Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 18 – abril/maio/junho de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

NOTAS SOBRE O DANO MORAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Prof. Almiro do Couto e Silva
Professor de Direito Administrativo do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. Definição de dano moral. 1.2. Legitimação para pleitear indenização por dano moral. 2. Dano moral no direito objetivo brasileiro. 2.1. Na Constituição Federal. 2.2. No novo Código Civil. 3. Dano moral no Direito Administrativo. 3.1. O Estado como causador de dano moral. 3.1.1. Função Administrativa. 3.1.2. Função Legislativa. 3.1.3. Função judiciária. 3.2. O Estado como vítima de dano moral?

1. INTRODUÇÃO

1.1 - DEFINIÇÃO DE DANO MORAL

Ao cogitar-se de exprimir, em uma definição, o conceito de dano moral, dois caminhos desde logo se apresentam. O primeiro consiste em adotar **critério negativo ou residual.** Por esse critério**,** dano moral é tudo que não seja dano patrimonial. Dano moral seria, portanto, sinônimo de dano extrapatrimonial. As razões práticas que recomendam esse critério ligam-se à imensa multiplicidade de situações configuradoras do dano moral, o que impossibilitaria ou, pelo menos, tornaria extremamente difícil condensá-las todas em um enunciado sintético, como deve ser o de uma definição. A crítica que se faz a essa posição é a de que é logicamente inaceitável definir o **ser** pelo **não ser.** Se pretendo definir uma cadeira que está numa sala, de nada me adiantará dizer que a cadeira não são as janelas, as paredes, as cortinas, as demais peças de mobiliário existentes na mesma sala. Excluindo tudo que não seja a cadeira não chegarei jamais a uma definição da cadeira. O máximo que se poderá obter é uma delimitação do campo, identificadora do objeto a ser definido, mas sem que seja feita essa definição. A segunda alternativa é a de tentar realizar uma definição de dano moral por **critério positivo.** O que daí resultará será uma definição tão extensa, complexa, prolixa, que pouca serventia terá.

Haverá, entretanto, uma terceira via, intermediária entre as duas outras, qual seja a de que dano moral não se deixa definir, mas apenas descrever. Foi essa, aliás, a solução encontrada pelo grande administrativista alemão ERNST FORSTHOFF ao enfrentar o problema teórico de definir a função administrativa sem aderir ao critério residual ou negativo que imperava na doutrina germânica do Direito Público dos fins do século XIX e início do século XX, tal como se lia, por exemplo, nas obras de OTTO MAYER, FRITZ FLEINER e WALTER JELLINEK.

Diziam esses autores que função administrativa é tudo que não é função legislativa ou função judiciária. Essas últimas, a função legislativas e a judiciária poderiam ser caracterizadas com relativa facilidade, diferentemente do que ocorre com a função administrativa, a qual se exprime por um elenco extensíssimo e variadíssimo de formas.

Entre nós, no que concerne ao dano moral, YUSSEF SAID CAHALI segue por trilha parecida. Diz ele: *"Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, 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 nos desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral"*[1].

Analisando a jurisprudência administrativa francesa, RENE CHAPUS, um dos mais respeitados administrativistas franceses contemporâneos, arrumou em cinco grupos as várias hipóteses em que o dano moral se manifesta, caracterizando-os da seguinte forma:

> *«**(i)** - lesão à reputação e à honra das pessoas;*
>
> ***(ii)** - os sofrimentos físicos suportados por quem padeceu danos corporais ou em razão de intervenção cirúrgica e de tratamentos que acidente tornou necessárias;*
>
> ***(iii)** - o dano estético, o prejuízo moral que consiste no sentimento de incômodo e desagrado sofrido por uma pessoa como conseqüências de lesões a sua integridade e harmonia corporais;*
>
> ***(iv)** - as perturbações nas condições de existência, expressão própria da jurisprudência administrativa e de extensa significação, que designa os sentimentos vinculados aos inconvenientes os mais diversos suscetíveis de resultarem do fato danoso, como p.ex. o de ter de mudar seus hábitos ou seu modo de vida, de renunciar a certos projetos, de interromper ou suspender seus estudos, abster-se de praticar certas atividades, esportivas ou de lazer» (ou profissionais, acrescentamos nós,*

[1] *Dano Moral*, São Paulo, Malheiros, 2005, p.22-23.

p. ex.: o pianista que perde a mão em acidente) – «sendo apreciadas essas perturbações com abstrações das conseqüências pecuniárias do fato danoso;

*(**v**) – enfim a dor moral» (dano moral stricto sensu), «quer dizer, a lesão aos sentimentos de afeição que ligavam alguém a uma pessoa a quem o evento danoso provocou a morte ou tornou inválida».* [2]

1.2 - LEGITIMAÇÃO PARA PLEITEAR INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

É indenizável o dano moral sofrido diretamente pelo lesado assim como também o sofrido, indiretamente, por pessoas a ele vinculadas por estreitos laços afetivos, como pais, filhos, irmãos, companheira, etc. É o que os franceses chamam dano por ricochete. No direito francês se afirma que não é necessária a existência de relação jurídica, de índole familiar ou de outra qualquer natureza, entre a vítima direta e o terceiro, basta que o dano moral seja certo. Reconheceu-se, por exemplo, como indenizável o dano moral sofrido por antiga governante de um religioso, com a morte deste[3].

No Brasil, a tendência dominante é a de restringir a legitimação para pleitear indenização por dano moral a quem tiver com a vítima um vínculo de natureza familiar, hoje incluindo-se nesse conceito, obviamente, a companheira ou companheiro (CF, art. 226). Mas já se aceitava que o noivo ou noiva fizessem jus à indenização.

Há quem negue, na relação homossexual, o direito do companheiro ou companheira à indenização[4]. Trata-se, porém, de posição extremamente conservadora e anacrônica. Parece-me, nesse tema, mais razoável e correto o entendimento imperante no direito francês, onde se exige, apenas, como anteriormente referido, que o dano moral seja certo. Caberá, portanto, ao juiz apurar, diante das circunstâncias do caso, sopesando o grau e a intensidade das relações afetivas existentes entre a vítima e o terceiro, se este terá, ou não, direito a ser indenizado por dano moral. Perdem significação, neste particular, no meu modo de ver, considerações sobre a linha sucessória, ou de outra espécie, como a dependência econômica, pois pode muito bem acontecer, por exemplo, que um sobrinho sofresse, com a morte de um tio, do qual não era economicamente dependente, dano moral de intensidade muito maior do que o suportado pelo pai da vítima, que com esta estava brigado ou que pouco contato tinha com o filho, o que poderia tornar até mesmo questionável a existência de qualquer dano moral. Poderíamos também imaginar que esse mesmo tio tivesse filho, a quem pagava pensão, mas que não tinha maior relação afetiva com o

[2] *Droit Administratif Général*, Paris, Montchrerstien, 1.993, vol I, p.984-985.
[3] id., ib., p.986.
[4] Assim, por exemplo, Yussef Said Cahali, op. cit., p.173-174, justificando o entendimento pelos padrões de moralidade coletiva.

pai, pois sempre vivera com a mãe, em outro Estado ou em outro país, nunca se havendo visitado.

Por outro lado, o dano moral tanto pode ser causado a pessoas físicas como a pessoas jurídicas, como o afirma, aliás, a Súmula 227 do STJ: *«A pessoa jurídica pode sofrer dano moral»*. Neste último caso, porém, o dano diz respeito à reputação, ao prestígio, à boa fama, ao que comumente se designa, enfim, como «honra objetiva», ou seja, o conceito social que as pessoas têm e que é algo externo a elas, em oposição à «honra subjetiva», que é o sentimento íntimo de dignidade pessoal, experimentado apenas pelas pessoas físicas. No tocante à questão de saber se o Estado pode pleitear reparação por dano moral, será ela examinada mais adiante (item 3.2).

Até mesmo, lesões a interesses difusos ou coletivos podem envolver dano moral, como, por exemplo, as agressões ao meio ambiente, digamos, por uma indústria poluidora, ou os ataques e medidas discriminatórias, em razão do sexo, raça ou cor, feitas a certos grupos, p.ex. homossexuais, índios[5], negros, judeus.

É indenizável o dano moral pela perda de uma chance?

Vejamos um exemplo: defensor público perde prazo para apelar de sentença, quando havia grande possibilidade de o recurso ser provido. Outro: acidente causado por veículo do Estado, do qual não resultaram danos corporais ou patrimoniais, impediu a vítima de submeter-se à prova final de concurso público, onde, pelas notas obtidas nas provas anteriores, tinha grande chance de ser aprovado. E um terceiro: médico realiza diagnóstico tardio, que tornou impossível a cura do paciente ou que abreviou sua sobrevida. Nessas três situações há uma gradação que vai do menor para o maior. No primeiro exemplo, talvez fosse ainda possível, pela ação rescisória ou pela revisão criminal, atingir-se o mesmo resultado prático que seria obtido com o recurso que não foi interposto. De qualquer maneira, uma vez provado o grave abalo psicológico produzido pela perda do prazo do recurso, em que a parte depositava grande confiança, não haverá como negar a reparação do dano moral, levando-se em conta, entretanto, na fixação da indenização, a eventual possibilidade de reversão do resultado, pela utilização de outros meios processuais. No segundo caso, provado o dano moral, será ele igualmente indenizável. No terceiro, do próprio fato, *in re ipsa*, independentemente de prova, resultaria o dano moral a ser reparado.

[5] Veja-se interessante acórdão do TRF da 4ª Região, AC 2002720008986 ,Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, sobre dano moral causado a uma comunidade indígena.

2. DANO MORAL NO DIREITO OBJETIVO BRASILEIRO

2.1 - NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República, no art. 5°, incisos V e X, faz menção ao dano moral. No inciso V: *«É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem»*. E no inciso X: *«São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente da sua violação».*

2.2 - NO NOVO CÓDIGO CIVIL

No plano da legislação infraconstitucional, o Código Civil de 2002 tão somente no seu art. 186 refere-se explicitamente ao dano moral: *«Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito».* Curiosamente, porém, na parte referente à indenização por ato ilícito, silenciou o Código quanto ao dano moral, limitando-se a referir, além do dano patrimonial, «algum outro prejuízo», como no art. 949, ou, no art.952, parágrafo único, «valor de afeição». No caso de indenização por homicídio, o art. 948, declara que ela consistirá nas espécies de reparação por danos patrimoniais previstas nos seus dois incisos, «sem excluir outras reparações», entre as quais se encontra, por certo, a por dano moral. Em outros dispositivos, determina o Código que, *«se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar eqüitativamente o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso».* Isto está no art.953, parágrafo único, que cuida da indenização por injúria, difamação ou calúnia, e no art. 954, que trata da indenização por ofensa à liberdade pessoal, ambos passíveis da crítica de misturarem dano moral com dano patrimonial, só cabendo indenização pelo primeiro quando não se conseguir provar o último. Ora, esses preceitos, se interpretados na sua literalidade, levariam à conclusão de que, provado o dano material, ficaria excluída a indenização por dano moral, o que, evidentemente, é inconciliável com o estatuído no art. 186, que consagra a reparabilidade do «dano exclusivamente moral».

3. DANO MORAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1 - O ESTADO COMO CAUSADOR DE DANO MORAL

O Estado contemporâneo, notadamente no desempenho da função administrativa, exerce amplíssima gama de atividades, de tal modo que às vezes se diz que a sombra do Estado acompanha os indivíduos desde o berço até o túmulo. No exercício dessas variadas atividades freqüentemente o Estado causa dano às pessoas, quer por atos lícitos, quer por atos ilícitos, sendo essa responsabilidade tanto contratual como extracontratual, e sendo os danos

causados tanto patrimoniais como morais. A responsabilidade extracontratual do Estado, no Direito Brasileiro, como é sabido, é, via de regra, objetiva, a teor do disposto no art. 37, § 6°, da Constituição Federal.

Por vezes, a responsabilidade extrapatrimonial está ligada à responsabilidade penal (arts.948 e segs do Código Civil). Não pode o Estado, entretanto, em princípio, como pessoa jurídica que é, praticar ilícitos penais, lhe sendo aplicável, por analogia, o velho adágio de que «*societas delinquere non potest*». Contudo, o art. 225 da Constituição Federal excepcionou essa máxima ao admitir, no § 3°, que as pessoas jurídicas possam ser sujeitas a sanções penais. Desse modo, se o Estado exerce, por exemplo, atividade industrial poluidora e se a legislação penal específica cominar a essa conduta uma pena, digamos, de multa, que está no elenco das sanções criminais previstas no art. 5°, XLVI, da Constituição Federal, não creio que o Estado poderá furtar-se a essa sanção. Abstração feita dessas situações excepcionais é certo que o Estado não pode cometer crimes. O Estado não pode injuriar, caluniar ou difamar alguém; o Estado não pode cometer homicídio, roubo, furto, estelionato. Seus agentes é que são pessoalmente responsáveis por esses delitos perante a justiça criminal. É importante observar, no entanto, que o Estado pode responder civilmente em razão de atos ilícitos penais praticados por seus agentes, sendo por vezes extremamente difícil discernir quando a responsabilidade é pessoal do agente ou quando a ação deste implica responsabilidade do Estado. Nas palavras da Constituição, para que isso aconteça é indispensável que o dano seja causado pelo agente público atuando «nessa qualidade».

A propósito desse tema já tivemos ocasião de observar: *«Por agente, no preceito da Constituição Brasileira, entende-se toda a pessoa que, no momento do evento danoso, esteja no exercício de suas funções como órgão de qualquer Poder do Estado, e assim, pois, do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, de entidade da administração pública direta ou indireta prestadora de serviço público, independentemente da validade da sua investidura ou dos seus atos e omissões. Ainda que seja funcionário de fato ou que sua conduta seja abusiva (como a do motorista do ministério que, dirigindo veículo público, vai visitar a namorada e, no percurso, mata um transeunte), mesmo assim foi sua qualidade ou condição de agente público que possibilitou o dano. Tal circunstância é suficiente para dar ensejo à responsabilidade do Estado, não sendo admissível que do ato resultem efeitos exclusivamente para a pessoa do agente. Este só será o único responsável quando sua ação ou omissão não tenha qualquer relação com o serviço público, o que nem sempre é fácil de distinguir. Em número não desprezível de situações, só a minudente análise do caso concreto, com a ponderação de todos os fatores que intervieram no fato danoso é que permitirá ao juiz, guiado por raciocínio eminentemente tópico, concluir pela responsabilidade exclusiva do agente ou de responsabilidade do Estado»*[6].

Tão imenso é o número de casos em que se verifica a responsabilidade do Estado por dano moral, que me restringirei apenas a dar alguns exemplos em que ele ocorre ou pode ocorrer, muitos deles colhidos na jurisprudência e outros tantos na doutrina, relacionando-os com as três funções do Estado, a administrativa (ou executiva), a legislativa e a judiciária.

[6] *Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro*, RDA, 202, 1995, p.19-41.

3.1.1 - FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

(i) - morte ou lesão física causada pela ação ou omissão do Estado em obras públicas, acidentes de veículos, alagamentos e deslizamentos ou em hospitais, presídios e escolas públicas, tais como: preso que é assassinado em penitenciária por outros detentos; jovem que é estuprada por policiais, no recinto da delegacia; paciente que fica inválido por erro médico praticado por servidor público em hospital do Estado; acidente causado por veículo público do qual resultou incapacitado para a atividade esportiva de tenista profissional; alagamento do qual resultou a destruição das casas e dos móveis das vítimas, pela omissão do município em relação ao funcionamento da rede de tratamento pluvial da localidade;

(ii) - demissão ilegal de servidor público; invalidação de ato de aposentadoria perfeitamente legítimo; demora na nomeação de servidor concursado, preterido por empregado contratado para exercer as atribuições do cargo a que se relacionava o certame; demora exagerada e injustificável na concessão da aposentadoria; ato de remoção de servidor para lugar distante de onde vivia com sua família viciado por desvio de finalidade (vingança pessoal);

(iii) - fornecimento, por órgão público, aos meios de comunicação, para divulgação, relação nominal dos servidores públicos com as maiores remunerações do Estado ou de empresas que sejam as maiores devedoras de tributos; registro de nome de pessoa em cadastro de inadimplentes; indevida exposição de servidores a situação vexatória e humilhante, imposta por superior hierárquico (caso concreto: revista de bombeiros, deixados só de meias e cuecas, a pretexto de esclarecimento de furto);

(iv) - instauração de inquérito policial ou denúncia feita com abuso de poder, por má fé ou erro manifesto da autoridade. Propositura de ação de improbidade pelo Ministério Público, também manifestamente incabível, como reconhecido por decisão final;

(v) - retardamento excessivo no pagamento de precatórios. Em razão do disposto no art. 100 da Constituição Federal os precatórios são classificados em alimentícios e não alimentícios. Contudo, como é do conhecimento geral, apesar das prescrições constitucionais o Poder Público atrasa consideravelmente o pagamento de seus débitos reconhecidos por decisões do Poder Judiciário transitadas em julgado, bastando referir que, no Estado do Rio Grande do Sul, o último precatório pago é do ano de 1998. Muitos dos créditos classificados como alimentícios têm como titulares pessoas idosas, que já eram aposentadas quando propuseram ação contra o Estado, reclamando, por vezes, parcelas significativas de remuneração que deveriam ser incorporadas a seus proventos e que melhorariam suas condições de vida. Pelo longo tempo transcorrido, alguns ou muitos desses credores já faleceram, o que faz com que a qualificação de seus créditos como «alimentícios» adquira conotação de trágica ironia. O remédio constitucional para essa situação é a intervenção (CF, arts.34 a 36).

O STF vem entendendo, porém, que a intervenção só é cabível quando comprovada a intenção dolosa do Chefe do Executivo em não pagar[7], o que inviabiliza totalmente a intervenção, em termos práticos. Em outras palavras, o Estado só paga suas contas quando quiser pagá-las, o que caracteriza desrespeito absoluto aos direitos fundamentais e uma nódoa vergonhosa no Estado de Direito que temos.

Para o que aqui nos interessa, uma vez comprovado que o atraso no pagamento de precatórios acabou criando, para o credor, situação de dificuldade econômica, perturbando suas condições de vida e causando-lhe abalos psicológicos, parece induvidoso que terá ele direito a indenização por dano moral, a qual, entretanto, muito provavelmente só lhe será paga mediante precatório.

3.1.2 - FUNÇÃO LEGISLATIVA

O Estado pode causar dano, tanto por ação como por omissão legislativa. Em se tratando de lei inconstitucional sempre se reconheceu, no Direito Brasileiro, a responsabilidade do Estado. Sobre essa questão, no início da República, já se pronunciava AMARO CAVALCANTI, nos seguintes termos: *«Decerto, declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser, logicamente, o de obrigar à União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-lhe aquilo que indevidamente foi exigido (...), quer satisfazendo-se os prejuízos provavelmente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta»*[8]

Cuidando-se de danos causados por atos legislativos inconstitucionais, não se exige que tais danos sejam anormais ou especiais. A anormalidade e especialidade do dano são requisitos inafastáveis tão somente para a responsabilidade do Estado por **atos lícitos.** Assim, se a lei editada em conformidade com a Constituição causa dano anormal e especial, terá o Estado o dever de indenizar.

Em resumo: se o dano causado pela lei for dano moral, quer a lei seja inconstitucional, quer seja ela constitucional, terá o Estado de indenizá-lo, desde que, na última hipótese, ele seja anormal e especial.[9]

No tocante à omissão legislativa, há hipóteses em que a regra constitucional fixa prazo para a edição da lei, determinando, desde logo, o seu conteúdo, como sucede, por exemplo, com o art. 37, X, do nosso Estatuto Fundamental: *«A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4°do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa específica em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices».* Os tribunais brasileiros, por essa omissão

[7] I.F. 2915, 28.11.03; I.F. 2953, 05.12.03, ambas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
[8] *Responsabilidade Civil do Estado*, Rio, Borsoi, 1957, vol I, nova ed., p.313, n° 54. Sobre a fidelidade a essa posição no Direito Brasileiro, veja-se ALMIRO DO COUTO E SILVA, op. cit.
[9] Confira-se, mais extensamente, em ALMIRO DO COUTO E SILVA, op. cit.

legislativa, têm reconhecido o direito à indenização por danos patrimoniais. Em tais casos, a ausência de revisão geral anual pode, eventualmente, ser causa de dano moral, cuja reparação, entretanto, não é suscetível, em linha de regra, de ser ordenada em ações coletivas, pois dependerá de prova, em cada caso individual, da efetiva ocorrência do dano moral. Não me parece correto, entretanto, afastar desde logo e genericamente a indenização por dano moral, ao argumento de que ele *«não pode ser reconhecido (...) em face do "arrocho salarial" que atingiu todos os cidadãos residentes no país»*[10]. O fundamento da indenização, nesse caso, não se infere do princípio da igualdade perante os encargos públicos, como se verifica na responsabilidade do Estado por atos lícitos. Dai a exigência, em tais hipóteses, como se viu, de que o dano seja especial e anormal. Na situação que estamos examinado, a responsabilidade do Estado decorre de ilícita omissão legislativa, em face de expresso comando constitucional. O dano causado por ato legislativo inconstitucional ou omissão legislativa inconstitucional tem idêntico tratamento, não sendo afastado pela circunstância de que não é anormal e especial.

3.1.3 - FUNÇÃO JUDICIÁRIA

A responsabilidade do Estado pelo desempenho da função judiciária é a que encontra maior resistência para aceitação, não só no Brasil, como em muitos outros países. O velho argumento da soberania do Estado, que impediu, no passado, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo exercício da função administrativa e leva ainda alguns juristas a negarem aquela responsabilidade quando se trata da função legislativa, no tocante à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é invocado com insistência, sendo extremamente pobre a jurisprudência nacional sobre a matéria, fora dos casos em que a lei expressamente a admite[11]. A Constituição Federal a prevê, entretanto, limitadamente, ao prescrever que *«o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença» (art.5°, LXXV).*

Nossa legislação processual também a contempla (Código de Processo Penal, art.630 e Código de Processo Civil, art.133), em preceitos repetidos com pequena variação de redação na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 46). Fora dessas hipóteses há, porém, um leque muito vasto de casos em que o Estado poderá ser responsabilizado pela atuação dos seus juízes. A excessiva lentidão dos processos, que pode caracterizar falha do serviço ou culpa anônima, ou ser imputada a juiz desidioso, é suscetível de causar danos patrimoniais ou morais. *«Da mesma maneira quando, sem fundamento razoável, o juiz nega medida cautelar ou medida liminar em mandado de segurança, causando, com esse ato, perda irreparável para o postulante ou até mesmo o perecimento do seu direito»*[12] .

---

[10] TRF 4ª Região, Quarta Turma, AC n° 200271100036182 UF, rel Des. Fed. Valdemar Capeletti, DJU 02.03.2005.

[11] Confira-se, sobre esse tema, o erudito voto do Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz nos EIAC 17489, TRF 4ª Região, Segunda Seção.

[12] ALMIRO DO COUTO E SILVA, op. cit.

3.2 - O ESTADO COMO VÍTIMA DE DANO MORAL?

Muitos autores, ao comentarem a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n°8.429/92) têm sustentado que, no ressarcimento do dano causado por condutas caracterizadoras de improbidade administrativa dever-se-ia incluir a indenização por dano moral [13]. O Estado, como espécie de pessoa jurídica, estaria compreendido, assim, no enunciado da Súmula 227 do STJ: *«a pessoa jurídica pode sofrer dano moral»*. Que as pessoas jurídicas de direito privado sejam suscetíveis de sofrer dano moral não há a mínima dúvida. Imagine-se campanha jornalística movida contra certa empresa, afirmando a baixa qualidade de seus produtos, as práticas utilizadas para fraudar a concorrência, a reiterada sonegação de impostos, a adulteração dos seus balanços, ficando depois provado que essas alegações eram falsas ou infundadas. Por certo teria a pessoa jurídica ação e pretensão contra o jornal para exigir ressarcimento, não apenas pelos danos patrimoniais causados (diminuição de clientela, redução do volume de vendas), como também por dano moral, por lesão à «honra objetiva» da empresa, seu prestígio, sua boa fama, o seu conceito social e no mercado, com fundamento no art. 5°, X, da Constituição Federal. Deve-se porém observar, a esta altura, que a ofensa à «honra objetiva» da pessoa jurídica de direito privado só é juridicamente admitida como causa de dano moral diante da sua potencialidade de produzir, também, dano patrimonial, pela perda de receita, quer se trate de sociedade, associação ou mesmo fundação. A pessoa jurídica não tem sentimentos e não sofre abalos psicológicos; não tem, pois, como as pessoas físicas, uma «honra subjetiva» que, quando atacada, a lesão produzida seja (ou possa ser) puramente moral, sem qualquer reflexo patrimonial.

Pense-se, agora, na campanha jornalística movida contra o Estado, criticando seu mau funcionamento, sua ineficiência, o malbaratamento dos recursos públicos, a corrupção e o nepotismo nele instalados, o despreparo de seus agentes, enfim, algumas das matérias que lemos e ouvimos todos os dias nos nossos principais meios de comunicação.

---

[13] Assim, p. ex., EMERSON GARCIA/ROGÉRIO PACHECO ALVES, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p.470 e ss.: «Do mesmo modo que as pessoas jurídicas de direito privado, as de direito público também gozam de determinado conceito junto à coletividade, do qual muito depende o equilíbrio social e a subsistência de várias negociações (...). É plenamente admissível, assim, que o ato de improbidade venha a macular o conceito que gozam as pessoas jurídicas relacionadas no art. 1° da Lei n° 8.429/92, o que acarretará um dano de natureza não patrimonial, passível de indenização». E , na nota de n° 964, registram aqueles autores (p.471): «Também admitindo a reparação do dano moral : Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade*.. p. 304), Fábio Medina Osório (*Improbidade*...p.256), Antônio José de Mattos Neto (*Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa*, RT 752/40), Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho (*O Estado como Sujeito Passivo de Danos Morais Decorrentes de Atos de Improbidade Administrativa*, Rev. Fórum Administrativo, jan/02, p.39) , José Jairo Gomes (*Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa*, in *Improbidade Administrativa*, *10 Anos da Lei n° 8.429/92*, pp.264/265) e Affonso Ghizzo Neto (*Improbidade...*pp.89-90).Juarez Freitas (*Do Princípio da Probidade...*p.55) entende que a multa cominada no art. 12 da Lei n° 8.429/92 tem a função de reparar o dano moral. Wallace Paiva Martins Júnior (Probidade...) sustenta que as sanções de perda de bens (p.266) e de multa (p.281) encerram indenização pelo dano moral sofrido pelo sujeito passivo do ato de improbidade (...) ».

Nesse contexto, seria admissível que o Estado exigisse indenização por dano moral, alegando e até provando que algumas das críticas não eram verdadeiras e que elas teriam afetado a boa imagem do Estado perante o povo, sua dignidade e seu prestígio?

Numa ditadura ou em um regime autoritário, em que a liberdade de expressão fosse cerceada, a resposta a essa indagação seria, por certo, entusiasticamente afirmativa. Num Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, a resposta, porém, só pode ser peremptoriamente negativa. Como preceitua o art. 5°, IX, da Constituição da República, *«é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença».*

O princípio da liberdade de expressão, ai proclamado, freqüentemente é confrontando com os valores protegidos pelo inciso imediatamente subseqüente, o inciso X, que dá como *«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».* A primeira observação a ser feita, nesse tema, é que as normas jurídicas que acabamos de transcrever estão inseridas no texto constitucional no Título pertinente aos «Direitos e Garantias Fundamentais» e no Capítulo que cuida «Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos». Em outros termos, essas normas têm por objetivo precípuo identificar e traçar o contorno dos direitos que os indivíduos têm, quer sejam eles contra o Estado - para exigir que se abstenha (os chamados direitos de defesa, *Abwehrrechte*) ou para exigir alguma prestação -, quer sejam eles contra outros indivíduos.

Bem se compreende, portanto, que entre as pessoas cuja honra e imagem são declaradas invioláveis pela Constituição não se inclui o Estado. A ele não se aplica o inciso X do art. 5° da Constituição Federal, o qual tem como destinatários, exclusivamente, as pessoas privadas. No concernente ao Estado, por via de conseqüência, a crítica é livre, porque é livre a expressão do pensamento. Não há que se falar, igualmente, em dano moral, pois a «honra e imagem» do Estado não estão protegidas pela Constituição.

Neste ponto deve-se abrir, entretanto, uma exceção. Cuidando-se de pessoa jurídica com personalidade de direito privado, da Administração Indireta do Estado, que atue em regime de competição com empresas do setor privado ou que seja mantida por doações de particulares, é irrecusável que ela pode sofrer dano moral, cabendo-lhe direito à respectiva indenização.

Cabe ainda ponderar, para encerrar esta ordem de considerações, que, no cotejo entre os princípios contidos no inciso IX e no inciso X do art. 5° da Constituição Federal, é hoje pacífico que a cortina que protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas abre-se mais quando essas pessoas possuem fama e notoriedade, quando são o que se chama de personalidades públicas, como os artistas célebres, os campeões do esporte, os grandes jogadores de futebol, os políticos de destaque, acostumados todos eles às charges, aos registros fotográficos e televisivos que os surpreende em situações nem sempre favoráveis, bem como aos comentários da mídia, por

vezes elogiosos, mas outras vezes extremamente cáusticos e até mesmo cruéis nas suas censuras. Aceita-se, numa palavra, que a intimidade e a vida privada dessas personalidades públicas sejam mais devassadas que a do indivíduo comum.

Em se tratando do Estado, porém, não há cortina alguma. O princípio que sobreleva é o da publicidade (CF, art. 37), cujos limites (CF, art.37, § 3°, II) estão nos direitos fundamentais das pessoas privadas (CF, art.5°, X) e no sigilo *«imprescindível à segurança da sociedade e do Estado»* (CF, art. 5°, XXXIII). E só. Dentro dessas balizas tudo é possível.

Diversamente do que ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado, o uso contra o Estado, mesmo abusivo, porque distorcido ou de má fé, da liberdade de expressão, nunca lhe causará dano moral.

O conceito de «honra objetiva» do Estado tem, inegavelmente, a meu juízo, um certo ranço fascista, recende a regime totalitário, é uma forma de tornar o Estado imune a críticas. Parece-me absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. De qualquer maneira, seria ilógico e incoerente, dentro de um mesmo sistema jurídico, que essa «honra objetiva» existisse para certos efeitos e para outros não.

Penso ter mostrado que, pelos usos ou abusos da liberdade de expressão o Estado não pode ser vítima de dano moral. Dito de outro modo: o Estado, para esse efeito, não tem «honra objetiva» ou esta é irrelevante.

Mas, já vimos que, segundo alguns autores, em alguns casos de improbidade administrativa há dano moral do Estado. Quer dizer, para estes efeitos, e só para estes, o Estado tem uma «honra objetiva», tem uma reputação, um prestígio social e popular a serem preservados. Ora, honra ou se tem ou não se tem. Não há honra por metade, que, deste lado, quando atacada, dê azo a dano moral e sua respectiva reparação e que do outro lado, quando atacada, não dê causa a qualquer conseqüência jurídica. Só num sistema jurídico concebido sem nenhuma preocupação com a coerência e com mínimas exigências lógicas isto seria admissível. Não é este o caso, porém, do nosso sistema jurídico.

Certo, a Constituição de 1988 inseriu a moralidade entre os princípios da Administração Pública (CF, art. 37), fazendo-a parte integrante de norma jurídica e acolhendo-a, portanto, dentro da noção de **legalidade**, embora no plano mais alto da legalidade, que é o plano constitucional. A **moralidade,** por força de norma da Constituição, tornou-se, portanto, parte da **legalidade,** que é, juntamente com a **segurança jurídica**, princípio integrante do princípio maior do Estado de Direito (CF, art. 1°).

Além disso, no art. 5°, LXXIII, da Constituição Federal, foi incluído entre os objetos da ação popular a anulação de ato jurídico lesivo à moralidade administrativa. De outra parte, no § 4° do art, 37, diz a Constituição Federal que

«os atos de improbidade administrativa» (conceito que está obviamente relacionado com o de moralidade administrativa) *«importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível».*[14] No §5° do mesmo artigo – que deve ser lido e interpretado em conexão com o anterior – determina-se que *«a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não,* ***que causem prejuízo ao erário****, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento»*[15] (o destaque é meu).

É de intuitiva evidência que o legislador constituinte ao restringir os prazos prescricionais exclusivamente aos ilícitos que causem prejuízo ao erário, excluiu os danos morais, pois prejuízos ao erário são – e só podem ser – danos patrimoniais, uma vez que prejuízos ao erário são prejuízos ao tesouro ou aos cofres públicos, danos inequivocamente materiais, portanto. Tal exclusão, manifestamente, não significa que os ilícitos causadores de danos morais são imprescritíveis, ou que os prazos para esses ilícitos deveriam ser estabelecidos em outra lei. Isto não seria lógico. A omissão de referência a dano moral no corpo do §5°, que estamos comentando, só pode ser compreendida no sentido de que os danos causados ao Estado por agentes públicos, servidor ou não, têm sempre a natureza de danos patrimoniais.

Coerentemente com essa posição, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n°8.429/92) não faz qualquer menção a dano moral. No art.10 estão previstos os ilícitos que «causam prejuízo ao erário», vale dizer, que causam danos patrimoniais. No art. 12, que dispõe sobre as sanções, os seus três incisos aludem a «ressarcimento integral do dano» («quando houver» dano, na hipótese do art. 9° e «se houver» dano, na hipótese do art.11). Em se tratando de ilícito de improbidade que causa dano ao erário, o valor da multa civil cominada será de até duas vezes o valor do dano, que aqui, obviamente, como se viu, só pode ter a natureza de dano patrimonial.

Há doutrinadores que sustentam, entretanto, que a multa civil contém a reparação pelo dano moral[16] . Em primeiro lugar é, pelo menos questionável, a legitimidade da sanção de multa, uma vez que ela não está prevista no §4° do art.37 da Constituição Federal, não havendo o legislador constituinte outorgado ao legislador ordinário qualquer licença para acrescentar ao rol das penas ali previstas outras sanções, como o fez, por exemplo, com as penas criminais (CF, art. 5°, XLVI[17]). Mas aqui não é o lugar para aprofundar esta questão.

---

[14] Sobre moralidade e probidade no direito positivo brasileiro veja-se MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, p.77 e ss.

[15] Esse preceito, a meu juízo, tem sido geralmente entendido de forma inadequada, fazendo-o dizer mais do que ele efetivamente diz. Por ele não se estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Apenas a norma esclarece que os prazos prescricionais instituídos para os ilícitos não abrangerão, também, as pretensões ressarcitórias. A regra faz claro discrime entre prescrição da pretensão punitiva ou sancionatória e a prescrição da pretensão ao ressarcimento, Veja-se, a propósito, com argumentos que me parecem irrespondíveis, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (*Comentários à Constituição*, Rio de Janeiro, Freitas Basdtos, 1991, vol 3, p.313).

[16] Veja-se a nota 11 supra.

[17] «A lei regulará a individualização das penas e adotará, **entre outras,** as seguinte**s :**(...)».

De qualquer modo, mesmo que a multa civil instituída pela Lei de Improbidade Administrativa seja compatível com a Constituição, ainda assim, pela análise dos preceitos da própria lei, a conclusão que se tira é a de que reparação do dano é uma coisa e multa outra. Isto está muito claro nos três incisos do art. 12, os quais referem sempre, ao lado do «ressarcimento integral do dano», a multa civil, mostrando assim que esta não tem caráter de ressarcimento ou de compensação, mas sim puramente de sanção. Aliás, seria estranho e injustificável, pecando até contra os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, que a indenização por dano moral pudesse ser de até duas vezes o valor do dano, na hipótese do art. 10, como preceitua o art. 12, II, ao dispor sobre a multa civil.

Conquanto o art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa estatua que a aplicação das sanções nela previstas independa «da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público» daí não se poderá inferir a possibilidade de ocorrência de dano moral do Estado. O que está declarado no texto legal é que a lesão ao patrimônio público não é elemento que seja sempre necessário à tipificação do ilícito de improbidade administrativa, tanto assim que, para as hipóteses do art. 9° e do art. 11, o art. 12, I e III, só prevê o ressarcimento integral do dano, em homenagem à lógica, «quando houver dano» ou «se houver dano».

Tudo isto está a evidenciar que o Estado, em princípio, não pode ser vítima de dano moral, salvo quando atue como agente econômico, por pessoa jurídica de direito privado da sua Administração Indireta, em regime de competição com as empresas do setor privado (CF, art. 173, § 1°, II e § 2°). O principal fundamento para essa conclusão está em que, ao admitir-se uma «honra objetiva» do Estado, que é o pressuposto para o dano moral, alimenta-se o Leviatã que o Estado de Direito visou a extirpar. Honra do Estado, razões de Estado, segurança do Estado foram sempre, na história da humanidade, conceitos indeterminados utilizados muito mais em detrimento do povo, de onde emana todo o poder do Estado, segundo a fórmula clássica, do que em seu favor ou benefício.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

COUTO E SILVA, Almiro do. NOTAS SOBRE O DANO MORAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.