

A (IN) TRANSMISSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL CAUSA MORTIS

DARIANE SAUSEN¹; ALEXANDRE FERNANDES GASTAL²

¹Universidade Federal de Pelotas, Curso de Direito – dari_sn@yahoo.com.br

²Universidade Federal de Pelotas, Faculdade de Direito - alexandregastal@via-rs.net

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido para a presente pesquisa refere-se à possibilidade da transmissão *causa mortis* do direito à indenização do dano moral, ou seja, o direito da sucessão à reparação pelo dano causado ao falecido.

O dano moral, em curtas palavras, pode ser definido como a violação a direitos personalíssimos do indivíduo, sem diminuição patrimonial, capaz de resultar em abalo psíquico significativo na vida da vítima.

Por ser um direito personalíssimo, ele é inseparável da pessoa, está a ela ligado desde o momento em que nasce até sua morte.

Apesar disso, a reparação pelo dano moral sofrido é pecuniária, considerando a impossibilidade de se retornar ao *status quo ante*, o legislador achou apropriado que a reparação se desse em dinheiro, proporcionando bem estar ao ofendido.

Por se tratar de um direito personalíssimo e de uma reparação pecuniária, surge na doutrina e na jurisprudência a divergência acerca da possibilidade da transmissão desse direito à sucessão em caso de morte do ofendido.

Neste sentido, existem três posicionamentos a respeito do tema. De um lado está a corrente que defende a transmissibilidade; de outro estão os defensores da intransmissibilidade do dano moral, considerando o seu caráter personalíssimo e a previsão, no Código Civil, de que direitos de tal natureza são intransmissíveis e numa posição intermediária, a posição que defende a transmissibilidade condicionada à propositura da ação pelo falecido.

Em defesa da intransmissibilidade do dano moral, pode-se mencionar, o posicionamento adotado por STOCO(2011), que entende que os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, sendo o respectivo crédito indenizatório inerente à pessoa, por isso, não pode subsistir sozinho.

De forma contrária está o entendimento de CAVALIERI FILHO(2009), que argumenta que na verdade não se transmite o dano, mas sim a sua indenização. A vítima só pode sofrer o dano enquanto viva, e por ser personalíssimo, sem dúvida se extingue com a morte. No entanto, o que se extingue com a morte é a personalidade e não o fato jurídico ocorrido, nem o direito à sua indenização. A obrigação de indenizar nasceria no momento em que ocorre o dano, em que o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Este momento seria o mesmo do dano patrimonial, e, portanto, não haveria distinção entre o dano moral e patrimonial neste aspecto.

Adotando um posicionamento intermediário está RIZZARDO(2009), a afirmar que não podem os herdeiros demandar a reparação pela dor sofrida pelo ofendido, pois inerente à sua personalidade e dependente da sua iniciativa. Portanto, apesar de ser devida a reparação na visão dos herdeiros, poderia não ser na ideia do ofendido. Se o *de cuius* não pretendeu a reparação pelo mal sofrido, nada existe

para ser transmitido. Unicamente se já exercido o direito, ou promovida a competente lide, operando-se a sucessão hereditária, porquanto concretizada a expectativa do direito. Não existe, no ponto, a incidência do artigo 943, do Código Civil, no qual o direito de exigir a reparação e obrigação de prestá-la transmite-se à herança. Portanto, sendo subjetivo o conceito de ofensa moral, não se dá a transmissão se não manifestado o direito à reparação.

Assim, a presente pesquisa pretende analisar qual dos posicionamentos melhor aborda e soluciona esta questão, demonstrando qual corrente tem sido adotada pelos Tribunais do nosso estado e do nosso país.

2. METODOLOGIA

Nesta pesquisa foi utilizada a metodologia dialética discursiva, pela qual analisamos os debates entre os discursos que defendem cada um dos posicionamentos acerca da transmissibilidade do dano moral *causa mortis*. Os materiais analisados foram fontes primárias, livros e artigos acerca do dano moral e da responsabilidade civil, bem como fontes secundárias, jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que enfrentam tais questões.

Cabe também destacar que se buscou auxílio na pesquisa quantitativa, após ser realizada a análise qualitativa dos julgados em segundo grau, foram feitas análises quantitativas para conhecer o posicionamento adotado pelo TJRS e suas câmaras, assim como do STJ.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Primeiramente foram analisados os argumentos a favor da intransmissibilidade do dano moral. Esta corrente invoca os seguintes argumentos: o caráter do dano moral é personalíssimo, sendo inerente à pessoa, não podendo ser transmitido a terceiros (STOCCO, 2009); que a vedação da transmissibilidade do dano moral está expressa no Código Civil de 2002, em seu artigo 11, que veda a transmissibilidade dos direitos personalíssimos (DUARTE, 2010); por fim, que o dano moral possui duplo caráter, compensatório e punitivo, tendo sofrido o dano moral pessoa falecida, não é válido compensar a dor à pessoa alheia (ANDRIGHI, 2001)¹, desse modo veda o artigo 6º do Código de Processo Civil, prevendo que é proibido pleitear direito alheio.

No entanto, a corrente da transmissibilidade condicionada, que entende necessária para a transmissão da indenização do dano moral a propositura da ação pelo falecido, traz as seguintes alegações: que não é possível presumir o porquê de a vítima não ter proposto a ação, se por desistência, se por ter perdoado a vítima, ou por não ter sofrido dano algum (ANDRADE, 2008). Afirmam que o dano moral, como direito material teria caráter personalíssimo, pertencendo apenas ao ofendido, mas que após a propositura da ação, a expectativa pecuniária da reparação integraria a

¹Decisão proferida pela Ministra Nancy Andrichi no Recurso especial. Processual civil. Acórdão. Omissão. Invalidez. Inexistência. Divergência jurisprudencial. Comprovação. Dano moral. Ação de indenização. Herdeiros da vítima. Legitimidade ativa ad causam. Inexistência de invalidade do acórdão recorrido, o qual, de forma clara e precisa, pronunciou-se acerca dos fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada. Não se conhece o Recurso Especial pela divergência se inexistente a confrontação analítica dos julgados. Na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam. (Recurso Especial nº302029 – RJ, Terceira Turma, Ministra Relatora Nancy Andrichi, 29/05/2001.)

herança, passando a ter caráter patrimonial, por isso, neste momento seria transmissível (RIZZARDO, 2009).

Por fim, os argumentos trazidos pela corrente da transmissibilidade incondicionada se resumem ao caráter pecuniário da reparação; ao fato de que o dever de reparar nasce no momento da ocorrência do fato jurídico, resultante no dano moral (CAVALIERI FILHO, 2009); à circunstância de que o direito de requerer a reparação pertence ao espólio, conforme artigo 943, do Código Civil, e este, ao postular a reparação dos danos morais, apenas busca a satisfação de crédito do *de cuius* (MATIELLO, 2011).

Na pesquisa quantitativa, foram encontrados 43 acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tratando do assunto. De uma forma geral, o TJRS tem adotado majoritariamente, em 41,46% de suas decisões, a corrente da transmissibilidade condicionada, sendo que 31,70% dos casos foram a favor da intransmissibilidade e 26,82% decidiram em favor da transmissibilidade incondicionada.

Analisando por períodos, pode-se dizer que antes de 2003 o TJRS proferiu pouquíssimas decisões em favor da transmissibilidade incondicionada. Na maioria delas as decisões eram filiadas à corrente da intransmissibilidade. Entre 2003 e 2009 foi à fase em que o Tribunal passou por grandes divergências a respeito do tema, passando a aceitar mais as correntes da transmissibilidade. Após 2009, pode-se perceber que praticamente todas as decisões foram a favor da transmissibilidade incondicionada.

O Supremo Tribunal de Justiça tem seu entendimento pacificado no sentido da transmissibilidade incondicionada, entendem que a reparação é pecuniária, por isso transmissível.

4. CONCLUSÕES

Analisados os argumentos trazidos pelas três correntes, a que melhor analisa a questão é a que defende a transmissibilidade condicionada, pois o direito material é claro ao determinar o caráter personalíssimo do dano moral e, por isso, conforme dispõe o artigo 11, do Código Civil, é intransmissível.

Ocorrendo a propositura da ação pelo ofendido, este terá demonstrado a intenção de ver sua dor recompensada, mostrando-se adequada à substituição do *de cuius* pela sua sucessão, já que, caso a morte ocorresse após o recebimento da indenização pelo ofendido, tal valor integraria a herança do espólio. Neste caso, estar-se-ia prosseguindo no direito de ação exercido pelo ofendido.

Ademais, tendo a vítima proposto a ação, a expectativa acerca da reparação pecuniária estará inserida na herança, podendo até ser considerada a ideia de que o ofendido possa ter contraído dívidas almejando o dinheiro da reparação. Neste caso os sucessores terão sua herança prejudicada, caso a reparação não venha a ocorrer, enquadrando-se, então, nas possibilidades trazidas pelo artigo 943, do CC.

Portanto, a corrente da transmissibilidade condicionada se mostra adequada e útil para solução da questão, levando em conta a intenção do ofendido, sem ter o escopo de punir discriminadamente o ofensor.

Isso posto, o entendimento, de uma forma geral, do TJRS é o mais qualificado para solucionar a questão da transmissibilidade do dano moral *causa mortis*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Correa. **A Transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral**. 2008. Acessado em 04 abr 13. Online. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=51a433d0-670f-4e95-8b1d-e71289d3f83f>.

BRASIL. Jurisprudência. Acesso em: 10 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>.

_____. Jurisprudência. Acessado em 10 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/>.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. vol II. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MATIELO, Fabrício Zamproga. **Código Civil Comentado**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5 ed. São Paulo: LTr, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.