

## **Dano moral, transmissibilidade do direito à compensação e proteção *post mortem* – algumas reflexões sobre o REsp. 1.143.968/MG**

Fábio de Oliveira AZEVEDO

SUMÁRIO: 1. Compreensão do caso; 2. Distinções necessárias; 3. Dano moral, morte e transmissão; 4. Legitimidade concorrente e crítica à decisão do STJ; 5. Proteção *post mortem*; 5.1. Glória Perez vs. “Jornal o Dia”; 5.2. Filhas do Garrincha vs. “Cia das Letras”; 5.3. Escolhas pelos Códigos Civis de Brasil e Portugal; 6. Conclusão.

### **1. Compreensão do caso**

O Espólio de Maria da Purificação Magalhães de Oliveira ajuizou ação de reparação por danos morais e materiais contra o Hospital Mater Dei S/A, Júlio César Vieira Franco, Marcos Henrique Rocha Campos e José Vieira de Figueiredo Filho. O processo tramitou na 20<sup>a</sup> Vara Cível de Belo Horizonte.

O fundamento da ação recaiu sobre o homicídio de Maria da Purificação Magalhaes de Oliveira. Ela teria sido morta por um erro médico praticado pelo segundo e terceiro réus, durante uma cirurgia para a retirada de vesícula biliar realizada no Hospital Mater Dei (primeiro réu).

Maria da Purificação teve o intestino grosso perfurado. Essa falha grave gerou uma necrose abdominal, só descoberta dias após o procedimento cirúrgico. Maria permaneceu em coma durante 40 (quarenta) dias. Respirou artificialmente através de aparelhos, depois de se submeter a vários outros procedimentos cirúrgicos, como a retirada de parte do intestino e uma traqueostomia.

Lamentavelmente, em 5 de fevereiro de 2006, sua vida foi encerrada. A causa da morte atestada foi o "choque circulatório e necrose do cólon *pós colecistectomia*".

O *espólio* de Maria da Purificação, representado por seu inventariante (João Gonçalo de Oliveira, viúvo de Maria) pediu “a condenação dos réus a indenizar o autor por todos os danos materiais, acrescido ainda de danos morais em valor a ser fixado” (fl. 28).

Em *primeiro grau* de jurisdição o processo foi extinto sem resolução do mérito. Para o juiz, o espólio não seria parte legítima ativa *ad causam*. Não poderia, em seu nome, *buscar o recebimento de danos morais que a sentença entendeu terem sido experimentados pelos herdeiros de Maria da Purificação*.

Em *segundo grau* de jurisdição o apelo foi desprovido, sendo mantida a sentença e o reconhecimento da *ilegitimidade ativa*. O acórdão teve a seguinte ementa:

INDENIZAÇÃO. NATUREZA PESSOAL. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO. O espólio não tem legitimidade ativa para requerer indenização por ato ilícito praticado contra a vítima fatal, *por ser a indenizatória ação pessoal*, no curso da qual os titulares devem demonstrar o dano sofrido. A legitimação ativa *ad causam* é exclusiva das pessoas que viviam sob a dependência econômica ou em relação de parentesco com a vítima. *Quanto ao dano moral, tal legitimação se reconhece às pessoas que sofreram dor moral em virtude do falecimento da vítima, não podendo, de forma alguma, figurar o espólio no pólo ativo da lide* (fl. 303). Opostos embargos de declaração (fls. 310-311), foram eles rejeitados (fls. 316-322).

Sobreveio, então, o Recurso Especial, que não havia sido admitido em sua origem. Um agravo de instrumento insurgiu-se contra essa decisão de inadmissibilidade, sendo provido pelo STJ, a fim de viabilizar o processamento e julgamento do Recurso Especial.

De acordo com o relator do recurso, Ministro Luis Felipe Salomão, a causa de pedir do processo envolve *danos que teriam sido sofridos por membros da família de Maria da Purificação*. Em certo trecho da inicial, disse o Ministro, foi narrado que:

após a morte, a família entrou em processo de depressão, tendo um de seus membros, ou seja, o viúvo, necessitado de acompanhamento psicológico e ainda algumas despesas médicas não cobertas pelo plano de saúde foram pagas pela família, tudo conforme comprova o documento 07 anexo (fl. 16).

O eminente relator do recurso também rememorou que a procuração outorgada pelo viúvo, inventariante do espólio, transferiu poderes para *“postular ação de indenização pelo falecimento de Maria da Purificação Magalhães de Oliveira”* (fl. 30).

Em síntese, por considerar que *o dano teria sido sofrido pelos membros da família, seria o espólio parte ilegítima para ajuizar esta ação*. O acórdão foi mantido em

relação à ilegitimidade do espólio. Porém, provido apenas em parte, para que o juiz determinasse a emenda da petição inicial e não a extinção do processo, evitando, com isso, o custoso ajuizamento de nova ação judicial e promovendo o valor da instrumentalidade do processo.

## **2. Distinções necessárias**

O debate trazido por esse recurso especial remete à uma variedade de problemas que são muito semelhantes em sua configuração, embora absolutamente apartados em suas soluções, a exigir que sejam dogmaticamente diferenciados e tratados autonomamente, especialmente com a indicação da normativa aplicável para cada hipótese. Para fins didáticos, seria possível organizá-los em quatro situações diferentes.

**2.1. Primeiro**, lesão à dignidade de uma pessoa em vida, que vier a falecer em seguida, sem ter ajuizado ação para buscar a compensação por danos morais. Discute-se a possibilidade dos herdeiros e/ou do espólio ajuizar a ação de danos morais (arts. 11 e 12, *caput*, e/ou art. 943 do CC).

**2.2. Segundo**, a lesão de uma pessoa em vida, que falece em seguida, mas já tendo ajuizado sua ação para buscar a compensação por danos morais. Discute-se se os herdeiros e/ou o espólio poderia suceder processual e materialmente o falecido, para prosseguir na ação ajuizada (arts. 11 e 12, *caput*, e/ou art. 943 do CC), ou se deveria o processo ser extinto pela intransmissibilidade do direito em que se funda a ação (art. 267, IX, do CPC).

**2.3. Terceiro**, a lesão contra uma pessoa em vida, que poderia, em princípio, legitimar um herdeiro para ajuizar a ação por lesão ao seu próprio direito da personalidade (art. 12, *caput*, do CC) que foi atingindo reflexamente. A discussão, nesse caso, envolve a ausência de transmissão, pois o dano foi causado diretamente ao parente.

**2.4. Quarto**, a pessoa já falecida é alvo de uma ação que desrespeita sua memória, facultando uma proteção *post mortem*. Nesse caso, a discussão envolve o nascimento e a titularidade do direito a compensação por danos morais (art. 12, parágrafo único e art. 20, parágrafo único), considerando que os direitos da personalidade estariam extintos.

## **3. Dano moral, morte e transmissão**

Discutiu-se em passado recente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de o dano moral produzido contra a vítima, que viesse a falecer, legitimar os seus sucessores para *prosseguir* na ação ajuizada ou mesmo *ajuizar* uma ação. São as hipóteses descritas nos **itens 2.1. e 2.2.**, indicados acima.

O debate recai sobre a *intransmissibilidade* dos direitos da personalidade. Essa característica forma, junto com a irrenunciabilidade, as duas únicas características previstas pelo econômico, já antiquado e polêmico art. 11 do Código Civil. Dirão alguns que, sendo direitos intransmissíveis, de estatura existencial, não poderiam os herdeiros ajuizar ação com o propósito de receber os danos morais surgidos pela lesão à dignidade da agora falecida vítima, embora o dano tivesse ocorrido em vida. Nessa linha, o destino do processo seria a sua extinção.

A 3ª Turma do STJ, ao julgar o REsp. 302.029-RJ, afirmou que “*Na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam*”. Para a relatora, Min. Nancy Andrigui, “*em se tratando de direito personalíssimo, tal como à honra, o direito de exigir a reparação do dano e o dever de indenizar o prejuízo são intransmissíveis*”.

Em sentido oposto, a 1ª Turma do STJ, ao julgar o REsp. 324.886-PR, afirmou que “*o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima*”.

Essa linha de pensamento foi objeto de uma profunda discussão pela jurisprudência recente do STJ. Inclusive foi alterado o entendimento da Corte para possibilitar a transmissão, com absoluto acerto. Isso porque os *direitos da personalidade* não se confundem com o *direito à compensação* por danos morais. Os direitos da personalidade são situações jurídicas *existenciais e intransmissíveis*. Mas o direito à compensação é situação jurídica *patrimonial e transmissível*.

A lesão produzida contra a dignidade de uma pessoa cria um direito subjetivo autônomo em relação ao próprio direito da personalidade violado. A morte, assim, extingue os direitos da personalidade (existenciais), mas não extingue o autônomo direito subjetivo à compensação (patrimonial). Se uma pessoa é violada em sua dignidade, durante o curso de sua vida, nesse mesmo instante surge, pelo ato ilícito (art. 186 do CC), uma relação jurídica obrigacional (art. 927 ou 389 do CC, conforme

seja extracontratual ou contratual a responsabilidade), de feição patrimonial, a justificar sua transmissão em caso de morte.

O ofensor, no mesmo instante do dano, se torna devedor. A vítima, também no mesmo momento, passa a ser credora. O que falta é quantificar. A decisão judicial que julga procedente o pedido de compensação reconhece ter havido a lesão, em sua fundamentação, arbitrando, no dispositivo, o valor a compensar (e/ou uma solução não patrimonial, em um desejável caminho da despatrimonialização da reparação por dano moral).

Tudo isso ocorre sem que seja criada a relação jurídica, que nasceu em decorrência e concomitantemente com a prática do ato ilícito. Nesse caso, o vínculo obrigacional terá o seu nascimento coincidindo com a própria ilicitude, fato jurídico humano (art. 186 do CC) criador da obrigação (art. 927, obrigação de indenizar). Dito de outro modo, são duas e autônomas relações jurídicas.

Nesse sentido, parece caminhar a regra do art. 943 do Código Civil, ao estabelecer que “o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmite-se com a herança”. Trata o artigo do direito material à compensação, e não do direito da personalidade, disciplinado pela Parte Geral. Por muito mais razão, o dispositivo também não se refere ao direito constitucional e processual à entrega jurisdicional (perda do direito de ação), como afirmado pelo acórdão.

Seria possível argumentar até mesmo, caso ocorresse a morte simultânea de ofensor e ofendido, com a hipótese de o espólio da vítima ajuizar ação de danos morais contra o espólio do ofensor. Afinal, transmitiram-se as *situações jurídicas* de credor e devedor. E sem prejuízo de já considerar o término do direito da personalidade que foi violado, este sim extinto pela morte.

Essa questão foi objeto de discussão e decisão pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, como afirmado acima, em decisão proferida na sessão de 15/12/10. A divergência se deu entre turmas com competência diferentes, de direito privado (3ª Turma) e público (1ª Turma), a justificar que a repercussão não ficasse restrita ao âmbito das Seções (2ª e 1ª Seções, respectivamente). A ementa do acórdão (AgRg nos EREsp 978651/SP) reconheceu que:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. FALECIMENTO DO TITULAR. AJUIZAMENTO DE

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA N.º 168/STJ.

A posição atual e dominante que vigora nesta c. Corte é no sentido de embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, *o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito*, possuindo o espólio ou os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo de cujus. Incidência da Súmula n.º 168/STJ. Agravo regimental desprovido.

Parece que uma crítica isolada pode ser dirigida contra esse acórdão. Em específico, sobre o reconhecimento de *legitimidade para os herdeiros* ajuizarem ou prosseguirem na ação que, porventura, já tenha sido ajuizada. Não parece haver legitimidade para o herdeiro, pelo menos nesse caso específico.

Com a morte, o patrimônio do falecido passa a formar uma universalidade (arts. 91 e 1791 do CC), aí se incluindo o crédito decorrente da lesão ao direito da personalidade. Esse bem é indivisível legalmente (art. Art. 1791, p.u., do CC), pelo menos enquanto não ocorrer a partilha. E por isso apenas o espólio, até serem partilhados os bens, deve ter reconhecida sua legitimidade para ajuizar ação pelos danos morais sofridos pelo falecido.

Não se aplica a regra do art. 267, IX, do CPC, que manda extinguir o processo sem resolução do mérito, quando “*a ação for considerada intransmissível por disposição legal*”. Na verdade o dispositivo, se interpretado corretamente, deve se referir a intransmissibilidade do direito material a compensação, e não ao próprio direito de ação, como mencionam os acórdãos do STJ. Afinal de contas, há muito que a dogmática processual reconhece a autonomia do direito de ação em relação ao direito material (a compensação, no caso) que a parte afirma existir.

O direito, em que se funda a ação, é o subjetivo de receber compensação por danos morais. A ação não se funda no direito da personalidade, não tem por fim o seu exercício. Embora haja realmente inegável relação com o *direito da personalidade*, mas apenas pela sua gênese, já que a violação desse direito possibilitou criar um outro, que é o *direito de ser compensado por danos morais*. Mas são *duas situações jurídicas independentes*, com *estrutura* (natureza existencial vs. patrimonial dos interesses lesados e seus incontáveis reflexos) e *funções* bem diversas (promocional do ser humano vs. reparatória de dano em perspectiva solidária).

O direito da personalidade, este sim, é considerado intransmissível. Mas a ação não se funda nele, a justificar que o juiz suspenda o processo, ao invés de extingui-lo, como

preveem os arts. 43 e 265, I, do CPC. E isso para possibilitar a habilitação dos sucessores. Haverá uma sucessão processual, que nada mais faz do que corresponder à sucessão da relação de direito material, relacionada à qualidade de credor da relação obrigacional.

Essa visão também foi aceita durante as discussões e conclusões dos participantes da V Jornada de Direito Civil do CJP, através do Enunciado 454 (“*o direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima*”).

#### **4. Legitimidade concorrente e crítica a decisão**

Nesse ponto parece estar a questão mais delicada do acórdão. Maria da Purificação não foi tratada com a dignidade que a sua condição humana exigia. O seu intestino foi perfurado por culpa (em seu sentido amplo) do médico. Passou por 40 dias de coma. Precisou realizar cirurgias para reduzir as consequências da inconstitucionalidade profissional. Foi vítima de um dano existencial injusto, que ceifou a sua vida.

Mas a sua família também não foi tratada com a dignidade que merecia. A medicina discute a possível consciência da pessoa durante o coma. E não há, ainda, consenso sobre a questão. Mas o cônjuge, os filhos e os pais experimentaram, e muito conscientes, o flagelo de não saber se o ente querido voltaria à normalidade, ou sequer se sobreviveria. A hesitação, para piorar, se estendeu pelos 40 dias de coma, além de outros intermináveis dias dedicados a tratamento e intervenções. As suas dignidades, pelo viés da integridade psíquica, foram violadas em circunstâncias sérias e merecedoras de proteção.

São dois e autônomos danos, portanto.

Nesse caso, os parentes foram violados em seus próprios direitos da personalidade. Eles passaram a ser credores dos mesmos autores do ato ilícito que matou a Maria da Purificação. Uma só conduta, produzindo danos diversos contra pessoas diversas.

O cenário, na perspectiva da responsabilidade civil, é o de uma ação antinormativa, realizada pelos réus, causadora de danos a pessoas diversas (paciente, seus pais, seus

filhos, seu marido<sup>1</sup>...), a impor uma reparação integral que examine as circunstâncias de cada caso, verificando a existência de interesse merecedor de proteção e a extensão do dano.

Em síntese, parece haver uma legitimidade concorrente e não exclusiva, em razão de danos que foram praticados de forma independente.

O *espólio*, nos termos do tópico anterior, podendo ajuizar ação buscando receber a compensação pelos danos morais causados a Maria da Purificação, na qualidade de sucessor material e processual da situação jurídica de credora, antes ocupada pela própria vítima, que passa aos sucessores após a partilha.

Mas o *cônjuge e parentes* próximos também são legitimados, por outro e independente dano. E aqui cabe uma divergência da decisão, ao não reconhecer essa legitimidade. O espólio não estava, em nome próprio, buscando um direito alheio, prática que realmente o art. 6º do CPC não admite sem que haja base legal. Estava, em nome próprio, discutindo o direito subjetivo à compensação. O credor, inicialmente, era Maria da Purificação. Com a sua morte, a situação jurídica passou a ser ocupada pelo espólio, até a partilha, só passando aos herdeiros depois dela. Sucessão da situação

---

<sup>1</sup> Existe nesse ponto uma questão extremamente tormentosa e diferente dos problemas até aqui comentados. É a hipótese de morte da vítima que experimenta dano existencial que repercute na esfera da dignidade de pessoas próximas. Qual seria o limite na legitimação para buscar danos morais? O melhor amigo do falecido seria legitimado, por exemplo? O aluno, no caso de morte do mestre querido? Os fãs de um ídolo assassinado? Se o dano fosse produzido *post mortem*, resolveriam a questão os arts. 12 e 20 do CC, em seus respectivos parágrafos únicos, interpretados em sua literalidade como regras de contenção dos legitimados. Porém, se ocorre à lesão em vida, seguida do falecimento da vítima, não há regra específica no CC, a possibilitar, em tese, a integração através da analogia com esses arts. 12, p.u., e 20, p.u., do CC. O problema, nesse caso, seria identificar aprioristicamente o titular de um direito individual fundamental (art. 5º, X, da CR) para afastar outros que possam merecer tutela no caso concreto (ex. uma noiva, que more com o falecido. A legitimidade do noivo já foi reconhecida pela 2ª Turma do STJ no AgRg no REsp 1106269; e, por outro lado, afastada pela 4ª Turma do STJ no REsp 1076160). O Código Civil de Portugal resolveu a questão no art. 496º, 2, legitimando de forma concorrente o cônjuge (não separado judicialmente) e filhos (e outros descendentes). Só na falta destes é que os pais (e outros ascendentes) são legitimados. Na ausência de todos, serão legitimados os irmãos ou sobrinhos. A Jurisprudência do STJ tem decisões oscilantes sobre o tema. A 4ª Turma do ST (REsp 1076160/AM) decidiu que “1. *Em tema de legitimidade para propositura de ação indenizatória em razão de morte, percebe-se que o espírito do ordenamento jurídico rechaça a legitimação daqueles que não fazem parte da "família" direta da vítima, sobretudo aqueles que não se inserem, nem hipoteticamente, na condição de herdeiro. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 12 e 948, inciso I, do Código Civil de 2002; art. 63 do Código de Processo Penal e art. 76 do Código Civil de 1916. 2. Assim, como regra - ficando expressamente ressalvadas eventuais particularidades de casos concretos -, a legitimação para a propositura de ação de indenização por dano moral em razão de morte deve mesmo alinhar-se, mutatis mutandis, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações*”. Já a 3ª Turma do STJ decidiu que “1.- *Os irmãos podem pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão, sendo irrelevante a existência de acordo celebrado com os genitores, viúva e filhos da vítima que os ressarciram pelo mesmo evento. A questão não é sucessória, mas obrigacional, pois a legitimidade ativa não está restrita ao cônjuge, ascendentes e descendentes, mas a todos aqueles atingidos pelo sofrimento da perda do ente querido, desde que afirmem fatos que possibilitem esse direito*” (REsp 1.291.702/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 30.11.2011).

jurídica subjetiva ativa, na mesma relação obrigacional, que mantém os demais elementos e efeitos.<sup>2</sup>

Então seriam, potencialmente, duas ações distintas. A primeira, ajuizada pelos herdeiros, lesados em seus próprios direitos da personalidade, não havendo que se cogitar de sucessão nesse caso. A segunda, pelo espólio, relativo à violação da dignidade de Maria da Purificação, que, uma vez falecendo, transmitiu esse crédito aos seus sucessores, cuja universalidade é representada pelo espólio até a partilha.

O raciocínio contrário é perigoso, ao menos para o ser humano e uma necessária ressignificação das categorias a partir da sua centralidade. O acórdão estadual afirmou, para negar legitimidade ao ente despersonalizado, que *o espólio, em hipótese alguma*, poderia buscar reparação por danos morais em caso de morte. As consequências desse raciocínio são perigosas e produzem resultados cruéis.

Em hipótese na qual a vítima de um dano moral injusto sobreviva, essa sobrevivente terá a faculdade de pedir a reparação. Porém, caso a vítima venha a falecer, não ficaria o causador obrigado a reparar o dano, embora decorra da mesma conduta praticada no outro exemplo, com a agravante do resultado aqui mais grave. O dano que não matasse iria impor a reparação. Já o dano que assassinasse a vítima restaria irreparável.

## **5. Proteção *post mortem***

A discussão nesse caso é bem diversa. E parece até mais difícil. Aqui a pessoa já está falecida no momento em que sua “dignidade” é violada. Mas como falar em dignidade da pessoa humana, se ela não é mais tida como pessoa para o ordenamento, em um paradoxo quase intransponível? Como reconhecer e admitir uma violação a “direito da personalidade” de pessoa falecida se, por outro lado, também se reconhece como vitalícios os direitos da personalidade, e assim, sendo extintos pela morte?

---

<sup>2</sup> O problema envolve o prazo de prescrição que foi iniciado a favor da vítima para buscar compensação por danos morais. Em caso de morte, o curso do prazo prescricional continuaria regularmente, em razão da regra do art. 196 do CC, desde que não houvesse uma causa paralisante (ex. sucessor absolutamente incapaz). Todavia, seria bem diversa a solução na hipótese de lesão aos herdeiros, que iniciaria um novo curso do prazo prescricional, na sua totalidade. Ressalte-se, sobre esse tema, a existência de posição doutrinária e jurisprudencial favorável à imprescritibilidade no caso de dano moral, por se tratar de lesão a situação jurídica existencial e imprescritível.

Dois casos conhecidos, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, servem para ilustrar a discussão sobre a viabilidade e o alcance da tutela *post mortem*. Merece ser destacada a época das decisões, anteriores à vigência do Código Civil de 2002.

### 5.1. Gloria Perez vs. “Jornal o Dia”

No primeiro (REsp 268660/RJ), Glória Maria Ferrante Perez ajuizou ação contra o “Jornal o Dia”. A conhecida dramaturga buscava ser compensada por danos materiais e morais pela utilização não autorizada da imagem de sua falecida filha, Daniella Perez, morta covardemente em dezembro de 1992.

Os assassinos foram o ator Guilherme de Pádua e sua mulher Paula Thomaz. Foram condenados. Esse ator contracenava com a vítima na novela “Corpo e Alma”. Os personagens formavam um par romântico no enredo da novela.

O “Jornal o Dia”, algum tempo depois, publicou diversos capítulos diários e consecutivos (oito, especificamente) de um folhetim em que relembra a estória, pincelando nítidas cores de romance ao crime. E a narrativa era acompanhada de ampla divulgação em bancas de jornal.

O título era panfletário: “Beijo da Morte”. Seguido de uma imagem extraída da novela, na qual os personagens se beijavam. Sugeriu, em tom subliminar, que teria havido um romance na vida real entre os atores. O Jornal confundia realidade e fantasia, para desespero de uma mãe já destruída pela morte da filha.

O STJ não conheceu dos recursos e manteve o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nesta corte, o jornal havia sido condenado a pagar dano material, sendo julgado *improcedente* o pedido de *dano moral*.

E, mesmo não admitindo o recurso, o acórdão do STJ registrou a posição do relator sobre a possibilidade de dano moral na hipótese:

Vê-se, assim, ser certo que os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima dela, como sentenciou Ariosto. Dai porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em

linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecido filho, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer gesto que possa lhes trazer máculas. Daí porque têm eles legitimidade ativa para postular reparação por ofensas morais feitas à imagem de seus filhos, o que digo apenas de passagem já que o dano moral não foi aqui reconhecido e nem está mais sendo questionado.

Embora não houvesse, na ocasião em que a decisão foi proferida, base legal para fundamentar a conclusão, afirmou-se a intransmissibilidade dos direitos da personalidade com base na posição já exposta pela doutrina. Como lembrou o magistério do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a morte não impossibilita que a memória agredida do falecido projete reflexamente seu potencial lesivo a dignidade de parentes próximos, como é o caso da mãe da pessoa falecida, justificando que esta, em nome próprio, busque a compensação por danos morais e materiais.

Reconheceu, pois, o dano reflexo a dignidade da própria mãe, embora, na sua origem, pela lesão praticada contra a *memória* de uma pessoa já falecida.

## 5.2. Filhas do Garrincha vs. “Cia das letras”

As filhas do conhecido ex-jogador “Garrincha” ajuizaram ação<sup>3</sup> contra a “Cia das Letras”, pretendendo a compensação por danos morais e materiais. Fundamenta a pretensão uma biografia não autorizada intitulada “*Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha*”, responsável, de acordo com a decisão, pela execração pública da memória do falecido, um ídolo do esporte e pai das autoras.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente, exclusivamente em relação ao dano moral, no valor equivalente a 1000 salários mínimo. As partes apelaram. A autora, para obter a reforma em relação ao pedido de dano material. A ré, para reverter a parte da sentença que lhe foi desfavorável, em relação ao dano moral.

Em segundo grau, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sem discrepância, considerou não estar caracterizado o dano moral e reformou a sentença em relação nessa parte. Porém, proveu o recurso em relação ao dano material, para condenar a editora a indenizar as autoras no equivalente a 5% sobre o total do preço do livro a ser apurado em liquidação.

---

<sup>3</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 521.697/ RJ.

Em alguns trechos do livro, caso o atleta estivesse vivo, os relatos lesariam, pelo menos, a honra (em seu duplo aspecto), a intimidade e a imagem daquele atleta, como lembrou o acórdão recorrido:

Este relator, por dever de ofício, já que não é entusiasta do futebol, nem torce para qualquer time, leu o Livro no último fim de semana para que pudesse proferir este voto. Lamentavelmente, constatei que a obra não faz justiça a um grande jogador de futebol que por duas vezes levou o Brasil a ser campeão do Mundo. Não se limitou o autor a relatar o futebol do Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel do Santos e apequenando a sua imagem. Se um quadro vale por mil palavras, como diz o ditado chinês, a capa do livro em exame é um longo discurso contra a imagem do Garrincha. Em lugar do atleta chutando a bola em gol ou dando os seus dribles que levavam as galeras ao delírio, mostra um homem deprimido e desolado, quase a figura de um farrapo humano. Pior que tudo, a imagem da capa é retratada em páginas de dolorosa impiedade, que aos poucos vai despindo o mito, transformando-o em profissional derrotado, pai irresponsável, marido infiel e ébrio inveterado. Ao final do Livro, Garrincha não passa de um grande logro, autêntico exemplo de fracasso humano. Se tal não bastasse, atenta ainda o Livro agressivamente contra a intimidade do Garrincha, trazendo a público relato de fatos da sua mais restrita privacidade, desde a sua meninice até a sua morte. Seus dotes sexuais, seus vícios ocultos, seus casos amorosos, seus fracassos na cama, tudo é investigado com microscópio e depois ampliado e divulgado sem retoques. Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada. Seria de mau gosto reproduzir aqui trechos de alguns capítulos do Livro; seria grosseiro e deprimente, mas se alguém quiser conferir verifique fls. 29/30, 32, 45, 74/75, 77, 90, 199, 217/218 etc.

O Superior Tribunal de Justiça admitiu e deu provimento ao Recurso Especial. A ementa do recurso disse o seguinte:

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto . Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.

O interessante é que o acórdão, expressamente, afirmou a intransmissibilidade dos direitos da personalidade. Ao mesmo tempo, mostrou que não existe incompatibilidade

entre essa característica e a proteção *post mortem* desses direitos. O STJ manteve a condenação por dano material. E arbitrou em 100 salários mínimos o valor de dano moral.

### 5.3. A solução dos CC de Brasil e Portugal

O legislador brasileiro não parece ter sido feliz ao redigir os artigos 12 e 20 do CC, em seus parágrafos únicos. A discussão na jurisprudência do STJ, anterior ao CC, revela bem a insuficiência das regras criadas. Pelo *caput* do art. 12, por exemplo, passa a ser tutelado qualquer direito da personalidade.

Diz o artigo, de conteúdo genérico, que “*pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei*”.

O titular do direito da personalidade pode, uma vez violado o seu interesse, buscar as *perdas e danos* ou a *cessação do ilícito*. Seja qual for o direito da personalidade, poderá o seu titular protegê-lo com base nesse artigo.

E vem o parágrafo único, do mesmo art. 12, estabelecer que, “*em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau*”.

Em se tratando de morto, que medida prevista neste artigo poderá ser requerida? Se o parágrafo único for literalmente conjugando com o *caput*, essa locução parecerá complementá-lo, isto é, em se tratando de violação a *direitos da personalidade* de pessoa morta, poderá ser buscada a cessação dessa lesão e perdas e danos. Mas quem buscará, se ele está morto? Entra aí a legitimidade das pessoas ali elencadas (ascendente, descendente, cônjuge...).

O reconhecimento de direitos da personalidade a pessoa já falecida criaria desafios e embaraços dogmáticos variados e quase insuperáveis. Morto com direito? Direitos sem sujeito? Direito de quem não é pessoa? Substituição no exercício por familiares?

O ser humano falecido tem direitos da personalidade, ao menos é o que parece dizer a leitura do dispositivo. E se cria uma contradição com a característica da vitaliciedade

apontada pelos civilistas, enquanto atributo imanente aos direitos da personalidade. Afinal, o que é vitalício não poderia existir após a morte.

Melhor seria se o legislador tivesse se inspirado na legislação portuguesa. O Código Civil de Portugal, em seu art. 71, prevê que “*os direitos da personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular*”. E a tutela dos direitos da personalidade, pelo art. 70, 1, aplica-se apenas aos *indivíduos*.

Bem mais preciso. Os direitos da personalidade terminam com a morte. Mas continuam a merecer tutela depois dela. O ser humano, pela sua prioridade na ordem jurídica, é protegido até mesmo depois da sua morte. Não é preciso, porém, atribuir personalidade jurídica para realizar essa função.

Essa proteção *post mortem* pode ser interpretada em sentido promocional da dignidade da pessoa humana. Atribui-se legitimidade a pessoas próximas (cônjuge, companheiro, filhos...), já que elas, em regra, são reflexamente lesadas pela ofensa a memória<sup>4</sup> da pessoa falecida. Trata-se, a memória, de um interesse legítimo merecedor de proteção, sem que para isso seja necessário reconhecer a possibilidade de pessoas falecidas serem titulares de situações jurídicas.

A vítima iria, em nome próprio, proteger direito próprio. Se um homem já falecido, por exemplo, tem o seu nome indevidamente incluído em órgão de restrição ao crédito, por um banco com o qual nunca manteve relação ao longo da sua vida, a lesão recairá sobre os direitos da personalidade da sua mulher e filhos. Embora por via reflexa.

Nesse sentido concluíram os participantes da V Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF. O Enunciado 400 afirma que “os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra a lesão perpetrada *post mortem*”.

## 6. Conclusão

---

<sup>4</sup> O Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 696098 / RS) teve a oportunidade de reconhecer a memória enquanto interesse tutelado e violador reflexo de um direito da personalidade de pessoa próxima. No caso, uma lesão a direito da personalidade da mãe da pessoa falecida. O acórdão afirmou que “I. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a responsabilidade da agravante pela veiculação de **notícia ofensiva à memória do empresário falecido, causadora de dano moral a sua genitora**, a revisão do tema recai no óbice da Súmula n. 7 do STJ”.

Maria da Purificação foi morta por pessoas que têm o dever de salvar vidas. Ficou em coma durante 40 dias. Foi submetida a intervenções paliativas. Atravessou um intervalo rico de incertezas, sem saber se a morte iria roubar-lhe a vida. E isso torna impossível, até mesmo, tentar descrever tudo o que ela suportou.

O marido e os filhos de Maria da Purificação também passaram por dias que o ser humano não mereceria experimentar. A pessoa amada busca um tratamento para um problema de saúde. E os profissionais, em quem ela depositou a sua vida e as suas esperanças, perfuram grotescamente o seu intestino grosso.

Foram consumidos meses de muita angústia e incerteza. Cirurgias, internações, e então Maria da Purificação entrou em coma. São intermináveis 40 dias. A sensação é de impotência absoluta. Parentes e amigos certamente fariam o que estivesse ao seu alcance para salvar Maria da Purificação. Porém, a solução estava completamente fora das suas possibilidades.

Esse cenário realça duas afirmações possíveis. A *primeira*, de que Maria da Purificação foi vilipendiada em sua dignidade. A *segunda*, de que uma ação virulenta lesou a dignidade do marido, pais e dos filhos de Maria da Purificação. Através de uma única ação, produziram-se vários danos.

São, como visto no item 2, pelo menos 4 hipóteses que se assemelham. Cada uma delas precisa ser individualizada e assim distinguida, em suas diferentes estruturas e funções.

**Primeiro**, filhos, pais e marido de Maria da Purificação são legitimados para buscar a compensação por danos morais (e também materiais, relativos especialmente aos gastos que afirmaram ter tido) decorrente da violação dos seus próprios direitos da personalidade. Essa, aliás, seria a única possibilidade de danos morais, ao menos para decisões que refletiam uma jurisprudência já superada pelo STJ.

**Segundo**, o espólio de Maria da Purificação pode sucedê-la como credor na obrigação de indenizar, ao contrário do que reconheceu o acórdão. E ajuizar a ação correspondente, buscando a compensação por danos morais, já que o processo não foi iniciado pela vítima ainda em vida (art. 943 do CC). Com o ato ilícito, Maria tornou-se credora daquela obrigação. Os causadores se tornaram devedores. E a morte fez com que a situação jurídica de credora fosse objeto de uma sucessão para os seus herdeiros, vale dizer, da relação jurídica obrigacional.

Nesse caso, devem ser representados pelo espólio até ser realizada a partilha dos bens. Daí a respeitosa discordância com a decisão do Recurso Especial aqui examinado, pois o acórdão considerou o espólio parte ilegítima para discutir danos morais decorrentes da morte de Maria da Purificação, quando, em verdade, o crédito relativo ao dano moral causado a Maria deveriam ser transferido aos seus sucessores, por sucessão hereditária.

**Terceiro**, caso Maria da Purificação tivesse, em vida, ajuizado ação para buscar a reparação, poderiam os sucessores, representados pelo espólio até a partilha dos bens, prosseguir no processo na qualidade de sucessores processuais. O juiz, nesse caso, não deveria extinguir o processo com base no art. 267, IX, do CPC, mas suspendê-lo e determinar a habilitação dos sucessores, com base no art. 265, I, § 1º, do CPC. O direito em que se funda a ação não é o direito da personalidade, mas sim o direito a compensação pela violação.

**Quarto**, caso uma ofensa à memória de Maria da Purificação fosse perpetrada após a sua morte, com base no art. 12, p.u., do CC (ou do art. 20, p.u., se a violação fosse à imagem), poderiam os indicados nesse dispositivo, em nome próprio, demandar direito próprio. Os direitos da personalidade violados reflexamente pela ofensa a memória de Maria Aparecida. Nesse caso, o espólio não seria legitimado.

**Como citar:** AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Dano moral, transmissibilidade do direito à compensação e proteção post mortem – algumas reflexões sobre o REsp. 1.143.968/MG. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/dano-moral-transmissibilidade-do-direito-a-compensacao-e-protecao-post-mortem-algumas-reflexoes-sobre-o-resp-1-143-968mg/>>. Data de acesso.