

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

MAÍRA ZANETTE TOPANOTTI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM INDENIZAR NASCITURO
ÓRFÃO QUE PERDE O GENITOR VÍTIMA DE BALA PERDIDA DISPARADA POR
UM AGENTE PÚBLICO**

CRICIÚMA

2015

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

MAÍRA ZANETTE TOPANOTTI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM INDENIZAR NASCITURO
ÓRFÃO QUE PERDE O GENITOR VÍTIMA DE BALA PERDIDA DISPARADA POR
UM AGENTE PÚBLICO**

Monografia de Conclusão de Curso,
apresentada para obtenção do grau de
bacharel, no curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Rosângela Del Moro.

CRICIÚMA

2015

MAÍRA ZANETTE TOPANOTTI

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM INDENIZAR NASCITURO
ÓRFÃO QUE PERDE O GENITOR VÍTIMA DE BALA PERDIDA DISPARADA POR
UM AGENTE PÚBLICO**

Monografia de Conclusão de Curso aprovada
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 08 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Rosângela Del Moro - Especialista - (Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC) - Orientadora

Prof. Daniel Ribeiro Preve - Mestre - (Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC)

Prof. Marcelo Ronzoni - Especialista - (Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC)

Pai, mãe, namorado e professora orientadora, meu muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

Pai e mãe, obrigada pelos vários anos de dedicação, por acreditarem nos meus sonhos e, principalmente, por incentivarem a realizá-los. Amo vocês!

Josenir, obrigada pela paciência e compreensão, pelo amor, carinho e pelas palavras de incentivo durante esta longa caminhada. Você é muito especial!

Professora Rosângela, obrigada pelo tempo que dedicou me orientando, pelos ensinamentos, pela amizade e dedicação durante a realização deste trabalho. Muito obrigada!

**“Não me cabe conceber nenhuma
necessidade tão importante durante a
infância de uma pessoa que a necessidade
de sentir-se protegido por um pai.”**

Sigmund Freud

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito do nascituro em pleitear danos morais por falecimento de seu genitor, vítima de bala perdida, contra o Estado. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo, através de técnica de documentação indireta, com pesquisas bibliográficas. O trabalho foi dividido em três capítulos: o primeiro capítulo abordou o conceito de nascituro e pessoa natural, as teorias que buscam determinar o início da personalidade e a capacidade processual do nascituro; o segundo capítulo ilustrou a evolução histórica, os requisitos e as classificações da responsabilidade civil e suas excludentes, dano moral e sua reparação civil; no terceiro capítulo foi estudada a responsabilidade civil do Estado, desde a evolução histórica até a responsabilidade objetiva estatal, demonstrando o dever do Estado em garantir os direitos fundamentais, com ênfase no da segurança pública e o dever do Estado em indenizar vítimas de bala perdida, quando o projétil for do revólver de um de seus agentes públicos. Por fim, foi demonstrada a possibilidade do nascituro órfão em pleitear danos morais pelo falecimento de seu genitor, que foi vítima de bala perdida de autoria de um agente público a serviço do Estado.

Palavras-chave: Nascituro. Responsabilidade civil. Estado. Indenização.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the rights of the unborn child in claiming moral damages for the death of your parent, victim of stray bullet, against the State. The research method used was the inductive, by indirect documentation technique, with bibliographic research. The work was divided in three chapters: the first chapter approached the unborn child and person concepts, the theories of the beginning of the unborn' personality and procedural capacity; the second chapter showed the civil responsibility' historic evolution, requirements and classifications, as also its exclusive, moral damage and civil compensation; on the third chapter was studied the state's civil responsibility, from historical evolution to the state objective responsibility, showing the State's duty to guarantee the fundamental rights, with emphasis on public safety and the duty of the state in compensate the victims of stray bullet, when the projectile is from the revolver of one of its public officials. At last, it was demonstrated that the unborn child orphaned can plead moral damages for the death of your parent, victim of stray bullet fired by a public official in state service.

Keywords: *Unborn child. Civil responsibility. State. Compensation.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO	12
2.1. CONCEITO DE NASCITURO	12
2.2 PESSOA NATURAL E PERSONALIDADE JURÍDICA.....	14
2.2.1 Teoria natalista	17
2.2.2 Teoria da personalidade condicionada	19
2.2.3 Teoria concepcionista.....	20
2.3 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	21
2.3.1 Direito à filiação.....	23
2.3.2 Direito à curatela	24
2.3.3 Direito de receber doação	25
2.3.4 Direito de suceder	26
2.3.5 Direito a alimentos	27
2.4. A CAPACIDADE PROCESSUAL DO NASCITURO.....	29
3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL	32
3.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO	32
3.1.1 Conduta humana	35
3.1.2 Nexo de causalidade	36
3.1.3 Dano	37
3.1.4 Conduta culposa	38
3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	39
3.2.1 Responsabilidade civil contratual.....	39
3.2.2 Responsabilidade civil extracontratual	41
3.2.3 Responsabilidade civil subjetiva	41
3.2.4 Responsabilidade civil objetiva	42
3.3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	43
3.4 DANO MORAL	47
3.4.1 A reparação do dano moral	49
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM INDENIZAR NASCITURO ÓRFÃO QUE PERDE O GENITOR POR BALA PERDIDA	51
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL.....	51
4.1.1 O Estado como garantidor dos direitos fundamentais	56

4.1.2 Responsabilidade civil do estado.....	58
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR BALAS PERDIDAS.....	60
4.2.1 Dever do Estado em indenizar as vítimas de balas perdidas.....	64
4.3 POSSIBILIDADE DE INDENIZAR O NASCITURO ÓRFÃO QUE PERDEU O GENITOR VÍTIMA DE BALA PERDIDA DISPARADA POR UM AGENTE PÚBLICO	66
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade do nascituro em pleitear indenização por danos morais pelo falecimento de seu genitor, que foi vítima de bala perdida, contra o Estado.

Desse modo, tem como objetivo, abordar a responsabilidade civil do Estado brasileiro, no que tange à obrigação de reparar danos causados aos nascituros órfãos que perdem o genitor, vítima de bala perdida. Buscando uma abordagem específica sobre a matéria, não havendo intenção de esgotar o estudo, já que o foco do presente trabalho é analisar a possibilidade ou não do nascituro pleitear indenização.

Para tanto, utilizar-se-á o método de pesquisa indutivo, através de técnica de documentação indireta, com pesquisas bibliográficas. E, para melhor organização de seu conteúdo, dividir-se-á em três capítulos.

O primeiro capítulo abordar-se-á o conceito de nascituro, conceito de pessoa natural e personalidade jurídica. Tratar-se-á das teorias que buscam demarcar o início da personalidade jurídica que são: a teoria natalista, teoria da personalidade condicionada e a teoria concepcionista.

Ainda, trabalhar-se-ão os direitos assegurados ao nascituro, desde a concepção, independentemente do nascimento com vida ou não, como o direito a filiação, a curatela, em receber doações, suceder e a alimentos e sua capacidade processual.

O segundo capítulo desenvolver-se-á quanto à responsabilidade civil por danos morais, no qual abordará a evolução histórica da responsabilidade civil, os tipos de responsabilidade, seus requisitos e as causas excludentes de responsabilidade civil.

Também abordar-se-á o conceito e definição de dano moral, a possibilidade do reconhecimento deste, mesmo quando a vítima for incapaz de compreender a conduta lesiva sofrida, e por fim, a sua reparação civil, que tem como objetivo, através do valor indenizatório, amenizar o dano experimentado pela vítima, e sancionar a conduta do agente, a fim de prevenir novas condutas lesivas.

O terceiro capítulo tratará da responsabilidade civil estatal, começando pela evolução histórica no Brasil, abordando o estado como um garantidor dos

direitos fundamentais com ênfase no direito à segurança pública e a responsabilidade objetiva estatal.

Após, tratar-se-á quanto à responsabilidade estatal por balas perdidas, desenvolvendo o conceito de serviço público e o dever do Estado em indenizar às vítimas de bala perdida, quando a autoria do projétil for de um agente público a serviço do Estado.

Por fim, o presente trabalho de conclusão de curso verificará a possibilidade ou não do nascituro em pleitear danos morais pelo falecimento do seu genitor, que foi vítima de bala perdida de um agente público, contra o Estado.

2 A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

Neste capítulo abordar-se-á a condição jurídica do nascituro, partindo do conceito de nascituro e pessoa natural, as teorias que abordam o início de sua personalidade jurídica e a capacidade processual do nascituro.

2.1 CONCEITO DE NASCITURO

Nascituro deriva do latim “*nasciturus*”, que significa o ser humano que “*deverá nascer, que está por nascer.*” (BUENO *apud* PUSSI, 2005, p. 54) (grifo no original). Portanto, o nascituro é aquele já concebido no ventre materno.

Segundo Ferreira (1999, p. 1393), nascituro é um substantivo masculino que no âmbito jurídico significado “O ser humano já concebido cujo nascimento se espera como fato futuro certo”.

Nas palavras de Pussi (2005, p. 53):

[...] pode ser entendido como o que há de vir ao mundo já estando concebido (*concpetus*), mas cujo nascimento ainda não se consumou, continuando *pars ventris* ou das entranhas maternas, sendo aquele que deverá nascer, *nascere* do étimo latino.

Nessa linha de entendimento, afirma Almeida (2000, p.11) que, “pela mesma forma não se poderá reputar ‘nascituro’ o embrião congelado, com finalidade de implantação futura no útero materno, conforme técnicas de reprodução assistida”.

Destarte, entendia-se como nascituro o concebido por meio de fecundação *in anima nobile* (nos seres humanos), ou seja, concebido naturalmente ou por meio de inseminação artificial e encontra-se no ventre materno. Nascituro é aquele que possui vida intrauterina.

Entende Almeida (2000, p. 113) que:

Embora a vida comece com a fecundação (*in anima nobile* ou *in vitro*), é a implementação que garante a sobrevivência do conceito. Não obstante a tentativa – que enseja perplexidades, inclusive do ponto de vista ético – de desenvolver seres humanos em laboratório, a denominada ectogênese – a vida viável -, no estágio atual da Ciência, inicia-se com a gravidez.

O avanço da biotecnologia e das técnicas de reprodução assistida levou a uma ampliação no conceito de nascituro, passando a ser considerado também como

nascituro aquele concebido por meio da técnica de fertilização *in vitro* (PUSSI, 2005, p. 80).

Cabe ressaltar que, na fecundação *in vitro* não se poderá falar em "nascituro" enquanto o ovo (óvulo fertilizado *in vitro*) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se o conceito de nascituro quando haja "gravidez" (ALMEIDA, 2000, p. 113).

Segundo Ferreira (1999, p. 519), concepção é "o ato ou efeito de conceber ou de gerar (no útero)". Assim, a vida de um novo ser se inicia desde a fecundação, momento da liberação do ovócito, gameta feminino, e do espermatozoide, gameta masculino, se unem formando um zigoto (primeira célula humana) e com a nidação no útero materno. Considerando-se apenas nascituro aquele embrião que já foi concebido no ventre materno.

Conforme Maluf (2010, p. 55):

O zigoto, guiado pela sua informação genérica única, inicia rapidamente a constante divisão, diferenciação e migração celular, que irão formar todos os tecidos do organismo de forma surpreendente precisa. Passará por sucessíveis etapas de divisões celulares até formar o indivíduo propriamente dito.

Ressalte-se, que nascituro não pode ser confundido com prole eventual, visto que esta nem foi concebida ainda. A prole eventual refere-se a um filho futuro que, provavelmente, será concebido por uma pessoa, sem, no entanto, haver certeza de tal concepção. Nas palavras de Venosa (2013, p. 142): "O nascituro é o ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual".

À prole eventual, permite o artigo 1.800, § 4º do Código Civil, deixar benefício por meio de testamento, desde que esta venha a ser concebida em no máximo dois anos ao falecimento do testador.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...]

§ 4º - Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. (BRASIL, 2015i)

Do mesmo modo, não se pode confundir o conceito de nascituro com natimorto, pois este se refere ao concebido que nasceu sem vida, morreu dentro do útero ou durante o parto. “Afiml, natimorto é composto de *natus* (nascido) e *mortis* (morto), sendo que tal palavra é empregada unicamente para distinguir ou designar a criança que nasceu sem vida” (PUSSI, 2005, p. 57).

Em função da imprecisão legal, várias teorias buscam explicar a aquisição de personalidade jurídica para o nascituro. No mesmo sentido afirma Maluf (2010, p. 98):

[...] o nascituro, na vida uterina, e o embrião, na vida extrauterina, possuem personalidade jurídica formal, no tocante aos direitos personalíssimos, visto apresentarem carga genética própria deste desde a sua concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* [...].

2.2 PESSOA NATURAL E PERSONALIDADE JURÍDICA

O vocábulo pessoa, veio do termo em latim *persona* que, em sua origem, significava as máscaras usadas pelos personagens teatrais, incluindo no seu significado também os personagens e após passou a significar o ser humano. Em sentido jurídico passaram a designar pessoa, como “ser humano considerado como sujeito de direitos e deveres” (DINIZ, 2005, p. 144).

Para Monteiro (2007, p. 62):

Duas, por conseguinte, são as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a *pessoa natural*, também chamada pessoa física (o homem, ou melhor, o ser humano), e a *pessoa jurídica*, igualmente denominada pessoa moral ou pessoa coletiva (agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum). (grifo no original).

Assim, toda pessoa possui direitos e obrigações e, por consequência, personalidade jurídica. Para Gonçalves (2013, p. 98): “o sujeito da relação jurídica é sempre o ser humano, na condição de ente social. [...] Os animais não são considerados sujeitos de direitos, embora mereçam proteção”.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 128):

Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a *aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações*, ou, em outras palavras, é o *atributo necessário para ser sujeito de direito*. Adquirida a

personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes.(grifo no original).

Deste modo, a ideia de personalidade está intrinsicamente ligada à pessoa natural, por isso que os animais e as coisas inanimadas não são considerados, pelo ordenamento jurídico, como sujeitos de direitos.

Cabe ressaltar que, por mais que no ordenamento jurídico os seres animais não adquiram personalidade, a lei os protege de maus tratos e em época de procriação as caças, com o objetivo de coibir brutalidades a estes, isto em atenção a sua finalidade social para o ser humano. “As normas que almejam proteger a flora e a fauna o fazem tendo em mira a atividade do homem” (VENOSA, 2013, p. 138).

A personalidade jurídica, no que se refere à pessoa natural, é atribuída a todos os seres humanos, sem qualquer distinção entre estes e independentemente da consciência ou consentimento da pessoa. Assim, é o que determina o artigo 1º do Código Civil: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2015i).

Desse modo, “toda pessoa” que se refere o artigo acima é pessoa física, ou seja, todo o ser humano é titular de direitos e deveres, sem fazer qualquer distinção entre eles, seja por cor, crença religiosa. Salvo o estrangeiro que possui algumas restrições civis, um exemplo é no direito político, em que veda a candidatura de estrangeiros para o cargo de presidente da república (DINIZ, 2005, p. 145-146).

Portanto, não se pode confundir personalidade com capacidade, pois, por mais que sejam próximas, são diferentes. A personalidade é atribuída a todo o ser humano, de forma universalista, e consiste no atributo de direitos e deveres aos indivíduos. Já a capacidade não, consiste na aptidão do indivíduo em exercer os seus próprios direitos, que dependerá da idade e condição mental deste para adquiri-la.

De acordo com Gonçalves (2013, p. 95-96):

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de *direito* ou de *gozo*, também denominada capacidade de *aquisição* de direitos. Esta espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de

seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações etc.
 Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. (grifo do autor).

Segundo Diniz (2005, p. 123), “O direito a personalidade é o direito de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra e etc”, é um direito comum ligado à existência de cada pessoa.

Conforme a lição de Pussi (2005, p. 36):

Personalidade e capacidade são institutos distintos, apesar de próximos. Assim, a personalidade é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e que acaba por materializar-se na capacidade. Dessa forma, a personalidade encontra-se como a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas, ou seja, é o pressuposto básico dos direitos e deveres. Por outro lado, o ser dotado de personalidade pode ser capaz. Assim, a capacidade é um plus face à personalidade [...].

Desse modo, pode-se entender que toda “pessoa” possui personalidade jurídica, porém nem todos os seres humanos podem exercer, pessoalmente, seus direitos, pois é preciso ser capaz, não dependendo apenas de sua existência, mas do preenchimento de outros requisitos pré-estabelecidos no ordenamento jurídico, como a maioridade civil e a condição mental do indivíduo. Pessoa na linguagem jurídica significa: “Ser ao qual se atribuem direitos e obrigações” (FERREIRA, 1999, p. 1557).

Ou seja, para adquirir a personalidade jurídica basta que o ser humano exista e para ser capaz, é necessário que o indivíduo preencha os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico.

Para Santos (2001, p. 156):

Os direitos da personalidade são, em síntese, aqueles comuns da existência, porque simples permissões dadas pela norma jurídica a cada pessoa de defender seus bens pessoais, emanações e prolongamentos, que a natureza lhe concedeu, destacando-se a personalidade em si mesma. São, assim, inerentes ao homem, são-lhe fundamentais eis que recaem sobre uma parte da própria esfera da personalidade.

Desse modo, para se adquirir a personalidade basta que o ser humano exista, sendo irrelevante a vontade ou consciência do mesmo. Permitindo-se assim,

que recém-nascidos, deficientes mentais, indivíduos que não consigam discernir a fantasia da realidade, sejam pessoas e adquiram personalidade.

Conforme dispõe Santos (2001, p. 157):

Os direitos da personalidade são, de um só turno, *absolutos, extrapatrimoniais, ou extrapecuniários, intransmissíveis ou indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios e necessários e, finalmente, ilimitados.* (grifos no original).

Desse modo, o ser humano não pode renunciar ou negar o direito de personalidade, visto que a personalidade é uma aptidão condicionada à condição humana, de modo que inexistindo a personalidade, inexistente a pessoa.

Dispõe o artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2015i): "personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida", independentemente da capacidade da pessoa natural, e acompanhará o ser humano até fim de sua existência, com o falecimento.

Conforme afirma Gonçalves (2013, p. 94), "o conceito de personalidade esta umbilicalmente ligada ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se pessoa, ou seja, adquire personalidade". Entende-se como nascimento, quando a criança é separada do ventre materno, não importando a forma que a faz.

De acordo como o ordenamento acima, tem-se o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade. Porém, coloca-se a salvo, os direitos ao nascituro, desde a concepção. Em função de tal redação há três correntes doutrinárias que tentam definir o início da personalidade: a teoria natalista, teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

2.2.1 Teoria natalista

A teoria natalista entende que o nascituro não possui vida própria. Para os adeptos a esta teoria, o feto não passa de uma parte das entranhas da mãe. Assim, para esta teoria, a personalidade jurídica tem como marco inicial o nascimento com vida, "sendo que antes do nascimento o fato não passa de um *spes hominis* (esperança de homem)." (PUSSI, 2005, p. 93-94).

Assim, o feto ainda no ventre materno não é considerado pessoa, não tendo, ainda, personalidade jurídica, existindo apenas uma expectativa de nascimento com vida, com base no desenvolvimento natural do feto e,

consequentemente, uma expectativa de adquirir personalidade, razão esta de se punir o aborto provocado, resguardando a lei dos direitos do nascituro, para quando do nascimento com vida (ALMEIDA, 2000, p. 148).

Nas palavras de Venosa (2013, p. 142):

Se a criança nascer com vida e logo depois vier a falecer, será considerada sujeito de direitos. Por breve espaço de tempo houve personalidade. [...] O nascituro é um ente concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direitos no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual.

Os adeptos de tal teoria defendem que o nascituro é uma mera expectativa de ser humano possuindo, assim, mera expectativa na aquisição de direitos e deveres. Alegam que não haveria motivos para o ordenamento jurídico citar os direitos do nascituro, caso este fosse considerado pessoa, defendendo serem taxativos seus direitos.

Rodrigues (2003, p. 36) afirma:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Leciona Venosa (2013, p. 143):

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. O fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. Embora haja quem sufrague o contrário, trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.

O nascimento com vida se dá “no instante que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame hidrostático de Galeno.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 129). Assim, mesmo que a criança faleça logo após o parto, se comprovado que respirou, ou seja, iniciado a vida extrauterina, será considerada pessoa e adquirirá a personalidade jurídica.

Desse modo, a aquisição da personalidade está intimamente ligada ao nascimento com vida, independente da forma que foi realizada a concepção, podendo esta ser por vias naturais ou artificiais.

Assim, perante a teoria natalista e seus adeptos, a criança ao nascer com vida, adquire personalidade jurídica, torna-se sujeito de direitos, podendo transmiti-los e, se nascer sem vida, será classificada como um natimorto, o qual não adquire e, conseqüentemente, não transmite seus direitos.

2.2.2 Teoria da personalidade condicionada

Esta teoria defende os direitos e a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção, entretanto, somente assistirá a esta se nascer com vida.

Nas palavras de Monteiro (2007, p. 66): “o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”.

Ou seja, a teoria da personalidade condicional está intimamente ligada ao nascimento com vida do nascituro. Se este nascer com vida, assistirá ao direito da personalidade jurídica desde a sua concepção, caso contrário, não adquirirá a personalidade jurídica. Terá a aquisição da personalidade jurídica mesmo que logo após o parto venha a falecer, no momento em que respirar e tiver comprovado a vida extrauterina, adquirirá a personalidade, estará retroagindo até o momento de sua concepção. Por isso, é chamada de personalidade condicionada, pois está condicionada ao nascimento com vida, tem o direito reconhecido, mas somente gozará do mesmo se nascer com vida.

Conforme Pussi (2005, p. 95):

Ao nascer com vida implementa-se a condição e os direitos que adquirira, por atos cuja a eficácia dependeria do seu nascimento com vida, que integrarão definitivamente seu patrimônio, mesmo vindo a falecer em seguida.

Enquanto o nascituro encontra-se dentro da vida intrauterina, o mesmo é tutelado pela lei, ou seja, tem personalidade jurídica condicional, visto que somente após o nascimento com vida poderá gozar de seus direitos, ressaltado o gozo e a

proteção dos direitos personalíssimos, pois são direitos absolutos, incondicionais e garantidos a todas as pessoas desde a concepção.

Os direitos patrimoniais já são atribuídos ao nascituro, porém ficam condicionados ao nascimento com vida, de modo que o nascituro somente gozará desses direitos quando efetuar a primeira respiração, momento em que será concedida a ele a personalidade jurídica. O mesmo ocorrerá ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois do parto.

Nas palavras de Pussi (2005, p. 86), a teoria da personalidade condicionada “sustenta o início da personalidade do nascituro a partir da concepção, com a condição de nascer com vida. Ou seja, uma vez que se verifique o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção”.

Destarte, para esta teoria o nascituro tem seus direitos resguardados desde a concepção, porém estes direitos estão condicionados ao nascimento com vida. Se nascer com vida, mesmo que logo após venha a falecer, terá seus direitos adquiridos desde a concepção, porém, caso faleça ainda no ventre materno, não adquirirá a personalidade jurídica e, conseqüentemente, não terá reconhecidos os seus direitos.

2.2.3 Teoria concepcionista

A teoria concepcionista determina como início da personalidade jurídica a concepção, fusão do gameta feminino com o masculino no útero da mãe, pois entende que o nascituro possui existência própria, ou seja, o nascituro concebido é uma pessoa, o nascimento é só mais uma etapa da sua existência.

Para os adeptos desta teoria o nascituro deve ser reconhecido como pessoa, visto que, juridicamente, somente as pessoas são sujeitos de direito e possuem personalidade jurídica (FERREIRA, 1999, p. 1557).

Em síntese, defendem que desde a concepção o nascituro é dotado de direitos patrimoniais e personalíssimos, garantidos pelo ordenamento jurídico, pois é considerado pessoa, não podendo ter seus direitos limitados apenas àqueles previstos no Código Civil.

Segundo Pussi (2005, p. 143):

Diante disso, emerge como certo que os direitos do nascituro não poderiam ser atribuídos como sendo, unicamente, restritos aos descritos no Código Civil. Isto, diante da grande diversidade de fatos e eventos sociais, assim como da evolução médica, que venha a expandir a necessidade básica de proteção aos direitos fundamentais do nascituro.

Esta terceira corrente doutrinária sustenta que a personalidade começa desde a concepção e não mais, como defendiam as demais teorias, do nascimento com vida, assim, pois consideram que muitos dos direitos do nascituro independem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade.

Conforme afirma Pussi (2005, p. 191):

Portanto, o embrião humano goza de proteção jurídica desde o início de sua concepção, seja no útero materno, seja até mesmo *in vitro*. Isto é, o conceito é considerado sujeito de direito, reconhecendo-se ao mesmo o caráter de pessoa no exato momento da fecundação.

Assim, para os concepcionistas, o nascituro é titular de direitos, faltando tão somente a capacidade para exercê-los pessoalmente, o que não o impede de adquirir personalidade, pois esta está apenas relacionada à existência humana.

No entanto, apesar de desde a concepção o nascituro ser sujeito de direitos e obrigações, os direitos patrimoniais concedidos a ele dependem do nascimento com vida, como a doação, a herança. Destarte, se nascer sem vida, ou seja, ocorrendo a existência de um natimorto, não completará a condição resolutiva dos direitos de esfera patrimonial, assim, tais direitos serão extintos, não transmitindo aos seus herdeiros estes direitos.

Nas palavras de Almeida (2000, p. 57), “a posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direito subordinado à condição resolutiva”.

Destarte, para os defensores desta teoria adquire-se a personalidade no momento da concepção, independentemente do evento incerto do nascimento, pois mesmo que nasça sem vida, faleça ainda no ventre da mãe, o nascituro terá seus direitos reconhecidos desde sua concepção, salvo os direitos patrimoniais.

2.3 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria natalista¹ para demarcar o início da personalidade, que apesar de não reconhecer o nascituro como uma pessoa, deixa a salvo seus direitos desde a concepção.

Para os adeptos a teoria natalista, o nascituro só tem garantido aqueles direitos previamente estabelecidos em lei. De modo que o nascituro, por tratar-se de uma mera expectativa de um ser humano, desfruta somente dos direitos definidos pelo ordenamento jurídico.

Assim, esclarece Pussi (2005, p. 91) que “desta postura extrai-se que não se trata de salvaguardar os direitos naturais e reais, mas, de verdadeira expectativa, que em direitos subjetivos se transformará se o concebido vier a adquirir vitalidade”.

Diferentemente entendem os defensores da teoria concepcionista e da personalidade condicionada, visto que estes reconhecem o nascituro desde sua concepção como pessoa, assim tendo todos os direitos reconhecidos, mesmo que não estejam previamente estabelecidos na lei.

De acordo com Pussi (2005, p. 98):

Ademais, [os natalistas] sustentam que aceitar a doutrina natalista importa reconhecer ao nascituro, como dito anteriormente, apenas expectativas de direito e restrita aos casos expressamente previstos pelo código. Dessa forma, a aplicação da norma jurídica deve ser sempre restrita e, em decorrência, só haverá proteção ao nascituro nos casos expressamente previstos em lei como, por exemplo, a doação, sucessão testamentária e punição ao aborto. De modo inverso, ao considerar o nascituro já como pessoa, impõe-se que a norma civilista seja estendida de modo amplo, como regra geral.

Destarte, seja pelo entendimento dos defensores da teoria natalista, seja através dos adeptos das teorias da personalidade condicional ou concepcionista, assegurar direitos desde a concepção, tem como base a garantia do direito a vida do nascituro, tendo em vista que este direito garante a sua futura existência e então, passará a usufruir de todos os direitos.

Os direitos previamente estabelecidos no ordenamento jurídico ao nascituro, desde sua concepção, são o direito a filiação, a curatela, em receber doação, de sucessão e a alimentos, os quais serão analisados na sequência.

¹ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2015b).

2.3.1 Direito à filiação

Desde a concepção, o nascituro possui o *status* de filho, pois a relação de parentesco com a mãe nasce com a concepção, ou seja, independentemente do nascimento com vida. Conforme Almeida (2000, p. 206), “o concebido tem *status* de filho, de filho legítimo, de filho legitimado, desde a concepção e independente do nascimento com vida”.

Desse modo, são reconhecidos ao nascituro, mesmo antes de seu nascimento, alguns direitos decorrentes à condição de filho. Um desses direitos reconhecidos ao nascituro é o de ser voluntariamente reconhecido como filho pelo pai, conforme prevê o artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. (BRASIL, 2015l).

E reafirmado pelo artigo 1.609, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2015i): “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.”

Leciona Almeida (2000, p. 210):

[...] a permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento o temor do pai de morrer antes de nascer o filho, de achar-se por outro motivo (interdição, loucura etc.) impedido de fazê-lo após o nascimento e a incerteza da mãe escapar com vida do próprio parto, sobrevivendo-lhe o filho.

O reconhecimento voluntário, conforme preconiza o artigo 1.609 do Código Civil, poderá ser realizado de quatro formas, mediante escritura pública, testamento, manifestação expressa perante o juiz ou com o reconhecimento direto no Registro Público, efetuado diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

O reconhecimento da paternidade também pode ser de forma forçada, através de ação judicial de investigação de paternidade em desfavor do pai ou de seus herdeiros, caso este seja falecido. Ressalta-se que a parte legítima para figurar

no polo ativo da demanda é o filho, no caso, o nascituro que será representado pela genitora.

No mesmo sentido afirma Almeida (2000, p. 213):

[...] cabe o reconhecimento forçado, obtido por meio de investigação de paternidade [...]. A finalidade é impedir a variação do *status familiae* do concebido, bem como a prestação de alimentos, além de outros, como a vocação hereditária para a sucessão legítima. Uma vez fixado que o nascituro é pessoa, desde a concepção, não há obstáculo legal para o ajuizamento da ação, pela mãe, representando o filho nascituro. (grifo no original).

Destarte, mesmo que o nascituro nasça sem vida, após o reconhecimento da paternidade, este será válido, segundo afirma Almeida (2000, p. 211):

[...] o direito de ser reconhecido independe do nascimento com vida. Mesmo que o nascituro reconhecido nasça sem vida, o reconhecimento existiu, foi válido e ao menos parcialmente eficaz, dando legitimidade ao filho para pedir alimentos ao pai e a este, em tese, o pátrio poder.

Desse modo, assiste ao nascituro o direito de filiação, de ser reconhecido voluntariamente do seu genitor ou de pedir o reconhecimento judicialmente da filiação paterna.

2.3.2 Direito à curatela

Apesar das controvérsias quanto à personalidade jurídica do nascituro, reconhecem que o não nascido, não possui capacidade, ou seja, não é apto a praticar os atos da vida civil pessoalmente. Deste modo, é necessário que seus pais ou, quando estes não tiverem o poder familiar, o curador garanta e proteja seus direitos.

Assim, o nascituro mesmo que ainda não nascido está sob o poder familiar dos pais, sendo seus representantes legais. Porém caso ausentes ou tenham perdido o poder familiar, será nomeado um curador judicial ao nascituro, conforme dispõe o artigo 1.779 do Código Civil: “dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.” (BRASIL, 2015i).

Conforme Almeida (2000, p. 227):

Ressalva, ainda, o caráter excepcional da curatela do concebido, que somente existirá quando, falecido o pai, a mulher não tenha o pátrio poder. Podem requerê-la a própria mãe, qualquer parente do nascituro e os interessados a herança, inclusive credores dela.

Conquanto, apesar do dispositivo acima prever a nomeação de curador apenas na hipótese de falecimento do pai e que a mãe não possua o poder familiar, o ordenamento jurídico entende haver mais situações em que deverá ser nomeado curador ao nascituro, tais como: quando ambos os genitores forem interditados, quando o pai for desconhecido e a mãe estiver fora do poder familiar ou interditada ou, ainda, quando ambos tenham perdido o poder familiar, nos termos do artigo 1.638 do Código Civil².

A curatela possui caráter patrimonial, pois com ela busca-se a proteção dos bens materiais do indivíduo, quando este por algum motivo é incapaz de cuidar do seu patrimônio sozinho. Um exemplo quanto ao nascituro é quando este receber uma doação ou uma herança.

Ressalte-se que quando a legislação civil concede o direito de curatela ao nascituro, subentende-se como uma adoção a teoria concepcionista, pois somente a pessoa tem personalidade jurídica. Assim, a única que pode receber um curador para zelar pelo seu patrimônio.

Para os natalistas, não há como representar uma pessoa que não existe ainda, assim, os pais e o curador estão obrigados apenas a zelar pela expectativa de direitos que poderão ser reconhecidos ao nascituro, caso este nasça com vida.

2.3.3 Direito de receber doação

O artigo 542 do Código Civil prevê o direito do nascituro de receber doações, sendo que estas deverão ser aceitas pelo seu representante legal: “a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal” (BRASIL, 2015i).

Desta forma, torna-se extremamente necessária a aceitação da doação pelo representante legal do nascituro para que o negócio jurídico seja válido. O

² Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, 2015b)

representante legal do nascituro poderá ser os pais ou, se estes forem ausentes ou tiverem algum tipo de impedimento, o curador. É importante destacar que para a doação ser válida, o nascituro já tem que existir, ou seja, já tem que ter sido concebido, visto que “os pais não podem aceitar doação feito à prole eventual, a não ser sob a forma de fideicomisso convencional” (ALMEIDA, 2000, p. 232).

Embora aceita a adoção, esta fica condicionada ao nascimento com vida do concebido para que o bem seja transferido ao patrimônio deste, tendo em vista ser o entendimento consolidado na doutrina, mesmo para os adeptos da teoria concepcionista. Assim, se ocorrer o falecimento ainda no ventre materno, inexistindo vida extrauterina, embora aceita a doação, esta não será considerada inexistente, e retornará o bem doado ao doador (SIMEÃO, 2000, p. 92).

No entanto, por mais que a doação seja condicionada ao evento incerto do nascimento com vida, após a aceitação pelo representante legal do nascituro, pode-se entrar na posse dos bens doados e desfrutar dos frutos (ALMEIDA, 2000, p. 233). Lembrando-se que caso o nascituro venha a nascer sem vida, deverão os frutos ser devolvidos ao doador.

2.3.4 Direito de suceder

Conforme dispõe o artigo 1.798 do Código Civil (BRASIL, 2015i): “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Desse modo, quando do falecimento do *de cuius* o herdeiro já tem que existir, ou seja, somente as pessoas vivas ou concebidas podem ser herdeiros ou legatários.

O *conceptus* tem direito de suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, desde que exista ao tempo da abertura da sucessão. Neste sentido, leciona Almeida (2000, p. 235), que para o nascituro ser herdeiro “é necessário que, no momento da morte do *de cuius*, ele já viva e ainda viva. Aplica-se a regra geral da coexistência necessária do hereditando e do herdeiro; deve este sobreviver àquele.”

Para que o nascituro receba seus direitos sucessórios é necessário o nascimento com vida, pois somente com o nascimento adquirirá personalidade e assim, os patrimônios poderão transmitir-se a ele, bem como seus frutos.

Desse modo, se existir um natimorto, ou seja, o nascituro nascer sem vida, não haverá a aquisição dos direitos sucessórios, bem como não serão transmitidos esses direitos, assim “o sucessor imediato herda a partir do falecimento do inventariado, momento mortis, e também o seu direito retrotraí” (ALMEIDA, 2000, p. 235).

Vale ressaltar que, mesmo os não concebidos no momento da abertura da sucessão poderão herdar, tratando-se assim de uma prole eventual, desde que o *de cuius* tenha manifestado sua vontade em testamento e que as pessoas indicadas como genitores da prole eventual existam no momento do falecimento do testador. É o que determina o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2015i): “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”.

Destarte, do mesmo modo que na doação, o nascituro, representado por seus pais ou curador, pode entrar no bem herdado e colher seus rendimentos e frutos, porém caso nasça sem vida, esses deverão ser devolvidos ao espólio e assim partilhado entre os demais herdeiros, visto que, se nascer sem vida, não existirá pessoa e, conseqüentemente, herdeiro.

2.3.5 Direito a alimentos

O direito a alimentos tem como objetivo garantir a subsistência daqueles que não possuem condições de se manter sozinhos. Assim, determina o artigo 1.694 do Código Civil que os parentes têm o dever de auxiliar uns aos outros quanto aos alimentos necessários para viver.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. (BRASIL, 2015i).

Desse modo, tem-se como “o entendimento de que o nascituro tem o direito a *alimentos*, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do pai da criança que está por vir ao mundo.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 135) (grifo no original).

Este direito é essencial para a vida humana e esta deve ser protegida desde a concepção, por isso é reconhecido ao nascituro o direito a alimentos, igual aos filhos já nascidos, devendo estes serem prestados “por qualquer um que tenha concebido o nascituro.” (VENOSA, 2013, p. 143).

Os alimentos estão amparados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos da Constituição Federal de 1988 e devem ser prestados pelos parentes (pai, avó, marido, companheiro) à quem não possua condição de prover-se pelo próprio trabalho (artigo 1.694 do Código Civil).

Pussi (2005, p. 391) afirma que é “indiscutível, mesmo para aqueles que defendem a teoria natalista, que o nascituro tem direito a alimentos. Afinal, é certo que, mesmo antes de nascer, existem despesas que são destinadas à própria sobrevivência do nascituro”.

O direito a alimentos reconhecidos ao nascituro tem por objetivo garantir a sua sobrevivência na vida intrauterina e o desenvolvimento sadio deste, para que nasça com vida. Almeida (2000, p. 243) esclarece que “[...] ao nascituro são devidos, como direito próprio, alimentos em sentido lato – alimentos civis – para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida”.

Estes alimentos também são conhecidos pelo ordenamento jurídico como alimentos gravídicos (Lei nº 11.804/08), que devem ser prestados pelo pai ao nascituro, os quais serão recebidos pela genitora durante a gestação. Em síntese, os alimentos devem suprir todos os gastos decorrentes da gestação, desde a concepção até o nascimento da criança.

Art. 2º. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. (BRASIL, 2015m).

Leciona Almeida (2000, p. 243) que:

Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue, em caso de eritroblastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez mais freqüentes, alcançando, ainda, as despesas com o parto.

Estes alimentos são convertidos, após o nascimento com vida do nascituro, em pensão alimentícia, podendo ser revisado posteriormente pelo já nascido ou por seu genitor, é o que dispõe o parágrafo único, do artigo 6º, da lei 11.804/08:

Art. 6º. Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão. (BRASIL, 2015m).

Esclarece Pussi (2005, p. 392):

[...] o nascituro ser fruto de um vago relacionamento entre a mulher grávida e o suposto pai. Evidente que a incerteza perdurará quanto à paternidade até a realização do exame de DNA. Entretanto, os princípios devem responder à questão e, obviamente, entendo, é mais razoável, garantir o sustento do nascituro e seu desenvolvimento completo e serem fixados os alimentos provisionais do que, eventualmente, permitir que apenas as dúvidas venham a prevalecer sobre a sobrevivência. Em síntese, percebendo o Magistrado um mínimo de possibilidade quanto à paternidade, devem os alimentos serem fixados. Agora, diga-se, isto não tira o direito de o suposto pai tentar uma indenização por danos morais ou mesmo material, contra a mãe a hipótese de, posteriormente ser descartada a paternidade.

Destarte, os alimentos são assegurados ao nascituro, desde a concepção, visto ser a base para o seu desenvolvimento saudável do feto, o que o faz nascer com vida.

2.4. A CAPACIDADE PROCESSUAL DO NASCITURO

A capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais para si ou mesmo em nome de outrem, como no caso dos absolutamente incapazes, que serão representados, ou no caso de incapacidade relativa, que serão assistidos em juízo por seus pais, tutores ou curadores, conforme dispõe o artigo 8º do Código de Processo Civil³.

No mesmo sentido Diniz (2005, p. 147):

³ Art. 8º. Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil. (BRASIL, 2015k).

A capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, pois uma pessoa pode ter o gozo de um direito sem ter o seu exercício, por ser incapaz; logo, seu representante legal é quem o exerce em seu nome. A capacidade de exercício pressupõe a de gozo, mas esta pode substituir sem a de fato ou de exercício. A incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que “a capacidade é a regra e a incapacidade, a exceção”.

No que diz respeito à capacidade processual do nascituro, a doutrina é dividida, pois alguns doutrinadores, como o Monteiro, defendem que o mesmo não é pessoa e, portanto, não possui capacidade jurídica. Já outros doutrinadores, sustentam que o nascituro, desde a concepção, é pessoa, possuindo assim capacidade processual.

Leciona Pussi (2005, p. 173):

Um dos problemas básicos enfrentados pelo nascituro no Processo Civil diz respeito a sua capacidade processual. Afinal, a postura da legislação civil em separar dois momentos distintos, a aquisição de direitos (concepção) e a aquisição da personalidade civil (nascimento), tem gerado, como seria de esperar, muita celeuma. Assim, nos termos do art. 2º do Código Civil, primeiro o nascituro adquire direitos e somente mais tarde adquire a personalidade civil. Surge a curiosa situação de possuir direitos, sem ter personalidade, no período compreendido entre a concepção e o nascimento. Diante da peculiar situação apontada, surgiram dúvidas e discussões a respeito da capacidade processual do nascituro como parte no processo, ou seja, o nascituro pode ser parte ativa ou passiva num processo judicial? Quem não consegue separar as figuras da capacidade e da personalidade entende que, não tendo o nascituro personalidade, também não pode ter capacidade de ser parte. Para outros o nascituro pode ser parte ativa e, ainda, para uma terceira corrente, pode ser parte ativa e passiva.

Assim, para os adeptos da teoria natalista, como o nascituro não possui capacidade jurídica, os processos movidos para resguardar as expectativas de direito deste, devem ser em nome dos pais, tutor ou curador, visto que quem não existe não pode ser representado.

Nota-se que este é o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico, como pode-se aferir da lei de alimentos gravídicos (11.804/08), que em seu artigo 1º, estabelece que os alimentos são um direito da gestante e não do filho concebido: Art. 1º. “Esta Lei [11.804/08] disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”. (BRASIL, 2015m).

Já os concepcionistas e os defensores da personalidade condicional, entendem que o concebido adquire personalidade civil e direitos, desde a

concepção, do mesmo modo adquire necessária capacidade de defender seus direitos, mesmo que representados, por ser este absolutamente incapaz.

No mesmo sentido, afirma Almeida (2000, p. 284-285):

Há ações para a tutela dos direitos – e não expectativas de direitos – do nascituro. Além da ação de alimentos, por direito próprio, da ação de investigação de paternidade, podem ser interpostas, ainda, medidas cautelares nominadas como o sequestro dos bens dos quais é donatário ou herdeiro; medidas cautelares inominadas que visem, por exemplo, a impedir a venda de seu ascendente para outro descendente. [...] Importante ressaltar a legitimidade para ingressar com ação própria para pleitear reparação por danos patrimoniais e morais pela ofensa a seus direitos de personalidade, como a integridade física, a honra e a imagem [...].

Destarte, a capacidade do nascituro pode ser tanto em polo ativo quanto em polo passivo da relação processual. Isto quando na relação processual estiver sendo discutido o direito patrimonial do concebido, na medida em que, de acordo com Pussi (2005, p. 174), “todo exercício de direito implica, por via oblíqua e em sentido oposto, uma obrigação”.

No próximo capítulo, tratar-se-á da responsabilidade por dano moral, desde a evolução história, seus requisitos, até a sua reparação civil.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL

3.1 EVOLUÇÃO E CONCEITO

A responsabilidade civil existe desde os primórdios, porém a forma que a sociedade primitiva utilizava para reparar o dano era violenta, a qual começou pela vingança coletiva, onde os grupos reagiam contra o agressor que lesou um de seus membros. Após, evoluiu-se para a “vingança individual, em que os homens faziam justiça com as próprias mãos, sob a égide da Lei Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal”, produzindo ao agressor o mesmo dano que experimentou a vítima (DINIZ, 2014, p. 27).

No mesmo sentido, confirmam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 54):

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

Esta forma de reparação violenta foi sucedida pelo período da compensação, no qual a vítima passou a notar as vantagens que teria com a substituição da “vendita” pela compensação. Segundo Diniz (2014, p. 28), a vítima começou a perceber que a compensação em “poena” (quantia em dinheiro) seria mais conveniente “do que cobrar retaliação, porque esta não reparava dano nenhum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o do seu ofensor, depois de punido”.

Ressalta Gonçalves (2013a, p. 25) nesse período “a vingança é substituída pela compensação a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido”.

O grande marco para a responsabilidade civil ocorreu com a criação da *Lex Aquilia*, a qual inseriu a responsabilidade civil extracontratual e adotou como fundamento para a responsabilidade civil a culpa, substituindo as penas anteriormente aplicadas pela pena pecuniária proporcional ao dano sofrido. “O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança” (DINIZ, 2014, p. 28).

Foi neste período que o Estado assumiu definitivamente o dever de punir os ofensores da ordem jurídica, surgindo a ação de indenização por responsabilidade civil.

Na *lex aquilia* só admite-se a responsabilidade civil e o dever de indenizar se comprovada a culpa do agente.

A evolução da responsabilidade civil constituindo a culpa (negligência ou imprudência) como elemento básico para a configuração da responsabilidade e a substituição da pena pela reparação do dano causado, foi adotado no Código Civil de Napoleão, influenciando as legislações no mundo, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 56).

Com a evolução da sociedade verificou-se a necessidade do surgimento de novas teorias para a aplicação da responsabilidade civil, visto que a teoria da culpa não era mais suficiente pois, por vezes, a vítima sofria um dano, sem a presença da culpa e o lesado ficava sem nenhuma reparação.

Assim, começaram a nascer novas teorias para a configuração da responsabilidade civil, com o intuito de proporcionar maior proteção às vítimas. A teoria do risco foi a que mais se destacou nos últimos tempos, pois admite a responsabilidade civil sem a presença da culpa, conhecida como responsabilidade civil objetiva, na qual basta provar que o evento decorreu de atividade que é por natureza perigosa para gerar o dever de indenização (GONÇALVES, 2013a, p. 27-28).

Destaca Diniz (2014, p. 30) que a culpa continua sendo o elemento base da responsabilidade civil, visto que a teoria do risco não a anula, apenas constituiu um novo fundamento da responsabilidade civil.

Em suma, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada por duas funções básicas: restabelecer o direito lesado e servir como sanção civil ao causador do dano, isto desde o seu início, quando se buscava a retaliação do dano através da violência, que começou com a vingança coletiva e passou para a privada, até a fase atual, a qual busca a reparação do dano causado à vítima pela compensação pecuniária. O ordenamento jurídico atual admite tanto a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, quanto a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco.

A responsabilidade civil é um direito obrigacional que tem como principal fundamento o dever de reparação civil à pessoa que tiver seu interesse ou direito

lesado. Assim, aquele que causar dano à terceiro, seja material ou moral, tem o dever de repará-lo.

Nas palavras de Silva (2005, p. 365):

A reparação nada mais é do que isto: fazer reparo no que foi danificado, fazer conserto, fazer restauração, etc. A reparação constitui o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o *status quo ante*; é restabelecer as coisas conforme o seu estado original (*restitutio in integro* – restituição integral – dever de quem lesa a outrem de reparar o dano).

Cavaliere Filho (2014, p. 33) conclui que “a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar [...]”.

É o que determina o artigo 927 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2015i):

Art. 927, Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dispõe o artigo 186 do Código Civil que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2015i).

Os atos ilícitos são aqueles que contrariam o ordenamento jurídico e que lesionam o direito subjetivo de alguém. É dessa conduta que nasce a obrigação de reparar, sanar ou recompor o dano causado (RIZZARDO, 2013, p. 24).

No mesmo sentido, Cavaliere Filho (2014, p. 14) diz que “a violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja o de reparar o dano”. (grifo do autor).

Via de regra, a responsabilidade civil surge da conduta ilícita do agente que venha a causar dano a outrem. Porém, nem sempre a responsabilidade civil nasce de uma conduta culposa ou dolosa, pode originar-se apenas da “causalidade entre o mal sofrido e o fato provocador.” (RIZZARDO, 2013, p. 26).

Destarte, o que interessa para a responsabilidade civil é identificar o agente causador do dano que, supostamente, tem o dever de indenizar. Partindo

deste princípio, será feita uma análise com o nexo de causalidade e o dano, para, aí sim, responsabilizá-lo civilmente e obrigá-lo a indenizar a vítima.

Existem quatro requisitos para configurar a responsabilidade civil: a conduta (ação ou omissão), o nexo de causalidade, o dano e a culpa.

3.1.1 Conduta humana

A conduta humana (ação ou omissão) é a base de todo ato ilícito que venha a causar dano ou prejuízo a outrem e, por consequência, gera a responsabilidade civil de reparação do dano.

É o ato do agente ou de alguém que esteja sob sua responsabilidade ou ainda, de coisas que estejam sob sua responsabilidade que venham a produzir resultado danoso, seja por dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

Nas palavras de Rizzardo (2013, p. 35), a imputabilidade da responsabilidade civil pela conduta lesiva “não se limita exclusivamente à pessoa provocadora do dano, mas se estende àquele que deve responder pelo comportamento de outrem, como nos prejuízos causados por menores, débeis mentais, filhos, etc”.

A conduta humana pode ser a prática de um ato que contraria o ordenamento jurídico (ação) ou a falta da conduta do agente, no qual o mesmo ordenamento determina que faça (omissão).

O ato da vontade deve ser voluntário, qualidade esta essencial da conduta humana, demonstrando a opção de escolha do agente. No mesmo sentido, afirma Cavalieri Filho (2014, p. 39) que “o agente só pode ser pessoalmente censurado quando, em face das circunstâncias concretas da situação, seja possível afirmar que ele devia e podia ter agido de outro modo”.

No mesmo sentido, afirmam Nery Júnior e Nery (2010a, p. 517) que “o ato ilícito é ato voluntário, isto significa que, nele, o autor sempre poderia ter agido de forma diferente, se quisesse ou se tivesse sido mais cuidadoso”.

É importante destacar que a voluntariedade é a consciência da ação, e não a consciência de causar um resultado danoso (conduta dolosa). Pois, sem a presença dessa, não há o que se falar em responsabilidade civil.

Por isso, é sempre necessário verificar se o agente causador do dano era imputável no momento em que praticou a conduta danosa, ou seja, se o agente era

“mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 40). Pois, se comprovado que o agente, no momento em que praticou a conduta, não tinha discernimento sobre sua conduta e o resultado que esta provocaria, não há como responsabilizá-lo pelo dano.

Quando o agente for pessoa inimputável, responderá por seus atos o representante legal deste, sejam os genitores, tutor ou curador, dependendo o que o impedia, no momento em que praticou a conduta, de entender o dano que esta provocaria.

Desse modo, para que a conduta humana danosa seja passível de responsabilidade, deve-se verificar a voluntariedade desta, ou seja, se o agente queria praticar a conduta, independentemente da busca ou não pelo resultado, e se tinha discernimento da prática de sua conduta.

3.1.2 Nexo de causalidade

Para que seja atribuída a responsabilidade a alguém é necessário que haja nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano, ou seja, verificar se a conduta do agente foi o que ocasionou o dano à vítima. Ficando configurado o nexo de causalidade, o agente passa a ter o dever de reparar o dano causado, seja este patrimonial ou extrapatrimonial.

Porém, nem sempre é fácil analisar as causas do dano pois, muitas vezes, envolvem concausas que contribuíram para o efeito danoso. Existem várias teorias que auxiliam nesta análise do nexo de causalidade, porém duas merecem destaque: a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada.

A teoria da equivalência das condições, também conhecida como teoria da equivalência dos antecedentes, defende que todas as condições são igualmente indispensáveis para a produção da conseqüente causa, ou seja, “toda e qualquer condição indispensável para o evento seria causa; mesmo uma qualquer causa da causa seria sempre causa do resultado.” (NERY JÚNIOR; NERY, 2010a, p. 542).

Esta teoria foi muito criticada justamente pelo fato de “conduzir a uma exasperação de causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal”. Com esta teoria seria capaz de, em um acidente de trânsito, responsabilizar não só o condutor, mas quem vendeu o veículo, o fabricante (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64).

A teoria da causalidade adequada “afirma que uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso natural das coisas, poderia produzi-lo”, afastando outras concausas que não contribuíram com o evento que gerou o dano (NERY JÚNIOR; NERY, 2010a, p. 552).

Cavaliere Filho (2014, p. 65) afirma que para esta teoria a “causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando as demais”.

Desse modo, para configurar a responsabilidade civil pelo dano, o juiz deverá retroceder até o momento da ação ou omissão e verificar se esta era ou não, por si só, capaz de produzir o resultado.

O nexo de causalidade é um dos pressupostos mais importantes da responsabilidade civil, pois sem a comprovação deste, não há como aplicar à obrigação de indenizar ao agente que praticou a conduta.

3.1.3 Dano

O dano é o elemento essencial para que haja a responsabilidade civil, pois não se pode falar em reparação ou em indenização civil, sem que tenha ocorrido um dano.

Assim, ensina Cavaliere Filho (2014, p. 92) que:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

Para que o dano seja indenizável é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Em primeiro momento, é necessário que haja a violação de direito jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de um terceiro, seja pessoa física ou jurídica.

Dano patrimonial, também conhecido como dano material, é aquele que gera danos ao patrimônio do lesado, que pode ser classificado como: dano emergente ou lucro cessante. O dano emergente é aquele que está extrinsecamente ligado ao “patrimônio atual, acarretando uma perda, uma diminuição do patrimônio.” (RIZZARDO, 2013, p. 15).

Já o lucro cessante corresponde ao dano material que a vítima vem a sofrer em razão dano sofrido, está ligado a um dano futuro, ou seja, é aquele que

acarreta a “perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 95).

O lucro cessante tem amparo no artigo 402, do Código Civil, que determina que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (BRASIL, 2015i)

Assim, em um acidente de trânsito que envolva um taxista, o dano causado ao seu veículo é o dano emergente e os ganhos que deixará de ter, tendo em vista que seu veículo ficará por um determinado tempo no concerto, é o lucro cessante.

O dano extrapatrimonial, mais conhecido como dano moral, é aquele que está ligado aos direitos da personalidade da vítima, tais como: a honra, a vida, a imagem, a liberdade, a intimidade, gerando “sofrimento psíquico e moral, isto é, as dores, os sentimentos, a tristeza, a frustração etc.” (RIZZARDO, 2013, p. 16).

No entanto, o dever de indenizar nasce com o dano, não importa a categoria que este pertença. Mesmo que patrimonial ou extrapatrimonial tenha sido o dano, o lesionado tem o direito de ser ressarcido. Leciona Garcez Neto (2000, p. 149), que o “dano não deixa de ser certo porque sua quantia seja incerta ou indeterminada ou de difícil apreciação.”.

Determina o Código Civil, em seu artigo 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e tem a obrigação de repará-lo (artigo 927⁴.) (BRASIL, 2015i).

Portanto, o dano é o elemento mais importante para a configuração da responsabilidade civil, pois sem a comprovação dele não há o que se falar em reparação civil, pois sem dano, não há o que ser reparado.

3.1.4 Conduta culposa

A culpa não tem uma definição certa. O Código Civil Brasileiro para caracterizar ato ilícito, estabelece que advenha de conduta culposa, presentes nesta a culpa *lato sensu* (dolo) e a culpa *stricto sensu*.

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2015b).

Segundo Antunes Varela (*apud* CAVALIERI FILHO, 2014, p. 43) “para que o fato possa ser imputado, é necessário que o imputável tenha agido com culpa, que haja certo nexó psicológico entre o fato e a vontade do agente”.

Na culpa *stricto sensu*, o agente pratica a conduta de forma imprudente, imperícia ou negligente e acaba produzindo um resultado danoso. Para Rizzardo (2013, p. 02), “não aconteceria o evento ilícito se o agente procedesse com as cautelas e a aplicação recomendadas normalmente”.

Já a culpa *lato sensu* (dolo), o agente realiza determinada conduta com o objetivo de produzir um resultado danoso. Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 46) o dolo “é a vontade conscientemente dirigida a um resultado ilícito”.

No âmbito da responsabilidade civil, não há grandes distinções entre dolo e culpa, isto porque o importante é indenizar a vítima, levando em consideração a extensão do dano. Verifica-se o agente causador, traça uma linha de nexó de causalidade com o dano e condena-o ao ressarcimento do dano sofrido.

Destarte, entende-se que o contido no artigo 186 do Código Civil não deixa dúvidas, ato ilícito só é configurado em caso de comportamento culposo, ou seja, dolo ou culpa *stricto sensu*, desse modo, a culpa é condição elementar para a caracterização do ato ilícito, e por consequência, da responsabilidade civil.

3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é classificada de duas formas: pela natureza jurídica do direito violado, sendo dividida em contratual e extracontratual e pela conduta culposa do agente causador do dano, que poderá ser subjetiva ou objetiva.

3.2.1 Responsabilidade civil contratual

A responsabilidade civil contratual é aquela que advém de um contrato estabelecido entre as partes, no qual uma ou ambas deixam de cumprir algo pactuado.

No mesmo sentido, afirma Rizzardo (2013, p. 37) que “incluem-se na responsabilidade contratual o inadimplemento e a mora de obrigações decorrentes de declarações de vontades”.

Para Beraldo (2008, p. 63) “no que concerne à responsabilidade *contratual*, tem-se que quatro são os seus pressupostos: contrato válido, descumprimento de alguma cláusula contratual,nexo de causalidade e dano.” (grifo no original).

Contrato válido é aquele que preenche os requisitos do artigo 104 do Código Civil (BRASIL, 2015i):

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Desse modo, cabe à parte lesada além de comprovar o inadimplemento pela parte contrária, comprovar o dano e o nexo de causalidade entre eles, visto que, o que dá direito a indenização é o dano causado e não o simples descumprir de uma cláusula, pois neste ultimo caso, caberia uma ação de execução, uma ação de obrigação de fazer, dependendo o descumprimento (RIZZARDO, 2013, p. 37-38).

Assim, por mais que “o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos”, cabe à parte lesada comprovar o dano sofrido pelo descumprimento contratual, para que possa ser responsabilizado civilmente o agente pelo prejuízo causado (PEREIRA, 2004, p. 169).

Prevê o artigo 389 do Código Civil (BRASIL, 2015i), que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais, regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

Desse modo, de acordo com o artigo 393 do Código Civil⁵, comprovado o descumprimento contratual, o dano e o nexo de causalidade entre o descumprimento e o dano, tem o agente o dever de reparar o prejuízo, salvo se este comprovar que o fato ocorreu devido a caso fortuito ou de força maior.

⁵ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2015b).

3.2.2 Responsabilidade civil extracontratual

Já a responsabilidade civil extracontratual não deriva do contrato estabelecido entre as partes, mas, “da violação da lei, como de procedimento contrário e prejudicial aos bons costumes e às normas do consórcio social.” (NONATO; AZEVEDO; GUIMARÃES *apud* NERY JÚNIOR; NERY, 2010a, p. 336).

Assim, utilizando as palavras de Venosa (2013, p. 22), “o dever violado será o ponto de partida, não importando se dentro ou fora de uma relação contratual”.

Normalmente, na responsabilidade extracontratual, o lecionado tem que comprovar a culpa do agente, porém há casos em que será dispensada a sua comprovação. “Os casos de dispensa da culpa, e que importam na obrigação pelo fato do risco, não constituem a maioria, constando assinalados, em geral, na lei [...]” (RIZZARDO, 2013, p. 38).

Assim, a responsabilidade extracontratual nasce com o inadimplemento normativo que leciona o direito de outrem, sendo desnecessária a pré-existência de uma relação jurídica entre as partes, basta que um dever pré-estabelecido em uma norma, expressa (lei) ou tácita (costumes), seja descumprido.

3.2.3 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva tem como base a culpa do agente, que deve ser provado pelo lecionado para que assista ao direito de indenização.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 32):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Leciona Rizzardo (2013, p. 25) que:

Pela teoria da responsabilidade subjetiva, só é imputável, a título de culpa, aquele que praticou o fato culposo possível de ser evitado. Não há responsabilidade quando o agente não pretendeu e nem podia prevenir, tendo agido com a necessária cautela. Não se pode, de maneira alguma, ir além do ato ilícito para firmar a responsabilidade subjetiva [...].

No mesmo sentido, afirma Beraldo (2008, p. 64) que “na responsabilidade subjetiva é imprescindível à demonstração da culpa do causador do dano”.

Concluem Rosa, Carvalho e Freitas (2012, p. 71), que a responsabilidade subjetiva “é o preceito básico de toda a responsabilidade civil, onde o agente só será responsabilizado, em princípio, se tiver agido com culpa”.

Desse modo, não há dúvidas que na responsabilidade subjetiva, sem a comprovação da culpa do agente, não há como responsabilizá-lo pelo prejuízo e obrigá-lo a indenizar a vítima, ou seja, “a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.” (GONÇALVES, 2013a, p. 48).

Destarte, é imprescindível a comprovação da culpa para ensejar a responsabilidade civil subjetiva.

3.2.4 Responsabilidade civil objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva retira o foco da culpa do agente, pois esta dá mais relevância ao nexos de causalidade. Verifica o nexos de causal entre a conduta do agente e o resultado lesivo da vítima, assim surgindo o dever de indenizar.

“As teorias objetivas da responsabilidade civil procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 59).

Explica Stoco (2013, p. 213) que:

[...] a teoria subjetiva da culpa já não era suficiente para solucionar todas as hipóteses surgidas. A necessidade de maior proteção à vítima faz nascer a culpa presumida, de sorte a inventar o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.

Nas palavras de Diniz (2014, p. 75):

A responsabilidade por culpa é substituída pela do risco, não mais importando a culpabilidade do lesante, bastando a relação causal entre o desenvolvimento da atitude e o prejuízo por ela provocado. Com isso o lesado não terá de comprovar a culpa do lesante.

Nesta teoria, há a possibilidade de haver culpa presumida ou desnecessária à sua prova, pois “decorre do mero exercício de uma atividade de risco, ou do aparecimento de um dano.” (RIZZARDO, 2013, p. 30). A culpa

presumida ocorre nos casos previstos em lei ou quando o dano é causado por uma atividade normalmente desenvolvida pelo agente lesador, que por sua natureza, já causa riscos aos direitos de outrem.

Assim complementa Pereira (2004, p. 625):

A responsabilidade em tais casos atende ao princípio segundo o qual todo o dano deve ser reparado, levando em conta a relação existente entre o agente causador do dano e as pessoas a quem se atribui a obrigação de indenizar.

Ressalta-se que a responsabilidade objetiva só pode ser aplicada nos casos previstos em lei, sendo uma exceção à regra, e a responsabilidade subjetiva a regra, assim, nos casos que a lei não regulamentar o tipo de responsabilidade civil, será aplicada a responsabilidade subjetiva (VENOSA, 2013a, p. 14).

Afirma Stoco (2013, p. 215) que “apenas mediante previsão expressa e prévia da lei se poderá impor responsabilidade objetiva [...]”.

Destarte, nos casos em que a lei prevê a responsabilidade objetiva, mesmo que o agente causador não tenha agido com culpa, mas desenvolva atividade que, por si só, traz riscos de danos a terceiros, terá o dever de indenizar.

3.3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nem todo ato danoso será ilícito, bem como nem todo ato ilícito será danoso, haverá situações em que será excluída a responsabilidade civil, situações estas previstas em lei, nas quais não há qualquer obrigação de reparação civil.

O artigo 188 do Código Civil prevê algumas dessas situações em que, embora provoquem prejuízos a outrem, não constituem atos ilícitos, pois embora haja um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, não decorre o dever de indenizar.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2015i).

Assim, nas palavras de Rizzardo (2013, p.77) “a ação humana torna-se legítima, não sofrendo recriminação legal”.

A legítima defesa é aquela que ocorre quando alguém repele uma agressão injusta, que seja atual ou iminente, contra o próprio agressor, utilizando-se dos meios necessários para tanto. Para Venosa (2013a, p. 62) “se o ato danoso foi praticado contra o próprio agressor, não há dever de indenizar. Se, porém, no ato de legítima defesa, o agente atingir terceiro ou os bens deste (*aberratio ictus*), deve reparar o dano”.

Neste último caso, caberá ação de regresso contra o agressor, conforme prevê o artigo 930, parágrafo único, do Código Civil⁶.

Ressalta-se, também, que a legítima defesa tem que ser moderada, ou seja, o agente deverá responder as agressões utilizando-se moderadamente dos meios necessários para repeli-la, pois caso haja excesso, o agente responderá pelos danos decorrentes deste.

O exercício regular do direito é aquele em que o agente age amparado por um direito conhecido, que deverá ser “exercido regularmente, normalmente, razoavelmente, de acordo com seu fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes”. Assim, quando autorizada determinada conduta, seja por qualquer ramo jurídico, esta não poderá ser punida (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 34). Porém quando constatado o excesso deste exercício de direito, seja dolosa ou culposamente, ao invés de excluir a responsabilidade, incidirá o dever de indenizar (STOCO, 2013, p. 259).

Já o estado de necessidade, previsto no inciso II e parágrafo único, do art. 188, do Código Civil, ocorre quando o agente em determinada situação se vê obrigado a sacrificar um bem jurídico em prol de outro, a fim de remover perigo eminente. Segundo Venosa (2013a, p. 65) “o indivíduo, na eminência de ver atingido direito seu, ofende direito alheio.”. Ressalta-se que só será lícita a conduta do agente quando as circunstâncias da situação a tornar absolutamente necessária e o bem poupado seja de valor superior, respeitados os limites para remoção (parágrafo único, do art. 188, do Código Civil)⁷. Assim, torna-se possível o sacrifício de um

⁶ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I). (BRASIL, 2015b).

⁷ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

animal feroz para salvar a vida de um homem, mas nunca o contrário (VENOSA, 2013a, p. 65).

No entanto a vítima, caso não seja a culpada pelo perigo eminente, tem o direito de indenização pelo dano sofrido, mesmo que este tenha acontecido por um estado de necessidade, conforme dispõe o artigo 929 do Código Civil. Caso o perigo eminente não tenha sido por culpa do agente, este poderá ingressar com ação de regresso contra o terceiro causador do perigo, ressarcindo o valor indenizatório pago à vítima (artigo 930 do Código Civil).

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. (BRASIL, 2015i).

O ordenamento jurídico prevê também como causa excludente da responsabilidade civil, o caso fortuito ou força maior, previsto no artigo 393, parágrafo único, do Código Civil.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2015i).

São fatos ou eventos imprevisíveis ou de difícil previsão, tornando-se inevitáveis suas consequências, vindo a provocar dano a outrem, porém, sem gerar responsabilidade nem dever de indenizar. Segundo Venosa (2013a, p. 58) “a imprevisibilidade não é elemento especial a destacar: por vezes o evento é previsível, mas são inevitáveis os danos. Porque impossível resistir aos acontecimentos”.

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2015b).

O caso fortuito ou força maior é “simplesmente, a ausência de conduta humana (comissiva – a prática de ato danoso, ou omissiva – a não observância de deveres legais de conduta).” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 171).

Por isso, não se admite qualquer conduta culposa, pois quando comprovada a participação de outrem, não haverá a possibilidade de isenção da responsabilidade civil. Desse modo, conclui Stoco (2013, p. 248) “[...] que o caso fortuito não pode jamais provir de ato culposo do obrigado, pois a própria natureza inevitável do acontecimento que o caracteriza exclui essa hipótese”.

A culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro, embora não estejam expressamente previstos em lei, também são causas excludentes de responsabilidade civil, pois quebram o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Quanto à excludente de responsabilidade civil por culpa exclusiva da vítima, afirma Cavalieri Filho (2014, p. 86) que “para os fins de interrupção do nexo causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento”, excluindo-se toda a responsabilidade do agente. Já quando a vítima concorrer culposamente para o resultado, aplica-se o artigo 945 do Código Civil (BRASIL, 2015i), o qual determina que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Todavia, é possível que o dano ocorra independentemente da conduta do agente ou da vítima, mas por culpa exclusiva de terceiro. Para Cavalieri Filho (2014, p. 87) “é preciso que o fato de terceiro destrua a relação de causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos”, para assim, excluir a responsabilidade civil.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 174) afirmam que “o fato de terceiro que haja rompido o nexo causal, sem que se possa imputar participação ao agente, exonera, em nosso entendimento, completamente a sua responsabilidade, devendo a vítima voltar-se diretamente contra o terceiro”.

Porém, nem sempre o dano ocorrerá por culpa exclusiva de terceiro, este poderá concorrer para o evento danoso. Neste caso, aplica-se o artigo 942 do Código Civil, o qual responsabiliza solidariamente todos que concorrer para o dano, podendo a vítima ingressar com ação de reparação contra apenas um deles.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932. (BRASIL, 2015i).

Portanto, não basta à vítima sofrer o dano, é preciso que este venha a existir pela conduta do agente, para que assim, haja o dever de reparação civil. É necessário que tenha relação o ato omissivo ou comissivo do agente com o dano, ou seja, que haja nexos causal entre o dano sofrido e a conduta praticada, e que esta conduta não se enquadre nas exceções do artigo 188 do Código Civil.

3.4 DANO MORAL

O dano, como já mencionado, é pressuposto imprescindível para a configuração da responsabilidade civil e, em sentido amplo, consiste na lesão sofrida pela vítima, podendo este ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Para Santos (2003, p. 74), “dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano”.

Portanto, são duas espécies de dano reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro: o dano patrimonial (material) e o extrapatrimonial (moral). O primeiro se refere ao dano econômico causado ao lesionado, já o segundo refere-se “ao sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido.” (CAHALI, 2011, p. 18).

O dano moral é conceituado como o que não causa dano ao patrimônio da vítima, ou seja, aquele que não diminui nem lesiona o bem patrimonial do lesado. Cahali (2011, p. 19), conceitua que o “dano extrapatrimonial tem sido deduzido na doutrina sob forma negativa, na sua contraposição ao dano patrimonial”.

Esta definição negativa é criticada por alguns doutrinadores, justamente por não definir especificamente o dano moral.

Como assevera Santos (2003, p. 92):

Afirmar que dano moral é lesão não patrimonial é nada definir. Princípio decorrente da boa lógica, indica que não se define, introduzindo um conceito negativo no objeto definido. A utilização de vocábulos em sentido contrário não ajuda na formação da concepção do que se pretende conceituar ou definir. Por isso, a insuficiência dessa doutrina, tão agregada no direito brasileiro.

Desse modo, convém “caracterizá-lo, compreender o dano moral por seu conteúdo, que não é dinheiro, nem coisa comercializada reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral.” (SILVA, 2005, p. 40).

No mesmo sentido, Santos (2003, p. 96) esclarece:

O dano moral é aquele que, no mais íntimo de seu ser, padece quem tenha sido lastimado em suas afeições legítimas, e que se traduz em dores e padecimentos pessoais. E mais: o dano moral constitui uma lesão aos direitos extrapatrimoniais de natureza subjetiva que, sem abarcar os prejuízos que são recuperáveis por via dano direto, recaem sobre o lado íntimo da personalidade (vida, integridade física ou moral, honra, liberdade) e não existe quando se trata de um simples prejuízo patrimonial. (grifo no original).

Assim, o dano moral, está inteiramente ligado à dor, seja esta física, quando agride o corpo humano, ou moral, quando fere os sentimentos e a alma do ser humano.

De acordo com Cahali (2011, p. 20):

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

Porém, mesmo este conceito não é satisfatório, isto porque o estado psíquico da vítima não constitui no dano em si, mas, no resultado do dano, visto que, mesmo perdas patrimoniais podem acarretar dano moral, como dor, angústia.

Segundo a lição de Cavalieri Filho (2014, p. 106):

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral [...].

Desse modo, o dano moral consiste na lesão dos direitos e valores imateriais ligados à personalidade da pessoa. Assim, não há a necessidade de alguma alteração psíquica da vítima.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 107), “pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas”.

Vale destacar, que a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade são atributos a todos os seres humanos, sem qualquer distinção quanto à cor, religião, sexo. Porquanto, não é necessária a conquista ou merecimento desses direitos, o indivíduo já nasce com eles (OLIVEIRA, 2003, p. 55-56).

Desse modo, é possível o reconhecimento do dano moral à vítima que tem seu direito da personalidade violado, mesmo quando esta, no momento da conduta ilícita, for incapaz de compreender a conduta lesiva do agente, como ocorrem com os deficientes mentais, com as crianças, os nascituros.

3.4.1 A reparação do dano moral

A reparação de dano tem como preocupação manter a harmonia e o equilíbrio que o ordenamento jurídico orienta, assim, a reparação por danos morais “faz parte de um mecanismo mantenedor da harmonia e do equilíbrio sociais” e é uma obrigação fundamental, consagrada no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal/88 (SILVA, 2005, p. 380).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2015a).

A reparação do dano moral não consiste em atribuir um valor econômico ao sofrimento da vítima, mas funda-se em “simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 109).

Nesta mesma linha, afirma Theodoro Júnior (2001, p. 2-3):

Quando se cuida de dano patrimonial, a sanção imposta ao culpado é a recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o bem ou valor indevidamente desfalcado. A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feitio apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral.

Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora, mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma compensação material ao lesado. O valor da indenização não busca recompor o estado anterior, como ocorre no material, mas, aliviar o sofrimento da vítima.

Este valor indenizatório é arbitrado pelo juiz, que depende de caso a caso. Para arbitrar o *quantum* indenizatório baseia-se no princípio da razoabilidade, que tem que ser compatível “com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 125).

Em síntese, a condenação do agente causador dos danos morais tem como objetivo amenizar o dano extrapatrimonial experimentado pela vítima e tentar prevenir novas condutas lesivas, seja por parte do agente ou pelos demais seres da sociedade.

No tocante à responsabilidade civil por dano moral ao nascituro, será desenvolvida no próximo capítulo.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM INDENIZAR NASCITURO ÓRFÃO QUE PERDE O GENITOR POR BALA PERDIDA

No presente capítulo abordar-se-á a possibilidade de indenização ao nascituro órfão, em virtude de bala perdida e a responsabilidade estatal.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

A primeira Constituição do Brasil datada de 25 de março de 1824, conhecida também como Constituição Imperial, previa no artigo 179, inciso XXXIX (BRASIL, 2015b), a responsabilidade exclusiva dos empregados públicos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

[...]

XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

Verifica-se com o dispositivo acima que a Constituição inseriu no direito constitucional positivado a garantia aos administrados de serem indenizados pelos prejuízos causados pelos empregados públicos, seja por abuso ou omissão destes. Porém, verifica-se que a Constituição adotava a teoria da irresponsabilidade do Estado, assim apenas seus empregados seriam responsabilizados.

Ressalta-se que, mesmo sem a expressa previsão no texto constitucional quanto à responsabilidade do Estado, havia leis ordinárias que previam tal responsabilidade como sendo solidárias às de seus funcionários, que era o entendimento adotado nas jurisprudências da época.

Assim leciona Pietro (2014, p. 721):

Neste período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado acolhida pela jurisprudência como sendo **solidária** com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correios. (grifo do autor).

Cabe salientar que a mesma Constituição previa em seu artigo 99 que o imperador era absoluto, ou seja, não se responsabilizava por nenhum de seus atos, mesmo que estes viessem a causar dano a outrem: “A Pessoa do Imperador é

inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.” (BRASIL, 2015b).

A Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 manteve a irresponsabilidade civil do Estado, conforme se verifica no artigo 82 e parágrafo único:

Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigará-se por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais. (BRASIL, 2015c).

A diferença entre esta Constituição e a anterior, quanto à responsabilidade civil do Estado, é que a Constituição de 1824 isentava o Imperador de qualquer responsabilidade por seus atos, enquanto que a Constituição de 1891 nada mencionou sobre a responsabilidade civil do presidente da república.

A teoria da irresponsabilidade do Estado vigorou no tempo em que a figura do príncipe confundia-se com a do Estado, de modo que as condutas de seus funcionários eram como se fossem praticadas pelo próprio príncipe, sendo inquestionável a responsabilidade das condutas praticadas. Assim, leciona Santos (2008, p. 184):

Primitivamente, o Estado se confundia com a pessoa do Príncipe, cujo poder se impunha pela força e era absoluto. Yussef Said Cahali anota que a ideia de reparação de danos causados pelo poder público era incompatível com a concepção política do Estado absoluto, já que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano, que gozava de imunidade total. [...]. Mesmo sob os auspícios da racionalidade moderna, encontravam-se argumentos para afastar a responsabilidade do Estado, ora por influência do princípio da separação dos poderes, com o que o Judiciário não poderia se imiscuir nas atividades do Executivo, ora porque ao Estado e, portanto, ao Príncipe, incumbia a tutela do direito, de modo que seria contra-senso agir contra si próprio.[...]. Tal estado de coisas pode ser representado por expressões que se tornaram célebres ao longo da história, como *The king do no wrong* (“O rei não erra”) e *L’État c’est moi* (“O Estado sou eu”).

Essa desigualdade entre os direitos e deveres do Estado e do particular dava margem às injustiças, pois a soberania estatal prevalecia sobre quaisquer garantias individuais dos indivíduos, ficando estes sem o direito à reparação por parte do Estado no caso de eventuais prejuízos causados pela ação ou omissão da Administração Pública.

Essas injustiças provocadas aos administrados fez com que a teoria da irresponsabilidade civil do Estado fosse afastada. Assim leciona Rosa (2004, p. 33-34):

Devido à injustiça que representava, essa teoria foi afastada. Não havia sentido que um Estado representante dos interesses de uma coletividade estivesse sob o manto da irresponsabilidade. Modernamente, portanto, o direito positivo das nações civilizadas admite a responsabilização civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, podendo variar aspectos específicos e de menor importância no que toca à responsabilidade do agente, ao montante da reparação, à forma processual de proteção do direito; mas apesar disso, alguns países de grande desenvolvimento só recentemente abandonaram a doutrina de irresponsabilidade do Estado. Os Estados Unidos, por exemplo, o fizeram através do Federal Tort Claim (de 1946) e a Inglaterra, através do Crown Proceeding (de 1947).

A Constituição de 16 de julho de 1934 em seu artigo 171 passou a adotar o princípio da responsabilidade solidária do Estado, ou seja, o administrado lesado poderia ajuizar ação de reparação civil tanto contra o Estado, como contra o servidor público ou, até mesmo, contra ambos.

Art. 171 – Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público. (BRASIL, 2015d)

Cabe salientar que a teoria da responsabilidade solidária já era prevista no artigo 15 do Código Civil de 1916, assim, a adoção da teoria na Constituição de 1934 foi um grande avanço, porém, não uma novidade.

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. (BRASIL, 2015j).

A Constituição de 10 de novembro de 1937 manteve a mesma teoria, a da responsabilidade solidária entre a Fazenda Pública e os seus servidores, conforme se afere do artigo 158.

Art. 158. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. (BRASIL, 2015e).

As Constituições de 1934 e 1937 inovaram quanto à responsabilidade civil por danos causados pela Administração Pública, pois, inseriram a responsabilidade solidária do Estado em seus textos.

A constituição de 18 de setembro de 1946 previa em seu texto constitucional além da responsabilidade civil solidária do Estado, também o direito deste em ingressar com ação de regresso contra o funcionário público causador do dano, caso este tivesse agido com culpa.

Art 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. (BRASIL, 2015f).

De acordo com esta Constituição, primeiro o administrado lesado ingressaria com ação de reparação civil contra a Fazenda Pública e após, se fosse o caso, a Fazenda Pública moveria ação de regresso contra o funcionário que causou o dano ao administrado.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 quase nada se diferenciou da constituição anterior com relação à responsabilidade civil do Estado, pois igualmente previa o direito de regresso do Estado contra seus agentes, conforme se depreende do artigo 105:

Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (BRASIL, 2015g).

Apenas para o contexto histórico vale citar a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, também conhecida como a “constituição de 1969”. Esta foi elaborada pelo Poder Executivo que, na época, possuía poder para legislar sobre matéria constitucional.

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (BRASIL, 2015h)

Verifica-se com o dispositivo acima que a Emenda Constitucional não modificou em nada quanto à responsabilidade civil do Estado. Ocorrendo apenas uma repetição do artigo 105 da Constituição de 1967.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, manteve o direito do Estado em mover ação de regresso contra seus servidores, conforme se verifica no artigo 37, § 6º.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 2015a).

Denota-se do dispositivo acima que a Constituição atual ampliou a responsabilidade estatal, pois foi além do termo funcionário público, anteriormente utilizado, abrangendo um número maior de pessoas, sejam estas físicas, jurídicas, de direito público ou privado, se causarem danos aos administrados no exercício da prestação do serviço público, tem o Estado o dever de indenizar a pessoa lesada.

A reparação do dano do administrado se dará através de ação judicial onde o Estado ou o órgão público preencherá o polo passivo, tendo estes o direito de posteriormente mover ação de regresso contra o agente público que causou o dano.

Nas palavras de Gasparini (2012, p.1.140):

Em suma, o Estado responde, hoje, *subjetivamente*, pelos danos advindos de atos omissivos se lhe cabia agir (responsabilidade determinada pela teoria da culpa do serviço) e responde *objetivamente*, com fulcro no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, por danos causados a terceiros decorrentes de comportamentos lícitos, enquanto o seu agente causador direto do dano responde, sempre, *subjetivamente*, consoante prescreve a parte final desse parágrafo. (grifo no original)

Destarte, a Constituição Federal de 1988 baseia-se tanto na responsabilidade subjetiva como objetiva do Estado, nas quais, se comprovados

alguns requisitos, este terá o dever de indenizar os danos causados aos administrados.

Em regra, a responsabilidade estatal é objetiva, no entanto, há situações em que a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, um exemplo, é a omissão estatal na prestação do serviço público. Ressalvo que se preenchidos alguns requisitos, poderá responder objetivamente pela omissão.

4.1.1 O Estado como garantidor dos direitos fundamentais

A Constituição Federal de 19/88 não é clara quanto à vinculação do poder público aos direitos fundamentais, porém esta vinculação se encontra implícita, visto que está umbilicalmente ligada à aplicação dos direitos fundamentais, pois objetiva impedir que os órgãos da administração pública deixem de aplicar os direitos fundamentais (SARLET, 2001, p. 326-327).

Afirma Sarlet (2001, p. 327) que “os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”, ou seja, é dever do Estado, através de suas políticas públicas, garantir a efetivação dos direitos constitucionais, atuando como um guardião dos direitos e interesses da sociedade.

No mesmo sentido afirma Mendes (2008, p. 247) que “a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais”.

Para Frischeisen (2000, p. 95):

Conclui-se, porquanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

Desse modo, não há também discricionariedade do interesse social, devendo o administrador seguir as finalidades consagradas na Constituição para atingir o máximo bem-estar coletivo.

Dentre as garantias constitucionais, merece destaque neste trabalho, a da segurança pública.

Dispõe o artigo 144 da Constituição Federal/88 que a segurança pública é “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, desse modo, cabe a cada indivíduo, além do direito à segurança pública, a responsabilidade de garanti-la (BRASIL, 2015a).

O legislador buscava, dando esta responsabilidade aos cidadãos, maior participação da sociedade na prestação do serviço de segurança pública, podendo esta prestação ocorrer de várias maneiras, seja com a população repassando informações ao Estado para que este capture um criminoso, ou até mesmo, por meio do pagamento de impostos, esperando a contraprestação dos serviços de segurança pública (SANTIN, 2004, p. 195-196).

Outra maneira da sociedade participar da prestação do serviço de segurança pública seria com a elaboração de medidas para a prestação do serviço, sendo estas confeccionadas juntamente com a comunidade que está necessitando do serviço, pois são eles que estão lidando com a realidade e assim, elaborariam medidas mais eficazes.

Afirma Santin (2004, p. 197) que “a prestação de serviços de segurança pública sem a colaboração do povo certamente será incompleta, com resultado insatisfatório e ineficiente, porque o apoio popular é essencial para o melhor fornecimento de serviço público”.

Ressalta-se que a participação do indivíduo se dá apenas de forma indireta, pois o dever de punição é do Estado, ou seja, a responsabilidade do serviço de segurança pública é tanto da população quanto do Estado. Porém, somente o Estado possui o dever de prestá-lo de forma eficiente e de garantir a todos a incolumidade pessoal e patrimonial.

A eficiência na prestação do serviço está amparada pelo princípio da eficiência, previsto no artigo 144, § 7º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2015a): “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

Nas palavras de Santin (2004, p. 149), “o constituinte conferiu ao legislador o poder de disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

No tocante ao dever do Estado em prestar segurança pública, previsto no artigo 144 da Constituição Federal/88, visto anteriormente, este advém da obrigação

estatal em garantir os direitos fundamentais, dentro os quais está previsto o direito à segurança, pois “sem esta, não há ambiente de paz, para o trabalho, para a família, para a escola, para o lazer.” (MORAES, 2008, p. 33).

Extrai-se que o conceito de segurança pública é amplo, não se concentrando apenas em combater a criminalidade, mas, também o dever do Estado em proteger os indivíduos, para que possam trabalhar, estudar, sem o medo de que algo de ruim aconteça.

Para tanto, o Estado tem o dever de “realizar políticas públicas com o intuito de efetivar o direito fundamental à segurança pública”, protegendo seus administrados da prática de atos lesivos de terceiros ao seu patrimônio (MARQUES, 2012, p. 121).

Zisman (2013, p. 205) afirma que o “direito à segurança como direito fundamental, o que o cerca de natureza jurídica irrenunciável, imprescritível, inalienável e intransmissível, e cuja violação pode ensejar, além dos danos materiais, a indenização pelos danos morais”.

Destarte, apesar de ser responsabilidade de todos os administrados garantir a segurança, é dever do Estado garanti-la, através de políticas públicas, devendo estas ser eficientes, pois caso deixe de prestar a segurança pública aos seus administrados, ou preste em má qualidade, se comprovada a omissão direta do Estado, terá este o dever de indenizar os lesados, seja material ou moralmente.

4.1.2 Responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado nada mais é que o dever do agente causador do dano, neste caso o Estado ou então seus agentes, responder perante a ordem judiciária pelo resultado danoso (CARVALHO FILHO, 2013, p. 547).

Nas palavras de Nery Júnior e Nery (2010, p.43), “deve-se compreender como responsabilidade civil do Estado como sendo o dever-obrigacional legal de recompor prejuízos causados a terceiras pessoas, jurídicas ou privadas, por suas atividades”.

Não importa o tipo de conduta, podendo ser lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva, praticada pelos agentes ou servidores, terá a administração pública, sempre que demonstrado o nexo de causalidade da conduta lesiva com o dano, o dever de indenizar o terceiro prejudicado.

Assim, é o entendimento de Nery Júnior e Nery (2010a, p. 26):

[...] qualquer que seja a conduta, lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva, dos agentes ou servidores que, nessa qualidade, causarem danos aos administrados, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre essa conduta e o dano, há o dever de a administração indenizar.

Dispõe o artigo 37, §6º, da Constituição Federal/88 que a responsabilidade civil do Estado será objetiva quando seus agentes causarem danos a outrem, ou seja, independe da demonstração da culpa do administrador, sendo necessária apenas, a demonstração do nexo de causalidade com o dano sofrido. Ressalva-se o direito de regresso que o Estado tem contra o responsável pela conduta, caso culposa ou dolosa.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 2015a).

No mesmo sentido, Cavalieri Filho (2014, p. 286) afirma que a responsabilidade objetiva do Estado é aquela que independe de qualquer falta ou culpa do serviço público desenvolvido pela atividade estatal.

Assim, para comprovar a responsabilidade objetiva do Estado nos casos comissivos, ou seja, quando a administração agir de forma lesiva, basta a comprovação do dano e nexo de causalidade com a conduta do ente público.

Já nos casos de omissão da administração pública, além de comprovar o dano e nexo de causalidade, deve ficar configurado que a administração pública tinha o dever legal de prevenir a consumação do dano (CARVALHO FILHO, 2013, p. 567).

No mesmo sentido, Meirelles (2013, p. 744) considera como objetiva a responsabilidade civil do Estado “quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância.”.

Destarte, no caso em que não fique comprovado que tinha o Estado o dever de prevenir o resultado danoso, por conta de sua omissão, responderá este apenas subjetivamente pelos danos (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 296-297).

Ademais, mesmo que objetiva a responsabilidade do Estado, a Constituição Federal/88 prevê causas excludentes dessa responsabilidade, quando comprovado caso fortuito ou de força maior, ou então, quando comprovada a culpa exclusiva da vítima, prejudicando a comprovação do nexo causal do dano com a ação ou omissão do administrador.

Conforme Nery Júnior e Nery (2010, p. 51):

A responsabilidade pode ser afastada no caso de *força maior*, *caso fortuito*, ou, ainda, se comprovada a *culpa exclusiva da vítima*, pois nestas hipóteses estará afastado um dos requisitos indispensáveis exigido pelo art. 37, § 6º, da CF/1988: nexo causal entre ação ou omissão do Poder Público e dano causado. (grifo do autor).

Desse modo, quando o Estado comprovar uma destas excludentes de ilicitude, será totalmente afastada sua responsabilidade, e se comprovado que concorreu para o resultado do dano, responderá até o limite da sua conduta.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR BALAS PERDIDAS

Serviço Público, nas palavras de Gasparini (2012, p. 348), são “todas as atividades da Administração Pública, destinadas ao oferecimento de comodidades e utilidades” aos administrados.

Extrai-se do conceito acima que tais serviços são de caráter exclusivamente públicos, ou seja, tem como objetivo atingir a coletividade, e são sempre prestados pela figura do Estado, podendo ser delegados a terceiros, como seus agentes públicos, autarquias, empresas públicas.

No mesmo sentido conceitua Meirelles (2013, p. 387): “*Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado*”.

No mesmo sentido dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 2015a).

Indo na mesma linha, o particular pode ser prestador de serviço público, que tem como objetivo um fim à coletividade, porém quando este executa o serviço visa o próprio interesse. “Daí ser correta a afirmação de que todo **serviço público visa atender a necessidades públicas**, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público.” (PIETRO, 2014, p. 109) (grifo no original).

Leciona Mello que (2013, p. 689):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (grifo do autor)

Assim, mesmo que o serviço público tenha como objetivo atender a coletividade, o administrado, no seu particular, também usufrui dos serviços. Para melhor esclarecer, se o Estado aumentar o policiamento em um determinado bairro para garantir a segurança pública aos moradores em geral, isto faz com que cada morador que ali reside se sinta protegido.

Os serviços públicos podem ser essenciais e não essenciais. Os essenciais são aqueles que “A natureza do serviço os indica e a lei os considera como indispensáveis à vida e a convivência do administrados na sociedade, como são os serviços de segurança extrema, de segurança pública [...]” e é de execução privativa da Administração Pública. Já os serviços públicos não essenciais, que também são considerados pela lei e por sua própria natureza, tem sua execução facultada aos administrados (GASPARINI, 2012, p. 354).

Destarte, em ambas as classificações a lei que determina, levando em conta o caráter de necessidade de cada uma, porém somente os serviços

pertencentes à segunda classificação (não essenciais) podem ser executados por particulares.

Tais serviços podem ser repassados aos administrados pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios, visto que todos os entes da federação possuem titularidade para a execução dos serviços. É a lição de Maffini (2006, p. 214) que diz que:

Os serviços públicos gerais (*uti universi*) costumam ter sua titularidade compartilhada por todos os entes federados, mesmo que exista uma espécie de priorização constitucional em favor de um deles. Vejam-se os exemplos da segurança pública e da saúde pública que não são de titularidade exclusiva de nenhum dos entes federados.

Assim, o serviço público é imprescindível para a conservação da sociedade e, conseqüentemente, dos administrados. Estes são de responsabilidade da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, podendo ser prestados de forma direta, através da Administração Pública, ou indiretamente, que será por particulares delegados pelo Estado, dependendo do caráter de necessidade do serviço e determinação legal.

Contudo, os serviços públicos podem vir a lesionar os administrados, tendo o Estado o dever de indenizá-los.

De acordo com a teoria do risco integral, a Administração Pública é civilmente responsável por todos os danos decorrentes de sua atuação, independentemente se este ocorreu ou não por conta de um caso fortuito ou força maior, ou por culpa exclusiva da vítima (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 251).

Segundo Cahali (2014, p. 249) a doutrina bem como os tribunais brasileiros adota a teoria do risco administrativo para o Estado, na qual deverá existir nexo de causalidade entre o dano e a atividade estatal para ensejar o dever de indenizar ao administrado lesado. Porquanto, nesta teoria se o resultado danoso advier de culpa exclusiva da vítima, por exemplo, será excluída a responsabilidade do Estado.

Nas palavras de Cavalieri Filho: "O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima" (2014, p. 287).

No mesmo sentido, esclarece Stoco (2013a, p. 74):

[...] tanto a Carta Magna (art. 37, § 6º) como o Código Civil (art. 43) abraçaram o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, escorando na teoria do risco administrativo [...] Permite-se, contudo, que se afaste a obrigação de indenizar do Estado se comprovada a existência de qualquer causa excludente da responsabilidade.

Para Cavalieri Filho (2014, p. 284) “a teoria do risco integral é uma modalidade extrema da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexos causal ou em que este se mostra extremamente diluído”.

Com base nesta teoria, o Estado seria uma espécie de “segurador universal”, visto que se responsabilizaria por todo e qualquer dano que os administrados vierem a sofrer, sem a necessidade de se levar em conta o nexo de causalidade entre a atividade estatal e o dano experimentado pela vítima.

Nas palavras de Rizzardo (2013, p. 361):

Já o risco integral importa em atribuir responsabilidade do Estado por todos e quaisquer danos, mesmo diante da culpa de quem se considera vítima. Ademais, vai-se além do conteúdo do art. 37, § 6º, da Carta Suprema: arca o Estado com os prejuízos que aparecem mesmo que não decorrente do exercício das atividades dos agentes públicos, ou da omissão no dever de cumprir. Nessa dimensão, por todo e qualquer furto, pelas invasões de propriedades alheias, [...] dentre centenas de outras situações, incide a responsabilidade.

Meirelles (2013, p.740) leciona no mesmo sentido:

A teoria do risco integral é a modalidade extrema da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza. (grifo no original).

Do mesmo modo, seria injusto fazer com que o Estado retirasse do seu erário valores para reparar os danos causados aos administrados, que foram acarretados por fatores diversos as atividades estatais. Ademais, tal teoria poderia, inclusive, levar o Estado à falência.

Assim, por mais que esteja previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 144⁸, que é dever do Estado prestar à segurança pública, é inviável a aplicação da teoria do risco integral, visto que os administrados também têm que se responsabilizar por suas condutas.

Destarte, o Estado terá o dever de indenizar os administrados lesados, apenas quando os danos forem decorrentes da prestação do serviço público, assim quando a vítima concorrer para o resultado danoso, o Estado indenizará na proporção em que participou para o evento danoso e, em caso de culpa exclusiva da vítima, será excluída sua responsabilidade, visto que a teoria do risco integral não é a adotada no Brasil.

4.2.1 Dever do Estado em indenizar as vítimas de balas perdidas

Então, quando o administrado é vítima de bala perdida, tem o Estado o dever de indenizá-lo, ou em caso de falecimento, indenizar a família pela perda do ente?

Conforme foi visto anteriormente, tanto a teoria do risco integral quanto a teoria do risco administrativo dispensam a culpa da Administração Pública, porém a última permite afastar a responsabilidade estatal quando comprovado casos excludentes do nexo causal.

Nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 287):

[...] a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão de nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou de força maior e fato exclusivo de terceiro.

Assim, sendo a teoria do risco administrativo a adotada no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado será responsabilizado apenas pelos danos decorrentes da atividade estatal, seja esta prestada de forma direta ou indiretamente.

Desse modo, quando um administrado é vítima de bala perdida, ou seja, de autoria desconhecida, a primeira análise a ser feita para verificar a

⁸ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] (BRASIL, 2015a).

responsabilidade ou não do Estado, é a autoria do projétil, se veio de um agente público ou não.

Vale ressaltar que não basta comprovar que o projétil saiu de um revólver de um agente público, deve também ficar demonstrado que este estava no exercício de uma atividade estatal. Visto que, com base na teoria adotada no Brasil, qual seja a teoria do risco administrativo, não haverá qualquer responsabilidade estatal quando um administrado for vítima de bala perdida em que o projétil for de um terceiro que não esteja a serviço do Estado.

Isto porque exige-se como requisito para ensejar a responsabilidade estatal, o nexos causal entre o dano e a atividade estatal.

Assim leciona Rosa (2004, p. 38):

A teoria do risco administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva impõe ao Estado o dever de indenizar o administrado, quando este demonstrar a existência do nexos causalidade entre o dano por ele suportado e o ato praticado por um dos agentes do Estado no exercício de suas funções.

Desse modo, quando o projétil sair do revólver de um agente público, por exemplo um policial militar, estando este no exercício de sua função, o Estado tem a responsabilidade de indenizar os danos decorrentes deste projétil. Porém, se agredir alguém em sua folga, não terá o Estado qualquer responsabilidade sobre o dano experimentado pela vítima.

Só para esclarecimento, pois não é o foco do trabalho, o Estado também responde por suas omissões, ou seja, pela falta ou má prestação do serviço público, o ente público também terá o dever de indenizar. Porém, neste caso a responsabilidade, em regra, será subjetiva, devendo ser preenchido mais requisitos para configurar a responsabilidade do Estado.

Assim ensina Cahali (2014, p. 219):

Quando o Estado se omite e graças a isso ocorre um dano, este é causado por outro evento, e não pelo Estado. Logo, a responsabilidade, aí, não pode ser objetiva. Cumpra-se que exista um elemento a mais para responsabilizá-lo. Deveras, não se haveria de supor, ao menos em princípio, que alguém responda pelo que não fez – salvo se estivesse, de direito, obrigado a fazer.

Destarte, no caso em que não fique comprovado que tinha o Estado o dever de prevenir o resultado danoso, por conta de sua omissão, responderá este apenas subjetivamente pelos danos (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 296-297).

Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitando quando, de direito, devia sê-lo. (MELLO, 2013, p. 1.032).

Assim, a vítima de uma bala perdida, que não foi disparada por um agente público, também poderá requerer a indenização estatal, baseando-se na omissão do Estado pela falta ou má prestação do serviço público, porém, terá que comprovar que o Estado tinha o dever de prevenir tal dano.

Pois bem, percebe-se que tem o Estado o dever de indenizar os administrados pelos danos em que tenha, de algum modo, participado para o evento danoso, resguardado a este o direito de regresso após a ação indenizatória interposta pelo administrado, que poderá ajuizar em desfavor do agente público para reaver o *quantum* indenizatório, caso este tenha agido com culpa ou dolo⁹.

4.3 POSSIBILIDADE DE INDENIZAR O NASCITURO ÓRFÃO QUE PERDEU O GENITOR VÍTIMA DE BALA PERDIDA DISPARADA POR UM AGENTE PÚBLICO

O nascituro que perde seu genitor por conta de uma bala perdida que foi disparada por um agente público a serviço do Estado, terá o direito de pleitear danos morais contra o Estado?

O Código Civil, em seu artigo 2º¹⁰, adota a teoria natalista, a qual determina que para se ter o início da personalidade civil, é necessário o nascimento com vida. O mesmo artigo põe a salvo alguns direitos do nascituro desde sua concepção, de modo que tem como objetivo zelar pelo desenvolvimento saudável do feto e resguardar eventuais direitos patrimoniais.

Nesse sentido, vê-se que a teoria natalista é essencialmente patrimonialista e, de mesmo modo, não é harmônica com a Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Destarte, não restam dúvidas de que a teoria

⁹ Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 2015a).

¹⁰ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2015b).

concepcionista é a mais adequada para determinar o início da personalidade, pois tem como base a Constituição Federal de 1988, que protege integralmente a pessoa humana em todos os seus aspectos, visto que reconhece o nascituro como sujeito de direitos desde a concepção.

Considera-se o nascituro como um ser humano em desenvolvimento, de modo que o nascimento não é mais determinante para o início da vida, pois nesta teoria se interpreta o nascimento como a continuidade do ciclo de vida, que se inicia com a fusão dos gametas. Nas palavras de Almeida (2000, p. 300):

O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto –, representa apenas um *continueum* do mesmo ser, que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente, e de adolescente a adulto.

Este também é o entendimento de Pussi (2005, p. 191): “Portanto, o embrião humano goza de proteção jurídica desde o início de sua concepção, seja no útero materno, seja até mesmo, *in vitro*”.

Assim, se o nascituro é titular de direitos da personalidade desde a fusão dos gametas, caso este venha a sofrer uma lesão extrapatrimonial, de alguns dos direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, como a vida, a intimidade, o nome, assistirá ao direito de reparação civil.

Leciona Santos (2003, p. 129):

Surge a questão do nascituro. O art. 2º do novo Código Civil é específico ao mencionar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se aquele que está por vir à luz sofrer alguma lesão, vista, evidentemente, depois do nascimento, existe o dever de reparar. Aqui, há de ser feita uma distinção. Eventual doesto ou afetação à honra lançada contra o nascituro, não causará dano moral. Enquanto o ser encontra-se no claustro materno, não poderá sofrer esse tipo de dano. Porém, com os avanços da ciência que estuda a psique do indivíduo e as razões de certos comportamentos, retornando ao passado longínquo da pessoa, não será impossível que o reflexo do dano moral, surgido quando a criança ainda estava no ventre da mãe, somente se manifeste anos depois; provado o dano e o nexo de causalidade existirá a indenizabilidade do dano moral.

Desse modo, torna-se irrelevante o nascituro ter consciência do mundo que o cerca ou, até mesmo, de não ser capaz de sentir e de compreender o mal que esteja lhe sendo imposto. Porém, “a falta de compreensão da própria dor, ou até mesmo do ato do ofensor e do caráter axiológico que reveste o ilícito que causou a

mortificação espiritual, não pode, de forma alguma, servir como empeco à existência do *dano moral*.” (SANTOS, 2003, p. 127)(grifo do autor).

Na mesma linha, a doutrina também reconhece ao nascituro o direito de ser indenizado moralmente pela morte de seu pai, apesar da ausência da figura paterna não ser sentida na vida intrauterina acaba modificando a vida do nascituro, pois conviverá sempre com a dor de não ter conhecido o genitor.

Nas palavras de Cahali (2011, p. 182-183):

E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo, esta dor é muito menor do que aquela sentida pelo filho que já conviveu muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado.

Mesmo que o nascituro seja titular de direitos da personalidade desde sua concepção, podendo ter esses direitos lesados ainda na vida intrauterina, o direito à indenização por danos morais depende da teoria a ser adotada (natalista, personalidade condicionada ou concepcionista) para definir o início da sua personalidade civil.

Para a teoria natalista, o nascituro só assistirá ao direito de indenização por danos morais a partir do nascimento com vida. Já a teoria da personalidade condicional, que também defende a aquisição da personalidade com o nascimento com vida, possui um diferencial, uma vez que entendem os defensores desta teoria que quando nascer com vida, terá seus direitos garantidos desde sua concepção.

Silva (2005, p. 420) leciona sobre a personalidade condicionada:

Todavia, antes do nascimento com vida entendemos ser cabível apenas a reparação natural, com o fim exclusivo de impedir a ocorrência do dano moral futuro. Por exemplo, vimos que tóxicos consumidos pelos pais, mesmo para fins terapêuticos, poderão afetar o nascituro em seu desenvolvimento psíquico (instintos, sensibilidade, caráter), intelectual (percepção, memória) e físico (perturbações motoras) etc. Em tais casos, um ato ilícito do presente certamente causará dano moral à criança no futuro. Daí, desde a fecundação, o nascituro terá direito à reparação moral impeditiva de dano moral futuro. Nessa hipótese tal reparação poderá consistir, por exemplo, no recolhimento de sua mãe a um local de desintoxicação e tratamento psicológico, bem como acompanhamento e tratamento

específico da criança durante a gravidez. No entanto, somente terá direito à reparação de dano material e à reparação pecuniária de dano moral quando tiver personalidade jurídica material, ou seja, após o seu nascimento com vida.

Já para a teoria concepcionista é possível a indenização por dano morais desde a concepção. Assim, se lesado algum direito imaterial, do nascituro, assistirá este ao direito de requerer em juízo a reparação do dano sofrido, mesmo que se encontre ainda no ventre materno. Lembrando que este deve estar representado na ação, seja por seus genitores ou por curador especial, este em caso de ausência dos genitores ou por não possuírem o poder familiar.

Em caso de falecimento do nascituro, ainda que no ventre materno, transmitira-se aos sucessores a compensação do dano moral, pois entende o artigo 943 do Código Civil tratar-se de direito patrimonial. Porém para que tal direito seja transmitido, deve a ação da reparação dos danos morais já ter sido ingressada antes do falecimento: “Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.” (BRASIL, 2015i).

Destarte, não há dúvidas de que a teoria concepcionista é a mais adequada para definir a aquisição da personalidade, visto que se baseia na Constituição Federal/88. Esta teoria assegurará ao nascituro o direito à indenização pelo dano moral havido antes do nascimento, mesmo que ao nascer, venha a falecer logo após o parto.

O Tribunal do Rio Grande do Sul reconhece o dano moral ao nascituro:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Indenização. Morte de detento em estabelecimento prisional. Aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Teoria do Risco Administrativo. Responsabilidade objetiva. Presentes os pressupostos caracterizadores do instituto da responsabilidade civil. Desnecessidade de comprovação de dolo ou culpa. Dano material. Pensionamento indeferido em razão da inexistência provas acerca dos valores percebidos pelo de cujus. Indenização de nascituro por danos morais. Possibilidade. Dever de indenizar. Jurisprudência do STJ. À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70041765314, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 26/04/2012) (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Apesar de não adotar expressamente a teoria concepcionista, reconhece que o nascituro tem seus direitos personalíssimos assegurados na Constituição Federal/88, assim, qualquer violação a estes direitos importa em dano moral.

[...] Embora o nascituro não possa ser considerado como pessoa em um prisma jurídico, através da Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III,

aquele tem assegurados e protegidos os direitos personalíssimos ligados a sua condição de ser humano em desenvolvimento e são inerentes à natureza humana, existindo independentemente de personalidade ou capacidade do indivíduo. Portanto, entendo que a violação de qualquer direito personalíssimo reconhecido ao nascituro, ou da dignidade do ser humano a ele estendida, importa em dano moral; conseqüentemente, autoriza a compensação pecuniária em razão do prejuízo psíquico experimentado, mesmo que não seja capaz de compreender o ato lesivo naquele momento [...]. (Apelação Cível Nº 70041765314, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 26/04/2012). (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Verifica-se que o tribunal acima, com base na Constituição Federal/88, põe a salvo desde a concepção todos os direitos ligados aos da personalidade, de tal modo que reconheceu ao nascituro danos morais pelo falecimento do genitor em estabelecimento prisional, por entender que modificará o desenvolvimento natural do concebido.

A indenização por danos morais ao nascituro tem por objetivo amenizar o dano sofrido por este, visto que não se busca indenizar a morte do ente familiar, mas o dano sofrido pelo parente, pois não se trata da fixação de um preço a vida de seu genitor.

No mesmo sentido, leciona Cahali (2011, p. 142):

Diz-se que nesses casos não é a morte que legitima o interesse, mas sim o sofrimento real e injusto; entende-se que a fixação deve ser módica, pois que não visa a indenização ao enriquecimento dos vivos em razão do fato morte de um ente querido, mesmo porque a vida deste não tem preço; não se cogita, portanto, de indenizar a perda, mas, sim, distribuir a dor entre os que perderam o ente querido e o causador da perda.

Além de suavizar o dano experimentado pela vítima, busca-se também, através da reparação civil por danos morais ao nascituro, sancionar o agente causador do dano, com o intuito de prevenir novas condutas lesivas.

5 CONCLUSÃO

Conforme todo o abordado, o Estado possui responsabilidade objetiva pelos danos causados aos administrados por seus agentes públicos, independentemente da culpa ou dolo destes. Assim, quando um administrado é vítima de bala perdida que foi disparada por um de seus agentes, que estava a serviço do Estado, terá este o dever de indenizar a vítima ou, no caso de falecimento, seus familiares.

Assim, o nascituro órfão que perdeu o genitor, vítima de bala perdida de um agente público, tem direito a indenização por danos morais?

Conforme ilustrado nesta monografia, os direitos do nascituro, bem como o direito em pleitear indenização por danos morais, e sua capacidade jurídica, dependem da teoria adotada para demarcar o início de sua personalidade jurídica.

Se adotada a teoria natalista o nascituro não terá direito a danos morais, visto que para esta teoria o nascituro não passa de uma parte das entranhas da mãe, não sendo considerado “pessoa”, pois somente após o nascimento com vida considerar-se-á “pessoa” e, portanto, será dotado de personalidade jurídica. Assim, com base nesta teoria o nascituro só teria direito a danos morais após nascer com vida.

A teoria da personalidade condicionada assim como a natalista, condiciona a aquisição da personalidade do nascituro ao nascimento com vida, porém nesta teoria ao nascer com vida terá seus direitos reconhecidos desde a concepção. Ou seja, nascendo com vida poderá pleitear danos morais sofridos ainda no ventre materno.

Já se baseando na teoria concepcionista, o nascituro é considerado como “pessoa” desde a concepção e assim, assegurados todos os seus direitos inerentes a personalidade. Portanto, quando lesionado seus direitos personalíssimos, assistirá ao direito de ser indenizado, seja material ou moralmente, independentemente de no momento da conduta lesiva ser capaz de compreender o dano sofrido. Assim, adotando-se esta teoria, é plenamente aceitável a indenização por dano morais ao nascituro.

Da jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul, verificou-se que o poder judiciário não adota a teoria concepcionista, haja vista que não entendem o nascituro como uma “pessoa”, porém reconhece o mesmo como um ser humano em

desenvolvimento, devendo ser assegurados e protegidos todos os seus direitos personalíssimos, tendo em vista que estes direitos não estão ligados à personalidade ou capacidade do indivíduo, mas tão somente à condição humana. Assim, entende que a violação a esses direitos afetaria o desenvolvimento natural do concebido, assistindo ele à indenização por danos morais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERALDO, Leonardo de Faria. Espécies de responsabilidade civil. In: ARAÚJO, Vaneska Donato; HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62 – 70.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 abr. 2015a.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 28 out. de 2015b.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 29 out. 2015c.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 30 de out. 2015d.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 25 de out. 2015e.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 24 out. de 2015f.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 25 out. 2015g.

_____. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 25 out. 2015h.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 01 ago. 2015i.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 30 out. 2015j.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 26 out. 2015k.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 25 set. 2015l.

_____. Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Dispõe sobre os alimentos gravídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em 27 out de 2015m.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Parte geral**. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. v. 7. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Parte geral. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Novo curso de direito civil**: Responsabilidade civil. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. v. 1. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Fabiano Lepre. Controle de políticas públicas: a justiciabilidade imediata do direito fundamental social à segurança pública. *In*: **Revista Síntese de Direito Administrativo**. São Paulo, SP, v. 7, n. 80, p.120-136, ago. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Bismael B. **Estado e segurança: diante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil do Estado**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Responsabilidade civil: teoria geral**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

OLIVEIRA, Graziela de. **Dignidade e Direitos Humanos**. Curitiba: UFPR, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código civil anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. Curitiba: Juruá, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70041765314. Sexta Câmara Cível. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em 26/04/2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=nascituro+morte+de+detento&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=nascituro+37&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 07 nov. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Philips. **Dano moral e direito das famílias**. Florianópolis: Voxlegem, 2012.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado por atos das forças policiais**: teoria, prática, jurisprudências. Belo Horizonte: Líder, 2004.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil do Estado. In: ARAÚJO, Vaneska Donato; HIRONAKA, Gesilda M. F. Novaes (coord.). **Responsabilidade Civil**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. Tomo I. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. Tomo II. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. v. 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito civil**: reponsabilidade civil. v. 4. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013a.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A responsabilidade patrimonial do Estado em matéria de segurança. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 14, n. 56, p. 203-224, dez. 2013.