pelo facto que dá origem ao seu crédito, este último nascendo com ela ainda viva (H. L. MAZEAUD e A. TUNC, ob cit., nº 1.912). Contudo, o momento da morte está já fora da vida (vide CARIOTA FERRARA, "Il momento della morte è fuori della vita", Riv. Dir. Civ., 1961, I, p. 136): não se pode ser e não ser. A perda da personalidade não pode envolver simultaneamente e ipso facto, o último acto dessa mesma personalidade (DIOGO LEITE DE CAMPOS, ob. cit., ps. 47, 48). Uma unidade de tempo não pode ser decomposta. Mesmo se o tempo não for, como pretendia LEIBNIZ, a ordem dos acontecimentos sucessivos, é uma ordem de acontecimentos ("o passado que se dilata ao avançar", BERGSON). "Se a morte está lá, já não sou. Se sou, ela não está lá" (EPICURO).

41 Os terceiros, ligados à vítima por laços económicos e morais, têm direito à indemnização, pelos danos que eles próprios sofreram, pelo facto da morte da vítima. Mas não vemos razão para que terceiros sejam os titulares do direito à indemnização pelo dano da morte (... sofrido pela vítima).

42 A doutrina sustenta, por vezes, que os herdeiros continuam a pessoa do de cujus nos seus aspectos patrimoniais e não-patrimoniais, entre os quais está o direito de exigir indemnização pelos danos não-patrimoniais suportados pelo de cujus (H. L. MAZEAUD e A. TUNC, *Traité*, cit., nº 1.912), o de defender a memória do falecido contra a difamação e de assegurar, depois da sua morte, o cumprimento da sua vontade estranha do uso estrito da fortuna (P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, 1969, esp. p. 4º e 143; P. KAYSER, "Les droits de la personnalité, Aspects Théoriques et pratiques", RTDC, LXIX, nº 39; AUBRY e RAD, *Droit Civil*

Depois do facto, há um dano que não é ainda a morte. É, contudo, um dano que conduzirá virtualmente à morte — dentro de dias ou de centésimos de segundo — contendo a morte em potência, sendo como que uma antecipação desta.⁴²

Haveria, conseqüentemente, a partir do facto, um direito à indemnização pelo dano da morte, direito sujeito, todavia, à condição suspensiva da verificação da morte.

A ordem jurídica (doutrina e jurisprudência) aceita a indemnização de danos futuros, de danos ainda não produzidos.⁴³ Haveria um direito de indemnização, cujo conteúdo ainda não estaria determinado. Direito que se transmitiria aos herdeiros do seu titular, depois do falecimento deste. Nesta medida, o dano será sempre pressuposto da responsabilidade civil.

Para os que não vêem outra possibilidade senão a “concepção” do direito de indemnização, depois da morte do titular do direito lesado, há outro meio de ultrapassar a aparente impossibilidade lógico-jurídica de resolver o problema.

Entre a concepção e a morte, o ser humano é uma pessoa jurídica, por o direito se limitar a “adoptar” a realidade biológica,⁴⁴ integrando-a no mundo da cultura.

42 Supúnhamos que alguém tomou um veneno contra o qual não há antídoto.

43 Vide A. WEILL e F. TERRÉ, *Droit Civil, Les obligations*, 4ª ed., 1986, nº 601.

44 A concepção tradicional sobre o começo da personalidade — pessoa é todo o ser humano), nascido vivo e viável — está dominado pela concepção aristotélica da alma vegetativa ou nutritiva, faculdade de crescimento e de reprodução; da alma animal ou sensitiva, faculdade de sentir, de desejar e de se mover; e da alma razoável ou pensante, faculdade de humanidade — esta sendo adquirida no momento do nascimento.

Esta concepção pré-científica — ou, pelo menos, pré-“ecográfica” — fundada na ignorância da vida pré-natal (o ser que nascia era precedido de um mistério que fazia recear os monstros e os lobishomens...) é desmantelada pela ciência contem-

françaís, 6ª ed., IX, por ESMEIN, § 582 seps.). Contudo, em todos estes casos, especialmente no que se refere à indemnização do dano da morte, os herdeiros só exercem direitos que adquiriram do *de cuius*. A doutrina enunciada cria uma figura inadaptada à realidade e estranha às vias da dogmática: uma aquisição originária, mas que depende, na sua existência e na sua extensão, de um dano sofrido por outros.

Os autores que pretendem que os terceiros adquiriram um direito próprio e originário à indemnização, querem tornear o obstáculo representado pela impossibilidade aparente em que a vítima se encontra de adquirir o direito. Pensamos poder eliminar este obstáculo, por outras vias. De qualquer modo, a doutrina que rejeitamos levaria a que um filho, deserdado por ter atentado contra a vontade do pai, pudesse receber, por direito próprio, a indemnização pela morte do pai, provocada por outrem...

Querirá isto dizer que, antes da concepção e depois da morte, não há nada, para a natureza e para a cultura? Antes da concepção, há o amor entre os pais, e células, contendo um código, que vão dar lugar a um ser humano. Há também a necessidade de proteger uma pessoa futura, de garantir que o processo da sua formação não lhe provocará danos.⁴⁵ A pessoa futura projectará, para o período de antes da concepção, os seus direitos, para se proteger.

A exemplo da personalidade jurídica que será, que exige uma protecção jurídica antes da morte, a personalidade jurídica que foi exige defesa para além da morte.

A morte não é um facto bruto, um fenómeno puramente biológico. A biografia humana prolonga-se para além da morte. A morte humana não é a morte biológica. É precisamente a morte que revela que o homem não é prisioneiro do espaço-tempo, separando-o do seu pespojo corporal, única parte submetida ao tempo. A morte é a observância de um rito de despojamento do "eu" enquanto "ter". O homem, compreendido através das suas

45 Será proibido, por ex., proceder a manipulações genéticas que possam ser prejudiciais para o futuro ser.

porânea que sabe que a criança concebida é um ser humano (capaz de sensações e de sentimentos) e que o nascimento não é um começo, mas um passo.

Contudo, e na ausência de uma reflexão jurídica radical sobre este problema, a máxima tradicional é freqüentes vezes utilizada exegeticamente ao serviço do "Thanatos" e da moral do prazer imediato, oposta à moral do bem do grupo, do desejo profundo de geração espontânea (sem fase embrionária) conducente à sobrevalorização da vida como uma dominação.

A destruição do pai é apoiada sobre a ignorância da vida pré-natal posta à disposição da mãe — ou dos pais ("que ainda o não são").

O problema da vida desaparece — o "demoníaco" Kirkegaardiano recusando responder, negando o bem fundado do problema que lhe é posto.

Desde o momento da concepção há uma pessoa cujo primeiro direito é o de exigir o respeito da sua vida, direito dirigido contra todos, nomeadamente contra os seus pais. Direito que, embora só possa ser exercido pelos seus representantes, não é menos um direito próprio da criança; e que não se confunde, por exemplo, com o direito da mãe de exigir uma indemnização pelos danos que ela mesma sofreu pelo facto da agressão contra a criança.

As "normas" contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade do nascimento, estão, portanto, "naturalmente" gastas e ultrapassadas (sobre este fenómeno, vide F. TERRÉ, "La crise de la loi", A Ph D, 1980, p. 67 e segs. e G. BURDEAU, "Le dépassement de la loi", A Ph D, 1963, p. 35 e segs.). É, pois, necessário "acabar" com o nascimento.

funções, desaparece no momento da morte. Mas, se for levado em conta o “ser” e não o “ter”, a vida é também a morte.⁴⁶

A morte definitiva é uma idéa recente do racionalismo pessimista. O apagamento brutal e definitivo, no momento da morte, de todos os interesses subjacentes à personalidade jurídica, e a extinção de todos os direitos correlativos, representará um fenómeno contrário aos meandros da natureza e da cultura⁴⁷ e que prejudica os interesses protegidos pelos direitos da personalidade.

A flecha do tempo conduz a violência da causalidade a produzir efeitos *post mortem*.

A doutrina, os tribunais e as leis dão conta da permanência, depois da morte, de um certo número de interesses e dos direitos respectivos⁴⁸ — direito à imagem, direito ao nome, direito à obra científica e literária etc. Direitos que serão exercidos pelos parentes ou os herdeiros do falecido, em nome deste.⁴⁹ Do mesmo modo que a indemnização recebida o é *mortis causa*.

Segundo este raciocínio, pensamos que o direito de indemnização pelo dano da morte é adquirido pelo *de cuius*, depois da sua morte.

A defesa da personalidade jurídica exige uma viva defesa do direito à vida. Esta protecção envolve a obrigação de indemnizar a sua lesão. O direito correspondente deverá ser, na ordem natural das coisas, adquirido pelo próprio lesado. E por que não

46 “Abandona de boa vontade os membros doravante inúteis, diz adeus a este corpo... eis que nasce o dia em que calrão os véus, em que serás tirado da tua imunda e infecta morada” (M. HACLAR, *The Stoic Philosophy of Sêneca*, carta 102).

47 Paraphraseando KANT diríamos que “se nada existisse não haveria igualmente nada que aparecesse” (*Crítica da razão pura*, 2ª ed., Introdução). A idéa do nada, oposta à de existência, é uma pseudo-idéia (BERGSON). O acto do vivo em relação ao morto refere-se a uma realidade. O morto é um sujeito (lógico) real e determinado. Mesmo se não o é um acto e potência, “é”-o em “esgotamento”. Não “é”, mas continua, como “era”, pois a morte não acrescenta nada.

48 Os homens falecidos são titulares de direitos: o direito à sepultura e à sua protecção; o direito de decidir do destino do seu cadáver (Vide CORNU, ob. cit., nº 28). A vontade do defunto produzirá efeitos depois da morte. O testamento é um exemplo disso (A. WELL e F. TERRÉ, *Droit Civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, 6ª ed., nº 9). O legislador português (art. 71, 1, do Código Civil) determina que os direitos da personalidade são protegidos depois da morte do seu titular tendo legitimidade para pedir a sua protecção, o cônjuge e qualquer descendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido (nº 2).

49 Os herdeiros e os parentes do falecido não defendem um interesse próprio (o que é evidente, por exemplo, tratando-se da defesa de um nome que não é usado pelo que o defende), mas sim um interesse do defunto.

depois da sua morte? Eis um outro caso em que a protecção de um direito da personalidade se prolonga depois da morte, sem o que o direito à vida perderia uma parte da sua consistência prática.

Construímos, pois, dois instrumentos técnicos para a compreensão do fenómeno da aquisição pelo *de cuius* do direito de indemnização pela sua morte, e da sua transmissão *mortis causa*.

A primeira parte do trabalho trata da natureza jurídica da personalidade e da sua transmissão. A segunda parte trata da natureza jurídica do direito de indemnização pela morte e da sua transmissão *mortis causa*.

Os dois instrumentos técnicos são: 1.º O direito de indemnização pela morte e a sua transmissão *mortis causa*. 2.º O direito de indemnização pela morte e a sua transmissão *mortis causa*.

Os dois instrumentos técnicos são: 1.º O direito de indemnização pela morte e a sua transmissão *mortis causa*. 2.º O direito de indemnização pela morte e a sua transmissão *mortis causa*.