

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

FERNANDO YUJI MARUBAYASHI

DANO MORAL:

uma análise sobre a transmissibilidade *mortis causa* do direito de indenização dele decorrente

BRASÍLIA

2013

FERNANDO YUJI MARUBAYASHI

DANO MORAL:

Uma análise sobre a transmissibilidade *mortis causa* do direito de indenização dele decorrente

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler Annes

BRASÍLIA

2013

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por tudo; à minha família, em especial aos meus pais e irmão, pelo apoio que me deram todo este tempo; aos amigos por me ajudarem nos momentos difíceis e; aos professores do UniCEUB, pela amizade e convivência por todos estes anos, especialmente ao professor Winckler, pela paciência que teve comigo e indispensável orientação que possibilitou na conclusão deste trabalho.

“A moralidade é a melhor de todas as regras para orientar a humanidade.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO

As ações de indenização por danos morais vêm se tornando cada vez mais comuns. Com o crescente número de ações desta natureza começam a surgir diversos problemas que devem ser resolvidos, entre eles, a possibilidade ou não de se transmitir o direito de indenização decorrente do dano moral, que é o objeto de estudo do presente trabalho de conclusão de curso. Para tanto, serão analisadas as principais correntes doutrinárias que tratam sobre o tema, com a finalidade de encontrar a melhor corrente a ser aplicada atualmente, ressaltando na análise a importante diferença entre o dano moral em si e o direito de indenização dele decorrente. Sendo este transmissível como direito patrimonial e aquele intransmissível por natureza.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Danos Morais. Direito à indenização. Transmissibilidade *mortis causa*. Intransmissibilidade.

ABSTRACT

Indemnities due to moral damages have become more common. With the increase of actions of this nature, various new problems emerge which need to be solved, such as the possibility or lack thereof to transmit the indemnification right due to moral damages, which is the object of study of this graduate course treatises. For such, the main doctrines about this subject will be analyzed so as to find the best one to be applied. During the analysis an important emphasis regarding the difference between the moral damage itself and the right to indemnification caused by it will be stressed. The first is transmissible as patrimonial right, while the second is not transmissible due to its nature.

Keywords: Civil Law. Civil Responsibility. Moral Damages. Indemnification Right. Transmissible mortis causa. Non-Transferability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1 Evolução	9
1.2 Conceito.....	13
1.3 Pressupostos	15
1.4 Dano moral	23
2 CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE TRANSMISSIBILIDADE <i>MORTIS CAUSA</i> DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.....	26
2.1 Intransmissibilidade.....	27
2.2 Transmissibilidade condicionada	30
2.3 Transmissibilidade incondicionada	32
3 ANÁLISE ACERCA DA TRANSMISSIBILIDADE <i>MORTIS CAUSA</i> DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL	36
3.1 A transmissibilidade no âmbito do STJ.....	36
3.2 Melhor corrente doutrinária a ser adotada nos dias atuais.....	41
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de responsabilidade civil, uma importante área do Direito Civil. Entretanto, o objeto de estudo do tema se limita apenas quanto à possibilidade de se transmitir o direito de indenização quando a pessoa que sofreu os danos morais vem a falecer, seja no transcurso do processo ou não. Em outras palavras, busca verificar se os herdeiros possuem legitimidade ativa para ingressarem com a ação de indenização caso a vítima venha a falecer sem tê-la proposto, ou se podem suceder a vítima por meio da substituição processual, caso venha a falecer após ter ajuizado a ação.

O tema em questão é de suma importância aos operadores do direito e à sociedade. Aos primeiros em virtude da fundamentação apresentada para o tema proposto, concluindo pela corrente doutrinária que seja a mais adequada a ser aplicada atualmente na vigência do ordenamento jurídico brasileiro. Aos últimos, em razão do crescente número de ações ajuizadas por danos morais, há cada vez mais divergências nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário, o que acaba gerando insegurança jurídica.

O foco da discussão a ser apresentada se restringe apenas quanto à análise doutrinária e jurisprudencial - no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - sobre a possibilidade ou não de se transmitir o direito de indenização por dano moral no caso de morte do titular do direito, isto é, se os herdeiros possuem legitimidade para ajuizarem ação de indenização por danos morais em nome do *de cujus*, ou substituí-lo processualmente quando já proposta a ação por ele enquanto vivo, buscando a melhor solução de acordo com o atual ordenamento jurídico.

O presente trabalho será desenvolvido em três capítulos. Inicialmente, será exposto o assunto sobre responsabilidade civil e, em seus sub-tópicos serão abordados: a evolução da responsabilidade civil, seus conceitos, pressupostos e especificamente sobre os danos morais, pois se não houver responsabilidade civil em razão de danos morais, não existe obrigação de reparar aquele dano ou o direito de exigí-lo e, conseqüentemente, não há que se falar em transmissão do direito de indenização por danos morais.

No segundo capítulo serão apresentadas as principais correntes doutrinárias sobre a transmissibilidade do direito de indenização por danos morais, quais sejam:

a) intransmissibilidade; b) transmissibilidade condicionada e; c) transmissibilidade (sem condições) ou incondicionada.

No último capítulo será realizada uma análise sobre as correntes doutrinárias supracitadas, apresentando a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, através da metodologia de pesquisa dogmática instrumental na perspectiva dedutiva, buscar reconhecer qual a melhor corrente doutrinária a ser aplicada atualmente.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Em linhas introdutórias convém dizer que a responsabilidade civil contemporânea encontra-se num alto grau de desenvolvimento. O fundamento jurídico do instituto pode ser observado em diversos dispositivos de lei. No entanto, há de se observar que no passado, a responsabilização ocorria independentemente de fundamento jurídico. Sendo assim, passa-se à análise dos registros históricos sobre a responsabilidade civil ao longo dos anos.

1.1 Evolução

A questão da responsabilidade civil assenta-se sobre um fator preponderante na vida do ser humano, a dependência da vida em sociedade. Ora, se o homem não fosse o ser social que é, e vivesse em total isolamento, não haveria conflitos, assim como jamais se veria a necessidade da responsabilização de determinada pessoa quando esta viesse a causar dano a outrem.

Por esse raciocínio, pode-se dizer que o conflito entre pessoas é algo antigo e, fatalmente o ser humano de longe tem trabalhado a questão da reparação do dano, bem como a responsabilização como fundamento do dever de reparar o dano. Sendo assim, pontuemos o desenvolvimento do instituto em estudo conforme se segue.

Historicamente, na origem das antigas civilizações, independentemente de culpa, quando um indivíduo causava dano a outrem, o ofendido reagia imediatamente de forma brutal, devolvia o mal suportado com mal.¹

Naquela época, o direito ainda não regia as relações entre os indivíduos, ao contrário, imperava a vingança privada, “[...] forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”².

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.24.

² LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

O Direito Romano, então, intervém na sociedade e regulamenta a vingança, permitindo-a ou não, de acordo com a justificativa, é a pena de Talião, expressada pela máxima “olho por olho, dente por dente”, da qual se verificam vestígios na Lei das XII Tábuas.³

Dessa forma arcaica de responsabilidade, evoluiu-se à composição voluntária, em que a vítima, podendo transigir, fazia um acordo com o ofensor, na qual recebia uma indenização pelo dano sofrido (*poena*), ou seja, uma quantia em pecúnia ou objetos, existindo, portanto, como modo de restituição do dano suportado pelo ofendido.⁴

Em um momento posterior, o Estado proíbe o ofendido de se vingar de seu ofensor. A composição deixa de ser voluntária, passa a ser forçada e, além disso, com uma reparação do ofensor, tarifada, pelo dano causado. É nessa época que o ofensor, então, se vê obrigado a pagar uma quantia por membro danificado, pela morte de um escravo ou de um homem livre, sobrevivendo, assim, as mais diversas e exóticas tarifações.⁵

Observa Carlos Roberto Gonçalves, que a distinção entre:

“[...] a ‘pena’ e a ‘reparação’, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima.

O estado assumiu assim, só ele, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização.”⁶

A Lei Aquilia, representou uma grande evolução para o Direito Romano, nesse sentido, aduz Sílvio de Salvo Venosa que:

“[...] a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da reponsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10.

⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

⁶ Idem.

ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual.”⁷

Era constituída em três capítulos. O primeiro estabelecia regras sobre a morte de escravos ou semoventes que pastavam em rebanho, o segundo abordava a questão da lesão entre credores principal e acessório, especificamente quanto ao dano causado pelo credor acessório ao principal, sendo que nesse caso, o credor acessório suportaria a dívida, tendo em vista que esta seria abatida ao credor principal. O terceiro e último capítulo regulava o *damnum injuria datum*, que consistia na destruição ou deterioração da coisa de outrem por ação que tivesse atingido coisa material ou imaterial, sem justificativa legal. Sem dúvida, é a parte mais importante e a que mais interessa para entender a evolução da responsabilidade civil, pois, os pretores, ao aplicarem a lei de forma extensiva, possibilitaram a construção de uma autêntica doutrina romana da responsabilidade extracontratual.⁸

Questão controvertida é se a Lei Aquília inseriu a culpa como elemento básico ao direito de reparação do dano suportado pelo ofendido. A doutrina majoritária entende que a *Lex Aquilia* haveria introduzido a culpa como requisito indispensável, sem a qual não formava ato ilícito. No entanto, há quem sustenta opinião contrária, afirmando que a culpa não fora introduzida como elemento indispensável, mas, paulatinamente, por força de interpretação, de acordo com as necessidades sociais.⁹

Tal discussão tem interesse apenas sobre fundamentos históricos, ou seja, não influi em questões sobre a responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

De todo modo, é indiscutível, que foi no direito romano que ocorreu a evolução da responsabilidade extracontratual, a intenção de inserir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito rudimentar, extraindo-se do direito a ideia de pena e empregando em seu lugar, a reparação do dano suportado.¹⁰

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004, vol . 4, p. 22.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

¹⁰ *Ibidem*, p. 26.

Posteriormente, como observa Carlos Roberto Gonçalves, o direito francês:

“[...] aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românicas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonado o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência em outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.”¹¹

No Brasil, o Código Civil de 2002, adotou a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, a demonstração do dolo ou culpa como elemento indispensável para caracterizar a responsabilidade civil do indivíduo, sendo que, por exemplo, os artigos 936 e 938 do Código Civil, que tratam do dever do dono do animal de ressarcir os danos por este causado e a responsabilidade da pessoa que habita em prédio, deixando objetos caírem ou serem lançados de lugar indevido, assumem, respectivamente, a culpa presumida e a responsabilidade objetiva.

O Código Civil de 2002 permite que seja aplicada a responsabilidade civil objetiva ou responsabilidade sem culpa, nos casos em que a lei estabelecer ou quando a atividade desenvolvida pelo causador do dano envolver riscos, ou seja, a demonstração do elemento subjetivo culpa é dispensada, bastando, apenas, a vítima provar o dano e o nexo causal.

Nesse sentido, dispõe o Parágrafo Único do Artigo 927 do Código Civil de 2002, que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”¹²

Não obstante em alguns casos a aplicação da responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa, prevalece o entendimento de que a regra geral no Brasil é da responsabilidade civil subjetiva.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

¹² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 ago 2012.

1.2 Conceito

Tendo em vista sua amplitude e interdisciplinaridade com outros ramos do direito, pode-se dizer que a responsabilidade civil é uma matéria complexa. Além disso, difícil é a missão de se chegar a um conceito, pois “[...] toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade.”¹³

Nesse trilhar, observa-se que a responsabilidade tem sua raiz no latim *spondeo*, significa dizer que o devedor estava vinculado aos contratos verbais do direito romano, no que diz respeito à questão da responsabilização.¹⁴ No entanto, tal apontamento não é suficiente para conceituar responsabilidade, nem tampouco, nos tempos atuais, atribuir ao responsável o dever de reparar o dano.

A responsabilidade civil tem por objeto regular as relações interpessoais, estabelecendo que o sujeito causador do dano, deve repará-lo à vítima, tornando-a, na medida do possível, em seu estado *quo ante*, e, assim, reestabelecer o equilíbrio entre as partes, buscando a paz social.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, violar um dever jurídico caracteriza o ilícito, que geralmente causa dano a outrem, gerando, então, o dever de repará-lo. Há, portanto, dois deveres jurídicos, quais sejam: o originário ou primitivo e o sucessivo ou secundário. Sendo o primeiro violado, dá causa ao segundo, gerando “[...] um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.”¹⁵

Apenas para ilustrar o que foi dito, imagine que todos têm a obrigação legal de não lesar o patrimônio de outrem, ou seja, neste caso, o dever jurídico originário é uma obrigação de não causar o dano ao patrimônio do outra pessoa. Logo, se uma pessoa, dolosa ou culposamente, causar um dano ao patrimônio de outrem, nasce o dever jurídico sucessivo, que é o dever de reparar o dano.

¹³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 03.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 33.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 26.

Desta forma, pode-se inferir, que o dever jurídico originário, é a obrigação adquirida por um indivíduo de praticar ou deixar de praticar determinado ato, seja ela legal ou contratual, que se descumprida causa dano a outrem.

Destarte, haverá responsabilidade civil, sempre quando houver um dever jurídico originário violado, isto é, a pessoa que violar um dever jurídico originário, será responsável por reparar o dano causado.

Conclui Sérgio Cavalieri Filho, que “Daí ser possível dizer que, toda a conduta humana que violando o dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.”¹⁶

Ademais, o sujeito passivo ao sofrer um dano causado por uma violação do direito originário, tem o direito de ser reparado, integralmente, de acordo com seu prejuízo, de forma que, na medida do possível, se reestabeleça a sua condição anterior, pois como bem observa Maria Helena Diniz, na era contemporânea, domina a responsabilidade civil, o princípio da:

“[...] *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.”¹⁷

Também, convém expor o conceito de responsabilidade civil apresentado por Rui Stoco, no qual assevera que “[...] pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistentes de não lesionar (*neminem ledere*) implícito ou expresso em lei.”¹⁸

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p.26.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 7.

¹⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil . Com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 120.

E, por fim, o entendimento de Maria Helena Diniz:

“Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”¹⁹

1.3 Pressupostos

Após analisar o conceito de responsabilidade civil, faz-se imperioso uma análise aos pressupostos para sua existência considerando a legislação brasileira atual. Basicamente, quatro são os pressupostos para que haja responsabilidade civil na teoria subjetiva: conduta humana (ação ou omissão), dano, a culpa e o nexa causal.

Tais pressupostos podem ser extraídos de três principais artigos do Código Civil Brasileiro de 2002 que tratam da responsabilidade civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”²⁰

A conduta humana é o primeiro elemento que deve ser examinado para determinar a responsabilidade civil. Não há que se falar em responsabilidade civil dos fatos provenientes da natureza, mesmo que cause dano, pois somente a conduta humana que produz consequência no mundo jurídico pode gerar obrigação de indenizar. Nesse sentido, Sérgio

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 34.

²⁰ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 11 set 2012.

Cavaliere Filho, descreve a conduta como “[...] o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas.”²¹

A conduta humana pode ser positiva (ação) ou negativa (omissão). A primeira “traduz pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho”²². A segunda ocorre pela inobservância de uma ação, ou seja, havia a obrigação de agir e não o fez.

Em outras palavras, a ação, em sentido estrito, é a prática de um ato humano que não deveria ser cometido.²³ Enquanto a omissão, seu oposto, vem a ser a inobservância de um ato que deveria ter sido praticado.

Sílvio Rodrigues, afirma que “a responsabilidade do agente pode defluir do ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste.”²⁴

Entretanto, o estudo será focado na responsabilidade direta, no qual sustenta Sérgio Cavaliere Filho, que em regra, “só responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria.”²⁵

A responsabilidade civil é gerada a partir de uma conduta humana, na qual, em regra, deve ser voluntária e ilícita. Destarte, Sílvio de Salvo Venosa, leciona que o ato de vontade:

“[...] no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário em que transgride um dever.”²⁶

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 43.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 38.

²⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4, p.14-15.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 44.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004, vol . 4, p. 26.

Por fim, pode-se afirmar que “não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica”²⁷

Outro elemento é o dano, indispensável para caracterizar a responsabilidade civil, pois sem este elemento, não há que se falar em indenização ou ressarcimento e, por consequência, não há responsabilidade.

Para que haja responsabilidade civil, tanto na teoria da responsabilidade objetiva quanto na subjetiva, deve estar configurada a existência do dano. Ademais, existe responsabilidade sem que haja culpa, mas nunca sem dano.

Sérgio Cavalieri Filho afirma que “[...] o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano”²⁸, ou seja, sem dano, é possível haver responsabilidade penal, mas não responsabilidade civil.

A partir do artigo que 944 do Código Civil de 2002 que preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, pode-se inferir que, se não houve dano, não há o que se indenizar.

Ora, se houvesse indenização sem dano, ocorreria enriquecimento ilícito; a pessoa que recebesse a indenização estaria diante de um enriquecimento sem causa, enquanto que quem pagasse, estaria sendo apenado, pois o propósito da indenização na responsabilidade civil é reparar o dano suportado pela vítima, restabelecendo-a em seu estado anterior ao dano causado pelo ofensor.²⁹

Ademais, Sérgio Cavalieri Filho conceitua o dano como sendo:

“[...] a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto

²⁷ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil . Com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 131.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 90.

²⁹ Idem.

patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.”³⁰

O dano pode ser moral ou patrimonial. O dano moral, que será estudado no próximo capítulo, chamado também de não patrimonial, é o que afeta o estado psíquico, intelectual, moral, honra, imagem, ou seja, atributos da personalidade da vítima em geral. Enquanto o dano patrimonial é uma lesão concreta, em que atinge um interesse concernente ao patrimônio do ofendido, deteriorando, total ou parcialmente, os bens materiais a ele pertencentes, podendo ser avaliado em dinheiro e indenizado pelo agente causador do dano.³¹

O dano patrimonial deve ser indenizado pelos danos emergentes, isto é, o quanto de fato foi dilapidado do patrimônio da vítima e os lucros cessantes, que representam o que o ofendido deixou de ganhar por ter seu patrimônio danificado, ou seja, é uma projeção futura do quanto se deixou de ganhar.³²

Há quem entenda que pode haver o dano estético, e ainda ser cumulado com a reparação por dano moral. Maria Helena Diniz, diz que:

“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeioamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.”³³

Ainda em relação aos elementos, como já mencionado anteriormente, é importante ressaltar que o Código Civil de 2002 adotou, em regra, a teoria da responsabilidade subjetiva, isto é, para que haja responsabilidade civil, neste caso, não basta apenas a demonstração da conduta danosa e o nexo causal, a vítima deverá ainda, provar que houve culpa do agente infrator.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 90.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 62.

³² STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil . Com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 129-130.

³³ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.73

De outra parte, há responsabilidade civil sem culpa, chamada também de responsabilidade civil objetiva, que só pode ser aplicada nos casos em que a lei estabelecer ou quando a atividade desenvolvida pelo causador do dano envolver riscos. Para que se caracterize a responsabilidade civil objetiva, é necessário apenas a demonstração da conduta humana (ação/omissão), o dano e o nexo causal.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tendo em vista a existência da responsabilidade objetiva, a culpa não é elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil, mas apenas um elemento accidental. Expõem que a culpa em sentido lato não é “em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva)”³⁴

Entretanto, este entendimento não parece o mais correto, pois a responsabilidade objetiva é ainda uma exceção à responsabilidade subjetiva. O simples fato da existência da responsabilidade objetiva, que faz com que a culpa deixe, de fato, ser um elemento essencial para caracterização da responsabilidade, mas não a torna um mero elemento accidental para caracterização da responsabilidade civil, visto que a responsabilidade subjetiva é, ainda, a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Verifica-se a culpa no artigo 186 do Código Civil que reza: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A culpa *lato sensu* abrange o dolo (ação ou omissão voluntária), que é a infração proposital de um dever jurídico, e a culpa *stricto sensu*, determinada pela imprudência, imperícia ou negligência, sem qualquer vontade de infringir um dever.³⁵

Há dolo quando o agente pratica uma ação ou omissão voluntária, visando causar um dano. Nesse sentido, Sílvio Rodrigues diz que o dolo “[...] se caracteriza pela ação

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28-29.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 40.

ou omissão do agente, que, antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso.”³⁶

Sérgio Cavalieri Filho conceitua a culpa como sendo “[...] conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção e um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”³⁷

Alvino Lima entende que a culpa é “[...] um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.”³⁸

Quanto às modalidades, a culpa pode ser: *in elegendo*, decorrente de uma escolha ruim de seu representante; *in vigilando*, ocorre da falta de fiscalização da pessoa que o agente representa ou é responsável; *in custodiendo*, é a culpa que sucede da falta de diligência nos cuidados de um objeto ou animal; *in comittendo*, é a culpa decorrente de uma ação; e, por fim, a culpa *in omittendo*, que é a inobservância de um dever de agir.³⁹

No que tange às espécies, a culpa pode ser: grave, leve, ou levíssima. A primeira ocorre quando uma pessoa não prevê o que todas as outras conseguem prever, deixa de tomar os cuidados mais óbvios ou indispensáveis. A segunda, consiste em uma falta de atenção mais séria do que a exigida do homem médio. A última decorre de uma falta que só poderia ser evitada com extrema atenção.⁴⁰

Caio Mário da Silva Pereira, afirma que a culpa é unitária, apesar de que pode ocorrer de várias modalidades. Todavia, não passam de meras formas que podem se caracterizar a violação de um dever jurídico preexistente. Não faz diferença se a norma preexistente é:

“[...] geral, contida na lei, ou é a particular, consignada no contrato. Legal ou contratual, é uma norma de conduta, e sua violação importa comportamento

³⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4, p.147.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 55.

³⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 69.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 321.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 319.

culposo. Os dois aspectos da responsabilidade (contratual e extracontratual) não implica diversificação conceitual da culpa [...]”.⁴¹

O nexu causal, por fim, é a ligação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima. É elemento indispensável para gerar a responsabilidade civil, seja ela responsabilidade subjetiva ou objetiva, uma vez que inexistindo a relação de causalidade, não há que se falar em obrigação de indenizar.

A discussão concernente ao nexu causal ocorre sobre estudo das concausas, que podem ser simultâneas ou sucessivas. As primeiras podem ser identificadas por um único dano decorrente de mais de uma causa. É a possibilidade de um dano ser imputado a mais de uma pessoa. No entanto, a real dificuldade está em examinar as concausas sucessivas.

Nesse sentido, três são as principais teorias formuladas a fim de apresentar uma solução para a questão: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos.⁴²

Para a teoria da equivalência das condições, todas as circunstâncias que tenham contribuído para gerar um dano, são reputadas como causa. Destarte, se eliminando mentalmente uma condição, e ainda o resultado existir, esta condição não será a causa do resultado. Mas, se eliminada esta condição e o resultado desaparecer, então a condição é causa do resultado.⁴³

Nesse sentido, não há uma ponderação entre as condições na sequência dos fatos, pois elas se igualam. Uma das críticas a esta teoria é, v.g., se uma pessoa mata a outra, poderia ser considerada como responsável, desde o fabricante da pólvora da munição utilizada, até o homicida, gerando, assim, incontáveis responsáveis pelo evento danoso.

A teoria da causalidade adequada considera como causa o antecedente necessário e adequado para gerar o resultado. O problema está em identificar, entre tantas, qual é a condição que será a adequada. Para tanto, considera-se adequada a que pelo

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351.

⁴³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 146.

conhecimento prático comum, for a mais idônea possível para produzir o resultado, neste caso, o julgador deve retroceder à época da conduta, colocar-se no lugar da pessoa, e com fundamento nas leis naturais, assim como na realidade que se encontrava a pessoa e, então, expressar seu juízo de valor acerca da idoneidade das condições.⁴⁴

Por último, a teoria dos danos diretos e imediatos, é uma espécie de mistura entre as duas anteriores, o meio-termo entre elas. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, esta teoria requer que exista entre a conduta e o dano:

“[...] uma relação de causa e efeito direta e imediata. É indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução.”⁴⁵

De todas as teorias acerca do nexos causal, o Código Civil de 2002 em seu artigo 403, evidentemente adotou esta teoria, ao dispor que: “Art. 403 Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”

Se uma pessoa, por exemplo, é vítima de um acidente de trânsito no momento que se deslocava ao aeroporto para fazer uma viagem de negócios, é possível responsabilizar a pessoa culpada pelo acidente, pelos prejuízos que decorrerem direta e imediatamente do acidente, como as despesas com os danos ao veículo, médico, hospital, assim como, os lucros cessantes dos dias de trabalho perdidos. No entanto, não poderia proceder com a cobrança dos danos remotos, relativos aos possíveis lucros que poderia obtido, se tivesse realizado uma viagem e fechado os negócios pretendidos. Estes danos, apesar de filiados a conduta do agente culpado, estão muito longe dele e podem ter diferentes causas.⁴⁶

Não obstante esta teoria ser a que melhor se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro, não é capaz de resolver todos os problemas práticos que aparecem no cotidiano.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 69.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 352.

⁴⁶ Idem.

Por fim, convém apresentar as principais causas excludentes do nexu causal, que quando presentes excluem a responsabilidade civil do agente, rompem a ligação entre a conduta do agente e o dano dela decorrente, são estas excludentes: o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

1.4 Dano moral

Viver em sociedade não é uma tarefa fácil. Onde diariamente as relações sociais ensejam em direitos e deveres, quer jurídicos ou morais, há constantemente a ocorrência de desgostos do cotidiano, alguns chegando a causar dores internas, dores psíquicas.

O dano moral é o prejuízo que afeta a vítima como pessoa, não causando dano em seu patrimônio material. É dano a um bem que compõe os direitos da personalidade, como, a dignidade, honra, imagem pessoal, intimidade, entre outros, como pode ser verificado no artigo 5º, incisos V e X e 1º, inciso I, da Constituição Federal.⁴⁷

Wilson Melo da Silva entende por dano moral a lesão suportada por uma pessoa em seu patrimônio ideal, que é o oposto de patrimônio material e que representa tudo o que não seja passível de valor econômico, ou seja, o dano moral nunca afeta o patrimônio material. Nesse sentido, para que se possa reconhecê-lo facilmente, “basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas sobretudo, para a natureza do prejuízo final”. Ademais, o dano moral seria, a título de exemplo, aquele advindo de ofensas ao decoro, à honra, à paz interior do indivíduo, à liberdade, vida, entre outros.⁴⁸

Tendo em vista o caráter extrapatrimonial do dano moral, é difícil a determinação de uma indenização justa pelo dano suportado, pois em muitos casos é a missão de indenizar o imensurável. Contudo, não será um mero dissabor do cotidiano que ocasionará a indenização.⁴⁹

Ademais, para que reste caracterizada a responsabilidade civil decorrente do dano moral, é necessário que os pressupostos da responsabilidade civil estejam presentes,

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

⁴⁸ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. P. 13-14.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004, vol . 4, p. 39.

como já mencionado, além do dano; a conduta humana (ação/omissão); o nexo causal entre a conduta e o dano; e a culpa, que pode ser dispensada no caso de responsabilidade civil objetiva.

Maria Helena Diniz entende que a reparação do dano moral possui dupla função, pois ao mesmo tempo pune o indivíduo causador do dano e compensa ou satisfaz a vítima em razão do dano suportado:

“[...] a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual, não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.”⁵⁰

Além disso, entende que os danos morais podem ser diretos ou indiretos. Os primeiros consistem em lesão a um interesse diretamente ligado a satisfação ou a fruição de um bem jurídico não-patrimonial incluído no direito da personalidade, e.g., a vida, liberdade, honra e outros, ou então, nos atributos da pessoa, como o nome, capacidade, e outros. Já os últimos, também são os danos causados a um bem extrapatrimonial, mas decorrentes de uma lesão a um bem patrimonial do ofendido.⁵¹

No que tange à legitimidade para propositura da ação de reparação por danos morais, em regra geral, aquele que suportou o dano diretamente, que sofreu pela conduta que o fez passar pela humilhação e constrangimento, é que possui a legitimidade para ajuizar a ação.

Nesse sentido, nos casos em que há prejudicados indiretos, isto é, quando o dano moral projeta-se de tal modo que vai além do dano causado à vítima direta, afetando

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 94.

⁵¹Ibidem, p. 83.

“[...] outros sujeitos vinculados a ela por laços afetivos”⁵², tais prejudicados estariam legitimados a propor, frise-se, em direito próprio, uma ação indenizatória a fim obter a reparação do dano moral suportado.

Entretanto, o foco da discussão a ser apresentada, não gravita sobre estes danos morais em que há prejudicados indiretos, mas sobre a possibilidade ou não, de se transmitir o direito de indenização por dano moral no caso de morte do titular do direito, isto é, se há possibilidade ou não de seus herdeiros ajuizarem ação de indenização por dano moral em nome do *de cuius*, ou substituí-lo processualmente quando já proposta a ação por ele enquanto vivo.

⁵² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. P. 468.

2. CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Em regra, os direitos são susceptíveis de transferência, contanto que não haja impedimento, não podendo ser transferidos os direitos relacionados à matéria de ordem pública e os personalíssimos.⁵³

No entanto, a discussão central quanto à possibilidade ou não de transmissão do direito de indenização por dano moral, gira, basicamente, em torno da natureza dessa transmissão, isto é, se o que se transmite é o direito de ação ou o direito personalíssimo.

A transmissão de um direito pode ocorrer *inter vivos* ou decorrer de *mortis causa*.

Entretanto, o objeto do nosso estudo é a transmissibilidade do direito de indenização por dano moral *mortis causa*.

Nesse sentido, Pontes de Miranda expõe três correntes doutrinárias quanto à transmissibilidade *mortis causa* da pretensão à indenização por dano moral:

“[...] a) intransmissibilidade, pelo menos para alguns fatos geradores de dever de indenizar; b) transmissibilidade, se por algum meio o titular do direito à indenização manifestou vontade de exercer a pretensão [...]; c) transmissibilidade em princípio, só sendo intransmissível a pretensão por *Lex specialis*.”⁵⁴

A fim de facilitar o entendimento acerca das correntes doutrinárias, adotaremos a nomenclatura dada por André de Andrade, ressaltando que cada letra apresentada corresponde às correntes doutrinárias supracitadas por Pontes de Miranda: a) transmissibilidade; b) transmissibilidade condicionada; c) transmissibilidade (sem condições)⁵⁵ ou transmissibilidade incondicionada.

⁵³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 249.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 22, p. 252.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. et al. *Transmissibilidade do direito de indenização do dano moral*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 381, p. 25-37, set./out. 2005, p. 25.

2.1 Intransmissibilidade

Para esta corrente doutrinária, não é possível se transmitir o direito de indenização advindo do dano moral, pois está intimamente ligado com os direitos personalíssimos: honra, imagem pessoal, dignidade, entre outros.

Nesse sentido, são atribuídas ao dano moral, as características dos direitos personalíssimos, que são, entre outras: “[...] a) inatos; b) essenciais e vitalícios; c) extrapatrimoniais; d) relativamente indisponíveis; e) irrenunciáveis; f) intransferíveis e inalienáveis; g) inexecutáveis, impenhoráveis e inexpropriáveis; h) imprecritíveis; i) oponíveis *erga omnes*.”⁵⁶

Dado o caráter eminentemente subjetivo do dano moral, jamais poderia ser transferido ativamente a terceiros, quer pela cessão comum, ou pelo direito hereditário.⁵⁷ Isso porque ao atingir e.g. a honra que é um direito personalíssimo e, assim, gerando o direito de indenização por dano moral, a este é atribuído também um caráter personalíssimo, não sendo possível sua transmissão aos herdeiros, mesmo que o *de cujus* já tivesse ajuizado a ação contra seu ofensor, pois desapareceria com a morte do titular do direito.

Ademais, caso ocorresse a transmissão do direito de indenização por dano moral, estaria violando a característica da intransmissibilidade do direito personalíssimo.

De outra parte, seria possível sua transmissão somente depois que o ofensor pagasse a indenização, uma vez que o valor incorporaria ao patrimônio da vítima.

Nesse sentido, Aparecida Amarante assevera que não é possível a transmissão do direito à honra, tanto *causa mortis* como *inter vivos*, senão vejamos:

“Por constituir-se a honra em um bem inerente à pessoa, este caráter não pode faltar. Ao contrário, se se admitisse a sua transferência da esfera jurídica de um indivíduo outro, haveria a desnaturação desse bem como direito personalíssimo e acarretaria um caos à integridade moral da pessoa, que dela necessita para desenvolver-se completamente na esfera social e

⁵⁶ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 1614.

⁵⁷ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 648.

individual. Portanto, o direito à honra é intransmissível inter-vivos e por ato *causa mortis*”⁵⁸

Outrossim, Rui Stoco entende que não é admissível a transmissibilidade e a legitimação de terceira pessoa quanto à pretensão de reparação por ofensa moral, tanto do direito em reclamar em favor próprio direito de outrem, como do direito de ação por meio da substituição processual, como costuma acontecer quando o titular do direito falece depois de ajuizada a ação. Isso porque, a ofensa moral sempre se destina à pessoa enquanto portada de individualidade própria, sendo os danos morais ofensas à direitos personalíssimos, isto é, os direitos de uma pessoa acerca dela mesma. Destarte, estes direitos são “[...] prerrogativas subjetivas e predicamentos pessoais insuscetíveis de serem transmitidos a outra pessoa”, desaparecendo a personalidade com a morte do titular.⁵⁹

Ademais, explica Wilson Melo da Silva que não é possível a transmissão do direito de indenização *mortis causa*:

“Podem os terceiros compartilhar de minha dor, sentindo eles próprios, por eles mesmos, as mesmas angústias que eu. O que não se concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias, possam ser transferidas de mim para o terceiro.

Não existe, pois, o *jus haereditatis* relativamente aos danos morais, tal como acontece com os danos puramente patrimoniais.

A personalidade morre com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seu patrimônio. Só os bens materiais sobrevivem ao seu titular.”⁶⁰

O conceito de dano moral exclui tudo o que for relativo ao dano patrimonial, e, ainda, tendo em vista a dificuldade de quantificar o valor da indenização, possui um caráter compensatório, no qual, pode ser concedido apenas à própria vítima. Além disso, o maior fundamento para a intransmissibilidade do dano moral é o seu caráter personalíssimo, universalmente conhecido. Sendo que somente depois de recebido o valor da

⁵⁸ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 4. ed. rev. atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 141-142.

⁵⁹ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil. Com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 250

⁶⁰ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 649.

indenização e incorporado ao patrimônio financeiro do ofendido, seria possível considerar a tese da patrimonialização do dano moral.⁶¹

Como já mencionado anteriormente, Maria Helena Diniz afirma que o dano moral tem um caráter punitivo e um caráter compensatório. Neste caso, diferentemente do dano material, que possui a função reparadora, isto é, ressarcir o ofendido na extensão do dano causado, o dano moral possui a função de punir o ofensor e compensar a vítima pelo dano sofrido.⁶²

Por esta razão, há quem defenda que a ação de indenização por dano moral não possui um caráter patrimonial, uma vez que a compensação pelo dano suportado pela vítima, só por ela pode ser recebido e, deste modo, intransmissível a ação de indenização.

No mesmo raciocínio, a Ministra Relatora se pronunciou em seu voto, no REsp 302.029/RJ, sustentando que ao admitir a transmissão do direito de indenização por dano moral, não estaria considerando a função compensatória do dano moral, mas apenas privilegiando função punitiva do dano moral. Sustentando ainda, que se permitir tal transmissão, estaria também permitindo que se que negociasse com o dano moral, o que não se demonstra correto:

“[...] admitindo-se que, na ação de indenização por danos morais, os herdeiros da vítima detêm legitimidade ativa *ad causam*, estar-se-ia tão somente prestigiando o caráter penal da indenização, ao obrigar o agressor ao ressarcimento dos danos morais a despeito do falecimento da vítima.

Não se alcançaria, contudo, o efeito compensatório da indenização, tendo em vista que a prestação pecuniária não mais poderia proporcionar à vítima uma satisfação material e sentimental de forma a atenuar os danos morais sofridos.

[...] ao se permitir que aqueles que não sofreram qualquer dano moral, seja direto ou indireto, venham a pleitear indenização pelo simples caráter patrimonial desta, estar-se-á, em verdade, admitindo que se mercandeje com os danos morais, o que se revela inadmissível e reprovável.”⁶³

Nesse sentido, para Yussef Said Cahali, não há dúvida de que o entendimento da intransmissibilidade do dano moral é que deveria prevalecer, principalmente

⁶¹ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 94.

⁶³ BRASIL, STJ, Terceira Turma. REsp 302.029/RJ. Ementa [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 29/05/2001. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 nov 2012.

se considerada a finalidade da indenização reparadora concedida, que é uma forma de compensar ou diminuir a dor ou o sofrimento suportado pessoalmente pelo ofendido. Entretanto, afirma que há uma certa tendência no sentido de:

“[...] ‘patrimonializar’ o objetivo da condenação, atribuindo-lhe uma autonomia que a faz desvinculada de sua finalidade precípua, a permitir-lhe, assim, a sua transmissão hereditária; o que não deixa de ter também a sua lógica, na medida em que, se obtida ainda em vida a condenação do ofensor, e falecendo de imediato o ofendido sem desfrutar de todo o valor pecuniário que lhe foi concedido para a recomposição de seus sentimento molestados, o remanescente passa integrar difusamente o patrimônio deixado pelo de cujus, em condições de transmitir-se aos seus herdeiros.”⁶⁴

Pelo exposto, entre outros argumentos, resta claro que para os adeptos a esta corrente doutrinária, o principal argumento utilizado para negar a transmissibilidade do dano moral, é o seu caráter eminentemente subjetivo, isto é, possui um caráter personalíssimo, que desaparece com a morte do titular, não podendo, portanto, ser transferido a terceiros, nem por cessão comum como pelo direito hereditário.

2.2 Transmissibilidade condicionada

Esta corrente doutrinária, igualmente à anterior, entende que o dano moral reside na dor ou lesão de sentimentos próprios do sujeito, e, portanto, só pode ser invocada por ele.⁶⁵ Significa dizer que a ação – pretensão - de indenização por dano moral possui características individuais do direito infringido, motivo pelo qual a ação de indenização de dano moral, “[...] de acordo com classificação doutrinária das ações baseada no direito que protegem, deve ser incluída na categoria das ações personalíssimas.”⁶⁶

Desta forma, antes de exercido o direito de ação, a pretensão de indenização possui natureza personalíssima e, conseqüentemente, intransmissível. Entretanto, passa a assumir o caráter patrimonial, depois que ajuizada a ação, isto é, depois de exercido o direito de ação. Na falta da propositura de ação de indenização, pressupõe, por exemplo, que pode significar “que a vítima não sentiu injuriada ou agravada em sua honra; ou que, simplesmente,

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada do livro *Dano e indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 698.

⁶⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. et al. Transmissibilidade do direito de indenização do dano moral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 381, p. 25-37, set./out. 2005, p. 26.

⁶⁶ BREBBIA, Roberto H. **Apud**. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. et al. Transmissibilidade do direito de indenização do dano moral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 381, p. 25-37, set./out. 2005, p. 26.

não tivesse a intenção de pleitear indenização; pode ainda significar que ela renunciou à pretensão ou perdoou o ofensor.”⁶⁷

De outra parte, o exercício da pretensão pelo próprio ofendido, manifestaria não somente a existência do dano moral, mas a disposição dele alcançar a reparação desejada, podendo, então, ser transmitida aos herdeiros.⁶⁸

Pontes de Miranda cita alguns exemplos das formas em que o ofendido poderia ter manifestado sua vontade de exercer a pretensão indenizatória, sendo, para esta corrente doutrinária, o direito de indenização transmissível nestes casos:

“[...] se o credor constituiu advogado para isso; se deu procuração em causa própria, ou cedeu o crédito, caso em que a pretensão cedida é transmissível a causa de morte; se obteve reconhecimento da dívida pelo ofensor; se por outro modo manifestou vontade de exercer a pretensão indenizatória [...]”⁶⁹

Nesse sentido, seria possível a transmissão do direito de indenização por dano moral, desde que houvesse a manifestação de vontade da vítima, não precisando, necessariamente, haver a propositura da ação.

Arnaldo Rizzardo entende que não é possível reconhecer aos herdeiros da vítima demandar a reparação pelas:

“[...] tristezas, ofensas, angústias, dores, sensações de ausência e outros estados interiores deprimentes que sentiu, vivenciou ou experimentou, eis que inerentes à sua personalidade, e dependente a iniciativa do direito à sua individualidade. É possível que o fato, embora comportasse reparação para os herdeiros, não mereça essa dimensão para o ofendido. Se não pretendeu a recompensa pelo mal sofrido, nada existe para ser transmitido. Unicamente se já exercitado o direito, ou promovida a competente lide, opera-se a sucessão hereditária, porquanto concretizada a expectativa do direito.”⁷⁰

Caso a vítima do dano moral venha a falecer no curso da ação indenizatória, é indiscutível que o herdeiro pode suceder o *de cujus* no processo, visto que se trata de ação

⁶⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. et al. Transmissibilidade do direito de indenização do dano moral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 381, p. 25-37, set./out. 2005, p. 26-27.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 22, p. 252.

⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 275.

de natureza patrimonial. Uma vez que a vítima exerceu o direito de ação, resta configurado o conteúdo econômico do dano moral, e, assim sendo, transmite-se aos seus herdeiros.⁷¹

Ademais, observando o disposto no artigo 43 do Código de Processo Civil (CPC), resta claro que uma vez ajuizada a ação pela própria vítima e esta venha a falecer, podem os herdeiros ou o espólio suceder a vítima por meio da substituição no processo.⁷²

2.3 Transmissibilidade incondicionada

Por último, esta corrente doutrinária, admite sempre a transmissibilidade do direito de indenização decorrente do dano moral, assim como o direito de indenização do dano patrimonial, sendo apenas intransmissível caso haja lei especial.

Nesse sentido, Pontes de Miranda entendia que, por exemplo, nos casos dos artigos 1.548 e 1.549 do Código Civil de 1916, que estabeleciam a possibilidade da mulher que fora vítima de violência sexual requerer uma indenização de seu ofensor, deveria haver uma manifestação de vontade da ofendida para que se pudesse transmitir o direito, sendo intransmissível caso não ela não houvesse manifestado sua vontade em exercer o direito de indenização, senão vejamos:

“Os arts. 1.548 e 1.549 do Código Civil de 1916 deram-nos o problema maior. Neles não se disse, nem disse alhures, que as pretensões de que eles trataram fossem hereditariamente intransmissíveis, salvo se ocorresse manifestação de vontade de exercício pelo titular do direito à indenização. Em vez disso, o art. 1.526 pusera por princípio a transmissibilidade, salvo exceção ou *lex specialis*. Ora, seria absurdo que não se fizesse limitação ao princípio em se cogitando de ofensa à mulher. Tem-se de atender a que a natureza do delito sugeria que se adotasse, como exceção, o princípio da solução b). Seria contra o próprio fim da reparação moral que a virgem e menor, que fosse deflorada, ficasse exposta, depois de morta, à apuração de delito, que ela não tivesse narrado; ou que o mesmo acontecesse à mulher honesta promessa de casamento, ou raptada. Bem assim, estando em causa

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 105.

⁷² BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 nov 2012. Convém citar o artigo 43 deste código a fim de facilitar a compreensão: “Art. 43. Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265.”

qualquer outro crime de violência sexual. Aí, sim tinha o interprete de admitir exceção implícita ao art. 1.526 do Código Civil de 1916.”⁷³

Pontes de Miranda assevera que o Código Civil de 2002 em seu artigo 943 seguiu a solução da transmissibilidade incondicionada, uma vez que prevê que ‘O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança’, e o artigo 1.526 do Código Civil de 1916 estabelecia o mesmo, acrescentando a expressão ‘exceto nos casos que este Código excluir’, ou seja, não poderá ser transmitido o direito de indenização por dano moral, apenas nos casos, como o exemplo supracitado, que “[...] a regra jurídica especial torne incólume a herança ao princípio da transmissibilidade da pretensão à indenização pelo dano moral.”⁷⁴

Ademais, o direito de indenização decorrente de dano moral é transmissível, assim como o direito de indenização por dano patrimonial. O direito de indenização difere-se do direito da personalidade. Este é por natureza intransmissível, enquanto que aquele tem um caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível aos herdeiros do *de cujus*. “Em última análise, o direito indenizatório constitui um crédito que integra o conjunto de bens patrimoniais da vítima e pode, como os créditos em geral, ser cedido por ato entre vivos ou transmitidos por morte do titular.”⁷⁵

Neste caso, o que se transmite, em verdade, não é o dano moral em si, que possui caráter personalíssimo, mas o direito de ação de reparação advindo do dano moral suportado pela vítima, tendo este direito um caráter patrimonial e, conseqüentemente, transmissível aos herdeiros do morto.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 22, p. 253. Convém citar os artigos 1.548 e 1.549 do antigo Código Civil para facilitar o entendimento sobre o assunto:

“Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida:

I. Se, virgem e menor, for deflorada.

II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

III. Se for seduzida com promessas de casamento.

IV. Se for raptada.

Art. 1.549. Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.”

O artigo 1.526 mencionado no texto se refere ao Código Civil 1916.

A solução “b)” se refere à corrente doutrinária que defende a transmissibilidade condicionada.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 252-253.

⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. et al. Transmissibilidade do direito de indenização do dano moral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 381, p. 25-37, set./out. 2005, p. 28

José de Aguiar Dias indaga se a ação de reparação seria ou não transmissível, e, logo responde que não existe princípio algum que se oponha a transmissibilidade da ação de reparação, elucidando que não há diferença se a ação decorre de um dano material ou moral.⁷⁶

Além disso, o artigo 943 estabelece que “o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”, não fazendo diferença se a reparação foi decorrente do dano moral ou patrimonial.

Sérgio Cavaliere Filho ressalta a diferença entre o dano moral e o direito de indenização dele decorrente, sustentando que a corrente que defende a intransmissibilidade do dano moral, parte de uma premissa equivocada, pois, o que se transmite, não é o dano moral, mas sim a correspondente indenização. Uma coisa é o dano moral suportado pelo ofendido, e outra coisa é o direito à indenização dele decorrente. E passa a explicar que:

“O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue – repita-se – é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial – no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite os herdeiros dos titulares da indenização.”⁷⁷

Por este enfoque da questão discutida, não há qualquer argumento jurídico para se defender a intransmissibilidade do direito de indenização decorrente do dano moral. Uma coisa é o direito à indenização que possui caráter patrimonial e, outra, é o dano moral em si, este sim é personalíssimo, somente a vítima pode sofrer.

Para que se resolva o problema, basta saber se o titular do direito, antes de falecer, teve sua dignidade atingida ou não, isto é, se a vítima de fato sofreu o dano moral antes de morrer. Se houve o dano moral antes do falecimento do titular do direito, não há

⁷⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 1.074.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 105-106.

razão para se negar a transmissão do direito à indenização por dano moral, principalmente pelo texto expresso de lei.⁷⁸

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 106.

3 ANÁLISE ACERCA DA TRANSMISSIBILIDADE

Dado o entendimento de cada corrente doutrinária acerca da transmissibilidade do direito de indenização decorrente do dano moral, passaremos, então, a analisar a questão da transmissibilidade do dano moral no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sobre alguns julgados e votos proferidos pelos Ministros desta Corte Superior, pois é de suma importância que tal entendimento seja uniformizado na jurisprudência, tendo em vista que há um crescente número de ações nestes casos e, havendo divergência entre os julgados, comete-se injustiça ao admitir a transmissibilidade para um caso e negá-la para outro caso semelhante.

E, por fim, buscaremos, fundamentadamente, explicitar qual a melhor corrente doutrinária a ser adotada atualmente, levando em consideração o Código Civil de 2002 e os fundamentos apresentados sobre a transmissibilidade em cada corrente doutrinária.

3.1 A transmissibilidade no âmbito do STJ

O Superior Tribunal de Justiça, por vezes, foi provocado para julgar sobre a questão da transmissibilidade do direito de indenização decorrente do dano moral.

Em um primeiro momento, no Recurso Especial nº 219.619/RJ, que trata do caso em que o *de cujus* havia proposto a ação de indenização por danos morais contra seu ofensor antes de falecer, restando a controvérsia se os seus herdeiros possuem legitimidade para suceder o morto no processo, decidiu-se, conforme o voto do Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar, que quando o autor ajuizar a ação em vida e morrer no transcurso do processo, os sucessores podem prosseguir com a demanda, uma vez que a indenização é paga em pecúnia e o ofendido possuía o direito de recebê-la e, tal direito constitui um crédito que agregava ao seu patrimônio, senão vejamos, nas palavras do Ministro:

“[...] O autor da ação faleceu no curso do processo. Cumpre saber se seus sucessores podem nele prosseguir para haver ressarcimento de dano moral.

Fique claro que não se trata aqui da reparação de eventual sofrimento que eles próprios possam ter suportado, em virtude dos fatos de que se ocupa a causa. Disso não se cogita no presente processo. Aqui se cuida da possibilidade de transmitir-se, aos herdeiros, o direito à reparação que era do de cujus.

Sabido que a propósito reina grande controvérsia. Boa parte da doutrina sustenta que, sendo a dor algo pessoal, a reparação só pode se pode

fazer em relação a quem sofreu. Ocorrendo a morte, torna-se impossível o ressarcimento.

Sucedendo, entretanto, que, na medida em que a indenização se faz mediante o pagamento de importância em dinheiro, aquele que sofreu o dano tinha direito de recebê-la e isso constitui um crédito que integrava seu patrimônio.

Tenho como melhor essa orientação. Mais ainda de adotar-se em casos como o em exame, em que movimentada a ação pela própria. O direito buscado no processo é de natureza claramente patrimonial.”⁷⁹

Tal matéria encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os herdeiros podem prosseguir com o processo nos casos em que a ação fora proposta pela vítima enquanto viva.

Entretanto, posteriormente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 302.029/RJ, que trata do caso em que fora proposta uma ação de conhecimento pelas filhas do *de cujus*, no qual pretendem receber indenização por danos morais sofridos por este enquanto vivo, se manifestou, em sua maioria, pela impossibilidade de se transmitir o direito de indenização decorrente do dano moral. A Ministra Relatora Nancy Andrichi em seu voto, inicialmente, elucidou que os titulares do direito de reparação por danos morais, são aqueles que suportaram os danos, seja direta ou indiretamente, sendo que somente eles teriam o direito de exigir a reparação. Passando a fundamentar que não obstante o artigo 1.526 do Código Civil estabelecer que o direito de requer a reparação se transmite com a herança, ao tratar de um direito personalíssimo, como o direito à honra, não há que se falar em transmissão do dever de indenizar e o direito de exigir a reparação do dano suportado pelo morto enquanto vivo:

“Em se tratando de danos morais, os titulares do direito de reparação são os que, direta ou indiretamente, sofreram danos morais [...].

A despeito do art. 1.526, do CC, dispor que ‘o direito de exigir reparação (...) transmite-se com a herança’, impõe-se destacar que, em se tratando de direito personalíssimo, tal como o direito à honra, o direito de exigir a reparação do dano e o dever de indenizar o prejuízo são intrasmissíveis.

Assim, somente aqueles que sofreram, direta ou indiretamente, danos morais poderão pleitear a respectiva indenização [...].”⁸⁰

⁷⁹ BRASIL, STJ, Terceira Turma. REsp 219.619/RJ. Ementa: [...]. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 23/08/1999. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05 nov 2012.

⁸⁰ BRASIL, STJ, Terceira Turma. REsp 302.029/RJ. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 29/05/2001. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05 nov 2012.

Outro argumento apresentado é que a reparação por danos morais tem um caráter dúplice, isto é, um caráter sancionador e outro compensatório, sendo que este é próprio da indenização por danos morais e, portanto, não pode ser transmitido aos herdeiros, isso porque ao admitir a legitimidade dos herdeiros para ajuizarem a ação de indenização por danos morais, obrigando o ofensor a ressarcir os danos morais mesmo com a morte do ofendido, estaria privilegiando apenas o caráter punitivo da indenização. Além disso, sustenta que não chegaria ao ponto de atingir o efeito compensatório da indenização, visto que a reparação em dinheiro já não poderia proporcionar ao ofendido uma satisfação sentimental e material de modo que fossem diminuídos os danos morais suportados:

“Considera-se, ainda, que a reparação pelos danos morais possui um caráter dúplice: sancionador e compensatório. Este último é inrente à indenização por danos morais [...].

Assim, admitindo-se que, na ação de indenização por danos morais, os herdeiros da vítima detêm legitimidade ativa *ad causam*, estar-se-ia tão-somente prestigiando o caráter penal da indenização, ao obrigar o agressor ao ressarcimento dos danos morais a despeito do falecimento da vítima.

Não se alcançaria, contudo, o efeito compensatório da indenização, tendo em vista que a prestação pecuniária não mais poderia proporcionar à vítima uma satisfação material e sentimental de forma a atenuar os danos morais sofridos.

Ocorre que, a adotar-se tal ‘patrimonialização’, estar-se-á, para efeito de transmissibilidade hereditária, equiparando a indenização de dano moral à de dano material, de forma a negar o efeito compensatório da indenização e, por conseguinte, desconsiderar as diferenças essenciais entre as referidas indenizações.

A indenização por dano moral, a despeito de ser pecuniária, não se confunde com a indenização por dano material [...].”⁸¹

Por fim, em seu último argumento para a intransmissibilidade do direito de indenização por danos morais, a Ministra afirma em seu voto, que ao permitir que aqueles que não sofreram qualquer dano moral, quer direto ou indireto, exijam indenização por seu simples caráter patrimonial, estaria aceitando a possibilidade de se comerciar os danos morais, o que é reprovável e inadmissível:

“[...] ao se permitir que aqueles que não sofreram qualquer dano moral. Seja direito ou indireto, venham a pleitear indenização pelo simples caráter patrimonial desta, estar-se-á, em verdade, admitindo que se mercadeje com os danos morais, o que se revela inadmissível e reprovável.”⁸²

⁸¹ BRASIL, STJ, Terceira Turma. REsp 302.029/RJ. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andriahi, julgado em 29/05/2001. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 05 nov 2012.

⁸² Idem.

O Ministro Ari Pargendler entendeu que não foi demonstrado que o *de cujus* sofrera dano moral em vida, tendo em vista que nunca manifestou, nem mesmo aos parentes, o sentimento de ter sofrido danos morais e, portanto, não conheceu o recurso especial:

“Em princípio, portanto, o direito à indenização pelo dano moral se transmite hereditariamente. Mas, para esse efeito, é preciso, salvo melhor juízo, que a vítima, tenha, em vida, sentido o dano moral que os herdeiros querem ver reparado.

[...] Ora, se tomou a sindicância como um aborrecimento inerente às suas funções, e nunca manifestou, sequer aos parentes, o sentimento de ter sido atingido na sua honra ou reputação, os herdeiros não podem transformá-lo em vítima da ‘prática do crime de calúnia’ (fl. 10/11), para reivindicar, como sucessores, a indenização do dano moral correspondente.”⁸³

Já o Ministro Alberto Menezes Direito acompanhou o voto da Ministra Relatora, ressaltando a possibilidade de reexame da matéria. De outra parte, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, se manifestou no sentido da transmissibilidade do direito de indenização por dano moral, sustentando que no caso apresentado, apesar do ofendido ter sido agredido em seus direitos personalíssimos, a relação obrigacional formada entre o ofendido e o agente causador do dano não é uma obrigação personalíssima, como seria se fosse uma obrigação de esculpir uma imagem ou pintar um quadro. Ademais, sustenta que quando ocorre indenização por dano moral, não se transmite o aborrecimento ou o mal-estar, e sim o direito de indenização, que possui caráter patrimonial:

“A obrigação resultante do ato ilícito é transmissível hereditariamente, de maneira que, falecido o ofensor, respondem pelo prejuízo seus sucessores. Não menos certo é que, também, no caso da morte da vítima, fazem jus à reparação os herdeiros desta. [...]

Ressalte-se que, ainda que a vítima tenha sido ofendida em seus direitos personalíssimos, a relação obrigacional que se forma entre ela e o agente do dano (CC, art. 1.518), não é personalíssima, como se daria, por exemplo, com a obrigação de pintar um quadro ou esculpir uma imagem. A meu ver não se trata de obrigação personalíssima.

[...] a haver indenização por dano moral, não se transmitirá o aborrecimento, não se transmitirá o mal-estar causado em situações como essa, mas o direito patrimonial correspondente, a obrigação de indenizar correspondente.”⁸⁴

Alguns dias depois de julgado pela intransmissibilidade do direito de indenização por dano moral no recurso especial supramencionado e com opiniões divididas, o

⁸³ BRASIL, STJ, Terceira Turma. REsp 302.029/RJ. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andriahi, julgado em 29/05/2001. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 nov 2012

⁸⁴ Idem.

Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 324.886/PR, que trata do caso em que os genitores da vítima propuseram ação de indenização por danos morais em face do Estado, que esta sofrera em razão da publicidade dada por atos de agente públicos sobre o fato de a vítima ser portadora do vírus HIV, passando a admitir, em unanimidade, pela Primeira Turma, a transmissibilidade do direito de indenização por dano moral.⁸⁵

Neste caso, para sustentar à transmissibilidade do direito de indenização por dano moral *mortis causa*, deve-se observar ainda, se os genitores da vítima são seus herdeiros aptos, tendo, então, a legitimidade para ingressar com a ação indenizatória.

Em um julgado mais recente, no Recurso Especial nº 978.651/SP, que trata de uma ação de reparação por danos morais proposta pelos pais do ofendido, no qual fora exposto a uma situação vergonhosa e espancado por policiais militares, causando-lhe lesões corporais leves e danos morais, sendo que veio a falecer posteriormente por outras razões. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma unânime, manifestou entendimento favorável à transmissibilidade do direito de indenização por danos morais. No voto da Ministra Relatora, Denise Arruda, ao fazer uma interpretação sistemática dos artigos 11, 12 e 943 do Código Civil Brasileiro, entendeu que o direito de exigir a reparação por danos morais transmite-se com a herança, citando ainda, o voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, favorável à transmissibilidade do direito de indenização por dano moral que foi vencido no REsp 302.209/RJ já citado anteriormente. Passando a concluir:

“[...] embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se *causa mortis*, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um ‘bem’ capaz de integrar o patrimônio do *de cuius*. Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação daí decorrente, nos termos dos arts. 1.526, do Código Civil de 1916, e 943 do atual Código Civil.

[...]

Ademais, foi salientado nos autos que a vítima sentiu-se lesada moral e fisicamente com o ato praticado pelos policiais militares e que a ação somente foi proposta após sua morte porque aguardava-se o trânsito em julgado da ação penal.

Assim, entende-se pela legitimidade ativa *Ad causam* do pais do ofendido, já falecido, para propor a ação de indenização por danos morais, em virtude de ofensas moral por ele suportada.”⁸⁶

⁸⁵ BRASIL, STJ, Primeira Turma. REsp 324.886/PR. Ementa: [...]. Rel. Min. José Delgado, julgado em 21/06/2001. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 07 nov 2012.

⁸⁶ BRASIL, STJ, Primeira Turma. REsp 978.651/SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 17/02/2009. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 nov 2012.

Desta forma, verifica-se que, atualmente, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento consolidado sobre o direito dos sucessores prosseguirem com a ação de reparação de danos morais proposta pelo *de cujus* enquanto vivo.

Entretanto, quando se trata de ação ajuizada pelos próprios herdeiros após o falecimento do titular do direito, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimentos divergentes. Uma parte entende que os herdeiros não possuem legitimidade ativa para proporem a ação de reparação por danos morais, em outras palavras, entende que não é possível a transmissão do direito de indenização por danos morais. A outra entende que há a transmissão do direito de indenização por dano moral aos sucessores do ofendido, tendo em vista que o direito de ação por dano moral tem caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível aos sucessores do ofendido.

3.2 Melhor corrente doutrinária a ser adotada nos dias atuais

Neste momento, passaremos a analisar qual a melhor corrente doutrinária a ser adotada hodiernamente, considerando a legislação atual.

Aqueles que defendem a intransmissibilidade do direito de indenização por dano moral sustentam que tal direito não pode ser transmitido *mortis causa* por basicamente dois fundamentos.

O primeiro sustenta que quando o ofensor atinge e.g. a honra de uma pessoa, que é um direito personalíssimo, é gerado o direito de indenização por dano moral, sendo a este atribuído também um caráter personalíssimo, que não é possível sua transmissão aos herdeiros, mesmo que o *de cujus* já tivesse ajuizado a ação contra seu ofensor, pois desapareceria com a morte do titular do direito.

Entretanto, tal entendimento não deve subsistir. Isso porque a corrente que defende a intransmissibilidade do dano moral parte de uma premissa equivocada, pois, o que se transmite, não é o dano moral em si, mas sim a correspondente indenização. Uma coisa é o dano moral suportado pelo ofendido, e outra coisa é o direito à indenização dele decorrente.⁸⁷

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 105.

É verdade que o dano moral possui caráter personalíssimo, somente a vítima pode sofrer o dano e, conforme as características dos direitos personalíssimos são intransmissíveis. Contudo, quando alguém sofre um dano moral, nasce a este o direito de ser indenizado daquele dano, em outras palavras, nasce o direito de ação correspondente ao dano moral e, este possui caráter patrimonial, sendo, portanto, transmitido aos herdeiros.

O outro argumento, não menos importante para sustentar a intransmissibilidade, defende que diferentemente do dano material que possui apenas a função reparatória, isto é, reparar a vítima de acordo com a extensão do dano suportado pela vítima, o dano moral possui dupla função: punitiva e compensatória, ou seja, a função de punir o causador do dano e de compensar o ofendido pelo dano suportado.

Nesse sentido, ao considerar a possibilidade da transmissão do direito de indenização por danos morais aos herdeiros em razão da morte do titular do direito, estaria desconsiderando a função compensatória da indenização, uma vez que somente a vítima poderia recebê-lo.

De outra parte, ao impossibilitar a transmissão do direito de indenização por dano moral, não estaria sendo considerada sua função punitiva, pois, mesmo que ocorresse o dano moral ou até mesmo ingressada a ação de reparação, eximiria o causador do dano de sua responsabilidade de repará-lo.

Ademais, estaria beneficiando o causador do dano com a morte da vítima, visto que aquele que causou o dano moral à vítima quando ainda viva, não mais responderia pelo prejuízo que causou.⁸⁸

Dessa forma, tal fundamento não poderia ser utilizado para impedir ou permitir a transmissibilidade do dano moral, tendo em vista que de qualquer forma estaria nos extremos; ou privilegiaria o caráter compensatório e deixaria de aplicar o punitivo ou, então, consideraria somente o caráter punitivo e não aplicaria o compensatório.

Dada a conclusão pela impossibilidade da aplicação da corrente doutrinária que sustenta a intransmissibilidade do dano moral, passaremos a analisar a fundamentação apresentada pela corrente doutrinária que defende a transmissibilidade condicionada a alguma

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas S.A. 2007, p. 87

manifestação de vontade do titular da ação em ingressar com a ação de reparação ou que este já tenha proposto a ação enquanto vivo.

Há o entendimento de que antes de exercido o direito de ação, a pretensão de indenização possui natureza personalíssima e, passa a assumir o caráter patrimonial, somente depois que ajuizada a ação, isto é, depois de exercido o direito de ação.⁸⁹

Nesse sentido, há quem sustente que a falta da propositura de ação de indenização, pressupõe, por exemplo, que pode significar “que a vítima não se sentiu injuriada ou agravada em sua honra; ou que, simplesmente, não tivesse a intenção de pleitear indenização; pode ainda significar que ela renunciou à pretensão ou perdoou o ofensor.”⁹⁰

Entretanto, seguindo a linha de raciocínio da corrente que defende a transmissibilidade incondicionada, pelo simples fato da vítima não ter ajuizado a ação ou não ter demonstrado qualquer manifestação de vontade de exercer a pretensão, não se pode presumir que ela não se sentiu injuriada ou que tivesse renunciado o direito de ação ou, ainda, que tenha perdoado o ofensor e, até mesmo que não tenha a intenção de ingressar com a ação a fim de requerer a indenização. Isso porque não se sabe o motivo pelo qual a vítima não ajuizou a ação de reparação. Ela poderia não ter tido tempo de exercer seu direito de ação ou ainda ter deixado para ajuizá-la posteriormente e vindo a falecer neste período.

Gabriela Caldas Martins, em seu artigo, defende a transmissibilidade condicionada, senão vejamos nas palavras da autora:

“[...] se o acidentado sequer cogitou acerca do ajuizamento da ação indenizatória, os herdeiros e o espólio carecerão de legitimidade para a propositura da ação. É o que ocorre, v.g., quando o infortúnio ocasiona a morte instantânea da vítima. Ora, uma vez que o acidentado não sentiu a ofensa moral, não demonstrou sofrimento, não manifestou qualquer indignação com o fato, não há qualquer dano moral a ser transmitido causa mortis. O direito à indenização sequer chegou a fazer parte do patrimônio do ofendido, não podendo integrar os bens que compõem a herança. Nessa situação, os herdeiros não terão o direito de pleitear, em nome da vítima, a indenização por dano moral. Poderão fazê-lo, indubitavelmente, em nome próprio.”⁹¹

⁸⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. et al. Transmissibilidade do direito de indenização do dano moral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 381, p. 25-37, set./out. 2005, p. 26-27

⁹⁰ Idem.

⁹¹ MARTINS, Gabriela Caldas. et al. Legitimidade para a propositura da ação de indenização por danos morais no caso de acidente de trabalho com óbito. *Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 09, p. 1095-1102, set. 2008, p. 1098/1099.

Ora, fazendo uma análise da afirmação da autora é possível chegar a algumas conclusões. Primeiramente, se o acidentado não sentiu a ofensa moral, não há que se falar em danos morais. Isso porque se a própria vítima não sentiu prejudicada, quer dizer que não houve dano moral. E, neste caso, os herdeiros não teriam legitimidade para ingressar com ação de indenização, sequer em nome próprio, uma vez que não houve danos morais.

Outra coisa é ela não demonstrar seu sofrimento ou deixar de manifestar indignação com o fato, porque neste caso não quer dizer que não houve dano moral. Pelo contrário, poderia a vítima ter sofrido o dano e simplesmente não querer compartilhar sua dor com o próximo, sendo que a qualquer momento, dentro do prazo prescricional, poderia ajuizar a ação e se ver reparada do dano suportado.

Ainda no exemplo supracitado - um caso mais extremo-, a autora apresenta a hipótese de um acidente que causa a morte instantânea da vítima. Assim, da mesma forma que na hipótese dela não demonstrar seu sofrimento ou deixar de manifestar indignação com o fato, não quer dizer que a vítima não sofreu danos morais, pois os danos morais poderiam ter ocorrido durante o acidente. Ela simplesmente não teve tempo de demonstrá-la.

No momento que ocorre o dano moral, é gerado o direito de indenização decorrente dos danos morais, passando a integrar os bens que compõe a herança. Isso porque diferentemente do dano moral em si, que é personalíssimo e desaparece com a morte do indivíduo, o direito à indenização que decorre do dano, quer material ou moral, tem natureza patrimonial, sendo, portanto, transmissível aos herdeiros.

Nessa linha de raciocínio, não importa se a vítima veio a falecer instantaneamente em razão de um acidente e não teve tempo de manifestar sua vontade de exercer a ação. Resta saber, simplesmente, se houve danos morais ou não. Se houve, então naquele momento nasceu o direito de ação, que tem natureza patrimonial e, pelo princípio de *Saisine*, se transmitiu aos herdeiros no momento do óbito da vítima, tendo, portanto a legitimidade para ajuizarem a ação em nome do morto, não importando se estes foram prejudicados indiretos e possuem legitimidade para ingressar com a ação em nome próprio. Se não houve danos morais, em tese não há responsabilidade civil, porque o dano é elemento essencial para sua caracterização.

Ademais, mesmo que a vítima tivesse sofrido danos morais, se os herdeiros da vítima não possuíam vínculo afetivo com ela e não se sentiram prejudicados com sua morte, não teriam legitimidade para propor ação em nome próprio. Contudo, teriam legitimidade para ajuizá-la em nome da vítima, pois, o direito de indenização por danos morais se transmitiu aos herdeiros no momento da morte do ofendido.

Por outro lado, é indiscutível que depois de ajuizada a ação, os herdeiros podem suceder o morto que havia proposto a ação. Pois, se o titular do direito já ajuizou a ação de reparação de danos morais e vem a falecer no transcurso do processo, seus herdeiros poderão substituí-lo processualmente, conforme determina o artigo 43 do Código de Processo Civil que “ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265”.

Dessa forma, além dos argumentos anteriormente expostos que impossibilitam a aplicação das outras correntes doutrinárias, será realizada uma interpretação sistemática do atual Código Civil de 2002, a fim de fundamentar que o direito de indenização por danos morais transmite-se incondicionalmente com a herança.

Ora, o artigo 186 do Código Civil de 2002 estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Destarte, pode-se inferir que aquele que comete o chamado dano moral puro, isto é, comete um dano exclusivamente moral, também comete ato ilícito. Em outras palavras, comete ato ilícito que a causar dano a outrem, não importando se é dano material ou moral.

Nesse sentido, conforme determina o artigo 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Tendo em vista que o Código Civil não especificou qual o tipo de dano que deve ser reparado, ao realizarmos uma interpretação sistemática, percebe-se que, neste caso, o legislador não fez diferença entre o dano material e moral, sendo, portanto, que a obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito pode decorrer tanto de um dano moral, como de um dano material.

O artigo 189 do Código civil estabelece que depois de “violado o direito, nasce para o titular a pretensão”, ou seja, quando violado o direito de alguma pessoa, nasce o direito à ação.

Ao analisar os fundamentos legais supramencionados, verifica-se, em suma, que aquele que causar dano a outrem, mesmo que seja um dano exclusivamente moral, comete ato ilícito. E aquele que cometendo um ato ilícito, causar dano a outrem, deve repará-lo, bem como no momento que em fora violado o direito de alguém, nasce a pretensão ao titular, isto é, o direito de ação para exigir a reparação.

E por fim, de acordo com o artigo 943 do Código Civil, “o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.”

Ora, o próprio Código Civil, determinou que o direito de ser reparado e a obrigação de reparar transmitem-se com a herança, não fazendo diferença se o direito de ser reparado decorre de um dano material ou moral.

Portanto, pode-se inferir que independentemente se o titular do direito ajuizou a ação de indenização por danos morais ou não, tal direito é transmissível aos seus herdeiros, uma vez que o que se transmite é o direito de ação (a pretensão), que tem cunho patrimonial, e não o dano moral em si, isto é, não é transmitida a dor, angústia ou sentimento de diminuição do patrimônio moral, que são direitos personalíssimos e, desaparecem com a morte de seu titular.

Em suma, no momento que ocorre o dano, seja material ou moral, não importa, é gerado automaticamente o direito de exigir a reparação, sendo este um direito patrimonial e, assim sendo, transmite-se aos herdeiros. Bastando, entretanto, que somente seja comprovado, de fato, que houve o dano moral ao *de cuius* enquanto vivo.

Nesse sentido, pode-se concluir que a melhor corrente doutrinária a ser aplicada hodiernamente é, sem dúvidas, a da transmissibilidade incondicionada, pois, além de estar mais consoante com o atual Código Civil que as outras correntes doutrinárias – intransmissibilidade e transmissibilidade condicionada-, não deixa o ofensor impune do prejuízo que causou, o que pode ocorrer com a aplicação das outras soluções.

CONCLUSÃO

No que tange à análise realizada sobre o objeto da questão apresentada, verifica-se que antes de analisar se há possibilidade de se transmitir o direito de indenização decorrente do dano moral, faz-se necessário saber se houve responsabilidade civil. Para tanto, deve-se analisar se no caso específico estão presentes os elementos necessários para configuração da responsabilidade civil, quais sejam: o dano – no caso moral -, a conduta humana- ação ou omissão -, a culpa e o nexa causal entre o dano e a conduta humana.

Ademais, não obstante haver o entendimento de que a culpa seja apenas um elemento incidental em razão da responsabilidade civil objetiva que dispensa a culpa para se concretizar, o melhor entendimento é que a culpa ainda é um elemento essencial, haja vista que o Código Civil de 2002 adotou como regra a responsabilidade civil subjetiva, sendo a responsabilidade objetiva, apenas uma exceção à regra.

Ora, uma vez configurada a responsabilidade civil, inicia-se o debate acerca da transmissibilidade do direito de indenização por danos morais.

O artigo 43 do Código de Processo Civil estabelece que: “Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265.” Nesses casos, conforme estudado, além da transmissibilidade ser uma mera interpretação do dispositivo supra, a jurisprudência firmou o entendimento de que os herdeiros possuem legitimidade para substituir processualmente o *de cuius* quando já proposta a ação por ele enquanto vivo.

Entretanto, quando se trata de ação ajuizada pelos próprios herdeiros após o falecimento do titular do direito, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimentos divergentes. Uma parte entende que os herdeiros não possuem legitimidade ativa para proporem a ação de reparação por danos morais, em outras palavras, entende que não é possível a transmissão do direito de indenização por danos morais. A outra entende que há a transmissão do direito de indenização por dano moral aos sucessores do ofendido, tendo em vista que o direito de ação por dano moral tem caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível aos sucessores do ofendido.

Conforme estudado, três são as correntes doutrinárias que trata sobre a transmissibilidade do direito de indenização por danos morais: a) intransmissibilidade; b) transmissibilidade condicionada e; c) transmissibilidade (sem restrições) ou incondicionada.

A primeira corrente doutrinária entende que os danos morais são direitos personalíssimos e, que não seria possível sua transmissão em virtude de uma das características desses direitos, qual seja: a intransmissibilidade. Ademais, outro fundamento apresentado é a questão do caráter dúplice que a indenização por danos morais apresentam: ao mesmo que tem a função de compensar a vítima pelo dano suportado, busca punir seu ofensor pelo prejuízo causado e, caso o direito de indenização fosse transmitido, estaria sendo considerada apenas a função punitiva do dano moral.

Tal entendimento não deve prosperar, pois parte de uma premissa equivocada, uma vez que entende que estaria se transmitindo o dano moral em si. Entretanto, o que se transmite, em verdade, é o direito de indenização decorrente do dano moral, possuindo, este, um caráter patrimonial. Além disso, se deixasse de transmitir o direito de indenização por danos morais, estaria privilegiando o ofensor, uma vez que não teria mais que reparar o prejuízo causado à vítima.

Já a segunda corrente doutrinária defende a possibilidade de se transmitir o direito de indenização por danos morais, desde que a vítima tenha manifestado sua vontade de exercer o direito de ação de algum modo, e.g., se a vítima já tinha constituído advogado para essa finalidade, ou se deixou sua intenção demonstrada em testamento, entre outros. Isso porque, entendem que se a vítima não manifestou sua vontade, pode ser que ela não se sentiu moralmente ofendida, ou que simplesmente não queria manifestar seu direito de ação, ou ainda, que teria perdoado o ofensor.

Da mesma forma, tal entendimento não deve subsistir, pois se a vítima não manifestou sua vontade, não quer dizer que ela não teria a intenção de fazê-la futuramente, ou que não se sentiu ofendida moralmente, ou teria perdoado o ofensor. Poderia simplesmente significar que ela não quis compartilhar de sua dor com ninguém, ou ainda, que ela não teve de exercer seu direito, ou até mesmo que pretendia fazê-lo depois.

Por fim, diante dos argumentos apresentados, é possível concluir que a melhor tese apresentada é a da transmissibilidade incondicionada, pois, além de possuir

argumentos mais coerentes que as outras, é a que melhor se adéqua à legislação brasileira atual, pois ao analisar os artigos 927 e 189 do Código Civil de 2002, verifica-se, em suma, que aquele que causar dano a outrem, mesmo que seja um dano exclusivamente moral, comete ato ilícito. E aquele que cometendo um ato ilícito, causar dano a outrem, deve repará-lo, bem como no momento que em fora violado o direito de alguém, nasce a pretensão ao titular, isto é, o direito de ação para exigir a reparação.

Ora, o próprio Código Civil, em seu artigo 943, determinou que o direito de ser reparado e a obrigação de reparar transmitem-se com a herança, não fazendo diferença se o direito de ser reparado decorre de um dano material ou moral.

Portanto, pode-se inferir que independentemente se o titular do direito ajuizou a ação de indenização por danos morais ou não, tal direito é transmissível aos seus herdeiros. Se tiver ajuizada a ação, será transmitida por substituição processual. Se ainda não houver proposto, será transmitido como direito patrimonial, uma vez que o que se transmite é o direito de ação (a pretensão), que tem cunho patrimonial.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 4. ed. rev. atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. et al. Transmissibilidade do direito de indenização do dano moral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 381, p. 25-37, set./out. 2005.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 nov 2012

_____, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 ago 2012.

_____, STJ, Primeira Turma. REsp 324.886/PR. Ementa: [...]. Rel. Min. José Delgado, julgado em 21/06/2001. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 07 nov 2012.

_____, STJ, Primeira Turma. REsp 978.651/SP. Ementa: [...]. Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 17/02/2009. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 nov 2012.

_____, STJ, Terceira Turma. REsp 219.619/RJ. Ementa: [...]. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 23/08/1999. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 nov 2012.

_____, STJ, Terceira Turma. REsp 302.029/RJ. Ementa: [...]. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 29/05/2001. Disponível em: <<https://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 nov 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada do livro Dano e indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas S.A. 2007.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. edição revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. volume. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. vol. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Resvista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Gabriela Caldas. et al. Legitimidade para a propositura da ação de indenização por danos morais no caso de acidente de trabalho com óbito. *Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 09, p. 1095-1102, set. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2003. t. 22.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

_____. Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Com comentários ao Código Civil de 2002. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. vol. 4. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.