

A Transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral

André Gustavo Corrêa de Andrade

Juiz de Direito

Mestre em Direito pela UNESA – Universidade Estácio de Sá

Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As correntes formadas acerca da questão da transmissibilidade *mortis causa* do direito de indenização do dano moral. 2.1. Intransmissibilidade. 2.2. Transmissibilidade condicionada. 2.3. Transmissibilidade (sem condições). 3. A questão da transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. A compatibilidade da tese da transmissibilidade com o ordenamento jurídico. 5. A transmissibilidade *inter vivos* (cessibilidade) do direito à indenização do dano moral. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Questão não isenta de controvérsias é a relativa à transmissibilidade, *mortis causa*, do direito de indenização do dano moral. A peculiar natureza dos bens ou interesses atingidos por essa espécie de dano levaram a doutrina e a jurisprudência a divergir sobre a possibilidade de o respectivo direito de indenização ser exercido por outrem que não a própria vítima. Desnecessário salientar a importância do tema, que, em razão do crescente número de ações de reparação, vem sendo trazido cada vez mais para exame judicial.

Menos debatida, embora não menos relevante em termos doutrinários, é a questão referente à transmissibilidade *inter vivos* desse mesmo direito. Impõe-se verificar se a solução para a questão anterior é idêntica a dessa.

O presente trabalho aborda ambas as questões, com exame de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

2. As correntes formadas acerca da questão da transmissibilidade *mortis causa* do direito de indenização do dano moral

No tocante à possibilidade de transmissão por morte do direito indenizatório do dano moral, três correntes se formaram a respeito na doutrina: a) intransmissibilidade; b) transmissibilidade condicionada ao ajuizamento da ação indenizatória pelo lesado ou

à sua manifestação da vontade de exercer a pretensão; c) transmissibilidade.¹ Passem-se em revista essas correntes.

2.1. Intransmissibilidade

Representante da primeira corrente, Wilson Mello da Silva sustentava que o dano moral, “dado seu caráter eminentemente subjetivo, jamais se transferiria ativamente a terceiros, seja pela cessão comum, seja pelo *jus haereditatis*”.² Argumentava que os bens morais são inerentes à pessoa e com ela desaparecem, pois dizem respeito a seu foro íntimo. Embora os terceiros possam compartilhar da dor da vítima, sentindo, eles próprios, *por eles mesmos*, as mesmas angústias, não se concebe que a vítima possa transferir as suas dores e angústias para terceiros.³ Em apoio de sua posição, invocava o autor os entendimentos de Demogue e Ripert.⁴ Este último via no caráter punitivo da indenização do dano moral, por ele defendido enfaticamente, uma razão para a intransmissibilidade do direito de indenização do dano moral: “Em todo o caso qualquer reparação por prejuízo moral, desde que não foi liquidada, desaparece com a vítima; é uma prova de que a vítima tem menos em vista a reparação dum prejuízo, do que exercer um direito de punição.”⁵

Mais modernamente, Patrice Jourdain manifesta-se teoricamente contrário à transmissibilidade do direito de indenização do dano moral, fundado no que considera o caráter eminentemente pessoal do referido direito.⁶ Embora a jurisprudência francesa atual admita essa transmissibilidade sem restrições, argumenta o autor que a questão é controvertida em sede doutrinária. Pondera que a indenização do dano moral preenche a função peculiar de trazer para a vítima uma satisfação destinada a compensar seu sofrimento ou de infligir ao agente uma espécie de sanção civil que satisfaz uma necessidade, se não de vingança, ao menos de afirmação pública do direito daquela. Portanto, seria evidente que, “para preencher verdadeiramente esta função a indenização deve ser reclamada e obtida pela própria vítima. Se o é por seus herdeiros, ela não traz nenhum alívio aos sofrimentos suportados e não dá nenhuma satisfação moral àquele

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo 22, § 2.723, 4, p. 218.

² SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, p. 648.

³ *Ibidem*, p. 649.

⁴ *Idem*.

⁵ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*, p. 343. Ao contrário do sustentado pelo autor, o caráter punitivo da indenização justificaria a transmissibilidade do direito à indenização.

⁶ VINEY, Geneviève.; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civile. Les effets de la responsabilité*, p. 328.

que os experimentou. Seu único efeito é o de permitir aos sucessores a obtenção de uma soma em dinheiro a partir de um sofrimento que não é seu e a respeito do qual a própria vítima talvez não quisesse ela mesma demandar reparação, o que parece particularmente antipático, se não francamente imoral.”⁷

2.2. Transmissibilidade condicionada

A segunda corrente também parte do princípio de que o dano moral, porque reside na “dor” ou lesão de sentimentos íntimos, é inerente à pessoa do lesado e somente por ele pode ser invocada.⁸ Isso significa que a ação (*rectius*, a pretensão) de indenização do dano moral carrega consigo as características particulares do direito violado, razão pela qual a ação de indenização por dano moral, de acordo com a classificação doutrinária das ações baseada no direito que protegem, deve ser incluída na categoria das ações personalíssimas.⁹ Assim, antes de exercida, a pretensão indenizatória é de natureza personalíssima e, portanto, intransmissível. Assume o caráter patrimonial, contudo, depois da propositura da ação. Pressupõe-se que a falta de ajuizamento da demanda indenizatória pode significar, v.g., 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. Em contrapartida, o ajuizamento da ação indenizatória pela própria vítima revelaria não apenas a existência do dano moral, mas a disposição daquela de obter a reparação, que poderia, a partir de então, ser transmitida aos herdeiros.

Esse era, em linhas gerais, o entendimento de Savatier, para quem a vítima pode transmitir livremente, por convenção ou sucessão, seu direito de indenização por dano moral, pois que dela apenas depende a conversão desse dano em uma indenização pecuniária. Assim, a partir do ajuizamento da ação indenizatória pela vítima, poderiam seus herdeiros sucedê-la no respectivo crédito. Se, ao contrário, a vítima não propusesse a demanda, não haveria transmissão hereditária. Argumentava o autor que os herdeiros

⁷ *Ibidem*, p. 325. No original: “Or il est bien évident que, pour remplir véritablement cette fonction l’indemnisation doit être réclamée et obtenue par la victime elle-même. Si elle l’est par ses héritiers, elle n’apporte aucun soulagement aux souffrances endurées et ne donne aucune satisfaction morale à celui qui les a subies. Son seule effet est de permettre aux successeurs de faire argent d’une souffrance qui n’est pas la leur et don’t peut-être leur auteur n’aurait voulu lui-même demander réparation, ce qui paraît particulièrement antipathique, sinon même franchement immoral.”

⁸ É o entendimento de Alfredo Orgaz. *El daño resarcible. Actos ilícitos*, p. 261.

⁹ BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*, p. 247.

não saberiam quantificar pecuniariamente, por sua própria conta, a dor física ou moral do *de cuius*.¹⁰

Essa solução foi adotada expressamente pelo Código Civil argentino, em seu artigo 1.099: “Se se tratar de delitos que não houverem causado senão agravo moral, como as injúrias ou a difamação, a ação civil não passa aos herdeiros e sucessores universais, senão quando houver sido ajuizada pelo defunto.”¹¹ O dispositivo legal, como se vê, estatui a intransmissibilidade como regra e a transmissibilidade como exceção.

Pizarro, em comentário ao dispositivo legal, observa que a existência e a natureza do agravo “se nutre de parâmetros marcadamente subjetivos, cuja ponderação corresponde exclusivamente ao próprio lesado”, de modo que apenas a este cabe tomar, “em forma absolutamente potestativa, a decisão de exercitar ou não o seu direito à reparação do dano moral”. A partir de então, a pretensão ressarcitória assume um conteúdo predominantemente patrimonial, suscetível de ser transmitido aos herdeiros.¹²

Zavala de Gonzalez, por seu turno, entende que o exercício da pretensão indenizatória pelo lesado é um dado meramente circunstancial, que não modifica a essência do direito, transformando em patrimonial uma ação que antes era personalíssima. Argumenta que a pretensão já existia e o seu exercício ou não “é uma questão contingente, sem virtualidade para determinar a índole de um direito surgido desde antes com um contorno e uma substância bem delimitados.”¹³ Por outro lado, pondera que a transmissão da ação ajuizada pela vítima, na verdade, é incompatível com o prevalente caráter ressarcitório da indenização do dano moral, uma vez que essa transmissão faz recair a indenização sobre as mãos de pessoas que não padeceram nenhum prejuízo espiritual ressarcível, não podendo, assim, cumprir sua finalidade compensatória ou satisfativa. Conclui que a transmissibilidade condicionada da ação de indenização deriva, em última análise, de considerações de política legislativa, que muitas vezes circunscrevem ou limitam a aplicação de certos princípios, como o da função ressarcitória do dano moral.¹⁴ A lei, por razões de ordem prática, simplesmente

¹⁰ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, tomo II, p. 210.

¹¹ No original: “Art.1099 – Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravo moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto.”

¹² PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, p. 247.

¹³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, vol. 2-a, p. 580.

¹⁴ *Ibidem*, p. 581.

estabeleceu um limite temporal e um requisito objetivo – o ajuizamento da ação pelo lesado – para a transmissão do direito de indenização do dano moral.¹⁵

Na Espanha, é pacífico o entendimento de que, uma vez ajuizada a ação de indenização por dano não patrimonial, o respectivo direito, em caso de morte ulterior da vítima, é transmitido aos herdeiros. No caso de a vítima não ter ajuizado a ação, há dissenso entre a doutrina e a jurisprudência. Parte considerável da doutrina considera que o direito à compensação por dano não patrimonial tem natureza patrimonial, razão pela qual seria sempre transmissível para os sucessores da vítima, independentemente do ajuizamento de ação indenizatória por esta. A Suprema Corte, no entanto, tem rejeitado sistematicamente a transmissibilidade nessa última hipótese, admitindo-a apenas quando o lesado tiver ajuizado a ação.¹⁶

Na Holanda, entende-se que o direito de postular indenização por dano não patrimonial é estritamente pessoal e, em princípio, intransmissível. Contudo, o art. 6:106 (2) do BW (*Burgerlijk Wetboek* – Código Civil holandês), estabelece que o referido direito passa para os herdeiros, se a vítima tiver notificado ou de qualquer modo informado o responsável da sua intenção de reclamar indenização.¹⁷

Na Grécia, o art. 933 do Código Civil estabelece que o direito de indenização se transmite para os herdeiros somente quando reconhecido em instrumento de transação ou quando o lesado tiver ajuizado demanda indenizatória.¹⁸ Na Polônia, regra semelhante é estabelecida pelo art. 445, 3, do Código Civil.¹⁹

2.3. Transmissibilidade (sem condições)

Para essa corrente, o direito de indenização do dano moral é sempre transmissível, como o é o direito de indenização do dano material. Distingue-se, acertadamente, o direito da personalidade do direito de indenização. O primeiro, sim, é

¹⁵ *Ibidem*, p. 582. Observa a autora, ainda, que a norma em comento visaria a compensar, de certo modo, ao impedimento, trazido pelo art. 1.078 do Código Civil argentino, à possibilidade de os lesados indiretos intentarem, por direito próprio, ação de indenização por lesões sofridas em vida por um parente. Essa restrição se contrabalançaria, em certa medida, com a abertura da transmissão da ação que então tivesse sido proposta pelo lesado direto.

¹⁶ MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi; SOLÉ, Josep. Non-pecuniary loss under Spanish Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 200.

¹⁷ WISSINK, Mark H.; BOOM, Willem H. van. Non-pecuniary loss under Dutch Law. In: *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p.160.

¹⁸ KERAMEUS, Konstantinos D. Non-pecuniary loss under Greek Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p.131.

¹⁹ NESTEROWICZ, Miroslaw; BAGINSKA, Ewa. Non-pecuniary loss under Polish Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p.179.

por natureza intransmissível, enquanto o último tem caráter patrimonial e é transmissível aos herdeiros do falecido. 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 transmitido por morte do titular.

Assim já se manifestava De Cupis: “Se o fato prejudicial viola um direito transmissível (como o direito da personalidade) esta intransmissibilidade não leva consigo a do direito ao ressarcimento, que por ter por objeto uma prestação pecuniária de caráter patrimonial (ressarcimento) constitui um elemento do patrimônio do prejudicado com uma regulação independente na qual se compreende a transmissibilidade; de modo igual ao de qualquer direito privado patrimonial.”²⁰ Esse é o entendimento hoje vigente no Direito italiano, como informam Busnelli e Comandé: “Se, em caso de morte, a vítima sobreviveu por um razoável período de tempo, então terá sofrido um dano psicofísico que poderá ser qualificado como *danno biologico* e seus herdeiros poderão demandar em juízo. O mesmo vale para o sofrimento moral.”²¹

No Direito germânico, o art. 847, nº 1, parte final, do BGB condicionava a transmissibilidade do direito de indenização do dano moral à existência de um instrumento escrito de transação no qual o ofensor reconhecesse esse direito ou ao ajuizamento da ação indenizatória pela vítima. Esse condicionamento era, em geral, objeto de críticas. Em 1990, foi revogada a parte final daquele dispositivo,²² de modo que, atualmente, não há restrições à transmissibilidade do direito à indenização do dano moral, que, em caso de morte da vítima, passa automaticamente aos herdeiros.²³

Na França, foi bem marcada a evolução da questão na jurisprudência. Da intransmissibilidade do direito de indenização do dano moral (até 1946) passou-se à transmissibilidade, condicionada ao ajuizamento da ação em vida pela vítima (de 1946 a 1976), até chegar à transmissibilidade sem restrições desse direito (a partir de 1976). Em 30 de abril de 1976, a Cour de Cassation, em câmara mista, estabeleceu, em dois

²⁰ DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 662.

²¹ BUSNELLI, F. D.; COMANDÉ, G. Non-pecuniary loss under Italian Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p.137. No original: “If, in case of death, the victim survived for a reasonable period of time so that he/she suffered temporary psychophysical impairment that can be qualified as *danno biologico*, his/her estate could claim it. The same is true for moral suffering.”

²² Art. 847 do BGB: “(1) No caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação da liberdade, pode o lesado, também em razão do dano não patrimonial, exigir uma equitativa satisfação em dinheiro. A pretensão não é transmissível e não passa aos herdeiros, salvo se tiver sido reconhecida por contrato ou se tiver havido litispendência.” (Grifou-se o trecho revogado).

²³ MAGNUS, Ulrich; FEDTKE, Jörg. Non-pecuniary loss under German Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 115.

leading cases, que o direito de indenização do dano não patrimonial se transmite da vítima a seus herdeiros sem nenhuma restrição. No primeiro caso, os herdeiros haviam demandado indenização correspondente ao *pretium doloris* pelo sofrimento suportado pela vítima entre o acidente e sua morte. A Corte afirmou que “toda pessoa vítima de um dano, seja qual for a sua natureza, tem direito de obter reparação daquele que o causou por sua falta; que o direito à reparação do dano resultante do sofrimento físico experimentado pela vítima antes de seu falecimento, tendo entrado em seu patrimônio, transmite-se a seus herdeiros...; que não pode, em conseqüência, ser rejeitada a ação de perdas e danos ajuizada por um filho que, na qualidade de sucessor, pleiteia indenização pelo sofrimento suportado por seus pais entre o dia do acidente e seu falecimento”.²⁴ No segundo caso, o falecido era o pai de um rapaz morto em um acidente. O pai morreu um ano após seu filho, sem que tivesse ajuizado ação para obter compensação pelo *préjudice d'affection* sofrido com a morte do filho. Seu espólio, então, pleiteou indenização. A Cour de Cassation, reformando decisão que considerara que o espólio não sucede o *de cuius* no direito indenizatório quando este não o exercitou em vida, afirmou que “o direito à reparação do dano resultante do sofrimento moral experimentado pelos pais em razão da morte de seus filhos, tendo entrado em seu patrimônio, se transmite com a sua morte a seus herdeiros, os quais podem demandar indenização desse dano, mesmo se o pai não propôs nenhuma ação antes de sua morte”.²⁵ Este segundo julgamento assinala que a transmissibilidade do direito de indenização do dano moral se dá não apenas em casos nos quais o *de cuius* foi vítima direta de lesão corporal, mas também em casos nos quais ele foi vítima indireta ou em ricochete.²⁶

No Direito português, a transmissão por morte do direito de indenização do dano não patrimonial é admitida sem vacilações, como observa Capelo de Souza: “E hoje também é comumente admitida a hereditabilidade do direito de indemnização por danos não patrimoniais ou morais, uma vez que, embora tais danos não sejam ressarcíveis

²⁴ VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, p. 327. No original: “toute personne victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a droit d'en obtenir réparation de celui qui l'a causé par sa faute; que le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique éprouvée par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers... ; que ne peut donc être rejetée la demande en dommages et intérêts formée par un fils au titre du préjudice successoral représenté par la souffrance subie par ses parents entre le jour de l'accident et leur décès.”

²⁵ *Idem.* V., também, GALAND-CARVAL, Suzanne. Non-pecuniary loss under French Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, p. 96.

²⁶ GALAND-CARVAL, Suzanne. *Op. et loc. cit.*

porque, versando sobre a pessoa do lesado, são insuscetíveis de avaliação pecuniária (v.g., lesões de integridade física, da saúde, da honra, do bom nome, etc.), são, nos termos dos nºs 1 e 3 do art. 496º e do art. 566º, susceptíveis de serem compensados através de uma indemnização em dinheiro e assim o direito de indemnização reveste também um carácter patrimonial e como tal hereditável.”²⁷

Na doutrina brasileira Mário Moacyr Porto bem situou a questão, afastando, com propriedade, as objeções à corrente da intransmissibilidade do direito à indenização do dano moral: “Na verdade, a dor, o sofrimento, quer físico ou moral é algo entranhadamente pessoal, pelo que não se pode, razoavelmente, admitir, a sua transmissão aos herdeiros. Mas convém não tomar a nuvem por juno. O que é perfeitamente transmissível por direito hereditário é o direito de acionar o responsável pela morte, é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, quer material ou moral (...) Tal direito de ação é de natureza patrimonial e não extrapatrimonial. O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima, mas no direito de ação que a vítima tinha ao tempo do seu falecimento, direito que, incorporado ao seu patrimônio, transmite-se aos seus herdeiros. O sofrimento é personalíssimo, mas o direito de ação, de natureza patrimonial, é de outra natureza e, por isso, compõe a herança transmitida com a abertura da sucessão (art. 1.572, do CC).”²⁸

Pontes de Miranda já aludira às três correntes formadas acerca da questão, indicando que o art. 1.526 do Código Civil seguiu a solução da transmissibilidade: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança, exceto nos casos em que este Código excluir.” Nos termos do referido dispositivo legal, a transmissão somente não ocorrerá “nos casos que a regra jurídica especial torne

²⁷ CAPELO DE SOUZA. *Lições de direito das sucessões*, v. 1, p. 316. No mesmo sentido, Pedro Branquinho Ferreira Dias, *O dano moral – na doutrina e na jurisprudência*, p. 45, para quem “o direito à indemnização por danos não patrimoniais – como dos patrimoniais – nasce logo que os danos se verificam e preenchidos que estejam os demais pressupostos da responsabilidade civil, sendo certo que tal direito possui indiscutivelmente um conteúdo patrimonial, pois traduz-se, normalmente, no direito de exigir o pagamento de uma indemnização em dinheiro”. Em igual sentido, Diogo Leite de Campos, *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*, p. 338, sustenta que “o direito de indemnização, mesmo por danos não patrimoniais, reveste um inegável carácter patrimonial. É este facto que justifica a sua hereditabilidade”.

²⁸ PORTO, Mário Moacyr. Algumas notas sobre dano moral. In: *Revista de Direito Civil*, nº 37, jul-set, p.12. Em outra oportunidade, o autor reafirmou esse entendimento: “O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é ‘bem’ que componha o patrimônio transmissível do *de cuius*. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é patrimonial.” (Dano por ricochete. In: *Revista dos Tribunais*, nº 661, p. 10).

incólume a herança ao *princípio da transmissibilidade da pretensão à indenização pelo dano moral.*”²⁹

No mesmo sentido, o magistério de Aguiar Dias: “A ação de reparação é transmissível? Não há princípio nenhum que a isso se oponha. A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial.”³⁰

Rui Stocco assinala que: “Não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de indenização visando à reparação de danos, ou do direito à indenização. A ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima, por força do princípio da substituição processual contido no art. 43 do CPC. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial.”³¹

Sérgio Cavalieri Filho enfatiza a necessidade de distinguir entre o dano moral e o direito de indenização daquele resultante: o primeiro é profundamente pessoal e intransmissível, cessando com a morte da vítima; o último ingressa no patrimônio da vítima no momento da lesão e é transmitido aos sucessores por ocasião da morte do titular: “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 imaterial, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte.”³²

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII, p. 218. O autor entende, porém, que em se tratando dos casos especiais dos artigos 1.548 e 1.549 do antigo Código Civil, os quais previam indenização em caso de violência sexual contra a mulher, a transmissibilidade da pretensão indenizatória dependeria da manifestação da vontade da mulher. Nas palavras do autor, “seria absurdo que não se fizesse limitação ao princípio [da transmissibilidade] em se cogitando de ofensa à mulher. Tem-se de atender a que a natureza do delito sugere que se adote, como exceção, o princípio da solução b) [a transmissibilidade condicionada]. Seria contra o próprio fim da reparação moral que a virgem e menor, que foi deflorada, ficasse exposta, depois de morta, à apuração de delito, que ela não narrou; ou que o mesmo acontecesse à mulher honesta que foi violentada ou aterrada por ameaças, ou seduzida com promessa de casamento, ou raptada. Bem assim, estando em causa qualquer outro crime de violência sexual. Aí, sim, tem o intérprete de admitir exceção implícita ao art. 1.526 do Código Civil”. O autor, no entanto, no tomo XXVI do *Tratado*, p. 36, cuidando do dano não patrimonial, parece manifestar entendimento no sentido da transmissibilidade condicionada: “Se o titular da pretensão à reparação em natura, ou pecuniária, a exerceu, ou mostrou que era sua intenção firme exercê-la, transmite-se ela aos herdeiros.” Cf. ainda, do autor, *o Tratado das ações. Ações condenatórias*, tomo V, p. 121.

³⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. 2, p. 938.

³¹ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 93.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 105.

3. A questão da transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Por diversas vezes o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a decidir sobre a questão da transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral. Em vários casos nos quais o *de cujus* propusera em vida a ação de indenização por dano moral, decidiu-se que os herdeiros poderiam prosseguir com a demanda.³³

Posteriormente, aquela Corte se viu diante da questão da transmissibilidade incondicionada, ou seja, de casos nos quais a pretensão indenizatória havia sido formulada originariamente por herdeiros da vítima, que não chegara a ajuizar a ação. Em um primeiro julgamento, o STJ se manifestou no sentido da intransmissibilidade desse direito. No julgamento do recurso especial nº 302029/RJ, da 3ª Turma, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se que as filhas de pessoa que fora ofendida em vida não tinham legitimidade para a propositura de ação de indenização por danos morais. A decisão foi tomada por maioria, com voto divergente do Min. Pádua Ribeiro, que se manifestou favorável à transmissibilidade, observando que, em caso de dano moral, não se transmite a dor ou o aborrecimento, mas o direito à indenização, de cunho patrimonial. Invocou o art. 1.526 do antigo Código Civil (correspondente ao art. 943 do Código Civil vigente), para sustentar que “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Já o Min. Ari Pargendler acompanhou o voto da Relatora, mas por entender não estar demonstrado que o *de cujus* tenha sentido o dano moral, pois nunca manifestara em vida, nem mesmo aos parentes, ter sido atingido em sua honra ou reputação. O Min. Carlos Alberto Direito também acompanhou o voto da Relatora diante das circunstâncias especiais do caso, deixando ressalvada a possibilidade de reexame da tese jurídica em outro caso.³⁴

Depois desse julgamento, em que as opiniões ficaram tão divididas, o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer, explicitamente, a transmissibilidade sem restrições do direito à indenização por dano moral, ainda quando a ação indenizatória não tivesse sido ajuizada pela própria vítima. Primeiro, no julgamento do recurso especial nº 324886/PR. O caso tratou de dano moral sofrido por indivíduo do sexo masculino atingido em sua intimidade, vida privada e imagem, com a publicação

³³ STJ, RESP 11735/PP, AGA 174004, RESP 219619/RJ e RESP 440626/SP.

³⁴ STJ, RESP 302029/RJ, DJU de 1º.10.2001 (julgado em 29.5.2001), 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi.

abusiva de edital que divulgara a sua condição de portador do vírus HIV, fato que lhe causou constrangimentos. Após o falecimento do lesado, seus pais ajuizaram ação, postulando, na condição de herdeiros, indenização pelo dano moral sofrido pelo filho. Considerou-se que o direito de indenização por dano moral tem natureza patrimonial e, por conseguinte, se transmite aos sucessores da vítima.³⁵

Esse entendimento foi reafirmado pouco depois, no julgamento do recurso especial nº 343654, que cuidou de dano moral decorrente de lesões corporais sofridas por vítima de acidente de trânsito. Quatro anos após o acidente, tendo falecido a vítima, o espólio ajuizou ação para pleitear indenização pelo dano moral sofrido pelo *de cujus*. Entendeu-se que o direito de exigir reparação, tanto do dano moral quanto do material, transmite-se com a herança, nos termos do art. 1.526 do Código Civil de 1916, então vigente, e que tal pretensão pode ser deduzida pelo espólio do *de cujus*.³⁶

4. A compatibilidade da tese da transmissibilidade com o ordenamento jurídico

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça é a que, efetivamente, está em harmonia com os princípios jurídicos e com o direito positivo. O direito à indenização é inconfundível com o dano moral que lhe dá causa. O dano moral, sim, é indissociável da pessoa da vítima, porque atinge seus bens personalíssimos. Já o direito

³⁵ STJ, RESP 324886/PR, DJU de 3.9.2001 (julgado em 21.6.2001), 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado. O aresto ganhou a seguinte ementa: “Processual civil. Direito civil. Indenização. Danos morais. Herdeiros. Legitimidade. 1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV. 2. Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV. 3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, indubitavelmente, aos seus pais. 4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal. 5. O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183). 6. A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral. 7. “O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se estendesse ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores” (Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pg. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido). 8. Recurso improvido.”

³⁶ STJ, RESP 343654/SP, DJU de 1º.7.2002 (julgado em 6.5.2002), 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “Responsabilidade civil. Ação de indenização em decorrência de acidente sofrido pelo *de cujus*. Legitimidade ativa do espólio. 1. Dotado o espólio de capacidade processual (art. 12, V, do Código de Processo Civil), tem legitimidade ativa para postular em Juízo a reparação de dano sofrido pelo *de cujus*, direito que se transmite com a herança (art. 1.526 do Código Civil). 2. Recurso especial conhecido e provido.”

à indenização constitui um crédito ilíquido, que entra no patrimônio material da vítima tão logo esta venha a sofrer o dano, e se transmite imediatamente por morte do titular aos respectivos herdeiros.

A nota da intransmissibilidade é característica de determinados direitos, como o de (postular) alimentos, que se extingue com a morte do alimentante, fato que retira a própria razão de ser do aludido direito: proporcionar meios de subsistência a alguém.³⁷ Do mesmo modo, a morte do titular exclui, também, o fundamento do direito de obter a separação de corpos ou o divórcio.³⁸ Em todos esses casos, o fundamento do direito deve encontrar-se presente no momento mesmo da propositura da ação, na qual se busca atender a uma necessidade atual.

O mesmo não ocorre em relação ao direito à indenização por dano moral, que visa a compensar a vítima por um fato ocorrido no passado, ainda que com reflexos no futuro. O direito à indenização nasce a partir do dano ocorrido e para compensar este dano. Não é necessário que, no momento da propositura da ação indenizatória, o lesado ainda padeça ou sinta reflexos do evento lesivo. A vítima pode ter superado inteiramente o dano, seja ele físico ou psicológico, não apresentando nenhuma seqüela nem introjetando nenhum sentimento negativo. Ainda assim, a indenização será exigível, pois não terá perdido o seu fundamento, situado que está em um acontecimento passado. É este fato pretérito que servirá de base para a fixação da indenização, que tem contorno patrimonial, não se inserindo entre os direitos personalíssimos.

Por outro lado, não há razão plausível para que o ajuizamento da ação indenizatória pelo *de cuius* constitua condição para a transmissibilidade do direito indenizatório. Não é a propositura da ação de reparação pela vítima que confere caráter patrimonial ao direito indenizatório, até porque, como bem observado por Capelo de Souza, a ação é “meramente certificativa e não constitutiva do direito”.³⁹

³⁷ Não obstante, os alimentos vencidos e não pagos ao alimentando constituem crédito incorporado definitivamente ao seu patrimônio e transmitem-se, por morte, aos herdeiros. Na lição de Pontes de Miranda: “Falecendo o alimentário, o direito a alimentos não se transmite a seus herdeiros porque a pensão tinha por fim manter o beneficiado, e tal razão deixou de existir. Os alimentos só são devidos durante a existência do necessitado (...) Mas os alimentos, que em vida do necessitado se venceram e não lhe foram pagos, os seus herdeiros podem reclamar, pois que se trata de direito definitivamente adquirido pelo alimentário: já fazia parte de seu patrimônio; e como tal é perfeitamente transmissível” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito de família*, tomo 9, p. 288).

³⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, p. 637.

³⁹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*, p. 317, nota 814.

A falta de propositura da ação pelo lesado não pode também, por óbvio, ser interpretada como renúncia ao direito indenizatório, pois não se admite renúncia presumida ou implícita. Tampouco pode ser interpretada como desinteresse da vítima em obter a reparação do dano, pois várias são as circunstâncias que podem ter determinado a falta de propositura da ação: é possível que a vítima não tenha tido tempo hábil para a propositura da ação; os padecimentos sofridos ou o abatimento espiritual trazidos pelo dano moral podem ter levado a vítima à inação; a vítima pode ter relutado em demandar apenas por receio das vicissitudes de um processo judicial.

A propositura da ação de reparação pelo *de cuius* também não pode ser exigida como indício único da existência do dano moral. Em se tratando de lesão aos chamados direitos da personalidade *físicos* e *morais* (como a integridade física, a imagem, a reputação), o dano é comprovado diretamente; em relação às ofensas aos denominados *direitos psíquicos da personalidade* do indivíduo (v.g., a ofensa à honra subjetiva), o dano é presumido a partir de algum fato objetivo.

Não prospera, também, a objeção de que, com a morte da vítima, a indenização não mais preencheria sua função de compensação ou satisfação. Sempre restaria o caráter sancionatório ou punitivo, próprio de qualquer reparação e que é ainda mais acentuado em se tratando de indenização do dano moral, uma vez que a doutrina dominante considera que esta exerce uma dupla função: punitiva e compensatória.⁴⁰ A função punitiva justificaria a transmissibilidade *mortis causa* da indenização do dano moral, uma vez que a indenização, embora não pudesse exercer nenhuma função de reparação, compensação ou satisfação para a vítima, ainda seria útil como forma de punição do lesante. De todo modo, afigura-se dispensável aludir à residual função sancionatória da indenização, uma vez que, adentrando o patrimônio da vítima, a pretensão à reparação é exercitável por seus herdeiros como simples direito patrimonial. O direito à indenização, como pondera Diogo Leite de Campos, “nasceu para compensar um prejuízo, podendo dizer-se que, se não o reparou efectivamente, o poderia ter feito.”⁴¹ A partir de seu nascimento, a indenização assume feição patrimonial e se transmite como os direitos patrimoniais em geral.

⁴⁰ Ver, por todos, Sergio Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 96, para quem a indenização do dano moral, a par de sua função satisfatória, “funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima”; e Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, p. 338, que pondera que na indenização por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: “*punição* ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial” e proporcionar ao ofendido “uma *satisfação* de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material”.

⁴¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*, p. 326.

5. A transmissibilidade *inter vivos* (cessibilidade) do direito à indenização do dano moral

Menos freqüente, como já observado, é o debate sobre a questão da transmissibilidade do direito de indenização do dano moral por ato entre vivos. Alguns autores que tratam do tema demonstram dificuldade em anuir com a cessibilidade desse direito. Repugna-lhes a idéia de que a vítima de dano moral possa negociar com o respectivo direito à reparação.

Os irmãos Mazeaud, que se manifestaram francamente favoráveis à transmissibilidade *mortis causa* do direito à indenização do dano moral, independentemente do ajuizamento da demanda pelo *de cujus*,⁴² repudiaram, no entanto, a possibilidade de transmissão *inter vivos* desse direito, asseverando que “unicamente a vítima ou seus herdeiros, por serem estes os continuadores da pessoa daquela, podem exercitá-lo”. Para os autores seria chocante “ver uma vítima ceder a um terceiro o preço de seus sofrimentos”.⁴³ Fundaram-se no disposto no art. 1166 do Código Civil francês, pelo qual os credores podem exercer todos os direitos e ações de seu devedor, “à exceção daqueles que são unidos exclusivamente à pessoa”.⁴⁴ Patrice Jourdain, por seu turno, observa que a doutrina francesa, em seu conjunto, descarta a possibilidade de cessão entre vivos do crédito de indenização dos danos morais, que estariam

⁴² No entender dos mestres franceses, “a pessoa da vítima sobrevive em seus herdeiros. Os herdeiros são continuadores da pessoa do falecido. As ações unidas à pessoa do *de cujus* não se separam dele, pois, quando são exercitadas pelos herdeiros. Nada se opõe a que a ação surgida do dano moral se transmita aos herdeiros da vítima (...) Por exemplo, os herdeiros poderão perseguir as difamações de que haja sido vítima o ofendido antes de sua morte e das que não tenha pedido reparação (...) Poderão demandar igualmente a reparação do prejuízo moral sofrido pela vítima em consequência do fato de suas lesões, ou de um tratamento médico equivocado, ou da perda de um ser querido (...) A ação da vítima, para a reparação do prejuízo corporal de ordem material ou moral, ou de um prejuízo moral qualquer que haja experimentado antes de sua morte, passa, pois, a seus herdeiros” (MAZEAUD, Henry e León; TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo II, vol. 2, p. 538). Em sua tradução para o castelhano: “(...) *la persona de la víctima sobrevive en sus herederos. Los herederos son los continuadores de la persona del difunto. Las acciones unidas a la persona del de cujus no se separan de él, pues, cuando son ejercitadas por los herederos. Nada se opone a que la acción surgida del daño moral se transmita a los herederos de la víctima. (...) Por ejemplo, los herederos podrán perseguir las difamaciones de que haya sido víctima su causante antes de su muerte y de las que no había pedido reparación (...) Poderán demandar igualmente la reparación del perjuicio moral sufrido por su causante por el hecho de sus lesiones o de un tratamiento médico equivocado o de la pérdida de un ser querido*”.

⁴³ *Ibidem*, p. 548.

⁴⁴ O antecedente art. 1165 estabelece a regra geral de que as convenções produzem efeitos apenas em relação às partes contratantes. O art. 1166 abre exceção a essa regra, estatuinto: “Todavía, os credores podem exercer todos os direitos e ações de seu devedor, à exceção daqueles que são exclusivamente ligados à pessoa”. No original: “*Article 1166 – Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l’exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.*”

estritamente ligados à pessoa. Ressalva, no entanto, que a questão, ao que parece, não chegou a ser objeto de exame pelos tribunais.⁴⁵

À luz do Direito positivo argentino, Zavala de Gonzalez entende que a cessão entre vivos do direito de indenização do dano moral deve seguir a mesma solução encontrada para a transmissão por morte, qual seja, poderia haver a cessão do direito indenizatório apenas depois do ajuizamento da ação pelo respectivo titular. Sustenta haver uma analogia entre as situações, razão pela qual se impõe um tratamento coerente.⁴⁶ No mesmo sentido, Iturraspe, para quem “a solução deve guardar coerência estrita com o disposto para o caso de transmissão por causa da morte. A vítima poderá ceder o direito aos danos morais sempre que houver iniciado a ação, transmitindo então o direito à ação ajuizada”.⁴⁷

De outro lado, Pizarro sustenta que o direito à reparação do dano moral é plenamente transmissível por ato entre vivos, sem a limitação prevista em lei para a transmissibilidade *mortis causa* do referido direito. Argumenta que no Direito argentino não há norma jurídica que proíba expressa ou implicitamente essa transmissibilidade.⁴⁸ O autor observa que o tema foi objeto de exame, em setembro de 1993, nas “XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, onde, por maioria de votos aprovou-se a seguinte conclusão, *de lege lata*: “Existe a possibilidade de transmissão por ato entre vivos do direito à indenização por dano moral.”⁴⁹

Entre nós, o tema não chamou a atenção da doutrina, certamente em razão da extrema raridade de sua aplicação prática.⁵⁰ Mas a melhor orientação, à luz de nosso Direito positivo, é no sentido da cessibilidade da pretensão indenizatória. Cabe, aqui, a já apontada distinção entre o dano moral e o direito à indenização que dele decorre. O que se transmite a terceiro é o direito indenizatório, que é de natureza marcadamente patrimonial, não o próprio dano moral, a dor ou o bem da personalidade lesado. O direito à indenização constitui um crédito, que pode ser cedido como qualquer outro,

⁴⁵ VINEY, Geneviève.; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civile. Les effets de la responsabilité*, p. 323.

⁴⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, vol. 2-a, p. 582.

⁴⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños. El daño moral*, tomo V, p. 260.

⁴⁸ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, p. 253.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 259. No original: “Existe la posibilidad de transmisión por acto entre vivos del derecho a la indemnización por daño moral.”

⁵⁰ Pontes de Miranda parece favorável à transmissibilidade: “Os sucessores entre vivos e a causa de morte são, de regra, legitimados às indenizações (...) As pretensões oriundas de ofensa aos direitos de personalidade e, em geral, aos bens incorpóreos são transmissíveis entre vivos e a causa de morte.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*, tomo XXVI, p. 37. No *Tratado das ações* (t. V, p. 121), porém, o autor parece ter esposado entendimento contrário.

desde que ele não tenha sido extinto por qualquer dos motivos que levam à extinção dos créditos em geral.

Não constitui óbice a esse entendimento a regra do art. 286 do Código Civil, que impede a cessão de determinados créditos em razão da “natureza da obrigação”.⁵¹ Analisando o art. 1.065 do Código Civil de 1916, que já trazia essa regra,⁵² Pontes de Miranda expôs que a natureza da obrigação impediria a cessão creditícia quando esta implicasse alteração do conteúdo daquela, como ocorreria com as prestações de alimentos ainda não vencidas.⁵³ No caso da transmissão do crédito correspondente à indenização do dano moral não ocorre a alteração do conteúdo da obrigação da qual ele se origina. Vale para a transmissão *inter vivos* da pretensão indenizatória o que se disse acerca da transmissão *mortis causa*. O direito à indenização do dano moral, que encontra seu fundamento em um fato pretérito (o dano), incorpora-se imediatamente, em razão desse mesmo fato, ao patrimônio da vítima, passando, a partir de então, a constituir um crédito ilíquido, cessível como o é o crédito correspondente ao dano material.

Incessíveis, também, na precisa observação de Pontes de Miranda, são as “prestações a que por sua natureza não é indiferente quem seja o credor. Os exemplos mais relevantes são o contrato de locação de serviços, o de mandato e gestão de negócios”.⁵⁴ Em se tratando do direito indenizatório, a pessoa do credor é indiferente para o responsável pelo cumprimento da obrigação. Do ponto de vista jurídico, nada importa para o devedor a pessoa a quem será pago o valor da indenização.

A transmissibilidade do direito, na verdade, como pondera Pizarro, decorre não propriamente de seu caráter patrimonial, mas de sua finalidade. Quando somente puder atender à sua finalidade, se exercitado pelo próprio titular, o direito será intransmissível, do contrário, será transmissível.⁵⁵ No caso do dano moral, o respectivo

⁵¹ Código Civil: “Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.”

⁵² Código Civil de 1916: “Art. 1.065 - O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor.”

⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*, tomo XXIII, p. 277.

⁵⁴ Na lição de Pontes de Miranda: “Os créditos que, satisfeitos a outrem, e não ao credor primitivo, seriam atingidos em seu conteúdo, não podem ser cedidos. Tal ocorre às prestações de alimentos” (*Idem*). Em sentido idêntico, Caio Mário observa que não pode ser objeto de cessão o crédito “quando não seja possível fazer efetiva a prestação ao cessionário sem alteração de seu conteúdo; ou ainda quando a pessoa do credor é levada em consideração exclusiva para a constituição do vínculo” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Teoria geral de obrigações*, v. II, p. 248).

⁵⁵ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*, p. 255.

direito indenizatório pode atingir sua finalidade ressarcitória sem que, para isso, o titular tenha que persegui-lo em juízo. Na verdade, a cessão de crédito pode vir a constituir, para o lesado, uma forma mais célere e eficaz para a reparação do dano do que a via judicial, com suas incertezas e lentidões. Algumas situações hipotéticas imaginadas pelo jurista argentino bem demonstram que a transmissão *inter vivos*, além de não desvirtuar a finalidade compensatória da indenização, pode, em termos práticos, vir a possibilitar a realização dessa função.

Por que negar, por exemplo, a cessão onerosa do direito indenizatório a terceiro, quando essa constituir a forma encontrada para a compensação de uma pessoa com AIDS em consequência de transfusão de sangue contaminado com o vírus HIV? A indenização decorrente de decisão judicial talvez só fosse entregue quando a vítima já tivesse morrido ou quando o seu estado de saúde estivesse gravemente deteriorado e ela não tivesse condições de usufruir o valor recebido.⁵⁶

Qual a justificativa para a proibição da cessão onerosa do direito indenizatório, quando esta pudesse ser a forma que a vítima encontrou para saldar uma dívida hipotecária? A indenização talvez só viesse anos depois de a vítima ter perdido sua casa e passado, com sua família, por imensas dificuldades.⁵⁷

Como negar igual direito ao aposentado, de poucos recursos e de idade avançada, vítima de dano moral, que poderia obter uma rápida satisfação por meio da cessão do seu direito à indenização? Que satisfação essa indenização poderia proporcionar, se o aposentado já tivesse falecido ou tivesse vivido em estado de privação os últimos anos em que ainda dispunha de vigor físico?⁵⁸

Verifica-se, pois, não haver razões para negar a transmissibilidade *inter vivos* do direito à indenização do dano moral. Não a impede a lei ou a natureza da obrigação. Tampouco se encontra, *a priori*, alguma nota de imoralidade nessa transmissão, que não significa que o titular do direito esteja a mercadejar com a própria dor ou com os direitos da personalidade. Trata-se de simples ato de disposição de direito patrimonial, o qual pode, em diversas circunstâncias, constituir o meio mais adequado para a vítima obter a compensação pelo dano moral sofrido.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 256-257.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

6. Considerações finais

As resistências à transmissibilidade, *mortis causa* ou *inter vivos*, do direito à indenização do dano moral decorrem, em grande medida, de confusões conceituais ainda existentes acerca do próprio conceito de dano moral e do papel a ser desempenhado pela respectiva indenização. Nessas questões, como em outras, ainda subsiste algum resquício da ultrapassada noção de que há algo de aviltante ou imoral na indenização dessa espécie de dano. As objeções atuais, não podendo se dirigir à indenizabilidade em si do dano moral, dada a consagração constitucional deste, se dirigem principalmente à extensão desse direito. A jurisprudência, no entanto, vem, a pouco e pouco, afastando as oposições existentes e, entre avanços e recuos, encontrando os caminhos para o adequado tratamento jurídico desse direito fundamental.

As teses favoráveis à transmissibilidade *mortis causa* e *inter vivos* da indenização do dano moral não apenas são compatíveis com o ordenamento jurídico como são as que mais atendem ao irrestrito comando do art. 5º, V e X da Constituição Federal.

Bibliografia

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira. *O dano moral – Na doutrina e na jurisprudência*. Coimbra: Almedina. 2001.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. 2ª ed. Córdoba: Orbir. 1967.

BUSNELLI, F. D.; COMANDÉ, G. *Non-pecuniary loss under Italian Law*. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena: Springer-Verlag. 2001.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós. Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina. 2004.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Lições de Direito das Sucessões*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000. v. 1.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

DE CUPIS, Adriano. *El Daño – Teoria general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch. 1975.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1987. v. 2.

GALAND-CARVAL, Suzanne. Non-pecuniary loss under French Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena: Springer-Verlag. 2001.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños. El daño moral*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 1998. v. 5.

KERAMEUS, Konstantinos D. *Non-pecuniary loss under Greek Law*. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena: Springer-Verlag. 2001.

MAGNUS, Ulrich; FEDTKE, Jörg. Non-pecuniary loss under German Law. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena: Springer-Verlag. 2001.

MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi; SOLÉ, Josep. *Non-pecuniary loss under Spanish Law*. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena: Springer-Verlag. 2001.

MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Europa-América. 1962. t. 1, v. 2.

NESTEROWICZ, Mirosław; BAGINSKA, Ewa. *Non-pecuniary loss under Polish Law*. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena: Springer-Verlag. 2001.

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible. Actos ilícitos*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. 1952.

PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

_____. *Instituições de Direito Civil. Teoria geral de obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II. 1986.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1979. t. 3.

_____. *Tratado das ações. Ações condenatórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1974. t. 5.

_____. *Tratado de Direito Privado. Direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi. [s/d]. t. 9.

_____. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1958. t. 22.

_____. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1958. t. 23.

_____. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1959. t. 26.

_____. *Tratado de Direito Privado. Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1967. t. 54.

PORTO, Mário Moacyr. “Algumas notas sobre dano moral”. In: *Revista de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, nº 37, p. 9-13, jul/set. 1986.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller. 2000.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit français*. 2ª ed. Paris: L.G.D.J. 1951. t. II.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civile. Les effets de la responsabilité*. 2ª ed. Paris: L.G.D.J. 2001.

WISSINK, Mark H.; BOOM, Willem H. van. *Non-pecuniary loss under Dutch Law*. In: ROGERS, W. V. *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*. Viena: Springer-Verlag. 2001.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. v. 2a. 1996.