XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

LUCIANA COSTA POLI

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luciana Costa Poli, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-307-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o grupo de trabalho Direito de Família e Sucessões II quanto ao XXV Encontro Nacional do CONPEDI promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba realizado em Curitiba - PR entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016 no campus da UNICURITIBA.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao direito das famílias e sucessões que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões II, coordenado pelas ora Organizadores da obra. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes com especial repercussão social nas relações privadas familiares e no direito sucessório.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito de Família e Sucesões II e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família e Sucessões apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhes são característicos. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a

formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito de família visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito de família assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada

Na oportunidade, as Organizadoras prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboraçao dos textos que propiciaram a elaboraçao dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito de Família e Sucessões que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formaçao de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Dezembro de 2016.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - Universidade Nove de Julho

(IN) TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE COBRANÇA DA INDENIZAÇÃO: UMA ANÁLISE TEÓRICA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

(NON) TRANSMISSIBILITY OF INDEMNITY CHARGING RIGHT: A THEORETICAL ANALYSIS STARTING FROM THE PORTUGUESE EXPERIENCE

Ana Laura Teixeira Martelli [1]
Gilberto Notário Ligero [2]

Resumo

O presente estudo ocupou-se em examinar o conteúdo dos direitos transmissíveis e intransmissíveis, tanto em suas regras absolutas, quanto relativas, quer de natureza patrimonial ou pessoal, em especial nas circunstâncias de transmissão mortis causa. Inicialmente, procedeu-se a diferenciação entre transmissão e sucessão, a fim de apontar o recorte dado no presente estudo. Em seguida, buscou-se apreciar se os sucessores teriam legitimidade para pleitear indenização reparatória e/ou compensatória, com vistas à reparação e/ou satisfação de danos sofridos pelo de cujus. Para tanto, valeu-se do método dedutivo, pesquisa doutrinária e jurisprudencial, destacando a experiência da doutrina e tribunais portugueses.

Palavras-chave: Transmissibilidade de direitos, Indenizações, Experiência portuguesa

Abstract/Resumen/Résumé

This review is concerned to examine the content of the transferable and untransferable rights, both in their absolute and relative rules, either from personal or patrimonial nature, especially in transference conditions death caused by. Initially, it proceeded to differentiate between transmission and succession, to put the limit in the present study. Next, we attempted to determine whether the successor has capacity to seek reparatory and/or compensatory indemnity, with a view to repair and / or satisfaction of damage suffered by the dead. Therefore, it earned the deductive method, doctrinaire and jurisprudential research, highlighting the experience of doctrine and Portuguese courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transferability of rights, Indemnity, Portuguese experience

---

[1] Mestre em Direito Negocial pela UEL/PR. Professora de Direito Civil e Direito Tributário da Toledo Prudente Centro Universitário.

[2] Gilberto Notário Ligero. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UEL/PR. Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil da Toledo Prudente Centro Universitário

1 INTRODUÇÃO

As indenizações por sua natureza podem ser divididas em ressarcitórias e compensatórias, a depender do interesse juridicamente tutelado que fora lesionado. E assim, considerando-se sua natureza, a indagação que se buscou responder no presente estudo foi se seria possível, na ausência ou morte do titular de um direito extrapatrimonial, a transmissão desse direito e/ou interesse à terceiros.

Na atualidade, o que se verifica é a hipótese de substituição processual, nos casos em que o titular do direito já realizou o ajuizamento da demanda e seus sucessores apenas ocupam a posição jurídica processual que outrora era ocupada pelo autor da ação, no entanto, inexiste no Código Civil Brasileiro disciplina a respeito da possibilidade de pleitear a indenização de titularidade do *de cujus* em nome dos sucessores, herdeiros ou familiares.

Isso tem levado a diversas discussões nos tribunais, não havendo decisões uníssonas no sentido de pacificação da matéria, pois alguns entendem que as indenizações compensatórias, em especial aquelas decorrentes de condenação por dano moral, possuem natureza personalíssima, não se transmitindo a terceiros. Outros entendem que possuem caráter patrimonial, o que permite o pleito por parte de terceiro.

Neste panorama, valendo-se da experiência portuguesa, buscou-se uma construção teórica e objetiva para especificação de direitos transmissíveis e intransmissíveis, tendo como principais referenciais teóricos os professores Galvão Telles, José Oliveira Ascensão e Corte-Real. Na sequência, foi analisada a previsão legal sobre a possibilidade de ajuizamento do pedido de indenização de danos extrapatrimoniais por parte dos familiares na legislação portuguesa e seu tratamento no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

Finalmente, valendo-se da natureza jurídica das indenizações compensatórias, apreciou-se se são passíveis de transmissibilidade ou não, de acordo com as construção teórica previamente realizada.

2 ESTRUTURAÇÃO CONCEITUAL: TRANSMISSÃO OU SUCESSÃO?

A questão da transmissibilidade ou não de direitos relativos à indenização, por ocasião de sucessão mortis causa, deve ser apreciada, prima face, sob o viés de quais direitos, em regra, são suscetíveis de transmissão.

Dessa forma, o estabelecimento de alguns critérios atinentes à transmissibilidade ou instransmissibilidade de direitos instrumentalizarão a discussão a respeito do tema, a fim de definir qual categoria de direitos são passíveis de serem transmitidos por ocasião da morte do titular do direito.

Em segundo momento, urge definir quais as espécies de indenização e sua natureza jurídica, a fim de redefinir a peculiaridade da indenização com a respectiva categoria de direitos transmissíveis ou intransmissíveis.

O termo eleito a ser empregado no presente ensaio constitui a transmissão, apesar de muitos autores utilizá-lo no mesmo sentido de sucessão[1]. A estrutura conceitual empregada pelo Anteprojeto do Código Civil Português do Professor Galvão Telles, por exemplo, compreende a situação jurídica em que uma pessoa investe-se em direito ou obrigação, ou ainda, no conjunto de direitos e obrigações que outrora pertenciam a outrem, sendo os direitos e obrigações do novo indivíduo considerados os mesmos do sujeito anterior e tratados como tais[2]. Para o autor, a sucessão constituía uma transmissão por morte, por conseguinte, uma espécie do gênero transmissão.

Na sucessão o indivíduo deixa de ser titular de um dado direito, perdendo-o, e outra pessoa o adquire. Dessa feita, o direito desvincula-se de um titular e vincula-se a outro, que passa a assumir sua titularidade, o antigo titular, tanto em vida ou em morte, perde o direito, no entanto, o direito não se perde, continua persistindo. O terceiro que adquire possui uma aquisição derivada. Função estática dos sujeitos e dinâmica do direito.

Entretanto, outros autores criticam tal construção teórica, ao passo que defendem que na sucessão não seriam os direitos e obrigações transferidos, mas o sucessor que vem assumir a posição jurídica que outrora era ocupada por outrem. Há verdadeira substituição de titularidade dos direitos e obrigações. Aqui os sujeitos são dinâmicos.

Para tais, dentre eles, destaca-se o professor Pires de Lima, somente nos atos translativos *inter vivos* é que ocorre transmissão, tendo em vista que somente nestes casos, os direitos se deslocam de uma pessoa para outra, mas o adquirente fica com um

---

[1] Alguns autores distinguem sucessão de transmissão, ao afirmar que sucessão relaciona-se com a morte, enquanto que transmissão à vida. Neste sentido, a sucessão constitui no ingresso do indivíduo, por morte de alguém, na esfera de direito que lhe pertencia. Por outro lado, a transmissão consistiria na aquisição doutrem em sua vida um direito que era seu. Do mesmo modo, tais autores sustentam que a sucessão por essência seria universal, enquanto que a transmissão singular. Essa classificação foi influenciada pelo fenômeno sucessório que precedeu ao Estado Romano. TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões:** noções fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p. 48-50.

[2] Op. cit., p. 25.

título novo, além do já existente, ou em alguns casos, restará apenas o título determinado pela transmissão.

De outra banda, na sucessão (*mortis causa)* o título inicial subsiste substancialmente inalterado. Assim, o instituto da sucessão resume-se ao mero chamamento ou vocação hereditária, ligada ao direito potestativo de aceitação ou repúdio ao direito de herança[3].

Ainda no âmbito da construção estrutural de sucessão e transmissão, José Oliveira Ascensão afirma que o título do sucessor corresponde à identidade fisionômica que apresentava nas mãos do *de cujus,* logo, continuava a ser como outrora, sem acréscimos[4].

Há quem aponte a insustentabilidade da não integração no título jurídico da sucessão, em primeiro lugar no que toca à autonomia do testador, que a título voluntário poderá interferir e, por conseguinte alterar a situação jurídica em que os sucessores serão investidos, *v.g,* disposições ou deixas condicionais ou a termo, cláusulas modais, instituição de fideicomisso, dentre outros. Destarte, até mesmo na sucessão legal o sucessível legitimário poderá ver seu direito atingido em relação à vontade do *de cujus,* por exemplo, o caso de constituição de usufruto ou pensão vitalícia que recaía sobre a legítima ou quota da legítima[5].

A fim de nortear o referencial adotado no presente ensaio, filia-se à concepção de que a transmissão é gênero, da qual a sucessão seria espécie. Assim, tem-se transmissão por causa mortis, denominada sucessão, e transmissão *inter vivos*, denominada transmissão em sentido estrito.

Feito os registros doutrinários a respeito da terminologia sucessão e transmissão, passa-se à análise de direitos transmissíveis e direitos intransmissíveis.

2.1 Direitos transmissíveis e intransmissíveis: construção sob o olhar de Galvão Telles

Sabe-se que existem direitos transmissíveis e intransmissíveis. Alguns necessariamente ligados ao titular, insuscetíveis de separação de seu titular, “soldados”

[3] CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões. V. I. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1985, p. 31-32.
[4] Op. cit., p. 35.
[5] Op. cit., p. 36.

a seu titular, no entanto, existem aqueles que não se encontram necessariamente ligados ao seu titular.

Em regra, quando um direito é transmissível ou intransmissível em vida, também será por morte, mas existem exceções nos dois sentidos, ou seja, certos direitos são transmissíveis em vida e intransmissíveis por morte, outros não se transmitem em vida, mas transmitem em morte. Existem ainda, aqueles casos de intransmissibilidade absoluta, *v.g.*, direito real de uso ou habitação[6].

O primeiro registro que deve ser realizado é que a questão da transmissibilidade ou não de direitos não se resume a questões patrimoniais, pois pode haver direito patrimonial intransmissível. Ademais, a análise a ser procedida deve ser contrário senso, pois se um direito não se amoldar nos fundamentos da intransmissibilidade, por conseguinte, será ele transmissível.

Ressalta-se que os fundamentos da intransmissibilidade de direitos serão concebidos sob o recorte metodológico de Galvão Telles. Para o autor, o primeiro critério para a intransmissibilidade do direito recai sobre o próprio direito.

Isto porque estes direitos subsistem para a satisfação de necessidades específicas de seu titular, modelados de acordo com os anseios e satisfação dessas carências, logo, seu conteúdo é determinado pela pessoa a qual é atribuído o direito e não possui adequação às necessidades alheias.

Neste sentido, ainda que se trate de direitos patrimoniais, o sujeito do direito não poderá aliená-lo ou trocá-lo por outros bens, haja vista que o valor ou os bens substituídos não alcançariam a mesma utilidade. Pode-se citar como direitos para atendimento de necessidades específicas o direito aos alimentos, direito real de uso ou habitação.

Há ainda aqueles direitos que somente seu titular possui competência e poder decisório sobre seu exercício ou não exercício, consubstanciado em juízos de conveniência e oportunidade de cunho subjetivo. Desta feita, inexiste possibilidade de substituição do titular do direito em questão. Um exemplo clássico seria o direito de rescindir a doação por ingratidão do donatário[7].

Uma terceira categoria de direitos intransmissíveis circunda no interesse do sujeito passivo, pois importa ao obrigado a individualidade concreta do sujeito ativo, ou

---

[6] TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit., p. 65.

[7] Em que pese ser um direito que somente o titular do exercício poderá, mediante juízo de conveniência e oportunidade, exercê-lo, esta modalidade de direito transmite-se por ocasião da morte se o titular do direito iniciou seu exercício, propondo a correspondente ação e faleceu no curso do processo.

seja, de seu credor. Neste caso, o direito discutido constitui *intuito personae.* Existe interesse, por parte do devedor, de que não apareça do outro lado do polo pessoa diversa daquela no início da avença, *v.g.* o disposto no artigo 231º, nº2, do Código Civil Português[8].

Por fim, Galvão Telles assinala aquela modalidade de direito que não tenha existência mais longa que a do titular, no máximo será ele vitalício. Nestes casos, o direito poderá ser transmitido em vida, mas logo que se faleça aquele que é titular, extingue-se, não sendo passível sua transmissão aos sucessores. A fim de exemplificar, destaca o usufruto que poderá possuir seu exercício cedido[9].

De acordo com o professor português, os fundamentos da intransmissibilidade encontram guarida em três pilares. A natureza do próprio direito, a lei e a convenção entre as partes.

2.2 Responsabilidade civil: crise, funções e danos.

O ser humano possui ações múltiplas, muitas vezes imprevisíveis. A sociedade contemporânea possui peculiaridades distintas comparadas a do século passado, as relações jurídicas também se modificaram, tornando-se cada vez mais complexas. A todo o momento surgem novas tecnologias, por vezes em substituição de outras que ainda não foram totalmente absorvidas pela maior parte da população.

A pós-modernidade acarreta este sentimento de instabilidade e crise e para que haja ao menos uma mitigação dessa sensação, destaca-se o papel das regras jurídicas que descrevem condutas e/ou comportamentos permissivos e/ou proibitivos bem como as consequências lógico-jurídicas do descumprimento dessas ações.

Neste contexto, insere-se a responsabilidade civil. Isto porque dessas condutas descritas nas regras extrai-se a proibição de causar danos a outrem, o dever de preveni-los ou evitá-los e a vedação do exercício abusivo do direito, sob pena de reparar ou compensar os danos ocasionados em razão da conduta lesiva, consequência lógica-jurídica do descumprimento daqueles deveres.

Esse ambiente de instabilidade atingiu também a responsabilidade civil. Vive-

[8] Artigo 231º (Morte ou incapacidade do proponente ou do destinatário). 1. Não obsta à conclusão do contrato a morte ou incapacidade do proponente, excepto se houver fundamento para presumir que outra teria sido a sua vontade. 2. A morte ou incapacidade do destinatário determina a ineficácia da proposta.

[9] No Brasil, a titularidade do usufruto não poderá ser transmitida, no entanto, o exercício do direito é passível de cessão, nos moldes do artigo 1.393, do Código Civil Brasileiro.

se a chamada sociedade de risco, com inovações tecnológicas e desenvolvimento da ciência, que são imprevisíveis, pois não se sabe a que tipos de riscos o indivíduo encontra-se ou poderá se encontrar exposto, e buscam-se diversas soluções para os problemas contemporâneos, a socialização dos riscos, sendo que os danos serão arcados por fundos de garantia ou seguros sociais mantidos pelo Estado, a securitização, os princípios da prevenção contra os riscos conhecidos e determinados e da precaução em face daqueles hipotéticos ou virtuais[10].

Assim, sob esse panorama da responsabilidade civil e ciente dos novos paradigmas, importante destacar suas funções. Em primeiro momento, possui duas funções primordiais, a função reparatória ou compensatória, a depender da natureza jurídica do dano e a função preventiva. Existem ainda, as funções de reação ao ato ilícito, com o objetivo de ressarcir a vítima, a função de repristinação do *statu quo ante*, a função de reafirmação do poder sancionatório do Estado, função preventiva, com vistas à intimidação de repetição de atos prejudiciais a terceiros[11].

Outros apontam que na origem a responsabilidade civil possuía cinco funções, o castigo do culpado, a vingança da vítima, a indenização do ofendido, o restabelecimento da ordem social e a prevenção de comportamentos antissociais, mas que na atualidade houve apenas a preservação e duas funções, a indenização e a prevenção por dissuasão[12].

Por outro lado, existem autores que não se valem da denominação funções, mas efeitos da responsabilidade civil, conceituando-se como instrumentos utilizados pelo legislador para assegurar o respeito à norma que se empenha em fazer valer, considerando-se acessórios dessa norma, pois, segundo eles, nada vale a regra sem a sanção (repressivas ou restitutivas), porque a prevenção representa o esforço do legislador em evitar e prevenir a infração[13].

Algumas dessas funções são criticadas na doutrina, *v.g.*, voltar ao estado anterior ao dano e a reparação integral, especialmente nas hipóteses em que a lesão sofrida refere-se aos direitos da personalidade ou direitos sem expressão econômica.

---

[10] LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 61-62.

[11] ALPA, Guido. BESSONE, Mario. **La responsabilità civile:** prospettiva storica – colpa aquiliana illecito contrattuale; responsabilità oggettiva – rischio d'impresa prevenzione del danno. 3ª Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore: 2001, p. 22-23.

[12] LOPEZ, Teresa Ancona. Op. cit., p. 75.

[13] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11. ed., rev. / atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias, Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 119-120.

Registrado tais apontamentos, ressalta-se o princípio ou função da reparação integral ou compensação. Essa função possui papel de destaque, pois tenta fazer as vítimas voltarem ao estado anterior ao evento danoso, através da efetivação do princípio da reparação integral do dano.

Para isso, apropria-se da concepção de dano como uma lesão a um interesse juridicamente tutelado, ou seja, não se trata de qualquer lesão a interesse, mas somente aqueles que se encontram tutelados pela ordem jurídica, pois se trata de lesão que deva ser evitada ou reparada, o dano é antijurídico[14].

Assim, entende-se por dano todo prejuízo ou desvantagem experimentada em seu patrimônio, crédito, corpo, integridade física, saúde, estético, honra, nome, imagem, bem-estar, dentre outros, em razão de uma ação humana ilícita ou ainda que lícita, mediante abuso do exercício de direito.

Neste cenário, existem danos patrimoniais ou econômicos e danos extrapatrimoniais ou não econômicos. Isto porque podem variar de acordo com a possibilidade ou não de avaliação pecuniária, pois alguns incidem sobre interesses de natureza materiais ou econômicas, refletindo-se ao patrimônio do lesado, outros reportam-se à valores de ordem espiritual, ideal ou moral[15].

Prossegue o autor que um único fato pode gerar danos das duas espécies, por exemplo, uma difamação que pode resultar não apenas sofrimentos de cunho moral, mas perdas econômicas, em casos de diminuição de clientela profissional. Nestes casos, o autor denomina danos patrimoniais indiretos, sendo que a reparação abrangerá um aspecto duplo: a compensação do puro dano não patrimonial e a reparação pelos danos patrimoniais[16].

Dessa forma, a natureza jurídica da consequência lógico-jurídica da norma impositora do dever de prevenção ou de não causar dano a outro dependerá da viabilidade ou não de avaliação econômica do interesse lesionado. Portanto, a natureza jurídica da indenização poderá ser material ou pecuniária, logo, indenização-reparatória, ou quando insuscetível de apreciação econômica, tendo em vista se tratar de um prejuízo espiritual ou moral, tem-se a satisfação compensatória, ou indenização-compensatória.

---

[14] CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato.** Pádua, 1930, p. 10 e ss.
[15] COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações.** 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 543.
[16] Op. cit., 544.

3 A QUESTÃO DA (IN) TRANSMISSIBILIDADE DAS INDENIZAÇÕES

O Direito tende a enaltecer cada vez mais a reparação dos danos, estes compreendidos como danos patrimoniais, inseridos neste conceito os danos emergentes e lucros cessantes, ou danos extrapatrimoniais, dentre eles: o dano moral, dano existencial, dano psicológico, perda ou diminuição da capacidade laborativa, perda da chance de uma vida prazerosa e longa.

Neste contexto, um dos princípios básicos da responsabilidade civil é o da reparação integral. Teresa Ancona Lopez[17] afirma que a indenização constitui sempre "um sucedâneo do bem ou da perda que o dano-evento causou, seja material, seja moral". Prossegue ao discorrer que relativamente aos danos extrapatrimoniais, sua natureza consiste na satisfação compensatória tendente à redução ou mitigação dos sofrimentos e humilhações com a lesão sofrida, essa soma em dinheiro poderá ajudar a vítima de outro modo.

Em matéria relativa ao dano moral, vincula-se essa espécie de dano, à cláusula geral de tutela da pessoa, com base no art. 3º, inciso I, da CRFB, ao passo que configurará dano moral, nas hipóteses de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, assim compreendidas as violações à integridade psicofísica, igualdade, solidariedade e liberdades humanas[18].

E a indenização-compensação consiste num satisfação pecuniária, baseada no pagamento de prestação pecuniária, com vistas a mitigar ou de alguma maneira, suavizar a dor sofrida e como uma satisfação moral, através da sanção ao ofensor, que de outro modo não seria responsabilizado pelo dano causado[19].

Portanto, em sede de responsabilidade civil por danos patrimoniais, tem-se a reparação dos prejuízos materiais ocasionados e quanto aos extrapatrimoniais, possui natureza jurídica de compensação.

Assim, tem-se a indenização-ressarcimento e a indenização-compensação.

Nos casos em que a indenização possui como finalidade o ressarcimento de danos materiais, com conteúdo meramente patrimonial, traduzindo-se num crédito, a *prima face*, este direito de se exigir a prestação pecuniária equivalente transmite-se aos

---

[17] Op. cit.; p. 76-77.
[18] MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 183.
[19] Op. cit.; p. 268.

herdeiros, pois em regra, os direitos de conteúdo patrimonial são transmissíveis, inexistindo causas de intransmissibilidade quer pela natureza, quer pela lei.

Grandes dificuldades surgem em relação à transmissibilidade ou não da indenização-compensação.

No Brasil, relativo ao tema, destaca-se dois julgados do Superior Tribunal de Justiça. Um deles de relatoria da Ministra Nancy Andrighi[20], cingia-se a respeito da possibilidade ou não dos sucessores propor ação de indenização por danos morais sofridos pelo falecido, logo, se os sucessores são detentores de legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da respectiva ação.

No acórdão, a relatora destaca que os titulares do direito de reparação consistem naqueles que, direta ou indiretamente, padeceram danos morais e sem embargo da disciplina do artigo 1.526, do Código Civil, que dispõe "o direito de exigir reparação (...) transmite-se com a herança", afasta a transmissibilidade ao registrar a natureza personalíssima do bem jurídico tutelado.

Destaca ainda, a natureza dúplice da condenação por danos morais, quais sejam: sancionador e compensatório e a possibilidade dos sucessores pleitearem direito do *de cujus*, viabiliza apenas a efetividade da função sancionadora e não compensatória, já que o ofendido diretamente não poderia minorar os reflexos da conduta lesiva com a prestação pecuniária.

Ainda neste julgado, consta da *ratio decidendi* que a possibilidade do exercício do direito por parte dos sucessores importaria em patrimonialização do dano moral, equiparando-o à indenização de dano patrimonial, denegando as diferenças essenciais entre as referidas indenizações.

Em contraposição, o julgado[21] de relatoria do Ministro José Delgado assegura aos sucessores a legitimidade para a propositura da ação de indenização por danos morais. Para o relator, logicamente que o sofrimento, por si só, é intransmissível. Assinala que a dor não é “bem” que compõe o patrimônio transferível do *de cujus*, no entanto, ressalta que, por direito hereditário, há transmissibilidade do direito de ação que a vítima, ainda em vida, tinha contra seu ofensor.

Destaca-se que o relator sustenta que esse direito possui natureza patrimonial que se transmite aos sucessores.

---

[20] RESP. 302.029/RJ, Min. Rel. Nancy Andrighi, DJ. 01/10/2001.
[21] RESP. 324.886/PR. Rel. Min. José Delgado. DJ 03/09/2001.

Diferentemente do Código Civil Português[22], que prevê a possibilidade de transmissão de indenização decorrentes de lesão a direitos não patrimoniais, no direito pátrio não existe previsão a este respeito.

> Artigo 496 (Danos não patrimoniais)
> 1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
> 2 - Por morte da vítima, **o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes**; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.
> 3 - Se a vítima vivia em união de facto, o direito de indemnização previsto no número anterior cabe, em primeiro lugar, em conjunto, à pessoa que vivia com ela e aos filhos ou outros descendentes.
> 4 - O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos dos números anteriores. (grifo nosso).

De acordo com a legislação civilista portuguesa, os familiares do *de cujus* poderão pleitear os danos autônomos experimentados (de sua titularidade), aqui (Brasil) denominados danos ricochetes, mas também possuem legitimidade para o pleito dos danos de titularidade do *de cujus,* caso este tenha adquirido em vida. Exemplificando. João é vitimado por acidente automobilístico, causado por José, deixando filhos e esposa.

Consubstanciado na legislação portuguesa, existe o dano extrapatrimonial, denominado dano morte de titularidade do *de cujus,* que poderá ser pleiteado pelo Espólio de João ou pelos sucessores, hipótese de litisconsórcio ativo necessário, sem prejuízo dos danos em ricochetes de titularidade de cada familiar que poderá ser pleiteado de maneira autônoma.

Importante destacar que a experiência portuguesa tem excluído o pleito pelas linhas sucessórias, pois não limita-se aos sucessores, mas valeu-se da possibilidade da transmissibilidade do direito aos familiares, que poderá ser mais abrangente ou restritivo, a depender do caso e dos vínculos afetivos existentes. No caso da fixação do quantum indenizatório, o juiz levará em conta o dano experimentado pela própria vítima e os seus familiares, senão vejamos:

1380/13.3T2AVR.C1.S1

[22] Artigo 496 (Danos não patrimoniais)

> I- No caso de morte da vítima a titularidade do direito à indemnização por danos não patrimoniais pela perda da vida é atribuída *ex lege* aos familiares referidos no art. 496.º, nº.2, do CC, afastando a lei a aplicabilidade do regime sucessório que decorreria de se considerar que o direito à indemnização pelo dano morte se integrou com a morte na esfera jurídica do *de cujus.*
> II – O facto de a indemnização pela perda do direito à vida ser fixada em valor sensivelmente igual em todos os casos porque está em causa o dano da perda da vida, valor idêntico para cada ser humano, não significa que o tribunal não possa excluir dessa indemnização o titular provando-se que não existiam laços de afeto de espécie alguma entre ele e a vítima.
> III -Estamos, na verdade, no plano da indemnização por danos não patrimoniais e, assim sendo, a indemnização global a atribuir deve ser baseada numa ponderação global e equitativa das circunstâncias do caso com base nos critérios da lei que resultam da conjugação dos arts. 494.º e 496.º, nº. 3, do CC.
> IV- Provando-se, como se provou no caso vertente, que o jovem de 19 anos de idade, filho da autora, "com esta viveu desde que nasceu até à data do acidente, sendo que o pai o abandonou, nunca mais tendo dado notícias nem se sabendo do seu paradeiro", tendo sido "sempre a mãe quem exerceu as funções de pai e mãe" e tendo sido, "por sentença proferida pelo tribunal do concelho de Staryi Sambir, distrito de Lviv, Ucrânia, decretada a inibição do poder paternal relativamente ao pai do falecido", o tribunal, ponderando tais circunstâncias, pode atribuir à progenitora a totalidade da indemnização por danos não patrimoniais nesta se incluindo a parcela respeitante à perda do direito à vida.[23]

No caso acima, a genitora pretendia indenização no importe de 80 mil euros pela perda ao direito à vida, 60 mil euros pelo sofrimento pela perda do filho e 1.074 euros por despesas com funeral, em razão de acidente automobilístico.

Em seus fundamentos o julgador, destaca:

> 17.Constitui esse dano morte um dano não patrimonial, um dos danos não patrimoniais que o decesso da vítima pode causar. Antunes Varela sustenta que " relativamente aos danos não patrimoniais, o texto do n.º 2 do artigo 496.º revela a inequívoca intenção de arbitrar uma única indemnização, baseada numa ponderação global e equitativa das circunstâncias de cada caso, e de atribuir todo o direito a essa indemnização aos familiares destacados no preceito legal".
> 18. Este entendimento não é contrariado, a nosso ver, com a afirmação de que, na fixação dessa indemnização, "nada impede, bem pelo contrário, que o julgador tome em linha de conta, como parcela autónoma da soma a que haja de proceder, a perda da vida da vítima, entre os danos morais sofridos pelos familiares".
> 19. **Não é confundível o sofrimento de um progenitor** que acompanha os momentos finais do seu filho, a dor e a angústia, o indescritível desespero de o ver perdido com a **perda em si da vida**.[24] (grifo nosso).

[23] Portugal, Supremo Tribunal de Justiça. 1380/13.3T2AVR.C1.S1, 7ª Secção, Salazar Casanova, Julg. 30.04/2015.Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ba83b4defe7004980257e3700553572?OpenDocument. Acesso: 26/09/2016.
[24] Op. cit.

Assim, pode-se perceber-se que no momento da fixação do quantum indenizatório o magistrado leva-se em conta dois danos distintos, o dano pela perda da vida (esfera de direito do *de cujus)* e os danos morais sofridos pelos familiares. O que demonstra que as indenizações não patrimoniais são transmissíveis naquele país.

No Brasil, não existe previsão semelhante, o que existe na verdade é artigo 1.526 do Código Civil, que utiliza o termo reparação, suscitando dúvidas quanto à tecnicidade desse dispositivo, vez que ao mencionar reparação referia-se apenas às indenizações reparatórias ou faltou à técnica, podendo ser alcançadas as indenizações compensatórias (?).

Valendo-se das lições anteriores, sob a construção de Galvão Telles, a intransmissibilidade possui alguns fundamentos estampados em três fontes distintas: a natureza do direito, a lei e a convenção das partes, sendo este último impraticável para a presente discussão.

A primeira fonte, a natureza jurídica do direito, em que pese a lesão atingir direito sem expressão econômica, a resposta à conduta ilícita será a condenação em pagamento de soma em direito, ou seja, gera ao ofendido um direito creditício. Certamente que tal possui função compensatória, mas não deixa de denotar natureza pecuniária. Uma coisa é a natureza do direito, ou seria a função da condenação.

Portanto, não se trata de direito fixado para atendimento das necessidades pessoais do ofendido, nem é instituito *intuito personae.* Por este primeiro critério, defensável sua transmissibilidade.

A segunda fonte a ser apreciada seria a lei. A intransmissibilidade de direitos decorre de discricionariedade legislativa. Não consta vedação expressa no Código Civil Brasileiro a respeito da impossibilidade de transmissão de direitos creditícios decorrentes de condenação por ato ilícito oriundo de lesão a direitos não patrimoniais.

Idêntica lacuna havia no Código Civil Português, em momento anterior à reforma, tendo a doutrina se manifestado:

> Dado que a indemnização de danos morais, embora em si patrimonial, provém da ofensa de interesses de conteúdo pessoal, não repugnaria inteiramente que a lei adoptasse quanto a ela solução idêntica. Deixar-se-ia ao exclusivo critério da vítima pedir ou não a indemnização; e em caso de falecimento, o direito respectivo só se transmitiria se ela tivesse chegado a reclamá-lo em juízo. É a orientação consagrada pelo Código Civil alemão (§ 847). Mas a verdade é que a legislação portuguesa nada se encontra estatuído

> nesse sentido e portanto tem de entender-se que o direito se transmite independentemente da propositura de acção judicial[25].

Assim, para o autor a regra da transmissibilidade das indenizações se aplica, inclusive, em relação aos danos extrapatrimoniais, haja vista que apesar de não envolverem lesão ao patrimônio, ensejam direito à indenização, que se reveste de caráter patrimonial, uma vez que tem por objeto o pagamento de soma em dinheiro.

Dessa forma, ante a ausência de proibição, pode-se estender a transmissibilidade de direitos decorrentes de indenização, inclusive às de natureza compensatórias.

4 CONCLUSÕES

No âmbito de responsabilidade civil, existem condutas lesivas à interesses juridicamente tutelados de caráter patrimonial e não patrimonial. Nos casos em que o bem jurídico tutelado pode ser mensurado por valor econômico, tem-se os danos emergentes ou lucros cessantes, sendo que sua indenização possui caráter reparatório.

De outra banda, quando o interesse lesionado não for passível de aferição econômica, tem-se os danos extrapatrimoniais e possuem natureza compensatória.

O ensaio pretendeu discutir a respeito da possibilidade ou não dos sucessores do titular do direito lesionado pleitear a respeita indenização. Ao apreciar-se os fundamentos pela intransmissibilidade de direitos, denota-se que tais poderão decorrer de três fontes: a natureza do direito, a lei e a convenção das partes.

Independente da fonte, a intransmissibilidade poderá se fundamentar na natureza jurídica do direito em questão; na própria índole do direito, ao passo que seu exercício decorre de juízo de conveniência e oportunidade por parte de seu titular; em direitos intuito personae e finalmente, nos casos em que a existência do direito não é mais longa que a própria existência de seu titular.

Estabelecido tais parâmetros pode-se se verificar que não há qualquer óbice dos sucessores exercerem pessoalmente direitos relativos à indenização-reparatória, tendo em vista que em regra, os direitos transmissíveis em vida, também o são na morte.

No que toca às indenizações-compensatórias ou satisfativas, demonstrou-se que não há proibição, quer pela própria natureza do crédito, quer por disposição

[25] TELLES, Inocêncio Galvão. Op. cit. 94.

legislativa, da transmissibilidade do exercício do direito pelos sucessores, que poderão pleitear direito alheio, sem prejuízo de requerer direito próprio uma vez evidenciado.

Assim, plenamente possível, ainda que não ajuizada a demanda indenizatória em vida, os herdeiros (e não familiares, pois no Brasil, inexiste previsão como no direito português, que "abre o leque" para familiares) poderão ajuizar a ação pretendendo indenização compensatória, pois esta se findará com um crédito, que é transmissível, sem prejuízo do pleito de direito autônomo lesionado.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. BESSONE, Mario. **La responsabilità civile:** prospettiva storica – colpa aquiliana illecito contrattuale; responsabilità oggettiva – rischio d'impresa prevenzione del danno. 3ª Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore: 2001.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. **Constituição e Codificação: Primórdios do binômio.** A reconstrução do direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral:** relações e situações jurídicas. Direito Civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____.**Direito autoral.** 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

BARCELONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno.** Napoli: Jovene, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato.** Pádua, 1930.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Curso de direito das sucessões.** Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1985. 2 v.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações.** 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil:** parte especial : do direito das sucessões (artigos 1.784 a 1.856).São Paulo: Saraiva, 2003.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil:** de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Cessão da posição contratual.** Coimbra: Almedina, 1982.

Portugal, **Supremo Tribunal de Justiça**. 1380/13.3T2AVR.C1.S1, 7ª Secção, Salazar Casanova, Julg. 30.04/2015.Disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ba83b4defe7004980257e3700553572?OpenDocument. Acesso: 26/09/2016.

_____. Código Civil. Decreto Lei nº. 47.344, de 25 de novembro de 1966. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 26.09.2016.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SIMÃO, José Fernando. **Direito civil:** contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por Dano Existencial**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Método,2013. V. 6

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões:** Noções Fundamentais. Coimbra Editora, 1996.