

Danos à pessoa: comparação do sistema de responsabilidade civil do direito continental e os *torts* do *common law*¹

Personal injury: comparison between the civil liability system of continental law and the torts of common law

Luiza Petersen,

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RESUMO: Os sistemas de responsabilidade civil do direito continental e do *common law* apresentam diferenças estruturais significativas. Neste, a previsão das hipóteses indenizáveis se desenvolve de forma casuística, havendo uma pluralidade de *torts*. Naquele, a responsabilidade civil tende a ser encarada sob um viés sistemático, a partir de um conceito unitário de ilícito e de dano. Atualmente, devido à centralidade adquirida pela pessoa humana na ordem jurídica, assiste-se, em ambos os sistemas, a uma crescente multiplicação dos danos à pessoa. A análise comparada destes sistemas revela interessantes distinções no tratamento dos danos à pessoa, especialmente no que tange ao dano-morte e ao dano à honra, à reputação e à privacidade.

PALAVRAS-CHAVE: DANOS À PESSOA. DIREITO CONTINENTAL. *COMMON LAW*.

ABSTRACT: There are significant structural differences between the liability system of continental law and common law. The development of the latest liability system was case-by-case, having specific types of liability-separate torts. Regarding the former system, civil liability tends to be viewed under a systematic perspective, based on a unitary concept of unlawfulness and damage. Currently, due to the central role given to the human person in the legal order, the number of provisions related to personal injury is increasing. The comparative analysis of such systems reveals interesting distinctions in the treatment of person injury, especially in relation to fatal injuries and interference with honor and reputation, and right of privacy.

KEY WORDS: PERSONAL INJURY. CONTINENTAL LAW. COMMON LAW.

Sumário: 1. Introdução – 2. O sistema de responsabilidade civil do direito continental e os *torts* do *common law* – 2.1 Fundamentos históricos – 2.1.1 Direito romano – 2.1.2 Escola jusracionalista – 2.2 Estrutura – 2.2.1 Cláusula geral de responsabilidade civil x pluralidade de *torts* – 2.2.2 Tipificação do dano no direito continental – 3. Os danos à pessoa no direito continental e no *common law* – 3.1 Conceitos e classificações – 3.2 Espécies – 3.2.1 Dano-morte – 3.2.2 Danos à honra, à reputação e à privacidade – 4. Considerações Finais

¹ Artigo originalmente publicado na obra coletiva: Direito Privado Comparado. MIRAGEM, Bruno (org.). Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 343 e ss.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo tratar dos danos à pessoa a partir da análise comparada do sistema de responsabilidade civil do direito continental e do instituto dos *torts* do *common law*.

Os *torts* do *common law* guardam íntima relação com o sistema de responsabilidade civil do direito continental, o que permite e justifica o presente estudo comparado. Ambos se aproximam sob uma perspectiva funcional, na medida em que tratam da reparação dos danos, ou seja: do dever indenizar um dano causado de forma injusta.^{2,3}

Ademais, os danos à pessoa constituem tema de alta relevância nos dias atuais, que recebe ampla atenção da doutrina e da jurisprudência, tanto nos sistemas continentais como no *common law*, o que ocorre, especialmente, devido à centralidade adquirida pela pessoa humana na ordem jurídica. Como consequência deste fenômeno, assiste-se, no direito comparado, a uma crescente multiplicação dos danos à pessoa e a uma verdadeira mudança de paradigma da responsabilidade civil: sua preocupação central deixa de ser a conduta antijurídica, inclusive com a relativização do princípio da ausência de responsabilidade sem falta,⁴ passando a recair sobre a proteção da vítima.^{5,6}

² TUNC, André. Introduction. Torts. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI. Tübingen: Mohr Siebeck, 1974. p. 7-11.

³ No *common law*, contudo, há uma separação entre a *law of torts* e a *law of contracts*, de modo que *tort* diz respeito ao dano que se opera fora do campo contratual. Já, no direito continental, esta separação é mitigada, na medida em que o sistema de responsabilidade civil abarca não apenas os danos extracontratuais, mas também os danos decorrentes do inadimplemento contratual (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25)

⁴ Registra-se que, tanto o direito continental como o *common law* assistem, atualmente, a uma tendência de relativização do princípio da ausência de responsabilidade sem falta. Em ambos os sistemas, verifica-se um movimento - iniciado no final século XIX, em casos envolvendo a prestação de serviços de transporte e acidentes de trabalho - de imputação do dever de indenizar com base no risco criado pela atividade, cujo mote é a proteção da vítima. Trata-se, em síntese, do que, na tradição continental, se denomina de “responsabilidade objetiva” e, no *common law*, de “*strict liability*” (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 671; MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 272.).

⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 272.

⁶ “O dano concentra o desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil, a ponto de muitos estudiosos sugerirem, inclusive, uma alteração da própria denominação da disciplina que concentra o universo de relações a ela atinentes, passando a se referir à existência de um direito dos danos” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p.155).

Os sistemas do direito continental e os *torts* do *common law*, contudo, apresentam características e traços muito distintos, não apenas quanto à estrutura dos sistemas em si, mas também quanto ao trato do dano à pessoa.

Buscando identificar as principais diferenças entre os sistemas de responsabilidade civil do direito continental e os *torts*, com enfoque nos danos à pessoa, o trabalho se encontra dividido em duas partes. Na primeira parte, serão traçadas as principais características destes sistemas. Para tanto, serão analisados os seus fundamentos históricos, com destaque para a influência do direito romano e da escola jusracionalista, bem como as suas diferentes estruturas, especialmente no tocante à previsão do dano e do ato ilícito.

Após, na segunda parte, o trabalho terá como enfoque os danos à pessoa, analisando a sua centralidade, o seu conceito e as suas classificações nos diferentes sistemas. Ademais, serão destacadas duas espécies de danos à pessoa - cuja análise comparada é rica em função do tratamento diferenciado que recebem em cada sistema - quais sejam: o dano-morte e os danos à honra, à reputação e à privacidade.

2. O sistema de responsabilidade civil do direito continental e os *torts* do *common law*

Os sistemas de responsabilidade civil do direito continental e do *common law* apresentam diferenças estruturais significativas. Enquanto que no *common law* a previsão das hipóteses indenizáveis se desenvolve de forma casuística, havendo uma pluralidade de *torts*, no direito continental a responsabilidade civil tende a ser encarada sob um viés sistemático, a partir de um conceito unitário de ilícito e de dano.

2.1 Fundamentos históricos

Esta diferença estrutural está relacionada, entre outros fatores, a fundamentos históricos. Ambas as tradições possuem pontos de contato com o direito romano. Contudo, ao longo da história, tomaram rumos distintos especialmente em razão da influência da escola jusracionalista sobre o direito continental, ao contrário do que se verificou no *common law*.

2.1.1 Direito romano

Tanto o *common law* como o direito continental possuem traços característicos do direito romano. Em diferentes medidas e sob diferentes enfoques, o direito romano influenciou o sistema continental e o *common law*. No primeiro caso, houve uma verdadeira recepção dos conceitos do direito romano.⁷ No segundo, contudo, a influência é mais periférica.⁸

No direito romano, “as hipóteses que davam causa ao dever de indenizar surgem de modo espontâneo, visando à solução de conflitos que surgiam a partir da previsão legal pretoriana”.⁹ A responsabilidade, portanto, se desenvolvia de forma casuística, não havendo uma sistematização da matéria, uma definição geral de delito e de dano, tal como irá ocorrer séculos mais tarde no direito continental.

À semelhança do *common law*, existiam diferentes tipos de delitos para diferentes espécies de atos danosos.¹⁰ Entre as espécies de delitos privados, havia o *furtum* (subtração da propriedade), a *rapina* (subtração da propriedade com violência), a *iniuria* (ofensa à integridade física ou moral), e o *damnum iniuria datum* (dano à coisa alheia).¹¹

Entre essas espécies, destacam-se a *iniuria* e o *damnum iniuria datum*. A primeira, em sua concepção estrita, era configurada em caso de “ofensa à integridade física ou moral de alguém”.¹² No direito romano pré-clássico, as principais modalidades de *iniuria* eram o homicídio e a lesão corporal. Posteriormente, no direito clássico, a *iniuria* passou a abranger também ofensas à honra.¹³ Trata-se, portanto, de delito que possui íntima conexão com os danos à pessoa dos sistemas modernos de responsabilidade civil (tanto continentais como de *common law*).

Por sua vez, o *damnum iniuria datum*, previsto na *Lex Aquilia*, era configurado em caso de “dano à coisa alheia”, em caso de ofensa a escravo, a animais ou a coisa corpórea de outrem.¹⁴ Para sua configuração, exigiam-se três requisitos: (i) a *iniuria*, aqui compreendida em sentido amplo, como um ato contrário ao direito; (ii) a culpa,

⁷ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 35-77.

⁸ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 181.

⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 45.

¹⁰ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 597.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 580.

¹² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, cit., p. 587.

¹³ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 597.

¹⁴ AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 1, pp. 34-35.

como um ato comissivo do agente, não se admitindo a omissão (registra-se que, originalmente, exigia-se um ato deliberado por parte do ofensor, contudo, já no período pré-clássico passou-se admitir, via interpretação, a mera culpa); (iii) e um dano, decorrente de ação direta do agente contra o ofensor.¹⁵

Da previsão do *damnum iniuria datum*, na *Lex Aquilia*, a doutrina extrai influências do direito romano sobre o direito continental e também sobre o *common law*. É a partir da *Lex Aquilia* que o sistema continental irá esboçar um princípio geral de reparação de danos fundado na culpa. Como observa Aguiar Dias: “Embora se reconhece que (a Lei Aquilia) não contivesse ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem nenhuma dúvida, fonte direta da moderna concepção de culpa aquiliana”¹⁶. Ademais, como destaca Bruno Miragem:

Daí por que se considera que da *Lex Aquilia* resulta relação de responsabilidade civil por danos causados por culpa do agente, o que, embora não estivesse identificado plenamente quando da sua edição, tinha caráter complementar em relação aos demais danos que se percebiam da casuística romana, e adquire esse caráter abrangente mediante os usos que lhe são admitidos, no antigo direito de diversos sistemas jurídicos europeus.¹⁷

Por outro lado, a doutrina costuma identificar uma semelhança entre o *trespass* do direito inglês e o *damnum iniuria datum*. Tal como a previsto na *actio legis Aquiliae* em sua fase inicial, o *trespass* requer uma ofensa direta à pessoa ou à coisa, bem como que esta ofensa ocorra contra a vontade do ofendido.¹⁸

2.1.2 Escola jusracionalista

Não obstante, embora tanto os *torts* do *common law* como o sistema de responsabilidade civil do direito continental tenham pontos de contato com direito romano, eles acabaram tomando rumos distintos no tocante à previsão das hipóteses indenizáveis, o que se justifica principalmente em razão da influência da escola jusracionalista sobre o direito continental, que não ocorreu no *common law*.

Enquanto os sistemas de *common law*, à semelhança dos delitos do direito romano, desenvolveram os *torts* de forma casuística, o direito continental moderno,

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 48.

¹⁶ AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*, cit., pp. 34-35.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 48.

¹⁸ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 605-606.

sob influência da escola jusracionalista, sistematizou os conceitos do direito romano, adaptando-os às necessidades do seu tempo,¹⁹ o que resultou na construção de um “princípio geral de responsabilidade por danos e na separação das noções de pena e reparação”.²⁰

A teorização de um princípio geral de responsabilidade civil foi proposta, originalmente, pela escola jusracionalista, cujo objetivo era a construção de um direito sistemático, fundado sobre a razão e com vocação para ser aplicado de modo universal.²¹ A partir das formulações de Hugo Grotius (“o dano causado de modo culposos obriga à reparação”), de Samuel Pufendorf (“o dever de reparar decorre da culpa ou da negligência”) e de Jean Domat (“qualquer que for a natureza do dano, haverá dever de repará-lo proporcionalmente à culpa”), é que se sistematiza no direito continental um princípio geral da responsabilidade civil fundado na culpa.²²

Assim, recepcionando a escola jusracionalista, o Código Civil francês - e outras codificações modernas - construíram um conceito uniforme de responsabilidade civil. “Aperfeiçoando, a pouco e pouco, as ideias românicas”, estabeleceram um princípio geral de responsabilidade civil”,²³ generalizando e unificando os delitos e o conceito de dano, bem como erigindo a culpa como critério de imputação do dever de indenizar.

2.2 Estrutura

As influências históricas analisadas acima contribuíram, entre outros fatores, para que o sistema de responsabilidade civil do direito continental e os *torts* do *common law* assumissem estrutura diversa no tocante à previsão dos danos indenizáveis. O primeiro é estruturado a partir de uma cláusula geral de responsabilidade civil. O segundo, a partir de uma pluralidade de *torts*.

2.2.1 Cláusula geral de responsabilidade civil x pluralidade de *torts*

¹⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 616.

²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 52.

²¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, cit., pp. 46-47.

²² MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., pp. 52-53.

²³ AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 34.

No *common law*, especialmente no direito norte-americano e inglês, não há um conceito geral de responsabilidade civil que estabeleça um tratamento uniforme ao dano e ao ato ilícito. Nesta tradição, o que se verifica é a existência de uma pluralidade de *torts*, uma pluralidade de hipóteses indenizáveis, as quais foram desenvolvidas, ao longo dos anos, de forma casuística, “case-by-case”.²⁴

Como esclarece Fleming, *tort* é sinônimo de “*wrong*”, compreendido como “um dano, diferente da quebra de um contrato, que o direito irá reparar com uma indenização”.²⁵ Assim, os *torts* constituem diferentes modalidades de responsabilidade civil, as quais se “distinguem-se pela espécie de lesão”,²⁶ protegendo diferentes interesses contra diferentes ofensas. São, portanto, categorias independentes entre si, que atendem a diferentes pressupostos, elementos constitutivos e meios de defesa.²⁷

São espécies de *torts*: a agressão física intencional (*assault and battery*), o dano a coisa móvel (*trespass to goods*), a injúria à honra e à reputação (*tort of libel, tort of slander*), a invasão à privacidade (*invasion of right of privacy*), a indução ao descumprimento contratual (*inducing a breach of contract*), o abuso de poder (*misuse of power*), o sofrimento mental (*infliction of mental distress*), a quebra do dever de cuidado (*negligence*), entre outras.²⁸ A propósito, é interessante notar que, no *common law*, o número de *torts* independentes é tão vasto, que, ao final do século XIX, a doutrina chegou a questionar se fazia algum sentido escrever um livro cujo título fosse “Law of Torts”.²⁹

A modalidade mais antiga, que surgiu no século XIII como um remédio contra “a quebra da paz”,³⁰ é o *trespass*, o qual pressupõe a violação da propriedade (*trespass to the property*) ou da integridade física de outrem (*trespass to the person*). Como regra geral, o *trespass* requer um ataque intencional do agente, direto à pessoa ou à coisa e contra a vontade do ofendido. Constituem espécies de *trespass to the person*, como *torts* independentes, a ameaça direta de contato corporal (*assault*), a lesão corporal (*battery*) e o cárcere privado (*false imprisonment*).³¹

²⁴ LIMPENS, Jean. *Liability for One's Own Act. Torts*. In. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XI. Tübingen: Mohr Siebeck, 1979, pp. 5 e 50.

²⁵ FLEMING, John G. *The Law of Torts*. 8. ed. Austrália: The Law Book Company Limited, 1992. p. 1. Tradução livre.

²⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 112.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 605.

²⁸ LIMPENS, Jean. *Liability for One's Own Act. Torts*, cit., p. 50-63.

²⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 610.

³⁰ FLEMING, John G. *The Law of Torts*, cit., p. 16. Tradução livre.

³¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 605-606.

Outra importante espécie de *tort* é a *negligence*, cuja autonomia foi reconhecida no século XIX e cujo desenvolvimento foi estimulado pelo aumento do número de acidentes com o uso de máquinas na indústria e no transporte.³² Em linhas gerais, esta hipótese é fundada na quebra de um dever de cuidado razoável, pressupondo a ocorrência de um dano não intencional. São requisitos da *negligence*: a existência de um dever de cuidado do ofensor para com a vítima, a quebra deste dever de cuidado (*fault*) e a ocorrência de um dano (e.g. *personal injury* e *property damage*) como consequência razoável da quebra do dever de cuidado.^{33,34} Em razão do grau de amplitude da *tort of negligence* e da sua aproximação com o conceito de “faute”, positivado no art. 1240 do Código Civil francês, alguns autores sustentam que esta modalidade de *tort* teria fundado um princípio geral de reponsabilidade civil, se aproximando do direito continental. Outros, porém, compreendem a *negligence* como “nada mais do que um número infinito de específicas circunstâncias em que haverá um dever de cuidado”.³⁵

Por outro lado, no direito continental, verificam-se, basicamente, dois principais modelos de estruturação da responsabilidade civil. O modelo francês, que se caracteriza pela adoção de uma cláusula geral de responsabilidade civil, aplicável a quase todas hipóteses de responsabilidade civil. E o alemão, modelo intermediário, que se caracteriza por combinar cláusulas gerais de responsabilidade civil com a tipificação, via legislação, de uma série de hipóteses indenizáveis.³⁶

No modelo francês, a responsabilidade civil recebe, tradicionalmente, um tratamento uniforme por meio de uma cláusula geral. Neste sistema, “o mesmo direito é aplicado para todas os delitos” e “todos os danos são declarados calculáveis e indenizáveis”.³⁷ Mediante uma cláusula geral de responsabilidade civil (art. 1240),³⁸ a

³² ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 608.

³³ LIMPENS, Jean. *Liability for One's Own Act. Torts*, cit., p. 54.

³⁴ Registra-se, ainda, a existência das *torts* de *strict liability*, “espécies de responsabilidade civil que independem da culpa do agente”, cujo critério de imputação do dever de indenizar geralmente é fundado no risco da atividade, a qual se aproxima da responsabilidade objetiva do direito continental (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 647 e ss. Tradução livre).

³⁵ LIMPENS, Jean. *Liability for One's Own Act. Torts*, cit., p. 54. Tradução livre.

³⁶ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 598-605 e 615-621.

³⁷ LIMPENS, Jean. *Liability for One's Own Act. Torts*, cit., p. 54. Tradução livre.

³⁸ Art. 1240 (antigo art. 1382): “Todo ato do indivíduo que causar dano a outrem obriga aquela pessoa por cuja falta ocorreu o dano a repará-lo” (Tradução livre).

qual é complementada pelo art. 1241,³⁹ o Código Civil francês estabelece um conceito uniforme de responsabilidade civil, aplicável às mais diversas situações em que há lesão a um direito.⁴⁰ Trata-se de norma que abarca tanto o ato culposo como o ato doloso, tanto o homicídio como a lesão corporal, tanto o dano patrimonial como o dano moral, tanto o dano à honra como o dano à imagem.⁴¹

Em síntese, a cláusula geral do Código Civil francês generaliza e unifica os conceitos de delito civil e de dano,⁴² erigindo a culpa (ou a *faute*) como critério de imputação do dever de indenizar. Ademais, caracteriza-se pela atipicidade do dano,⁴³ na medida em que deixa em aberto o significado do vocábulo *dommage* e não tipifica as hipóteses indenizáveis. Ou seja: não estabelece quais danos serão indenizáveis, tampouco para quem e em quais circunstâncias a indenização será concedida, delegando ao judiciário a apreciação da questão.⁴⁴

O modelo alemão de reparação de danos, por sua vez, situa-se em uma posição intermediária entre o sistema francês e o *common law*. Não adota uma única cláusula geral de responsabilidade civil, tampouco uma pluralidade tão ampla de *torts*. Como explicam Zweigert e Kötz, os legisladores do BGB eram muito tentados a adotar o modelo francês, com a inclusão de uma regra geral que uniformizasse o tratamento do delito e do dano, pois tinham consciência da impossibilidade de se garantir a reparação de todos os danos com a tipificação de hipóteses particulares via legislação. Contudo, ao mesmo tempo, temiam a outorga de poderes muito amplos ao Judiciário em caso de previsão de uma única cláusula geral.⁴⁵ Assim, como resultado, os legisladores adotaram uma posição intermediária, inserindo, no BGB, três cláusulas de responsabilidade civil (§823 I, §823 II, e §826), bem como uma série de regras específicas quanto à reparação dos danos e à imputação do dever de indenizar.⁴⁶

³⁹ Art. 1241 (antigo 1383): “Todos são responsáveis não somente pelos danos causados intencionalmente, mas também por aqueles causados por negligência e imprudência” (Tradução livre).

⁴⁰ Registra-se que “o Código Civil trata de outras situações de dano, em que a causa não se reporta à conduta dolosa (delitos) ou culposa (quase delitos) de alguém, mas, sim, que a realização do fato de quem aproveita de certa atividade ou coisa deve suportar também suas consequências negativas (*cuibus commoda eius et incommoda*), como é o caso da responsabilidade pelo dono de animal ou de edifício, pelos danos que deles surgirem”. Ademais, “em um segundo momento, passam a se desenvolver hipóteses na legislação, de responsabilidade fundada no risco, especialmente a partir do século XIX” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., pp. 56 e 110).

⁴¹ LIMPENS, Jean. *Liability for One's Own Act. Torts*, cit., p. 5.

⁴² MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 54.

⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 54.

⁴⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 671.

⁴⁵ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 599.

⁴⁶ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*. 4. ed. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 25.

A cláusula geral do §823 I, estabelece o dever de indenizar daquele que, intencionalmente ou negligentemente, de forma contrária ao direito, causar dano à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade ou qualquer outro direito. Pressupõe, portanto, a prática de uma conduta contrária ao direito, violadora de um dos interesses enumerados na cláusula, seja intencional ou negligente, sendo esta compreendida como a falta com o grau de cuidado necessário em sociedade (§276 do BGB).⁴⁷ Ademais, a expressão “outro direito” inclui todos os outros interesses que a ordem legal protege *erga omnes*, como os direitos reais, os direitos de propriedade industrial e os direitos da personalidade (conforme reconhecido pelo Bundesgerichtshof em 1944).⁴⁸

No parágrafo 823 II, o BGB prevê a obrigação de reparação dos danos causados por aquele que, culposamente, violar estatuto destinado à proteção de outros. Como explica Markesinis, o elemento ilicitude, aqui, está associado à violação de uma norma protetiva (e.g. de lei penal destinada à proteção de determinado grupo de pessoas). Ademais, a noção de norma protetiva assume sentido amplo, compreendendo normas de direito público e de direito privado, assim como leis, decretos, regulamentos, entre outros atos.⁴⁹

Por sua vez, o §826 do BGB prevê a responsabilidade daquele que causar dano a outrem de forma contrária aos bons costumes. Neste caso, basta que o agente tenha a consciência da possibilidade de dano.⁵⁰ Com fundamento nesta hipótese, “a jurisprudência alemã fixou a responsabilidade em diversas situações, desde a violação da livre concorrência até a divulgação de informação falsa que afeta a credibilidade da vítima e os direitos da personalidade”.⁵¹

Ainda, o BGB estabelece uma série de regras específicas quanto à imputação do dever de indenizar: no §824 trata do dano ao crédito; no §825 impõe a obrigação de indenizar àquele que induz pessoa do sexo feminino a manter relações sexuais; no §839 trata da quebra de dever imposto por ofício público, entre outras normas.⁵²

⁴⁷ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 599. MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 110.

⁴⁸ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 690.

⁴⁹MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 885 e 887.

⁵⁰ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 603.

⁵¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., pp. 110-111.

⁵²MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 892-893 e 925.

2.2.2 Tipificação do dano no direito continental

É interessante notar que, mesmo no direito continental, a previsão do dano não ocorre de maneira idêntica. No sistema alemão, verifica-se um certo grau de tipificação dos danos, o que não ocorre no direito francês.⁵³ Enquanto o Código Civil francês caracteriza-se pela atipicidade do dano, deixando em aberto o conceito de dano e não prevendo regras específicas quanto à fixação da indenização,⁵⁴ o legislador alemão optou por regular a reparação dos danos de forma mais minuciosa, introduzindo, no BGB, uma série de regras que especificam os danos e a sua reparação.⁵⁵

Assim, por exemplo, o BGB (i) especifica as parcelas indenizatórias devidas em favor de terceiros no caso de homicídio, prevendo o pagamento de indenização pelos gastos com enterro e por alimentos, bem como o direito do nascituro à prestação de alimentos (§844);⁵⁶ (ii) estabelece, em caso de morte, lesão ou privação de liberdade, nas hipóteses do lesado, por força de lei, estar obrigado à prestação de serviço a um terceiro, no seu lar ou indústria, o direito desse terceiro receber uma indenização correspondente aos serviços de que ficou privado (§845);⁵⁷ (iii) bem como restringe a indenização por danos extrapatrimoniais aos casos expressamente previstos em lei (§253 I);⁵⁸ (iv) prevendo, em caso de lesão corporal, à saúde, à liberdade ou à

⁵³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193-196 e 200-202.

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., p. 54.

⁵⁵ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 901 e ss. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 667, p. 7-16, maio 1991. p. 9-16 e p. 8.

⁵⁶ §844: “Em caso de morte, tem o obrigado à indenização de satisfazer os gastos de enterro àquele a quem cabe a obrigação de suportar estes gastos. Se o morto, ao tempo da transgressão, mantiver, com um terceiro, uma relação em virtude da qual ele, ante esse, por força de lei, esteja obrigado a alimentos, ou possa tornar-se obrigado a alimentos, e se o terceiro, em consequência da morte, for privado do direito aos alimentos, terá o obrigado à indenização, de prestar o terceiro indenização do dano pelo pagamento de uma renda em dinheiro sempre que o morto houvesse de ficar obrigado, durante o tempo provável de sua vida, à prestação de alimentos; as disposições do §843, alíneas 2 a 4, aplicam-se analogicamente. A obrigação de indenização tem também lugar quando o terceiro, ao tempo da transgressão, esteja gerado, porém, ainda não nascido (Tradução livre).

⁵⁷ §845. “No caso de morte, lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação de liberdade, se o lesado, por força de lei, estava obrigado à prestação de serviços a um terceiro, no seu lar ou na indústria deste, tem, o obrigado à indenização, de prestar, ao terceiro, pelos serviços de que ficou privado, indenização pelo pagamento de uma renda em dinheiro. As disposições do §843, alíneas 2 e 4, encontram analogamente aplicação” (Tradução livre).

⁵⁸ §253 I. “Em caso de danos não patrimoniais, a indenização pecuniária poderá ser demandada apenas nos casos especificados em lei” (Tradução livre).

autodeterminação sexual, a possibilidade de indenização por danos extrapatrimoniais (§253 II).⁵⁹

Trata-se, portanto, o sistema alemão de reparação de danos, de um sistema cujas principais linhas estão previstas na legislação e cuja construção não é totalmente delegada ao Judiciário, diferentemente do que se verifica no direito francês.⁶⁰ Isto não significa, contudo, que se trate de um sistema totalmente típico. Afinal, as cláusulas gerais do BGB e o princípio geral do livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 1.2. da Lei Fundamental de Bonn,⁶¹ proporcionam uma certa abertura do sistema. A respeito do princípio geral do livre desenvolvimento da personalidade, este vem sendo um dos caminhos pelos quais a jurisprudência avança na proteção da pessoa humana e na reparação dos danos pessoais.⁶²

3. Os danos à pessoa no direito continental e no *common law*

3.1 Conceitos e classificações

Os danos à pessoa constituem uma “*fattispecie em construção*”.⁶³ Não se verifica, no direito comparado, um consenso acerca do seu conceito e abrangência. Múltiplos são os sentidos - e classificações - outorgados à expressão.⁶⁴

Ademais, múltiplas são as espécies desta modalidade de dano. Atualmente, assiste-se a uma crescente multiplicação de situações nas quais se reconhece a ocorrência de danos à pessoa. Tanto no *common law* como no direito continental verifica-se uma tendência de reconhecimento de novas modalidades de danos à pessoa, especialmente devido à “renovação ética do Direito”, iniciada após o final da Segunda Guerra Mundial, que resultou “na centralidade da pessoa humana”, com o

⁵⁹ Equivalente ao antigo § 847 I, revogado pela reforma de 2002, que previa indenização por danos extrapatrimoniais em caso de lesão corporal, à saúde e de privação da liberdade.

⁶⁰ COUTO SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado*, cit., p. 8.

⁶¹ Lei Fundamental de 1949, art. 1.2. “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral” (Tradução livre).

⁶² MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad. Revista de Derecho Privado y Comunitario: daños a la persona*. Santa Fé: Argentina, v. 1, 1995.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 789, julho de 2001, p. 27.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 789, julho de 2001, p. 27 e ss.

“afastamento da concepção patrimonialista do direito privado”, “a partir do reconhecimento e da maior eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas”.⁶⁵

De um modo geral, o dano à pessoa abarca toda “lesão a atributo da personalidade”, como a vida, a integridade física, a integridade e estabilidade psíquica, a honra, a intimidade e a privacidade e a imagem, podendo ter reflexos não apenas extrapatrimoniais (dano moral, dano estético, dano corporal, dano à imagem), como também patrimoniais (despesas médicas, pensão alimentícia, despesas com funeral).⁶⁶ Dessa forma, os danos à pessoa abrangem aquilo que, em ordenamentos como o francês, “tem sido caracterizado como dano biológico, dano à saúde, dano ao projeto de vida e dano moral”,⁶⁷ assim como aquilo que no *common law* tem sido denominado de “*pain and suffering*”, “*loss of enjoyment*”, “*infliction of mental distress*”, “*defamation*” etc.⁶⁸

No sistema de responsabilidade civil do direito continental, “a preocupação com a reparação dos danos pessoais tem sido a tônica nos últimos anos”.⁶⁹ Discute-se se os danos pessoais seriam uma espécie autônoma, se seriam sinônimo de danos extrapatrimoniais ou se estariam compreendidos na categoria dos danos morais.⁷⁰

No direito francês, os danos pessoais costumam ser tratados pela doutrina na perspectiva dos danos corporais. Adota-se uma interessante distinção entre os danos materiais (atentados à coisa), os danos corporais (atentados à pessoa) e danos imateriais (atentados aos negócios econômicos e financeiro). Trata-se, em síntese, de classificação cujo ponto de partida é o bem tutelado. Ademais, a doutrina sustenta a formação de um “*droit du dommage corporel*” multidisciplinar, que abarque o direito das obrigações, a medicina legal, o direito dos seguros, o previdenciário, o penal e o consumidor, cujo fundamento comum seria a dignidade da pessoa humana e a proteção da integridade física como direito fundamental.⁷¹

⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., pp. 34-35 e 175.

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, cit., pp. 175-194.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, cit., pp. 27-28.

⁶⁸ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2005, pp. 1-113 e 339-411. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 698.

⁶⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, cit., p. 189.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, cit., pp. 27-28 e 33.

⁷¹ LAMBERT-FRAIVRE, Yvonne. *Droit du dommage corporel: systèmes d'indemnisation*. Paris: Dalloz, 2000, p. 162. Apud. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, cit., pp. 189-190.

No direito alemão, a proteção da pessoa humana e a reparação dos danos pessoais tem se desenvolvido, especialmente, a partir da interpretação do princípio geral do livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 1.2. da Lei Fundamental de Bonn,⁷² e da cláusula geral do §823 I, do BGB, que tutela a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade e outros direitos que a ordem legal proteja erga omnes.⁷³ Com base no dispositivo constitucional, o Bundesgerichtshof superou, em 1958, a previsão do §253 I do BGB – segundo o qual a indenização por danos não patrimoniais será concedida apenas nos casos previstos em lei –, passando a admitir a indenização por danos extrapatrimoniais (danos morais) em casos não previstos expressamente na legislação.⁷⁴ Ademais, com base neste dispositivo, o Bundesgerichtshof reconheceu, em 1944, que a expressão “outro direito”, prevista no §823 I, abarca o direito geral de personalidade.⁷⁵

No *common law*, por sua vez, não há uma sistematização dos danos à pessoa a partir de um conceito unitário, comum às espécies de violação à integridade físico-psíquica do ser humano. Os danos à pessoa assumem diferentes contornos de acordo com cada modalidade de *tort*. No âmbito do *trespass*, destacam-se a *battery* (agressão física), o *assault* (ameaça de lesão corporal) e a *infliction of mental distress* (sofrimento mental). Já no âmbito da *negligence*, destacam-se as seguintes modalidades: *personal injury* (dano corporal), *wrongful death* (dano morte) e *pre-death damages* (danos pré-morte), as quais podem ter reflexos patrimoniais (*pecuniary losses*) - *loss of capacity* (perda da capacidade) e *medical expenses* (despesas médicas) - ou extrapatrimoniais (*non pecuniary losses*) - *pain and suffering* (dor e sofrimento) e *loss of enjoyment* (perda da possibilidade de desfrutar das atividades agradáveis da vida).⁷⁶ Ademais, no âmbito da *defamation*, existem as ofensas à honra (*tort of libel*) ou à reputação (*tort of slander*), bem como outras formas de invasão à privacidade (*invasion of right of privacy*).⁷⁷

3.2 Espécies

⁷² Lei fundamental de 1949, art. 1.2. “Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

⁷³ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 43.

⁷⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 693.

⁷⁵ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 690.

⁷⁶ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., pp. 1-113 e 339-411.

⁷⁷ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 698.

Entre as espécies de danos à pessoa cujo estudo comparado - do sistema continental e do *common law* - mostra-se mais interessante, destacam-se o dano-morte e os danos à honra, reputação e privacidade.

3.2.1 Dano-morte

Tanto os sistemas continentais como os de *common law* admitem a compensação dos danos suportados por violação do direito à vida. De um modo geral, ambas as tradições asseguram, aos familiares e dependentes da vítima, o recebimento de indenização pelo dano-morte.

O dano-morte, contudo, não recebe tratamento linear nos referidos sistemas. Tanto a comparação horizontal das tradições do *common law* e do direito continental, como a comparação interna, dentro das referidas tradições, considerando os diferentes ordenamentos que as integram, revelam a ausência de um tratamento uniforme dos efeitos do dano-morte na esfera da vítima direta (falecido) e das vítimas indiretas (familiares e dependentes da pessoa falecida).

Quanto aos danos por ricochete, suportados por vítimas indiretas, cujo fato gerador é a lesão ao interesse de uma terceira pessoa,⁷⁸ geralmente familiares e dependentes do falecido, importa considerar dois principais aspectos. Primeiro, que nem todos os sistemas admitem a fixação de indenização por danos extrapatrimoniais em favor das vítimas indiretas. Segundo, que os sistemas divergem quanto ao rol de legitimados para receber a indenização por ricochete.

Os sistemas do direito continental, de um modo geral, tendem a admitir o pagamento de indenização em favor das vítimas por ricochete tanto por danos patrimoniais como por danos extrapatrimoniais. No direito francês,⁷⁹ se concede, a partir da cláusula geral do art. 1240 do Código Civil, ampla reparação às vítimas por ricochete, admitindo-se não apenas o ressarcimento dos prejuízos materiais, mas também o pagamento de indenização pelo prejuízo de afeição (“préjudice d’

⁷⁸ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 22.

⁷⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, cit., p. 294-295.

affection”),⁸⁰ o qual costuma ser tratado pela doutrina - embora existam controvérsias - como modalidade do dano moral em sentido estrito.⁸¹

Situação diversa, contudo, se verifica no direito alemão. Conforme relata Markesinis, em regra, “o direito germânico não concede indenização por danos morais aos dependentes da vítima”. Contudo, a vítima estaria habilitada a reclamar indenização por danos morais com base no §823 I e no §847 (atual §253 II) do BGB quando, como resultado da morte de um parente, tenha sofrido um choque nervoso, um dano a sua saúde psíquica.⁸² Nestes casos, porém, “de acordo com a jurisprudência alemã, não se trata, propriamente de um prejuízo reflexo, pois existiria, nessas hipóteses, um vínculo causal direto, de natureza psíquica, entre a conduta do réu e a lesão à saúde do terceiro”.⁸³

Por outro lado, no *common law*, a questão não tem recebido tratamento uniforme. Muito embora no âmbito dos danos corporais (*personal injury*) se admita, de forma tranquila, o pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais, o mesmo não ocorre no âmbito do dano-morte.

Esta resistência quando à indenização do dano-morte possui raízes históricas. Por cinco ou seis séculos, até 1846, não se admitia, no direito inglês, cuja influência se verificou no direito norte-americano, o pagamento de qualquer indenização pelo dano-morte. Conforme relata Glannon,⁸⁴ isto ocorreu por dois motivos. Primeiro (motivo histórico) por que o homicídio (doloso ou culposo) era um “felony act”, o qual, nos primórdios direito inglês, era reprimido com pena de morte e confisco dos bens para coroa. Assim, nenhuma indenização era concedida aos familiares da vítima, afinal não havia mais ninguém a quem demandar pelo dano, tampouco bens para confiscar. Por outro lado (motivo político), a impossibilidade de compensar o falecido pela sua própria morte e o entendimento de que seria imoral colocar preço na vida humana também contribuíram para que não se indenizasse o dano morte. A situação só foi revertida em 1846, com a edição do “Lord Campbell’s Acts”, o qual passou a admitir

⁸⁰ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 925.

⁸¹ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, cit., p. 23-24.

⁸² MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., pp. 45 e 928. Tradução livre.

⁸³ REINIG, Guilherme Henrique Lima; SILVA, Rafael Peteffi da. 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-ou-por-ricochete-e-lesao-a-saude>>.p. 29.

⁸⁴ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 390-391.

o pagamento de indenização pelo dano-morte, limitada, contudo, aos danos patrimoniais.⁸⁵

Atualmente, entretanto, nem todos os sistemas de *common law* se mantêm reticentes quanto à indenização por dano moral às vítimas por ricochete.⁸⁶ Alguns estados norte-americanos admitem, em seus *Wrongful Death statutes*, a fixação de indenização de natureza extrapatrimonial em favor de vítimas indiretas, o que ocorre expressamente ou sob a roupagem de danos patrimoniais. O *Kansas statute*, à semelhança do *Hawaii statute*, autoriza a cobrança de *pecuniary losses*, assim como de inúmeros *non pecuniary losses*, tais como: “*mental anguish, suffering or bereavment*”, “*loss of society, companionship, comfort or protection*”, “*los of marital care, attention, advice or counsel*”, “*loss of filial care and attention*”.⁸⁷ Não obstante, o referido estatuto limita a indenização por danos extrapatrimoniais a 250 mil dólares. No direito inglês, por sua vez, a matéria é regulada pelo *English Fatal Accident Acts*, o qual reconhece o direito dos parentes da vítima a reclamar uma indenização fixa (atualmente: £12,980).⁸⁸

É interessante notar, aqui, uma interessante dicotomia que se estabelece entre os sistemas de *common law* e do direito continental quanto ao arbitramento da indenização pelo dano-morte. No *common law* - diferentemente do que se verifica, de um modo geral, na tradição continental, como na França, em que a indenização é arbitrada de forma equitativa -,⁸⁹ inúmeras legislações estabelecem tetos máximos de indenização por danos extrapatrimoniais, mesmo em caso de arbitramento pelo júri.⁹⁰ Segundo Glannon, verifica-se, no direito norte-americano, uma tendência ao tarifamento da indenização por danos extrapatrimoniais, o que ocorre, entre outros motivos, em função do impacto que estas indenizações, em valores elevados, estavam tendo no preço dos seguros.⁹¹

Por outro lado, os referidos sistemas adotam soluções diversas quanto à legitimidade para demandar o dano por ricochete. No direito continental, de um lado, verificam-se sistemas mais flexíveis, como o francês, que concedem indenização para

⁸⁵ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 393-394.

⁸⁶ FLEMING, John G. *The Law of Torts*, cit., p. 974.

⁸⁷ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 395.

⁸⁸ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 928.

⁸⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, cit., pp. 280-281.

⁹⁰ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 349.

⁹¹ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 349.

“qualquer um que consiga provar que suportou um dano”.⁹² Como explica Paulo Sanseverino:

Após uma fase inicial permissiva, a jurisprudência francesa, a partir de 1931, restringiu a legitimidade passando a exigir a presença de dois requisitos: a) liame de parentesco; b) dano-morte. A jurisprudência posterior evoluiu para um ponto intermediário, exigindo a comprovação pelo terceiro interessado de seu especial sofrimento com o evento danoso. Atualmente, a jurisprudência francesa renunciou a critérios excessivamente rígidos, sendo exigido apenas, pela Corte de Cassação, que os prejuízos invocados pelo terceiro sejam pessoais, certos e lícitos.⁹³

De outro lado, verificam-se sistemas mais rígidos. Na Alemanha, como registra Markesinis, de acordo com o §844, alínea II, do BGB, possuem legitimidade para reclamar danos por ricochete “apenas aquelas pessoas perante as quais a vítima tinha um dever legal de prestar apoio”,⁹⁴ o que inclui cônjuges, filhos, filhos adotivos, pais adotivos, entre outros.

No common law, a legitimidade para reclamar indenização por danos ricochete costuma ser regulada pelos estatutos. No direito inglês, “a lista de legitimados – prevista no *Fatal Accidents Acts* – tem sido alargada ao longo dos anos, de modo que, na prática, os resultados alcançados no direito inglês e francês são similares”.⁹⁵ Já, no direito norte-americano, o rol de legitimados previstos na legislação é mais restrito, abarcando basicamente os parentes mais próximos (cônjuge, filhos, irmãos, irmãs, entre outros).⁹⁶

Ainda, uma questão muito interessante e controversa, que recebe tratamento diverso no direito comparado, com diferentes enfoques, reside na possibilidade de se indenizar o dano morte em si. Ou seja: o dano sofrido pela vítima direta, pelo próprio falecido. No direito continental, a matéria tem sido muito debatida, especialmente quanto aos prejuízos extrapatrimoniais sofridos vítima direta (*pretium mortis*). A doutrina francesa diverge a respeito da possibilidade do direito - à indenização - da

⁹² MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 926. Tradução livre.

⁹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, cit., p. 294.

⁹⁴ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 926. Tradução livre.

⁹⁵ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 926. Tradução livre.

⁹⁶ GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 395.

vítima direta ser transmitido aos seus herdeiros, especialmente quando a morte tenha sido imediata. Contudo, tal possibilidade é descartada pela jurisprudência.⁹⁷

No common law, por sua vez, os ordenamentos tendem admitir a indenização dos danos causados à vítima direta. No direito inglês, admite-se indenização pela perda da expectativa de vida (*damages for loss expectation of life*). Trata-se, em síntese, de dano extrapatrimonial relacionado à perda de uma chance de vida e cuja reclamação cabe à sucessão do falecido.⁹⁸ Igualmente, no direito norte-americano, verifica-se a tendência de concessão deste tipo de indenização. Alguns estados norte-americanos admitem a reparação dos danos patrimoniais (*medical expenses*) ou extrapatrimoniais (*pain and suffering*) suportados pela própria vítima antes de morrer. Tratam-se dos *pre-death damages*, previstos em *survival statutes*, cuja reclamação cabe à sucessão do falecido.⁹⁹ Assim, por exemplo, caso a vítima direta de um acidente permaneça internada em hospital e, posteriormente, venha a falecer, indenizam-se os danos morais e patrimoniais por ela suportados antes de falecer.¹⁰⁰

3.2.2 Danos à honra, à reputação e à privacidade

Por fim, é interessante apontar algumas distinções que se verificam entre o *common law* e o direito continental no tratamento de outros danos à personalidade, como os danos à honra, à reputação e à privacidade. Neste ponto, é interessante observar a forma como cada sistema protege estes direitos da personalidade. Ou seja: como estes direitos estão previstos, quais são os requisitos para que se considerem violados e quais os instrumentos de tutela em caso de violação.

No direito alemão, a honra, a reputação e a privacidade gozam de uma ampla proteção, o que resulta da combinação de dispositivos do BGB, como o §12 (“direito ao nome”) e o §823 I (cuja expressão “outro direito”, conforme decisão do Bundesgerichtshof, de 1994, passou a abarcar o direito geral da personalidade),¹⁰¹ e do

⁹⁷SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, cit., p. 291.

⁹⁸MCGREGOR, Harvey. Personal Injury and Death. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI. Tübingen: Mohr Siebeck, 1972, p. 83.

⁹⁹GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 397.

¹⁰⁰GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*, cit., p. 395.

¹⁰¹ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 690. Tradução livre.

art. 1.2, da Lei Fundamental de Bonn, que consagra o princípio geral do livre desenvolvimento da personalidade.¹⁰²

Assim, inúmeras circunstâncias já foram reconhecidas pela jurisprudência como violadoras da honra, reputação, imagem e privacidade, tais como: “utilizar o nome de um artista famoso em uma propaganda sem prévia autorização”, “publicar entrevista fictícia com uma figura internacional”, “publicar foto em certas circunstâncias de modo que a pessoa fotografada pareça um assassino”.¹⁰³ Geralmente, em casos envolvendo a publicação de informação sobre certa pessoa, esta publicação, sendo uma matéria de fato, é compreendida como ilícita caso a informação seja falsa. Contudo, sendo uma matéria de opinião, é compreendida como ilícita apenas se tiver sido vinculada com a finalidade de injuriar outrem, por ódio ou malícia, sem nenhuma intenção de contribuir com debate sobre a questão discutida.¹⁰⁴

Ademais, em caso de violação à honra, reputação ou à privacidade, a reparação do dano consistirá, na maioria dos casos, no desagravo, já que o sistema alemão prefere a reparação na forma específica (§249).¹⁰⁵ Assim, a reparação consistirá “na publicação de uma correção da declaração ou representação que deu origem à ofensa”, o que ocorre às custas do ofensor.¹⁰⁶ A reparação pecuniária geralmente é tratada como uma segunda opção. Contudo, costuma ocorrer em casos em que a vítima, por conta do ato ilícito, sofre danos patrimoniais (por exemplo, como resultado da ofensa, perde um contrato lucrativo), bem como pode ser concedida em caso de dano moral.¹⁰⁷ Porém, para que a indenização por dano moral seja concedida, exige-se que a violação seja grave.¹⁰⁸

No direito francês, por sua vez, não se verifica o desenvolvimento de um direito geral da personalidade, tal como no sistema alemão. Não obstante, os direitos à honra, reputação e privacidade encontram amparo no art. 9 do Código Civil, que

¹⁰² MIRANDA, Jorge; RODRIGUES, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo. *Principais problemas dos conceitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.

¹⁰³ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 691. Tradução livre.

¹⁰⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 691-692.

¹⁰⁵ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 930.

¹⁰⁶ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 930. Tradução livre.

¹⁰⁷ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*, cit., p. 930.

¹⁰⁸ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 693.

reconhece que todos tem direito ao respeito à vida privada, e na cláusula geral do art. 1240. Como explicam Zweigert e Kötz:

as cortes francesas nunca hesitaram em caracterizar como falta a publicação de cartas confidenciais, a divulgação de fatos da vida privada de outrem, o uso não autorizado do nome de outrem, bem como nunca deixaram de indenizar o ofendido pelos danos patrimoniais e morais.¹⁰⁹

Igualmente, o sistema protege a honra e a reputação. Contudo, “o ofensor não é condenado por difamação caso prove que o fato que ele divulgou é verdadeiro”. Ademais, “nenhuma prova é admissível caso os fatos divulgados digam respeito à vida privada do ofendido”.¹¹⁰

Por outro lado, no *common law*, os direitos à honra, reputação e privacidade são, basicamente, tutelados por duas espécies de *torts*. Pela *defamation*, que compreende a *tort of libel* e a *tort of slander*, e pela *invasions of the right of privacy*. Esta, contudo, não é admitida como uma espécie autônoma no direito inglês.¹¹¹

A *defamation* ocorre em caso de ofensa à honra, à reputação ou à auto-estima de alguém. Para sua configuração, a ofensa deve afetar a reputação pública do ofendido, devendo ser manifesta, de modo a expor o ofendido “ao ridículo, ódio e desprezo”. “Se ela ocorre de forma permanente, especialmente por meio de textos impressos, de reportagens ou imagens”, configura *tort of libel*.¹¹² Nesta modalidade, nenhum dano deve ser provado, sendo concedida uma indenização de acordo com a gravidade do ato. Contudo, se a ofensa ocorrer oralmente ou por um gesto irrisório, ela configura *tort of slander*. Neste caso, a indenização, como regra geral, só será concedida se o ofendido provar que suportou um dano material, como a perda do emprego. Na *defamation*, a responsabilidade, como regra, independe da culpa do agente. Ademais, é interessante notar que, no direito inglês, diferentemente do que ocorre no direito alemão e no sistema continental de um modo geral, a vítima da difamação tem direito apenas ao recebimento de uma indenização pecuniária; não possui direito de resposta, tampouco de desagravo.¹¹³

¹⁰⁹ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 694. Tradução livre.

¹¹⁰ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 694 e 697. Tradução livre.

¹¹¹ LIMPENS, Jean. *Liability for One's Own Act. Torts*, cit., p. 57-58.

¹¹² ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 698. Tradução livre.

¹¹³ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., pp. 698-701.

Por outro lado, alguns sistemas de *common law*, como o norte-americano, protegem a invasão do direito à privacidade por meio de uma modalidade de *tort* autônoma: *invasions of the right of privacy*. Trata-se de *tort* que possui uma amplitude maior e que comporta quatro principais hipóteses, quais sejam: violação de território ou de assuntos privados (por exemplo, de conversas telefônicas); publicações sobre a pessoa não autorizadas; utilização de foto ou nome em propaganda sem consentimento; e ofensas que criam falsa impressão da pessoa.¹¹⁴

4. Considerações finais

A análise do sistema de responsabilidade civil do direito continental e dos *torts* do *common law*, com enfoque nos danos à pessoa, permite as seguintes conclusões:

a) Os sistemas de responsabilidade civil do direito continental e do *common law* apresentam diferenças estruturais significativas. Neste a previsão das hipóteses indenizáveis se desenvolve de forma casuística, havendo uma pluralidade de *torts*. Naquele, a responsabilidade civil tende a ser encarada sob um viés sistemático a partir de um conceito unitário de ilícito e de dano.

b) Esta diferença estrutural está relacionada, entre outros fatores, a fundamentos históricos. Ambas as tradições possuem pontos de contato com o direito romano. Contudo, ao longo da história, tomaram rumos distintos especialmente em razão da influência da escola jusracionalista sobre o direito continental.

c) No *common law*, à semelhança dos delitos do direito romano, o dever de indenizar é estruturado a partir de uma pluralidade de *torts*, as quais foram desenvolvidas, ao longo dos anos, de forma casuística. Assim, os *torts* constituem diferentes modalidades de responsabilidade civil, autônomas entre si, as quais distinguem-se pela espécie de lesão.

d) No direito continental, verificam-se, basicamente, dois modelos de estruturação da responsabilidade civil. O francês, que se caracteriza pela adoção de uma cláusula geral de responsabilidade civil: art. 1240 do Código Civil, que unifica e generaliza os conceitos de dano e de delito. E o alemão, que se caracteriza por combinar cláusulas gerais de responsabilidade civil (§823, §826) com a tipificação de uma série de hipóteses indenizáveis (§824, §825, §844, §839).

¹¹⁴ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, cit., p. 702.

e) No sistema alemão, verifica-se um certo grau de tipificação dos danos, o que não ocorre no direito francês. Enquanto o Código francês caracteriza-se pela atipicidade do dano, deixando em aberto o conceito e não prevendo regras específicas quanto à indenização, o legislador alemão optou por regular a reparação dos danos de forma minuciosa, introduzindo uma série de regras que especificam os danos e a sua reparação (§844, §845, §253).

f) Atualmente, assiste-se a uma crescente multiplicação dos danos à pessoa. Tanto no *common law* como no direito continental verifica-se uma tendência de reconhecimento de novas modalidades de danos à pessoa. Em ambas as tradições, o dano à pessoa tende a ser compreendido a partir da noção de lesão a atributo da personalidade, podendo ter reflexos extrapatrimoniais e patrimoniais.

g) No direito francês, os danos pessoais costumam ser tratados na perspectiva dos danos corporais, a partir de uma distinção entre danos materiais, danos corporais e danos imateriais. Na Alemanha, a proteção da pessoa humana e a reparação dos danos pessoais tem se desenvolvido, sobretudo, a partir da interpretação do princípio geral do livre desenvolvimento da personalidade. No *common law*, os danos à pessoa assumem diferentes contornos de acordo com cada modalidade de *tort*. No âmbito do *trespass*, destacam-se a *battery* (agressão física), o *assault* (ameaça de lesão corporal) e a *infliction of mental distress* (sofrimento mental). No âmbito da *negligence*, destacam-se a *personal injury* (dano corporal), *wrongful death* (dano morte) e *pre-death damages* (danos pré-morte).

h) Tanto o sistema continental como o *common law* admitem a compensação dos danos suportados por violação do direito à vida. No direito continental, tende-se a admitir o pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais em favor das vítimas por ricochete. Já, o *common law*, é tradicionalmente mais reticente à possibilidade, a despeito de alguns estados norte-americanos admitirem a fixação desta indenização. Ademais, diferentemente do que se verifica na tradição continental, em que a indenização, em geral, é arbitrada de forma equitativa, no *common law* inúmeras legislações estabelecem tetos máximos às indenizações por danos extrapatrimoniais.

i) De outro lado, o *common law* e o direito continental conferem tratamento distinto aos danos à honra, reputação e privacidade. No direito alemão, a honra, reputação e privacidade gozam de ampla proteção, o que resulta da combinação de disposições do BGB e do art. 1.2, da Lei Fundamental de Bonn. No direito francês, embora não se verifica o desenvolvimento de um direito geral da personalidade, estes

direitos encontram amparo no art. 9 e no art. 1240 do Código Civil. No *common law*, tais modalidades são tuteladas por duas espécies de *torts*: pela *defamation*, que compreende a *tort of libel* e a *tort of slander*, e pela *invasions of the right of privacy*. Ademais, as duas tradições conferem tratamento distinto quanto à reparação dessas espécies de dano. No direito continental, se reconhece, em geral, o direito da vítima ao desagravo e à indenização, no direito inglês a vítima da difamação tem direito apenas à indenização.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1 e 2.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLEMING, John G. *The Law of Torts*. 8. ed. Austrália: The Law Book Company Limited, 1992.

GLANNON, Joseph W. *The Law of Torts*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2005.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade Civil. De um Direito dos Danos a um Direito das Condutas Lesivas*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LIMPENS, Jean. Liability for One's Own Act. Torts. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI. Tübingen: Mohr Siebeck, 1979.

LORENZETTI, Ricardo Luis. El daño a la persona. *Revista Jurídica Argentina. Responsabilidade Civil: Doutrinas Esenciales. Parte General*. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. II.

MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. With a Foreword by Walter Odersky. A Comparative Treatise*. 4. ed. Portland: Hart Publishing, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 789, julho de 2001.

MCGREGOR, Harvey. Personal Injury and Death. Torts. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI. Tübingen: Mohr Siebeck, 1972.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. *Responsabilidade Civil da Imprensa por Dano à Honra*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo. Principais problemas dos conceitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo (org.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. El daño fundo en la dimensión del hombre en su concreta realidade. *Revista de Derecho Privado y Comunitário: daños a la persona*, Santa Fé, Argentina, v. 1, 1995.

OLLIER, Pierre-Dominique. Various Damages. Torts. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI. Tübingen: Mohr Siebeck, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Tomo LIII e LIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; SILVA, Rafael Peteffi da. 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. p. 29. Disponível em: <<http://civilistica.com/dano-reflexo-ou-por-ricochete-e-lesao-a-saude>>.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 667, p. 7-16, maio 1991.

SACCO, Rodolfo. *Introdução do Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

TUNC, André. Introduction. Torts. In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XI. Tübingen: Mohr Siebeck, 1974.

VINEY, Geneviève. *Introduction à la resonsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2011.

