

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

MAGGIE DANIELLE SANTOS CALDERÓN

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES
EXTRA CONTRATUAIS ENTRE OS PARTICULARES E AS ENTIDADES DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

NATAL/RN

2020

MAGGIE DANIELLE SANTOS CALDERÓN

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES
EXTRA CONTRATUAIS ENTRE OS PARTICULARES E AS ENTIDADES DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do Certificado de Especialista em Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Me. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior.

NATAL/RN

2020

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN
Sistema de Bibliotecas – SISBI

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Calderon, Maggie Danielle Santos.

A aplicação do instituto do dano moral nas relações extracontratuais entre os particulares e as entidades da Administração Pública / Maggie Danielle Santos Calderon. - 2020.

62f.: il.

Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, 2020.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior.

1. Direito - Monografia. 2. Dano moral - Monografia. 3. Administração Pública - Monografia. 4. Responsabilidade civil - Monografia. I. Duarte Júnior, Ricardo César Ferreira. II. Título.

RN/UF/CCSA

CDU 347.426

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES
EXTRA CONTRATUAIS ENTRE OS PARTICULARES E AS ENTIDADES DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do Certificado de Especialista em Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Me. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior.

Aprovada em: 27/04/2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ricardo César Ferreira Duarte Júnior (Orientador)

Me. Pedro Flávio Cardoso Lucena

Esp. Pedro Arthur Medeiros Florentino

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar a aplicação do instituto do dano moral nas relações extracontratuais entre os entes da Administração Pública e os particulares. Inicia-se o estudo explorando a questão do Estado como gerador do dano. Para isso, primeiro é abordada a história da responsabilidade civil estatal, a evolução das teorias sobre o assunto e como estas são aplicadas nas ações e omissões do Estado. Em seguida, são explorados os requisitos que ensejam a responsabilidade das entidades da Administração nessas teorias. O trabalho, então, adentra no elemento dano, especificamente o dano moral, seus variados conceitos e a importância de uma uniformização na consideração deste como lesão a direito de personalidade. Por fim, e como segunda parte da pesquisa, é explorada a questão do Estado como vítima do dano moral. Para isso, é analisada a existência da honra objetiva das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta e a inexistência dessa honra nos entes de direito público, bem como as exceções a essa regra e a importância de não se aplicar o dano moral objetivo nas entidades de direito público para a garantia do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o trabalho aborda, brevemente, acerca do dano moral coletivo nos casos de improbidade administrativa, que a jurisprudência admite mediante comprovação de efetivo prejuízo. Para todo o exposto, é analisada a legislação, bem como o posicionamento doutrinário e jurisprudencial para, ao final, adotar-se uma linha de entendimento a fim da promoção dos direitos de personalidade com a devida importância de direitos fundamentais que são.

Palavras-chave: Dano moral. Administração Pública. Democracia.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the application of the institute of moral damages in non-contractual relations between Public Administration entities and individuals. The study begins by exploring the issue of the State as generator of the damage. To this end, the history of state civil liability, the evolution of theories on the subject and how they are applied to the actions and omissions of the State are first addressed. Next, the requirements for the responsibility of the Administration entities in these theories are explored. The work then goes into the element of damage, specifically moral damage, its various concepts and the importance of a uniformity in the consideration of this as an injury to the right of personality. Finally, and as a second part of the research, the issue of the State as a victim of moral damages is explored. To this end, the existence of the objective honor of private legal entities of the Indirect Administration is analyzed, as well as the non-existence of this honor in public law entities, the exceptions to this rule and the importance of not applying objective moral damages in public law entities for the guarantee of the Democratic State of Law. In this context, the work briefly addresses the collective moral damage in cases of administrative improbity, which case law admits through evidence of effective damage. For all of the above, the legislation is analyzed, as well as the doctrinaire and jurisprudential position in order to, in the end, adopt a line of understanding related to the promotion of the personality rights with the due importance as fundamental rights.

Keywords: Moral damage. Public Administration. Democracy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE.....	9
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	12
3.1 CONCEITO.....	12
3.2 FUNDAMENTO.....	12
3.3 HISTÓRIA.....	13
3.4 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	19
3.4.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	19
3.4.2 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.....	20
3.4.2.1 Teoria da culpa civil comum.....	21
3.4.2.2 Teoria da culpa do serviço.....	21
3.4.3 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado.....	22
3.4.3.1 Teoria do risco administrativo.....	23
3.4.3.2 Teoria do risco integral.....	25
3.4.3.3 Teoria do risco criado.....	26
3.5 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	27
3.5.1 Conduta.....	27
3.5.2 Dano.....	28
3.5.3 Nexo de causalidade.....	28
3.5.4 Falha do serviço.....	30
3.6 DIREITO DE REGRESSO.....	30
3.7 PRESCRIÇÃO.....	31
4 DANO MORAL.....	33
4.1 HISTÓRIA.....	33
4.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO.....	35
4.2.1 Conceito negativo (ou excludente) de dano moral.....	35
4.2.2 Dano moral como alteração negativa de estado anímico.....	36
4.2.3 Dano moral como lesão a direito de personalidade.....	37
4.3 PROVA DO DANO MORAL.....	39
4.4 CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E OUTROS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	39
4.5 DANO INJUSTO E DANO MORAL.....	40

4.6 FUNÇÃO DO DANO MORAL.....	41
5 O ESTADO COMO VÍTIMA DE DANO MORAL.....	44
5.1 HONRA OBJETIVA.....	44
5.1.1 HONRA OBJETIVA NAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO.....	45
5.1.1.1 Pessoas jurídicas de direito privado.....	48
5.1.1.2 Pessoas jurídicas de direito público.....	49
5.2 DANO MORAL NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	50
5.3 PESSOA DO AGENTE PÚBLICO COMO VÍTIMA DE DANO MORAL.....	53
6 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa é a aplicação do instituto do dano moral nas relações extracontratuais entre os particulares e as entidades da Administração Pública. Trata-se de assunto de ocupação quotidiana nos tribunais brasileiros, tendo grande relevância jurídica. A escassez de legislação sobre o assunto, bem como a divergência doutrinária e mudanças jurisprudenciais, apontam para a necessidade de exposição do tema.

Seja no atendimento precário do Sistema Único de Saúde (SUS), seja em abordagem policial abusiva, seja em problemas decorrentes da falta de energia elétrica e tantos outros nos quais o agente causador do dano é, direta ou indiretamente, o Estado, quando o dano provocado é de ordem moral, e ocorre em relação extracontratual, enseja a responsabilidade civil estatal com a aplicação de diversas teorias, a depender do caso.

Há uma série de situações práticas em que isso pode ocorrer, em condutas lícitas ou ilícitas, em ação ou omissão, em situações de custódia de coisa ou pessoa etc. Dessarte, os capítulos 2, 3 e 4 abordarão esses casos. Entretanto, cabe ressaltar que essa parte do trabalho não discutirá acerca das estatais exploradoras de atividade econômica, visto que elas são regidas pelas regras de direito civil e comercial. Já o capítulo 5 explorará a possibilidade de o ente da Administração participar, não como agente ocasionador do dano moral, mas como vítima, o que pode ocorrer em situações específicas.

A aplicação da compensação indenizatória, decorrente de dano moral, de forma coerente é de suma importância, pois a falta de legislação não pode ser justificativa para decisões divergentes, visto que o direito se rege também pelo princípio constitucional da segurança jurídica.

Como o tema é muitas vezes baseado em doutrina e jurisprudência, por ausência normativa, o trabalho também se reservará a analisar autores e decisões judiciais importantes. Serão reunidas informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: O que é o dano moral? Na escassez normativa acerca da responsabilidade civil nesse tema, como tem se dado a aplicação jurisprudencial? Qual é o posicionamento doutrinário? A Administração Pública pode ser vítima de dano moral?

2 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE

Toda atividade que acarreta algum prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade¹, de tal forma que quando uma pessoa pratica uma conduta danosa a alguém, gera um dever de reparação pelo que causou. Desse modo, pode-se dizer que a responsabilidade se destina a restaurar a harmonia e o equilíbrio que foram desestabilizados por um comportamento humano. É, em suma, a reparação do dano provocado pelo agente.

No ordenamento brasileiro, verifica-se a existência de três tipos de responsabilidade: a penal, a administrativa e a civil. Apesar desses três tipos serem independentes entre si, eles podem, eventualmente, ser cumuláveis. Isso porque “se o mesmo fato provoca responsabilidade de mais de uma natureza, são aplicáveis, cumulativamente, as respectivas sanções.”² Assim, por exemplo, uma conduta criminosa, como o estupro, pode ensejar, além da responsabilidade penal, que é a pena, uma responsabilidade civil pelo dano moral causado à vítima, que é a indenização.

Dessas três responsabilidades, a relevante para o presente estudo é a civil, pois é a que recai sobre a pessoa jurídica da Administração Pública quando seus agentes provocam um dano moral a terceiro. Essa responsabilidade, em síntese, decorre da prática de infração às normas de direito civil.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, pode-se dizer que “a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano emergente da violação de um dever jurídico originário”³, onde o termo “dever jurídico originário” é utilizado para esclarecer que há um dever jurídico primário, que é o de não lesar ninguém, cuja violação gera um “dever jurídico sucessivo”, secundário, que é a obrigação de indenizar essa lesão causada. Todavia, a responsabilidade civil abordada neste trabalho é mais específica, é a do Estado, nas suas relações extracontratuais. Neste momento, é importante pontuar que

a responsabilidade extracontratual ora em estudo é do Estado (*lato sensu*), e não da Administração Pública, na medida em que esta não possui personalidade jurídica, tratando-se do conjunto de órgãos e entidades estatais imbuídos da função administrativa.⁴

1 GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938 – **Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil** . 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.36.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 658.

3 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

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

Assim, quando fala-se em responsabilidade civil do Estado, trata-se da responsabilidade das pessoas jurídicas que integram a Administração Pública, ou seja, das entidades políticas da Administração Direta e das entidades administrativas da Administração Indireta, frutos da descentralização, nomeadamente as autarquias, as fundações públicas e as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Afinal, um dos critérios para a responsabilização é o exercício da função administrativa, que consiste na defesa concreta dos interesses públicos, sempre dentro dos limites da lei (o que engloba os serviços públicos, o poder de polícia, a regulação e fomento estatais e o controle administrativo).

Nesse ponto, é necessário mencionar que a função administrativa não é exercida tão somente pelo Poder Executivo, sendo também desempenhada, de forma atípica, pelos Poderes Legislativo e Judiciário, nas hipóteses expressas da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) de 1988. Portanto, a responsabilidade civil do Estado engloba os Três Poderes, quando estes exercem a função administrativa.

Outro ponto importante diz respeito aos órgãos públicos, criados por desconcentração. Obviamente, quando o agente público não estiver diretamente vinculado à entidade, mas a um órgão dela, e ele gerar um dano a terceiro, quem responderá será a entidade ao qual ele pertence, pois ela quem é dotada de personalidade jurídica. Se, por exemplo, um agente municipal causar, no exercício de sua função, danos a um particular, quem responderá será, nesse caso, um ente político, que é o Município.

Já no que diz respeito a empresas contratadas, quando uma concessionária, que é pessoa jurídica de direito privado, presta um serviço público, apesar de não pertencer à Administração Pública, faz esta última responder de forma subsidiária.

Assim, percebe-se que a compreensão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, vai além do Poder Executivo, ou das entidades da Administração Direta e Indireta. É assunto amplo, que abarca uma série de situações quotidianas.

Outra questão relevante se refere ao agente. A responsabilidade surgirá não somente quando ele estiver exercendo função administrativa, mas também em situações em que estiver atuando na condição de agente público, como pode-se depreender da jurisprudência que segue:

DANO MORAL. ACIDENTE. TRÂNSITO. MORTE. PAIS. MENOR.

A ação indenizatória foi movida em benefício do menor, então com três anos, que viu ambos os pais falecerem em razão do acidente de trânsito causado por servidor

militar à frente da condução de veículo pertencente ao Exército, em uso particular (mudança residencial) autorizado pela unidade em que servia. Houve a condenação da União a reparar os danos materiais, mediante o pagamento de pensão no patamar de sete salários-mínimos, fixados os danos morais em 2.000 salários-mínimos, afora a determinação de o servidor, via denúncia da lide, pagar os prejuízos da União. Isso posto, faz-se necessário anotar que, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade do Poder Público é objetiva ao adotar-se a teoria do risco administrativo e que **a condição de agente público, quando contribui de modo determinante para a conduta lesiva, é causa para a responsabilização estatal, dispensado que os danos sejam apenas decorrentes do exercício da atividade funcional**, quanto mais se não é classificado como terceiro o agente público que tem a posse do veículo. Responde a Administração pelos danos decorrentes do acidente, mesmo que tenha autorizado a posse do veículo a seu agente, sabedora que se utilizaria em uso particular. Quanto à indenização dos danos morais, ao se considerar a peculiar situação de uma criança em tenra idade perder a companhia dos pais, bem como os patamares fixados pela jurisprudência deste Superior Tribunal, melhor reduzi-la ao correspondente a 600 salários-mínimos.⁵

Não perdendo o foco, o que se pretende primeiramente apresentar, é que, “tendo ocorrido o fato ensejador da responsabilidade civil e perpetrado o dano ao lesado, tem este, contra o responsável, direito à reparação dos prejuízos ou, em outras palavras, faz jus à devida indenização.”⁶ E se o responsável for o Estado, ele deve reparar o dano.

Entender a aplicação da responsabilidade civil das entidades da Administração Pública é primordial para a posterior compreensão da aplicação da indenização por dano moral nesse mesmo âmbito. Afinal, tendo ocorrido conduta do agente público lesiva moralmente a terceiro, a vítima tem todo o direito de ser indenizada, em uma decisão judicial isonômica, uniforme, justa, como se espera de um Estado Democrático de Direito.

5 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 866.450-RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 24/4/2007. **Grifo nosso**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0318.rtf> Acesso em: 10 out. 2019.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 658.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 CONCEITO

A responsabilidade civil (extracontratual) estatal é a obrigação que o Estado tem de indenizar os danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, que seus agentes públicos, atuando em seu nome, causarem aos particulares. Para Celso Antonio Bandeira de Mello:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.⁷

De acordo com Matheus Carvalho:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de o poder público recompor prejuízos causados a particulares, em dinheiro, em decorrência de ações ou omissões, comportamentos materiais ou jurídicos, quando imputados aos agentes públicos, no exercício de suas funções.⁸

Trata-se da responsabilidade gerada nas situações sem qualquer relação jurídica prévia com o Poder Público. O agente estatal, nessa situação extracontratual, provoca um dano, por ação ou omissão, a um particular. Fala-se em dano causado a “terceiros”, justamente para passar a ideia de que ele é gerado fora de qualquer relação jurídica decorrente de um contrato.

3.2 FUNDAMENTO

O fundamento da responsabilidade civil do Estado surgiu com o Estado de Direito, com seu ideal de que a Administração Pública deveria se submeter as normas jurídicas, assim

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros: 2017. p. 1021.

8 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 341.

como os demais sujeitos de direitos da sociedade⁹. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello:

A ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito. Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem.¹⁰

Assim, o parâmetro adotado na responsabilidade civil estatal repousa no princípio da isonomia. Também chamado de princípio da igualdade, ele vem expresso na CRFB/1988 como direito fundamental dos cidadãos (art. 5º, *caput*). Apesar de não ser dirigido especificamente para a Administração Pública, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais permite a sua aplicação também no âmbito administrativo.

Desse modo, segundo a lógica de que, se o Estado existe e atua para a concretização dos interesses públicos, em benefício de toda a coletividade, não seria justo que, ao causar danos a determinada pessoa no exercício de suas atividades, a pessoa lesada arcasse sozinha com os prejuízos. Assim, mesmo que o Estado atue licitamente, se ele gerar um dano anormal e específico ao particular, ele deve responder civilmente.

3.3 HISTÓRIA

A noção de responsabilidade civil do Estado é recente, tendo surgido há poucos séculos. Primeiramente, a ideia comum era a de irresponsabilidade estatal. Por exemplo, na Idade Média, o pensamento medieval europeu sustentava “a existência de um direito independente da vontade dos homens e superior aos comandos de qualquer autoridade”¹¹. Acreditava-se que o direito não era uma criação do Estado, e sim divina.

Nessa época, os homens acreditavam na existência de uma lei natural de origem divina, formada por normas perfeitamente obrigatórias, superiores ao poder dos reis e do papa. As leis positivadas não podiam contradizer a lei natural. A aquelas caberia somente

9 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p 339.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros: 2017. p. 1027.

11 GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. **As origens do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 168:11-7, abr./jun. 1987. p.13.

regulamentar as normas “de origem divina”. “Estas leis positivas - insista-se - não eram válidas senão na medida em que se ajustassem ao direito superior.”¹²

Esse pensamento de um direito natural superior levou à célebre ideia do período das monarquias absolutistas: “*the king can do no wrong*”. Era uma época em que os dogmas da Igreja e a teoria de direito divino dos reis de Jacques-Bénigne Bossuet eram amplamente aceitos pela sociedade, legitimando o poder do monarca. Acreditava-se que os reis não erravam, por isso não poderiam ser responsabilizados.

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut malfaire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.¹³

Por muitos séculos vigorou a teoria da irresponsabilidade estatal. Mesmo com o fim do Absolutismo e o surgimento das ideias iluministas e dos primeiros esboços da limitação do poder dos monarcas na Idade Moderna, no que tange à responsabilidade estatal, nada mudara. Por exemplo, no contexto do Liberalismo, “o denominado Estado Liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento (...)”¹⁴.

Assim, por muito tempo, o Estado criou leis, mas não se submetia a elas, sendo por isso considerado juridicamente irresponsável. Ou seja, toda vez que causava um dano a terceiro, não havia lei alguma que o vinculasse diretamente ao dever de reparação.

Essa situação prevaleceu até o *leading case*, em 1871, quando na França, Agnès Blanco, uma menina de cinco anos, foi atropelada por um vagonete impulsionado por quatro funcionários públicos da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco (o fumo era atividade explorada pelo estado francês). Diante da amputação da perna da criança, o pai recorreu ao Judiciário pedindo uma indenização contra o Estado, alegando que o dano ocorrera devido a uma conduta lesiva decorrente de serviço público. Em 1873, o Tribunal acabou por responsabilizar o Estado Francês pelo dano (amputação da perna) causado a terceiro (Agnès

12 GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. **As origens do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 168:11-7, abr./jun. 1987. p.14.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 717.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Blanco) por meio de seus agentes (os quatro funcionários da Companhia Nacional). Após essa decisão inédita, ocorreram outras semelhantes, especialmente nos países de *civil law*:

[...] Na tradição romano-germânica, o pretexto da irresponsabilidade termina no século XIX, com os primeiros precedentes julgados pelo Conselho de Estado francês e com a utilização da teoria geral da Responsabilidade Civil do direito privado, aplicada e adaptada ao Direito Administrativo. Os primeiros julgados, que datam da segunda metade do século XIX, reconhecem o dever do Estado francês de indenizar vítimas de acidentes automobilísticos causados por automóveis oficiais encarregados da prestação de serviços públicos.¹⁵

“O Estado, que, até então, agia irresponsavelmente, passou a ser responsável, em casos pontuais, sempre que houvesse previsão legal específica para responsabilidade. Eram situações muito restritas. No Brasil, surgiu com a criação do Tribunal Conflitos, em 1873.”¹⁶

Assim, com o surgimento do Estado de Direito, começaram a ser aplicados, nas decisões judiciais, os primeiros casos de responsabilidade dos agentes estatais. Fora implementada “a ideia de que a Administração Pública se submete ao direito posto, assim como os demais sujeitos de direitos da sociedade.”¹⁷

Entretanto, tratava-se de um instituto recente, que ainda protegia sobremaneira o Estado.

[...] procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.¹⁸

Essa diferenciação entre as condutas dos agentes causava confusão, pois em muitos casos não ficava bem definido se se tratava de ato de império ou de gestão. Em verdade, essa teoria também era uma forma de manter a ideia de que os soberanos não erravam, sendo seus atos de impérios dignos de irresponsabilidade. De qualquer forma, quando o Estado atuava como se particular fosse, ao gerar um dano, ele responderia pelos prejuízos causados por seus agentes, desde que fossem originados por conduta culposa.

15 FIGUEIREDO NERY, Ana Rita de . **Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade.** p. 468.

16 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 340

17 Ibidem, p. 339.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. p. 522.

Com o decorrer do tempo, foi consagrada a teoria civilista, baseada na culpa civil comum do Estado, equiparando este aos indivíduos, tendo como elemento essencial a responsabilidade subjetiva através da culpa ou dolo do agente público.

No Brasil, a teoria civilista foi adotada no Código Civil de 1916, em seu art. 15, *in verbis*:

O art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de 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.¹⁹

Quando a norma pátria falava em “procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei”, revelava que a responsabilidade estatal se configuraria diante de atos culposos do agente público. No entanto, esse dispositivo gerou muitas dúvidas, diante da sua falta de clareza. Cavalieri Filho elucida que:

Não obstante a redação ambígua desse dispositivo, o que ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido, nele, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em representantes, ainda ligado à ideia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões “procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei” não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário.²⁰

Ocorre que, na prática, a aplicação da teoria civilista causava injustiças. Primeiro, diante da dificuldade já mencionada em diferenciar-se atos de império e atos de gestão. Segundo, diante dos entraves que as vítimas enfrentavam na prática para conseguir provar a culpa do agente público.

Após esse período, veio a teoria da culpa administrativa, que procurou acabar com essas dificuldades. Ela, em verdade, tratava-se de uma transição entre a teoria da responsabilidade subjetiva, ora praticada, e a teoria da responsabilidade objetiva, que ainda estaria por vir. A teoria da culpa administrativa apregoa a culpa anônima do serviço público, uma vez que a vítima não precisaria mais provar quem seria o agente causador do dano, bastando que provasse a má prestação do serviço para ensejar a responsabilidade estatal. Assim, não era mais necessária a confusa diferenciação entre atos de gestão e atos de império, tampouco a prova da identificação do agente. A adoção desse entendimento ocorreu em muitos países, incluindo no Brasil.

19 BRASIL. **Lei nº 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 set. 2019.

20 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 259.

A *falta do serviço* podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento *culpa*.²¹

A responsabilidade direta de indenizar passou a ser do Estado, e não mais do agente, não mais importando sua identificação. Entretanto, com o tempo, essa teoria também se mostrou insuficiente diante da dificuldade das vítimas de provarem a culpa do serviço público. Nesse contexto, surgiu a teoria do risco administrativo, na qual a obrigação do Estado em reparar o dano ocorre independentemente da existência da culpa do serviço ou do agente público.

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público. Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a *teoria do risco administrativo*, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.²²

Assim, a Constituição do Brasil, de 1946, passou também a adotar a responsabilidade objetiva, *in verbis*:

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.²³

O foco era o dano e o que deveria ser provado era a existência desse dano e que este fora causado pelo Estado, não importando quem era o agente, nem a existência da culpa.

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 660.

22 Ibidem, p 661.

23 BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 10 Dez. 2019.

Por fim, a culpa do agente tornou-se irrelevante na ação estatal, bastando a prova da conduta, do dano e do nexó de causalidade. As constituições posteriores mantiveram o risco administrativo previsto na Constituição de 1946, aprimorando-o. A Carta Magna de 1988 seguiu essa tendência:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 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.

[...] ²⁴

Com isso, o Código Civil de 2002, então passou, diferentemente de seu antecessor, cujo art. 15 já estava derogado desde a Constituição de 1946, a disciplinar o tema em compatibilidade com a norma constitucional:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. ²⁵

Por fim, diante de todo o exposto, cabe aqui mencionar um fato muito importante. Ocorre que a Constituição Federal de 1988 não trouxe regras relativas a responsabilidade civil por eventuais danos causados por omissões do Poder Público. Diante dessa ausência de norma, a jurisprudência acabou construindo o entendimento de que a responsabilidade por omissão é sim cabível, sendo regida pelos ditames da responsabilidade subjetiva. Ou seja, em suma, e de uma forma geral, a teoria da responsabilidade objetiva estatal pautada no risco administrativo é aplicada no Brasil apenas para condutas comissivas, pois nas condutas omissivas prevalece a teoria da culpa administrativa pautada na culpa do serviço. Além disso, ainda há casos específicos nos quais é adotada a responsabilidade objetiva pelo risco integral.

Em que pese a aplicação das mais diversas teorias no âmbito da responsabilidade civil estatal, fato é que:

24 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 Set. 2019.

25 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 30 set. 2019.

não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc.²⁶

Como o tema é amplo e diverso, todos esses tipos de responsabilidade e suas respectivas teorias serão melhor exploradas nos próximos tópicos.

3.4 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade estatal, assim como todo o ordenamento jurídico, evoluiu conforme a sociedade e a história que ela construiu. Assim, se em um primeiro momento, o Estado não respondia pelos danos que causava, hoje, admite-se, até mesmo em situações excepcionais, uma responsabilidade integral.

O cenário atual é de aplicação de várias teorias da responsabilidade, a depender do caso. É o que será abordado a seguir.

3.4.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado

Como já mencionado, o princípio da irresponsabilidade do Estado vigorou durante muitos séculos. No contexto dos Estados Absolutistas, a irresponsabilidade era a ideia de que seria impossível atribuir falhas aos governantes.

Com efeito, é sobejamente conhecida a frase de Laferriere: “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”, bem como expressões “que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: ‘Le roi ne peut mal faire’, como se afirmava na França, ou: ‘The King can do no wrong’, que é a equivalente na versão inglesa.²⁷

No entanto, essa irresponsabilidade não era plena.

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 660.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros: 2017. p. 1026.

Isto porque, de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 Pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais²⁸

Celso Antonio Bandeira de Mello pontua que se admitia, em muitos países, a responsabilidade do funcionário público quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal seu. No entanto, era difícil de se conseguir a indenização por dois motivos: primeiro porque o patrimônio do agente costumava ser ínfimo; segundo devido a proteções que geralmente eram concedidas a eles. Na França, por exemplo, o art. 75 da Constituição do Ano VIII (1799), estabelecia que as ações contra os funcionários perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado francês, o qual raramente a concedia.

A norma francesa de garantia dos funcionários viria a cair em 1870, por via de um decreto-lei de 18 de setembro, época em que já há muitíssimos anos não mais estava em vigor a Constituição do Ano VIII e a disposição protetora era recebida como sobrevivente apenas com força de lei.²⁹

No Brasil, considera-se que essa teoria jamais existiu. Em um primeiro momento, o Estado somente foi responsabilizado nos casos específicos e excepcionais previstos na legislação. Posteriormente, adotou-se a teoria da responsabilidade subjetiva independentemente de lei específica prevendo as situações abrangidas, aplicando-se ao Estado a Teoria Civilista da Responsabilidade Civil, com fundamento no Código Civil de 1916.

3.4.2 Teoria da responsabilidade subjetiva do Estado

Inspirada no Direito Civil, essa teoria superou a irresponsabilidade dos governantes. Com ela, surgiu a “obrigação de indenizar que “incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito - culposo ou doloso - consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.”³⁰

28 Ibidem, p. 1026 - 1027.

29 Ibidem, p. 1027.

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros: 2017. p. 1028.

A teoria da responsabilidade subjetiva subdivide-se em duas outras: a da culpa civil comum do Estado e a da culpa do serviço.

3.4.2.1 Teoria da culpa civil comum

Também denominada de teoria civilista, nela a responsabilização do Estado dependia da identificação do agente público e da demonstração da sua culpa. Essa fase civilista teve sua aplicação fundamentada no Código Civil de 1916.

Nessa teoria, o Estado apenas responderia pelos atos de gestão, nos quais entendia-se haver uma certa igualdade com os particulares, não reparando os danos causados por atos de império, nos quais interpretava-se como atos de soberania.

Assim, pretendia-se, com isso, equiparar minimamente o Estado ao indivíduo, mas não colocando-os em posições jurídicas equilibradas.

Para que se pudesse admitir a incidência da teoria civilista, necessitava-se da comprovação dos seguintes elementos: a conduta; o dano; o nexo de causalidade; a culpa ou o dolo do agente, bem como sua identificação. Aqui, para maior elucidação, cabe diferenciar os dois últimos institutos mencionados:

Conforme entendimento da doutrina cível, a culpa decorre da demonstração de conduta praticada com imprudência, imperícia ou negligência pelo agente, mesmo porque qualquer atuação fora dos limites da lei já se configura negligente. Por sua vez, a demonstração do dolo depende da intencionalidade do agente em causar o dano ou, pelo menos, da assunção do risco conhecido pelo agente ao atuar.³¹

3.4.2.2 Teoria da culpa do serviço

Essa teoria é baseada na teoria francesa da “Faute du Service”, na qual a responsabilidade estatal dispensa qualquer identificação do agente responsável pelo dano. Para essa teoria, necessita-se apenas a comprovação da falha do serviço (por isso ela também é chamada de teoria da culpa anônima), seja por não prestação do serviço, por mal funcionamento ou por atraso em sua execução.

31 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 341.

Na responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma “presunção de culpa”, pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente.³²

Assim, não é necessário indentificar o agente ou sua culpa específica, pois há uma presunção de culpa. No entanto, caso o poder público consiga comprovar que não houve a culpa, estará isento da obrigação de indenizar.

É uma teoria defendida por muitos autores, como, por exemplo, Matheus Carvalho. A jurisprudência nacional também vem aplicando a culpa do serviço seguindo o mesmo norte, ou seja, nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão. Entendem que o art. 37, p. 6, traz implícito a existência de uma conduta como elemento da responsabilidade³³.

Por outro lado, é importante citar que existe importante doutrina, como Carvalho Filho³⁴, que interpreta esse mesmo dispositivo constitucional como referindo-se tanto para situações de ação como de omissão estatal. De acordo com essa análise, acreditam que deve ser aplicada a teoria do risco administrativo também para os casos omissivos. Todavia, como já foi dito, não é o que vem sendo aplicado pela jurisprudência.

3.4.3 Teoria da responsabilidade objetiva do Estado

Matheus Carvalho ensina que:

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público. Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.³⁵

32 Celso Antonio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, p. 1029.

33 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p 349.

34 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. p.659.

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. p. 660-661.

Devido a essa posição desfavorável na relação jurídica entre o Estado e a vítima do dano, surgiu uma teoria que se baseia na ideia de que as atividades estatais, em virtude de toda a sua dimensão e prerrogativas, inclusive muitas vezes sendo desenvolvidas de forma impositiva, envolvem riscos maiores aos cidadãos, de modo que, caso seja gerado algum dano a certa pessoa em seu exercício, deve o Estado responder independentemente da demonstração de culpa. Assim, conforme esse entendimento, torna-se suficiente a comprovação apenas da conduta, do dano e do nexo causal.

Essa teoria, da responsabilidade objetiva, também se subdivide em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Além delas, há também a existência da teoria do risco criado, aplicável em situações de custódia.

3.4.3.1 Teoria do risco administrativo

A diferença entre a teoria do risco administrativo e a do risco integral é, basicamente, que na primeira se admitem as excludentes da responsabilidade civil.

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo há décadas, com base na tese de Celso Antônio Bandeira de Mello, em interpretação da literalidade do texto constitucional, que a responsabilidade objetiva do Estado é aplicável somente para condutas comissivas do agente público, enquanto às omissivas aplicaria-se, a princípio, a responsabilidade subjetiva. Parte relevante da doutrina e jurisprudência segue esse mesmo pensamento.

Entretanto, o próprio STF vem, nos últimos anos, mitigando essa teoria, pois tem reconhecido a responsabilidade objetiva para condutas omissivas nas situações de custódia, hipótese que será abordada em tópico posterior (teoria do risco criado).

Cumprindo observar também que, no Brasil, a responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo é regra tanto para as ações dos agentes das pessoas jurídicas de direito público quanto das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. No entanto, nos casos das de direito privado, o Estado responde subsidiariamente, pois elas possuem responsabilidade primária. Do contrário, caso essas pessoas de direito privado estiverem explorando atividade econômica, responderão como qualquer empresa privada, nos termos do direito civil e comercial (geralmente com responsabilidade subjetiva).

Também é importante revelar matéria sobre a definição do agente público:

Inicialmente vale ressaltar que a Constituição de 1988 inovou quando usou o termo Agente para significar todo aquele que exerce função pública, seja de forma temporária ou permanente. É, portanto, a expressão mais ampla usada no Direito Administrativo. Ante isto, todos estão sujeitos aos princípios mais rigorosos da Responsabilidade Civil do Estado. Com efeito, a definição de agente público abarca todos aqueles que atuam em nome do Estado, ainda que temporariamente e sem remuneração, seja a qualquer título, com cargo, emprego, mandato ou função. Esse conceito abarca os agentes políticos, os servidores estatais (sejam eles temporários, celetistas ou estatutários) e também os particulares em colaboração com o poder público.³⁶

Assim, conforme o STJ, em entendimento já pacificado, o Estado responde também por danos causados por funcionários de empresas terceirizadas contratadas pela Administração para prestar serviços nos órgãos públicos, como pode-se depreender da decisão que segue:

Responsabilidade civil e Processual Civil. Recurso especial. Indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito. Legitimidade passiva. Empresa tomadora de serviços. Funcionário terceirizado. Atuação como preposto. Precedentes. Responsabilidade objetiva. - **O fato do suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade**; - A jurisprudência do STJ entende como preposto aquele que possui relação de dependência ou presta serviço sob o interesse de outrem. Precedentes; - **O acórdão recorrido fixou a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, por ter o acusado agido na qualidade de agente da recorrente**. Recurso especial não conhecido.³⁷

Já no que diz respeito à vítima, de acordo com o entendimento firmado pelo STF, não importa se ela é ou não usuária do serviço público. Isso porque o Supremo entende que a atual Constituição não faz nenhuma distinção quanto ao sujeito passivo do dano.

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II – A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III – Recurso extraordinário desprovido.³⁸

36 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 342.

37 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 904.127-RS 2006/0258006-6. DJ: 03/10/2008. Relator: Ministro Nancy Andrighi. DJ 03/10/2008. **JusBrasil**, 2008. **Grifo nosso**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848456/recurso-especial-resp-904127-rs-2006-0258006-6/inteiro-teor-12769402?ref=juris-tabs>> Acesso em: 04 fev. 2020.

38 STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 591.874/MS Repercussão Geral. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 26/08/2009. **STF, 2009**. Disponível em:

Outro fator importante a considerar é em questões que envolvem obra pública. Obras executadas pelo próprio Estado, em que há dano gerado por má execução, também possuem responsabilidade objetiva pelo risco criado e nesses casos será aplicado o art. 37, §6º, da CRFB/1988. Já se a obra for executada pelo empreiteiro, o Estado só responderá se houver omissão do seu dever de fiscalizar (art. 70 da Lei Federal nº 8.666/1993). Entretanto, caso não se trate de situação de má execução da obra, e sim de um dano gerado pelo simples fato da obra existir, é irrelevante se esta foi executada pelo Estado ou por uma empreiteira, sendo a responsabilidade, também, objetiva pela teoria do risco criado.

Quanto aos elementos necessários para a caracterização da responsabilidade objetiva do Estado segundo a Teoria do Risco Administrativo, basta a ocorrência dos seguintes institutos: conduta, dano e nexo causal.

3.4.3.2 Teoria do risco integral

Essa teoria não admite as excludentes da responsabilidade civil objetiva. Não importa se houve dolo ou culpa da vítima ou de terceiro, o Estado deve responder pelo dano causado.

No Brasil. Essa teoria é aplicada em algumas hipóteses de omissão estatal específicas. São elas: danos nucleares (art. 21, XXIII, “d”, da CRFB/ 88; Lei Federal nº 9.425/ 1996; e STJ, REsp 1180888/ GO); danos ambientais (art. 225, § 2º, da CRFB/88; art. 14, § 1º, da Lei Federal nº 6.938/1981 e STJ, REsp 1374284/MG); e danos decorrentes de atos terroristas ou atos de guerra a bordo de aeronaves brasileiras (Lei Federal nº 10.744/ 2003). No caso de danos ambientais, a execução do Estado é subsidiária (STJ, REsp 1071741/ SP).

3.4.3.3 Teoria do risco criado

Essa teoria é aplicada em algumas situações criadas pelo Estado, em que o dano gerado ao particular foi provocado devido a uma conduta omissiva do agente público.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2635450&numeroProcesso=591874&classeProcesso=RE&numeroTema=130>> Acesso em 03/02/2020.

Embora a responsabilidade omissiva, a princípio, seja subjetiva, nessas situações, em que o dano decorre de uma situação de risco criada pelo Estado, ela passa a ser objetiva com base no risco administrativo, por admitir as excludentes de responsabilidade, ainda que não se demonstre conduta direta do agente público. De forma sucinta, a teoria do risco criado é a aplicação da teoria do risco administrativo em caso de omissão estatal no qual a lesão ocorreu devido a uma situação de custódia a qual o Estado submeteu a vítima.

Essa situação de custódia pode ser de pessoa ou coisa. É o que ocorre, por exemplo, quando um preso agride outro. Ou quando um carro apreendido pelo Detran é danificado na garagem³⁹.

Nesse ponto, é importante mencionar que a teoria do risco criado só será aplicada, obviamente, se houver nexos causal entre a omissão do agente público e o dano provocado, de acordo com a Teoria da *Conditio Sine Qua Non* (também chamada de Teoria dos Equivalentes Causais). Ou melhor, como bem explica Matheus Carvalho, o reconhecimento da responsabilidade estatal “dependerá somente da comprovação de que a custódia foi uma condição sem a qual o dano não teria ocorrido, mesmo que situações supervenientes tenham contribuído para a lesão.”⁴⁰ Nesse sentido decidiu o STF, em sede de repercussão geral, em caso de morte de preso:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexos de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra *legem e a opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação

39 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 350.

40 Ibidem. p. 351.

protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. *In casu*, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.⁴¹

3.5 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

São elementos necessários para a caracterização da ocorrência da responsabilidade estatal. Logicamente, cada caso admite uma teoria e um tipo de responsabilidade, o que é determinante para compreensão de quais desses elementos tornam-se requisitos no caso concreto.

Assim, caso seja situação de aplicação da responsabilidade objetiva de acordo com a teoria do risco administrativo, os requisitos serão somente a conduta, o dano e o nexo causal. Por sua vez, se for aplicável a responsabilidade subjetiva, deve ser também comprovada a falha do serviço, além de todos os outros requisitos da responsabilidade objetiva com risco administrativo.

Se faltar a comprovação de qualquer desses elementos, respeitando-se a teoria aplicável, não haverá responsabilidade civil do Estado.

3.5.1 Conduta

A conduta é um comportamento que o homem faz de forma voluntária, seja por uma ação ou omissão, que é capaz de produzir consequências jurídicas.

Segundo o STJ (REsp 866450/RS), o Estado deve responder mesmo nos casos em que agente público extrapola seus poderes. Para o Tribunal, nessas situações, basta que haja relação de imputação entre a ação ou omissão e o Estado.

41 STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 841526/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 30/03/2016. **STF**, 2016. **Grifo nosso**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>> Acesso em: 03 Fev. 2020.

Ainda sobre a conduta, é importante observar que o Estado responde tanto por atos lícitos quanto por atos ilícitos, consoante entendimento firme do STF.

Outro ponto importante, como ensina Matheus Carvalho, é que, em casos de condutas lícitas, a razão ensejadora da responsabilidade do Estado tem que ser diferenciada, sendo que a conduta deva causar um dano anormal e específico. Isso porque, seguindo o princípio da isonomia, fundamento da responsabilidade civil do Estado, não se pode admitir que o ônus do benefício a toda a coletividade recaia sobre uma pessoa ou pequeno grupo.⁴²

Em síntese, a conduta é a ação ou omissão do agente público, que pode ser ilícita ou lícita. Caso seja lícita, ela deve resultar em um dano anormal e específico para ensejar responsabilidade estatal.

3.5.2 Dano

O dano é o prejuízo causado. Ele pode ser material ou imaterial. Para a responsabilização do Estado, o dano deve, primeiramente, ter sido causado por um agente público agindo nessa qualidade.

De acordo com a doutrina, o dano indenizável é aquele certo, anormal e específico. No que tange à especificidade, ou seja, no dano atingir uma ou mais pessoas específicas, faz-se necessário mencionar que, se o dano estatal atingir a coletividade em geral, de forma difusa, não há responsabilidade civil.

3.5.3 Nexa de causalidade

O nexa de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente estatal e o dano provocado.

O Brasil adotou como regra a Teoria da Causalidade Adequada, na qual o Estado responde civilmente caso a conduta de seu agente seja por si só determinante para gerar o dano ao terceiro. Caso contrário, quando fatos ou atos (simultâneos ou posteriores) alheios ao Estado causem a lesão, há a interrupção do nexa de causalidade. Assim, a essa teoria são aplicadas causas excludentes da responsabilidade, tais como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro.

42 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 342.

Essas excludentes de responsabilidade podem excluir total ou parcialmente o dever estatal de reparar os danos causados. Isso porque sem a conexão entre a atividade estatal e o prejuízo causado, não há que se falar em configuração de responsabilidade. Em suma, é importante ressaltar que existem três tipos de consequências para as situações excludentes do nexos causal: aquela em que a conduta do agente por si só é causadora do dano, tendo o Estado responsabilidade total; aquela em que a conduta do agente contribui para causar o dano, havendo culpa concorrente entre o agente e a vítima, provocando a responsabilidade parcial; e aquela em que o agente em nada contribui, não havendo que se falar em responsabilização.

Por fim, no que tange às situações excludentes, elas podem ser: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito e força maior.

Culpa Exclusiva da Vítima

A culpa exclusiva da vítima ocorre quando a vítima é a própria causadora do dano. Nesse caso, há o rompimento do nexos causal entre a conduta do agente público e o dano provocado.

A culpa pode ser toda da vítima, mas também em parte. Assim, cumpre observar que podem ocorrer situações nas quais há uma culpa parcial, concorrente entre a vítima e o Poder Público. Nesses casos, como não há mais culpa exclusiva, haverá a responsabilização do Estado na proporção em que o agente público tenha contribuído para o dano. Ou seja, nesses casos o dever de reparação será atenuado e, conseqüentemente, a indenização será menor. É importante mencionar, também, que essa redução proporcional do valor indenizatório pela culpa concorrente pode ocorrer, inclusive, nos casos de indenização por dano moral, mesmo que essa indenização tenha um caráter compensatório. A doutrina só não admite a redução equitativa nos casos de responsabilidade objetiva.

Caso Fortuito e Força Maior

Não há consenso doutrinário acerca do que vem a ser caso fortuito e a força maior. Outrossim, os Tribunais Superiores não realizam qualquer distinção entre os temas, por isso não vem ao caso tentar defini-los, pois não haveria utilidade prática.

O que é importante compreender, é que nas decisões judiciais, o caso fortuito e a força maior vem sendo tratados, de forma conjunta, como fatos imprevisíveis e que não poderiam

ser evitados, que por isso acabam rompendo com o nexo de causalidade e, portanto, excluindo a responsabilidade do Estado.

Dessa forma, tanto na ação quanto na omissão, caso ocorra um evento imprevisível e inevitável que tenha causado dano ao particular, o Estado não terá responsabilidade. Entretanto, caso conste que este poderia atuar para evitar o prejuízo, mas se omitiu dolosa ou culposamente, não há quebra do nexo causal e, por isso, a responsabilidade deve ser reconhecida e aplicada.

Fatos de Terceiros

O fato exclusivo de terceiro ocorre quando a conduta não vem do agente público, mas sim de um terceiro.

Nesse caso, de forma semelhante ao que ocorre no caso fortuito e na força maior, o Estado só poderá ser responsabilizado se ficar comprovado que houve omissão dolosa ou culposa do agente público para evitar o prejuízo causado pelo terceiro.

3.5.4 Falha do serviço

A falha do serviço é requisito apenas para os casos de responsabilidade subjetiva do Estado, ou seja, nos casos de omissão do agente público. Nesse contexto, a obrigação estatal de indenizar surge de uma das três formas de serviço falho: a inexistência do serviço, o seu mau funcionamento ou o seu retardamento.

É importante destacar que, caso fique comprovado o dolo ou a culpa do agente público, o Estado, após reparar o dano, terá direito à ação regressiva contra esse agente.

3.6 DIREITO DE REGRESSO

O texto do art. 37, §6º, da CRFB/1988 estabelece o direito que tem o Estado, após ter de pagar indenização ao particular lesado, de cobrar do agente público os valores gastos, desde que comprovado o dolo ou a culpa na conduta desse agente.

Sobre a ação direta da vítima contra o agente público, o STF já entendeu pela sua impossibilidade, pois a Corte adota a teoria da dupla garantia. Conforme essa teoria, há duas garantias, sendo a primeira o direito que a vítima tem de ser indenizada pelo Estado, visto que este possui maior patrimônio, tendo por isso maiores condições e probabilidade de pagar a

indenização. Já a segunda garantia diz respeito ao fato de que o agente público só responderá pelos danos causados perante o Estado, jamais perante os particulares, e apenas após o pagamento da indenização primeiramente pelo Poder Público. Para maior elucidar essa questão, segue jurisprudência do STF:

Responsabilidade civil do estado. Inclusão do agente público no polo passivo da demanda. Impossibilidade. Ilegitimidade passiva. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de não reconhecer a legitimidade passiva do agente público em ações de responsabilidade civil fundadas no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, devendo o ente público demandado, em ação de regresso, ressarcir-se perante o servidor quando esse houver atuado com dolo ou culpa.⁴³

Apesar do entendimento adotado de dupla garantia pelo STF, é importante mencionar que o STJ, e também doutrina relevante, defendiam a possibilidade de se mover ação de reparação diretamente contra o agente público, como é o caso de Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello. Este último autor também registra que a vítima poderia propor a ação de indenização somente contra o agente, ou somente contra o Estado ou contra ambos, como responsáveis solidários, no caso de dolo ou culpa. Ocorre que em 2019, o STF, em repercussão geral⁴⁴, fixou a tese da dupla garantia, consolidando a sua interpretação.

3.7 PRESCRIÇÃO

O prazo para prescrição da pretensão contra o Estado é de cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem, conforme as normas que seguem:

Art. 1º do Decreto nº 20.910/32: As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42: O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas

43 STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 908331 AgR/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 15/03/2016. STF, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10973846>> Acesso em: 04 fev. 2020.

44 STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1.027.633/ SP. Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5136782&numeroProcesso=1027633&classeProcesso=RE&numeroTema=940>> Acesso em 07/10/2020.

ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

Observa-se que os decretos supramencionados não se referem as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Nesses casos, aplica-se a seguinte norma:

art. 1º-C da Lei Federal nº 9.494/97: Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Ou seja, a ação de indenização contra essas empresas também prescreverá em cinco anos.

4 DANO MORAL

Assim como vem acontecendo um aumento da aplicação da reparação civil estatal, a reparação por dano moral tem seguido a mesma tendência. No entanto, faltam leis que regulamentem o assunto e muitas vezes as decisões são baseadas em doutrina e jurisprudência.

Sobre esse instituto, a Constituição Federal dispõe o seguinte:

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.**

[...] ⁴⁵

Embora assegure a indenização por dano moral e enumere exemplificativamente os direitos de personalidade, a Carta Magna não define esse instituto. Ocorre, que a conceituação do dano moral é de suma importância para sua aplicação prática. A doutrina, por sua vez, também ainda não chegou a um consenso sobre o assunto. Outrossim, a jurisprudência vem decidindo de forma inconsistente no reconhecimento desse tipo de dano.

Para melhor entender o conceito e o instituto do dano moral, adentraremos, antes, de forma breve, na sua história e evolução.

4.1 HISTÓRIA

Há registros da proteção contra o dano moral desde as primeiras civilizações, como no Código de Hamurabi, que previa a vingança por danos ligados a honra e outros direitos imateriais. O fato é que por muitos séculos esse instituto foi identificado e considerado com alto grau de subjetividade, como uma sensação psicológica negativa. Até que a compreensão do dano moral evoluiu, há poucas décadas, para compreensão de lesão a um direito de personalidade.

45 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Grifo nosso.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 Set. 2019.

No Brasil, no início do século XX, havia o entendimento de que a indenização por dano moral seria uma espécie de troca de personalidade por dinheiro, por isso só se admitia a indenização por dano material. Aplicar a um dano moral uma reparação monetária era considerado pela doutrina como algo imoral. Nesse contexto, o Código Civil de 1916 não fazia menção, nas relações privadas, ao dano moral. Previa-se, e era moralmente aceito, apenas a indenização por dano patrimonial.

Esse pensamento se manteve até a metade do século, quando doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira e Wilson Medo da Silva começaram a defender a reparação por dano moral, justificando que mais imoral do que indenizar esse tipo de lesão, seria deixar a vítima sem reparação. Em concordância com eles, outros passaram a defender essa mesma tese, de tal forma que o tema crescia no âmbito acadêmico. No entanto, a jurisprudência só veio a acatar as mesmas ideias em 1966.

O STF, que nessa época julgava também matérias infraconstitucionais, aplicou o dano moral pela primeira vez no Brasil. O caso era o de uma criança que havia sido atropelada e morta por um caminhão de uma transportadora. Diante da tragédia, a família ajuizou ação e a empresa alegou que só se indenizava dano material. Como a criança não exercia atividade remunerada, segundo as leis e a jurisprudência da época, sua morte ficaria sem ressarcimento. No entanto, naquela ocasião, o Supremo reconheceu que se não fosse possível a indenização por dano material, caberia a indenização por dano moral. Assim, o dano moral surgiu no Brasil como um substitutivo do dano material.

Em seguida, foi editada a Súmula 491, que diz que “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Após esse *leading case*, a doutrina e jurisprudência oscilavam sobre o tema, até que a Constituição de 1988 veio reconhecer expressamente a indenizabilidade por dano moral. Mais que isso, ela também correlacionou o dano moral como um direito de personalidade, como é possível aferir conforme segue:

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

[...]

Pode-se afirmar que para a Carta Magna, o dano moral é a efetiva violação da personalidade. E como os direitos da personalidade estão baseados na dignidade humana, o dano moral passou a ser considerado a efetiva reparação da dignidade humana.

A partir da interpretação das normas superiores, sobretudo do texto constitucional, o dano moral deixou de ser dor, vexame, dissabor, sentimento, vergonha etc, e passou a ser considerado violação da personalidade.

Veja que inicialmente se tratava de danos imateriais que desencadeavam sentimentos de injustiça e angústia que precisavam ser reparados, mas, conforme a sociedade evoluiu, passou a ser a violação da personalidade. Por isso, hoje o termo “moral” não é o mais adequado a esse tipo de lesão, mas como ele já está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, é o termo usado nesta pesquisa. É sobre essa evolução no conceito desse instituto que trata o tópico subsequente.

4.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO

Como já dito, o conceito e a consequente aplicação do dano moral sofreram várias transformações ao longo do tempo. Essa evolução será explorada a seguir.

4.2.1 Conceito negativo (ou excludente) de dano moral

André Gustavo C. de Andrade, citando doutrina externa, aponta que

Na doutrina francesa, Mazeaud e Tunc indicavam que “o dano moral é ‘o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima’. Savatier definia o dano moral como: “todo sofrimento humano que resulta de uma perda pecuniária”. Na doutrina italiana, Adriano De Cupis recorria a essa conceituação: “O dano não patrimonial não pode ser definido se não em contraposição ao dano patrimonial. Dano não patrimonial, em consonância com o valor negativo de sua expressão literal, é todo dano privado que não pode se compreender no dano patrimonial, por ter por objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.”⁴⁶

De uma forma geral, autores mais antigos consideram o “dano”, por si só, como uma lesão a um bem jurídico tutelado. Bem este que pode ter natureza patrimonial (material) ou extrapatrimonial (imaterial). Tem natureza patrimonial quando for suscetível à avaliação pecuniária e, quando não o for, será considerado bem extrapatrimonial.

46 ANDRADE, André Gustavo C. de. **A Evolução do Conceito de Dano Moral**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. p 143 – 144.

Dessa forma, nessa conceituação, o significado do dano moral fica atrelado ao fato de não ser suscetível à mensuração em pecúnia, ou seja, não ser dano patrimonial. É uma explicação dada por exclusão: o prejuízo que não for patrimonial será moral. Por essa ser uma definição obtida por exclusão de outra, não tendo, portanto, uma definição própria, a doutrina aponta que se trata de um conceito negativo, ou excludente.

Esse conceito negativo de dano moral, por ser vago, sofre críticas de autores mais recentes, que apontam para a necessidade de melhor definição para uma aplicação técnica segura nas indenizações judiciais.

4.2.2 Dano moral como alteração negativa de estado anímico

Existem autores que consideram o dano moral como alteração negativa do estado anímico. Segundo, por exemplo, CAVALIERI FILHO⁴⁷,

só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

A partir dessa leitura, percebe-se a ênfase que o autor dá ao estado anímico do indivíduo para a caracterização do dano. Assim, o dano deve afetar a psique, causando mal-estar, verdadeira angústia ou aflição.

Já CARVALHO FILHO, cita que no dano moral “o que o responsável faz é atingir a esfera interna, moral e subjetiva do lesado, provocando-lhe, dessa maneira, alguma forma de sofrimento ou incômodo.”⁴⁸

Conceituar o dano moral conforme o estado psicológico seria legitimar a sua aplicabilidade em correlação com a esfera subjetiva do indivíduo, o que desencadearia uma grande imprecisão nas decisões judiciais. Afinal, cada pessoa se abala ou sente a sua maneira, sendo a alteração da psique impossível de ser mensurada e até mesmo de ser provada.

Atrelar o dano moral a condição de angústia ou outro estado anímico negativo seria, por exemplo, incoerente com o direito à indenização por esse dano a pessoas incapazes de consciência e discernimento, o que feriria a própria isonomia a que se pauta a

47 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

48 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 658.

responsabilidade civil do Estado. Devido a essas incoerências, percebe-se a criação da “honra objetiva” para aplicar o dano moral, por exemplo, à pessoa jurídica, entendimento já sumulado pelo STJ (súmula 227).

O próprio enunciado 445, aprovado na V Jornada de Direito Civil, já dispõe que “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”⁴⁹. Por isso não deveria se falar em honra subjetiva ou haver a necessidade de aplicação de honra objetiva.

Embora seja admissível normativamente a pessoa jurídica também sofrer dano moral, visto a existência da Súmula 227 e do art. 52 do Código Civil, que determina que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”, elas não são titulares desses direitos. O que ocorre é que o sistema jurídico confere direitos essenciais do ser humano às pessoas jurídicas naquilo que for compatível com sua falta de estrutura biopsicológica. Veja que a problemática vira verdadeira confusão jurídica, aplicando-se um instituto em pessoa que não tem a sua titularidade.

Por todo o exposto, o dano moral deveria ser considerado uma lesão a direito de personalidade, mas apenas em pessoa humana, que é propriamente a titular dos direitos de personalidade. Portanto, não deveria abarcar as pessoas jurídicas. Estas deveriam ter sua reputação e conseqüente potencialidade de perda material ditadas por um instituto próprio ou na categoria de dano injusto, por se tratar de dano imaterial não moral.

4.2.3 Dano moral como lesão a direito de personalidade

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo específico aos direitos de personalidade. Sem defini-los, conforme art. 11, dispõe que “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

CARLOS ALBERTO BITTAR indica que:

são da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros.⁵⁰

49 V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 445**. 2012. Disponível em:

<<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil>> Acesso em: 17 Set. 2019

50 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária: 2003. p. 03.

Tratam-se de direitos subjetivos que possuem como objeto os bens e valores essenciais ao homem, em seu aspecto físico, moral e intelectual, por isso merecendo ampla proteção legal.

O rol desses direitos no Código Civil é meramente exemplificativo, sendo exemplos os atos de disposição do próprio corpo, o direito à não submissão a tratamento médico de risco, o direito ao nome e ao pseudônimo, a proteção à palavra e à imagem e a proteção à intimidade (arts. 13 a 21 do CC).

A doutrina mais recente vem conceituando o dano moral como lesão a direito de personalidade. Como exemplo, para Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos de personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1, III, e 5, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.⁵¹

Veja que mesmo que o doutrinador reconheça o dano moral como lesão a direito de personalidade, sua definição não abarca somente isso, mas também o significado excludente e o de alteração negativa do estado anímico. Muitos outros autores seguem essa mesma diretriz, contribuindo para a imprecisão do conceito.

ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE pontua que, embora o conceito negativo de dano moral tenha sido superado, a doutrina tem se dividido entre considerar o dano moral como alguma alteração negativa do estado anímico, muitas vezes sendo a dor, e como violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica. Assim, esse autor aponta as razões mais adequadas para considerar o dano moral lesão a direito de personalidade.

O dano moral é, em verdade, um conceito em construção. A sua dimensão é a dos denominados direitos da personalidade, que são multifacetados, em razão da própria complexidade do homem e das relações sociais. Os direitos personalíssimos encontram-se sintetizados no *princípio da dignidade da pessoa humana*, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Cabe ao intérprete conferir, em cada caso que se lhe apresente, a interpretação que mais preserve esse princípio. Com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade o conceito de dano moral tende a ser ampliado, para alcançar situações hoje ainda não consideradas.⁵²

51 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil: v 4.** 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

52 ANDRADE, André Gustavo C. de. **A Evolução do Conceito de Dano Moral.** Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. p. 174 - 175.

Defende que o dano moral não pode ser confundido com alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual. Não é dor, sofrimento ou aborrecimento. É direito de personalidade pautado na dignidade da pessoa humana.

Afastada a necessidade de dor, sofrimento espiritual ou qualquer espécie de detrimento anímico para a configuração do dano moral, abre-se o espaço para o reconhecimento do respectivo direito de indenização a pessoas incapazes de consciência e discernimento (como se dá no caso das crianças de tenra idade e em alguns casos de doença mental), ou, mesmo, de pessoas incapazes de manifestações psíquicas ou sensoriais negativas diante da ofensa a algum direito de sua personalidade (como no caso de pessoas em estado comatoso).⁵³

O autor também atenta para o direito do nascituro ao dano moral, visto que “embora apenas com o nascimento com vida tenha início a personalidade civil do ser humano, desde a concepção o ser humano já é detentor de personalidade moral a ser protegida.”⁵⁴

4.3 PROVA DO DANO MORAL

A prova do dano moral é uma questão que não foge à controvérsia que envolve todo o tema dos danos extrapatrimoniais e da responsabilidade civil do Estado.

A doutrina e jurisprudência divergem constantemente. Por se tratar de um dano imaterial, há dificuldade ou impossibilidade da produção de prova. Em muitos julgados, a jurisprudência presume o dano moral pelo fato ocorrido, em outros exige produção probatória. Sobre isso, uma tese que vem sendo aceita é a de que a comprovação desse tipo de dano deve ser *in re ipsa*, ou seja, “da própria coisa”. Significa dizer que o dano moral não se prova, mas se presume.

No entanto, se considerarmos o dano moral não como uma reação negativa íntima do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, tornam-se desnecessárias as presunções acerca da existência do dano, pois uma vez violado o direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito.

O que seria preciso provar, portanto, é a violação da personalidade, e não o dano moral. Nesse caso, o que deve ser constatado, portanto, é o fato. A análise teria que ser do caso concreto, ao analisar e reconhecer qual tipo de responsabilidade se aplica e, dentre os requisitos que ensejam aquele tipo, excluir a prova do dano.

⁵³ Ibidem, p. 174.

⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo C. de. **A Evolução do Conceito de Dano Moral**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. p. 174 – 175.

4.4 CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E OUTROS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Quando a aplicação do dano moral começou a ser insituída, de início, como já foi abordado, a jurisprudência não admitia a cumulação entre dano moral e material. Assim, nos primeiros casos, o que ocorreu foi que o dano moral acabou sendo aplicado como um substituto ao dano material, pois eram casos em que não havia dano patrimonial, mas a não reparação civil causava evidente sentimento de injustiça.

Assim, a jurisprudência começou a instituir a indenização por dano moral quando não conseguia aplicar por dano patrimonial. Mais tarde, passou a ser mais frequente a aplicação de dano moral de forma independente, mas era uma questão controvertida. Com a súmula n. 37 do STJ, que passou a admitir a cumulação das indenizações por danos morais e materiais, o tema foi pacificado.

No entanto, a aplicação de indenização em danos extrapatrimoniais evoluiu e hoje os Tribunais reconhecem a possibilidade de cumulação de dano moral com dano estético, entendimento inclusive sumulado pelo STJ (Súmula 387). Como são dois bens jurídicos distintos (atributos intrínsecos a personalidade e integridade física), entende-se que deve ser aplicada a reparação dos dois, portanto, concedendo-se duas indenizações.

Dano estético não é dano moral. Em síntese, hoje a cumulação de dano moral e estético é admitida, de modo que a cada bem jurídico violado corresponderá uma indenização. E a evolução da aplicação de danos extrapatrimoniais tem feito surgir nos Tribunais o reconhecimento de uma nova categoria de dano imaterial: o dano injusto. São danos extrapatrimoniais que tem sido reconhecidos, mas que não se adequam às outras categorias, devendo ter uma indenização independente e cuculável, assim como o dano moral e o estético. Para melhor elucidação, o dano injusto será brevemente abordado a seguir.

4.5 DANO INJUSTO E DANO MORAL

Existem situações fáticas em que o dano gerado não é patrimonial, mas também não é moral, por não atingir a personalidade. Trata-se de lesão a uma nova categoria de dano indenizável: o dano injusto. Trata-se de dano extrapatrimonial, que não é estético e não é moral, como o dano pela perda de tempo útil, o dano pela perda de uma chance ou oportunidade, o dano a vida sexual etc.

O reconhecimento desse tipo de dano vem doando mais técnica ao dano moral. Isso porque outrora tudo que não era dano material, automaticamente considerava-se dano moral. A divisão entre essas duas categorias é uma precisão necessária, pois ao reconhecer um dano extrapatrimonial injusto separa-se o dano a um direito qualquer de um dano a um direito de personalidade. Focar o direito de personalidade, significa dar a atenção e importância necessárias ao que é intrínseco ao ser humano: a sua personalidade e dignidade. É proteger especialmente, conforme os princípios constitucionais, a essência humana em detrimento do resto. A confusão doutrinária sobre dano moral precisa acabar justamente por isso.

O próprio STJ já admitiu o raciocínio do dano injusto, ao reconhecer a perda de uma chance, em uma situação de direito privado entre uma emissora de televisão e uma participante de um programa de perguntas e respostas.⁴⁴ Na ocasião, em um programa de perguntas e respostas a participante foi questionada sobre determinado assunto e a emissora não ofereceu alternativa correta, tendo aquela perdido a oportunidade de ganhar 1 milhão de reais, e saindo do programa com 500 mil. O magistrado, reconhecendo que o programa lhe retirou a chance de acerto, mas que também não havia nenhuma certeza de que a autora da ação fosse responder corretamente, determinou a indenização de um quarto dos 500 mil não ganhos, pois eram quatro alternativas, totalizando o valor de 125 mil reais.

Veja que não é uma hipótese de lesão a um bem material, tampouco a direito de personalidade. Assim, a perda de uma chance acaba sendo abarcada por uma nova categoria de direitos, que é o dano injusto.

É importante entendê-lo, pois a doutrina e jurisprudência caminham para um aumento e diversificação das hipóteses indenizatórias, tanto no direito privado quanto público, bem como uma valorização dos danos imateriais. A aplicação desses danos e respectivas indenizações pelos tribunais precisa ser respeitar o princípio constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988).

4.6 FUNÇÃO DO DANO MORAL

A aplicação da indenização por dano moral pode ocorrer seguindo uma finalidade compensatória, para reparação do sofrimento, ou uma finalidade preventiva, para desestimular o comportamento do agente causador da lesão. Na função compensatória, considera-se a intensidade e a natureza do sofrimento que teve a vítima; na função punitiva, a culpa e o comportamento do infrator. Assim, para a fixação da indenização o magistrado deve levar em

consideração a extensão do dano, as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos, as condições psicológicas das partes; e o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Nesse sentido, existem três correntes acerca da natureza jurídica da indenização por dano moral: para a primeira, a aplicação de indenização por danos morais têm mero intuito compensatório (sem qualquer caráter pedagógico); para a segunda, tem caráter disciplinar; para a terceira, tem as duas finalidades, mas há um caráter principal compensatório, sendo o caráter disciplinar, acessório.

De acordo com Código Civil de 2002:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

O Código Civil não faz menção ao caráter punitivo para a fixação indenizatória. Assim, muitas decisões judiciais são baseadas apenas no caráter compensatório. No entanto, existe também vasta jurisprudência aplicando conjuntamente o caráter punitivo, como por exemplo, na seguinte decisão do STJ:

Recurso especial. Dner. União. Sucessora. Responsabilidade civil por acidente causado em rodovia federal. Omissão do Estado. Responsabilidade subjetiva. Má conservação da rodovia federal. Culpa da autarquia. Indenização por danos materiais e morais. Adequação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. [...]. 4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a revisão do arbitramento da indenização somente é admissível nas hipóteses de determinação de montante exorbitante ou irrisório, uma vez que tais excessos configuram flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade [...]. 6. Na presente hipótese o valor da condenação por danos morais encontra-se dentro dos parâmetros legais, atendendo ao dúplice caráter daquela condenação, tanto punitivo do ente causador quanto compensatório em relação à vítima. 7. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa, não provido. (REsp. nº 763531/RJ)⁵⁵.

Ou seja, o próprio STJ oscila nessa questão. Os Tribunais também variam muito nos critérios utilizados para fixar a indenização de danos morais.

O fato é que, mesmo que não tenha lei que admita a função punitiva, ela vem sendo aceita pela doutrina e aplicada na jurisprudência. E é mesmo necessário que seja aceita, pois no dia a dia o dano moral tem sido comum, inclusive no âmbito da Administração Pública.

55 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 763531/RJ 2005/0099984-1. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. DJ: 25/03/2008. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7098136/recurso-especial-resp-763531-rj-2005-0099984-1-stj>> Acesso em: 03 fev. 2020.

Um exemplo é o sistema de saúde, que muitas vezes não atende um paciente em situação de emergência, por falta de estrutura, levando-o a óbito ou a sequelas graves.

O caráter punitivo da indenização deve ser aplicado com o intuito não somente de punição, mas de prevenção. Não se deve encarar o descaso à personalidade com normalidade. O respeito e a proteção à personalidade é o que a pessoa tem de mais importante para a efetivação da dignidade humana.

5 O ESTADO COMO VÍTIMA DE DANO MORAL

A reparação integral e autônoma do dano moral só foi acolhida expressamente na Constituição de 1988, nos direitos referentes à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas naturais (art. 5º, V e X).

Nesse contexto, foram surgindo casos de lesões às pessoas jurídicas, até que em 1999, o STJ publicou a Súmula 227, que assim dispõe: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Diante disso, sobrevieram questionamentos acerca da possibilidade dos entes da Administração Direta e Indireta também serem passíveis de sofrer esse dano. É o que será abordado neste capítulo.

5.1 HONRA OBJETIVA

Os direitos personalíssimos estão exemplificados do art. 11 ao 21 do Código Civil de 2002, sendo eles: os direitos à integridade psicofísica, ao nome, ao pseudônimo, à imagem e à privacidade. Além deles:

É importante considerar que a disciplina trazida pelo Código não pretende ser exaustiva, vislumbrando-se apenas o que se poderia chamar de princípios fundamentais dos direitos da personalidade. A doutrina, valendo-se da Constituição Federal acerca da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas, aponta na direção do rol do art. 5º, caput, do texto constitucional, para contemplar o mínimo, nada impedindo que outros possam ser considerados direitos da personalidade e, para tanto, indica o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal. Assim sendo, os artigos 11 e 12 do referido texto codificado tratam da natureza e da tutela desses direitos enquanto todos os demais artigos referem-se a específicos direitos da personalidade.⁵⁶

Embora os direitos de personalidade sejam direcionados às pessoas naturais, o art. 52 do CC/2002 determina que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”, dando a estas a titularidade de alguns desses direitos. Dentre estes, estão o direito a honra e a imagem, que se violados podem ocasionar o dano moral.

Assim, a doutrina, a jurisprudência e a norma concederam a pessoas jurídicas de direito privado a honra objetiva.

Possuir honra objetiva significa ter uma reputação, uma imagem a zelar atrelada ao enriquecimento material do estabelecimento. Por exemplo, se uma empresa tem a sua imagem

56 PEREIRA, Daniel Queiroz. DIREITOS DA PERSONALIDADE E PESSOA JURÍDICA: uma abordagem contemporânea. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, V. 2, n.22, j u l/d e z. 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/HP/Downloads/1536-16511-2-PB.pdf> Acesso em: 31 Mar 2020.

difamada (como, por exemplo, em um falso boato depreciativo), pode não apenas perder clientela e receita, que constituem um dano patrimonial, mas também um potencial de prestígio e crescimento, que, a princípio, não pode ser mensurado materialmente (como o boicote por parte dos consumidores). Como o cômputo da perda financeira refere-se a algo futuro e, portanto, incerto, muitos autores consideram que se trata de um dano moral, e não material. A partir desse reconhecimento da existência da honra objetiva, justificou-se que a lesão a essa honra caberia dano moral.

Ocorre que a súmula em análise (227/STJ) não especificou o tipo de pessoa jurídica a sofrer dano moral, o que fez a doutrina questionar como ficaria a situação dos entes da Administração Pública nesse contexto, tantos os de direito público como os de direito privado.

Mas antes de adentrar no tema, uma ressalva: diante de todo o exposto sobre a honra objetiva, existem controvérsias. Observa-se que o dano moral que recai sobre ela é, como já dito, um dano a imagem da pessoa jurídica que se reflete no seu patrimônio. Ou seja, é lesão que pode ser mensurada, embora com um certo grau de imprecisão. Mesmo assim, devido a esse fato, parte dos autores defendem que esse dano não pode ser considerado moral, como é comumente aplicado.

Devido a dificuldade em mensurar o prejuízo como um dano moral, seria melhor uma alternativa mais plausível, que é a quantificação da perda de lucros prováveis que ocorreriam sem a existência daquele dano. Trata-se, portanto, de um dano material. O próprio STJ já reconheceu essa ideia no Informativo 534 de 2014, embora considerasse o dano como moral⁵⁷:

(...) registre-se que a Súmula 227 do STJ ("A pessoa jurídica pode sofrer dano moral") constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação. Trata-se de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações de sua imagem, o que, ao fim, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial.

Não obstante haja esse reconhecimento pelo próprio Tribunal, o dano reconhecido e aplicado, ainda sim, é o moral (dano moral objetivo).

5.1.1 HONRA OBJETIVA NAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO

57 STJ. Informativo 534. 26 Fev 2014, p. 4. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270534%27>>. Acesso em: 31 Mar. 2020.

O texto da Súmula 227/STJ pressupõe que o dano pode ser sofrido apenas por pessoas jurídicas, afinal, são elas quem são sujeitos de direitos e de obrigações, respondendo pelos seus atos.

Diante disso, é necessária uma breve análise de como a Administração Pública é organizada, visto que nela existem não apenas as pessoas jurídicas, mas também os órgãos públicos.

Pois bem. A Administração Pública é integrada por entidades e órgãos. As entidades são as pessoas jurídicas, que podem ser políticas (composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou administrativas (composta pelas autarquias e fundações públicas de direito público). Já os órgãos não possuem personalidade jurídica, pois estão subordinados a uma entidade pelo fenômeno da desconcentração.

Por muito tempo a Súmula 227 serviu como fundamento para o reconhecimento de que as entidades da Administração Pública poderiam sofrer dano moral, como pode ser constatado na seguinte ementa do ano de 2008:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. **DANO MORAL**. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. 1. Afastada a multa civil com fundamento no princípio da proporcionalidade, não cabe se alegar violação do artigo 12, II, da LIA por deficiência de fundamentação, sem que a tese tenha sido anteriormente suscitada. Ocorrência do óbice das Súmulas 7 e 211/STJ. 2. "A norma constante do art. 23 da Lei nº 8.429 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. À segunda parte, que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil (art. 177 do CC de 1916)" – REsp 601.961/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.08.07. **3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal.** 4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa. 5. Superado o tema da prescrição, devem os autos retornar à origem para julgamento do mérito da apelação referente ao recorrido Selmi José Rodrigues e quanto à ocorrência e mensuração de eventual dano moral causado por ato de improbidade administrativa. 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.⁵⁸

Na ocasião, ex-prefeitos de um município foram acusados de desviar verbas públicas federais na construção de um hospital, o que ensejou da União o pedido de dano moral por lesão a sua honra objetiva, possibilidade que foi reconhecida pelo STJ.

58 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 960.926/MG 2007/0066794-2. RELATOR: Ministro Castro Meira. DJ: 18/03/2008. STJ. Grifo nosso. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=763487&num_registro=200700667942&data=20080401&formato=PDF> Acesso em: 26 Mar 2020.

Entretanto, naquele mesmo ano, o tribunal restringiu a aplicação do dano moral em favor apenas das pessoas jurídicas de direito privado. Ou seja, entidades de direito público passaram a não ser mais suscetíveis de sofrer dano moral:

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFORMAÇÕES VEICULADAS EM REDE DE RÁDIO E TELEVISÃO. **AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL AJUIZADA POR MUNICÍPIO CONTRA O PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. RECONHECIMENTO LIMITADO.** 1. A tese relativa à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas somente foi acolhida às expensas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), que o alçou ao seletivo catálogo de direitos fundamentais. Com efeito, por essa ótica de abordagem, a indagação acerca da aptidão de alguém sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais, especificamente daqueles a que fazem referência os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal. 2. A inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. É bem por isso que a doutrina vem entendendo, de longa data, que os direitos fundamentais assumem "posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos" (MENDES, Gilmar Ferreira [et. Al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223). 3. Em razão disso, de modo geral, **a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado e não ao particular.** Porém, ao que se pôde pesquisar, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Na verdade, há julgados que sugerem exatamente o contrário, como os que deram origem à Súmula n. 654, assim redigida: "A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado". 4. Assim, **o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais, incongruência essa já identificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 15, 256 [262]; 21, 362. Apud. SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013 p. 639).** 5. No caso em exame, o reconhecimento da possibilidade teórica de o município pleitear indenização por dano moral contra o particular constitui a completa subversão da essência dos direitos fundamentais, não se mostrando presente nenhum elemento justificador do pleito, como aqueles apontados pela doutrina e relacionados à defesa de suas prerrogativas, competência ou alusivos a garantias constitucionais do processo. Antes, o caso é emblemático e revela todos os riscos de se franquear ao Estado a via da ação indenizatória. 6. Pretende-se a responsabilidade de rede de rádio e televisão local por informações veiculadas em sua programação que, como alega o autor, teriam atingido a honra e a imagem da própria Municipalidade. **Tal pretensão representa real ameaça a**

centros nervosos do Estado Democrático de Direito, como a imprensa livre e independente, ameaça que poderia se voltar contra outros personagens igualmente essenciais à democracia. 7. **A Súmula n. 227/STJ constitui solução pragmática à recomposição de danos de ordem material de difícil liquidação – em regra, microdanos – potencialmente resultantes do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. Cuida-se, com efeito, de resguardar a credibilidade mercadológica ou a reputação negocial da empresa, que poderiam ser paulatinamente fragmentadas por violações a sua imagem, o que, ao fim e ao cabo, conduziria a uma perda pecuniária na atividade empresarial. Porém, esse cenário não se verifica no caso de suposta violação à imagem ou à honra – se existente – de pessoa jurídica de direito público.** 8. Recurso especial não provido.⁵⁹

Assim, o entendimento atual é de que somente as entidades de direito privado da Administração Pública podem ser vítimas de dano moral e, ainda assim, não em todos os casos, como será melhor abordado nos próximos itens.

5.1.1.1 Pessoas jurídicas de direito privado

As pessoas jurídicas de direito privado pertencentes a Administração Pública constituem as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de direito privado. Trata-se de pessoas que não são criadas diretamente por lei, sendo sua criação meramente autorizada por lei específica. São entes que somente existirão com o registro de seus atos constitutivos (da mesma forma que as pessoas jurídicas do setor privado em geral).

A Lei 13.303/16 (Estatuto das Empresas Estatais), em seu art. 2º, determina que “a exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.”⁶⁰ É através desses entes que o Estado detém honra objetiva:

Apesar de as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública indireta não visarem o lucro, podemos falar em honra objetiva, segundo a Súmula 227 do STJ, em razão do princípio da igualdade e do princípio da concorrência (art. 170, inc. IV, 238 c/c art. 173, § 1º, inc. II, 239 CF/88). Ao concorrer com as demais pessoas do mesmo ramo, há a observância do regime jurídico de direito privado, especificamente, neste caso, o direito civil, conforme preceitua o art. 173, § 1º, inc. II, CF/88. E como afirmamos(...), a súmula diz respeito a um direito de personalidade, incidência puramente civilista, privatística.⁶¹

59 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.258.389-PB 2011/0133579-9. RELATOR: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ:17/12/2013. STJ. Grifo nosso. Disponível em: <conjur.com.br/dl/municipio-nao-direito-compensacao.pdf> Acesso em: 27/03/2020.

60 BRASIL. **Lei 13.303/16**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm > Acesso em 31 Mar 2020.

61 DUARTE JR., Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Teóricos e Práticos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 132.

Assim, no âmbito da Administração Pública, por serem as entidades de direito privado as únicas inseridas na economia de mercado e desempenhando atividade econômica em regime de concorrência, por uma questão de isonomia, considera-se que apenas elas possuem honra objetiva e, conseqüentemente, podem sofrer dano moral. Mesmo que se tratem de empresas constituídas pelo Poder Público, mesmo que tenham uma finalidade pública, mesmo que seu objetivo principal não seja auferir lucros, uma lesão a imagem dessas entidades acarretaria a diminuição do seu potencial de capital, da sua honra objetiva, colocando-a em desvantagem com o setor privado.

Nesse mesmo sentido, se a atividade for a de prestação de serviços públicos, em regime de concorrência, a honra objetiva também será considerada.

Por sua vez, caso o ente de direito privado preste serviço público em regime de monopólio, não há, obviamente, competição entre empresas e não há que se falar nessa honra, pois:

(...)estas empresas, embora constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, tem uma incidência maior do regime de direito público. E nestes casos, por não incidir nem o princípio da igualdade nem o princípio da concorrência – nesse caso em razão de o serviço ser exclusivamente prestado pela União (artigo 20, inciso X, CF/88) -, não há que se falar em influências financeiras negativas ocasionadas em razão da má honra objetiva.⁶²

Em síntese, no que tange as entidades privadas da Administração Indireta, poderão ser vítimas de dano moral somente se exercerem atividade econômica ou prestarem serviço público em regime de concorrência.

5.1.1.2 Pessoas jurídicas de direito público

As pessoas jurídicas de direito público fazem parte da Administração Direta (União, Estados, Município e o Distrito Federal) ou Indireta (autarquias e fundações públicas de direito público). São criadas diretamente pela lei, existindo imediatamente com sua publicação. Além disso, podem desempenhar qualquer atividade administrativa, e não somente a prestação de serviços públicos.

Quando se trata de ente de direito público, como já visto (STJ, REsp 1.258.389-PB), a súmula 227 do STJ não pode ser aplicada. Existe uma dificuldade de explicar a honra objetiva

62 Ibidem, p. 132.

nesses casos, pois se nas entidades de direito privado ela era justificada pela perda de uma provável receita, aqui não há exploração de atividade econômica para isso.

É o que dispõe o Informativo 534/2014 do STJ: “A pessoa jurídica de direito público não tem direito à indenização por danos morais relacionados à violação da honra ou da imagem”.⁶³ Ademais:

A base da fundamentação desse Tribunal Superior decorre da discussão sobre a possibilidade das pessoas jurídicas de direito público serem titulares de direitos fundamentais. Conforme o Tribunal, a essência dos direitos fundamentais é a esfera de proteção do cidadão contra o ataque do Estado. Caso reconhecesse a titularidade dos direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – ao Estado, haveria uma subversão da essência desses direitos (argumento da natureza dos direitos fundamentais), além da “confusão ou do paradoxo consistente em ter, na mesma pessoa, idêntica pessoa jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais” (argumento da identidade ou confusão).⁶⁴

Assim, verifica-se que a pessoa jurídica de direito público, em nenhuma hipótese, poderá sofrer dano moral. Ou seja, nesses casos, não deverá ser instituída honra objetiva, pois:

Ao admitir-se uma honra objetiva do Estado, que é 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.⁶⁵

Note que na decisão do próprio REsp 1.258.389-PB há a defesa dessa questão:

O reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais, incongruência essa já identificada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

5.2 DANO MORAL NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

63 STJ. Informativo 534. 26 Fev 2014, p. 4. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270534%27>>. Acesso em: 31 Mar. 2020.

64 DUARTE JR., Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Teóricos e Práticos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 133 – 134.

65 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. p. 13.

O conceito de improbidade administrativa consta na Lei Federal n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), sendo o ato praticado por agente público, ou por terceiro em concurso com agente público, que gere enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10), que implique concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário relacionado ao ISS (art. 10-A) ou que viole princípios da Administração Pública (art. 11)⁶⁶, dentre outras hipóteses.⁶⁷

O art. 1º da LIA elenca as pessoas passíveis de serem vítimas de improbidade, estando, dentre elas, as entidades da Administração Direta e Indireta.

Obviamente, nesses casos, no que tange à reparação patrimonial, ela deve ser integralmente devolvida à Administração (art. 5º, LIA), sendo o debate mais focado no cabimento da aplicação do dano não-patrimonial.

A questão do ato ímprobo ser considerado dano moral contra o Estado vem sendo cada vez mais debatida, sobretudo diante de processos instaurados no combate à corrupção. Entretanto, aqui ocorre o mesmo que o exposto anteriormente, bastando a análise do tipo de pessoa jurídica, da atividade que exerce e do regime de concorrência ou monopólio.

Apesar da pessoa jurídica de direito público não ter honra objetiva, nos casos de improbidade o instituto do dano moral tem sido aplicado, mas com outra “vítima”, que não a Administração Pública:

ADMINISTRATIVO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. ART. 17, §§ 8º E 9º. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO VESTIBULAR PARA PROCESSAMENTO DA DEMANDA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. BROCARDO IN DUBIO PRO SOCIETATE. AUSENTE A OFENSA AO ART. 535 DO CPC. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **DANO MORAL COLETIVO**. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ELEMENTO SUBJETIVO E NEXO DE CAUSALIDADE SUFICIENTEMENTE BEM NARRADOS. AUSÊNCIA DE INÉPCIA. JUSTA CAUSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÕES DA SEGUNDA TURMA EM CASOS IDÊNTICOS. INTRODUÇÃO **1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa movida contra os então Prefeito, Secretários de Obras e das Culturas do Rio de Janeiro, Diretor Presidente, Diretor de Administração e Finanças da Riourbe e quatro pessoas jurídicas (...)**Sobre a via utilizada, o acórdão afirma que "a via eleita poderá trazer à coletividade o resultado pretendido, estando preenchido o binômio interesseadequação e interesse-utilidade, o que reforça a ideia de proteção ao interesse público existente na presente ação" (fl. 2287, e-STJ). Mais adiante continua: "a ratio legis engloba o dano moral coletivo, sendo inegável a possibilidade de o Ministério Público perseguiu-lo em sede de ação civil pública referente a prática de ato de improbidade administrativa pelas partes envolvidas no processo" (fl. 2288/STJ); "não há que se falar em impossibilidade de pleitear o dano moral coletivo em sede de ação civil pública por ato ímprobo. Pelo

66 No que concerne ao princípio da legalidade, o STJ explicou que a improbidade administrativa é a ilegalidade qualificada e tipificada pelo elemento subjetivo do agente, o dolo genérico ou *lato sensu* (STJ. 2ª Turma. REsp 1383649/SE, j. em 05/09/2013).

67 Trata-se de um rol exemplificativo, pois antes de elencar os casos previstos, os dispositivos utilizam-se da expressão “notadamente”, o que denota a possibilidade de existência de outras situações.

contrário, a via eleita foi acertadamente escolhida pelo Parquet que irá buscar todos os fins que a lei lhe permite para ressarcir o erário, até porque a ação coletiva busca a reparação integral do dano, inclusive o moral" (fl. 2317, e-STJ) (...) 12. A questão suscitada guarda relação com a alegação de error in iudicando, em contrariedade a precedentes do STJ no sentido de que há interesse de agir (adequação) no ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Parquet para a obtenção de indenização por danos morais coletivos, sem mais divagações sobre o destinatário da reparação (AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/5/2011). **Cito acórdão relatado pelo eminente Ministro Castro Meira, no qual se afirma que "não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal"** (REsp 960.926/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1/4/2008) (...)⁶⁸

Note que se trata não de dano moral em que a vítima é a Administração Pública, e sim um grupo, em reconhecimento de dano moral coletivo. Assim, verifica-se que a jurisprudência tem decidido que a improbidade administrativa em entes de direito público pode gerar dano moral coletivo caso lesione direitos fundamentais da sociedade, mas não dano moral contra a Administração.

Além disso, nos atos ímprobos, ainda na clássica aplicação de dano moral como alteração negativa do estado anímico, o STJ entende que há incompatibilidade entre o dano moral como sofrimento psíquico e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, o que conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo se houver comprovação de efetivo prejuízo. É o que pode ser verificado na decisão seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. **DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA "A QUO"**. 1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF. 2. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque **a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.** 3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, verbis: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO

⁶⁸ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.666.454/RJ 2011/0255662-6. RELATOR: Ministro Herman Benjamin. DJ: 27/06/2017. Grifo nosso. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1602245&num_registro=201102556626&data=20170630&formato=PDF> Acesso em: 26 Mar 2020.

MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006) 4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "...Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral". 5. Recurso especial não conhecido.⁶⁹

5.3 PESSOA DO AGENTE PÚBLICO COMO VÍTIMA DE DANO MORAL

Outro ponto importante a discutir é no que diz respeito ao agente público que sofre o dano moral. Observe a jurisprudência acerca desse assunto:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANOS CAUSADOS AOS PRÓPRIOS AGENTES PÚBLICOS. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que excluir da responsabilidade do Estado os danos causados aos próprios agentes públicos acabaria por esvaziar o preceito do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, estabelecendo distinção nele não contemplada. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.⁷⁰

No caso em tela, um militar sofreu lesão física irreversível resultante de acidente no desempenho de serviço militar devido a utilização de equipamento de trabalho sem a devida orientação. Diante da omissão estatal, o Tribunal reconheceu a aplicação da responsabilidade civil do Estado no próprio agente público.

Veja que a lesão sofrida pelo agente não diz respeito a um direito de personalidade do Estado, mas da pessoa que exercia aquela função. Nesses casos, o dano moral foi sofrido pela pessoa, e não pelo Estado. Assim, pode-se dizer que o agente público pode ser vítima de dano

69 STJ. 1ª Turma. REsp n.º 821891/RS. Relator: Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008, DJe 12.05.2008. Grifo nosso. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATCseq=3891231&tipo=5&nreg=200600380062&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20080512&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 31 Mar 2020.

70 STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: AG.REG. 435.444/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 18/03/2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133153/agreg-no-recurso-extraordinario-re-435444-rs-stf/inteiro-teor-124545960?ref=juris-tabs>> Acesso em 10 fev. 2020.

moral quando na condição de pessoa (e não de agente), mas as entidades da Administração Pública não.

6 CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é a obrigação que este tem de indenizar os danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, que seus agentes públicos, atuando em seu nome, em condutas lícitas ou ilícitas, causarem aos particulares.

Em geral, parte da doutrina e jurisprudência, pela leitura do art. 37, parágrafo 6º, CRFB/1988, entende que a responsabilidade extracontratual do Estado é objetiva com aplicação da Teoria do Risco Administrativo nas ações estatais e, nos casos de omissão estatal, entende-se, por interpretação, que a responsabilidade do Estado é subjetiva, com aplicação da Teoria da Culpa Administrativa, ressalvados os casos de custódia de coisa ou pessoa, em que é aplicada a Teoria do Risco Criado.

A lesão causada pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Dentre os danos imateriais, situa-se o dano moral. Além deste, a pesquisa defendeu a existência de outras duas categorias: dano estético e dano injusto, por isso o conceito excludente de dano moral atualmente não convém.

O dano moral não deveria ser confundido com lesão que acarreta alteração negativa do estado anímico. Não há que se falar em dor, vexame, angústia, embora essas características ainda sejam amplamente utilizadas na doutrina e jurisprudência para definir esse instituto. O dano moral é lesão a direito da personalidade.

Os direitos de personalidade estão expressos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002. O rol é exemplificativo.

A Carta Magna, no art. 5, inc. V e X, concedeu autonomia ao dano moral, podendo este ser aplicado independente de haver outros prejuízos, como o material.

Em 1992, a Súmula 37 do STJ admitiu a cumulação entre dano material e moral pra um mesmo fato.

Quem lesa o direito de personalidade é o Estado, por meio de seus agentes. Esses agentes podem ser públicos ou privados, desde que estes cometam o dano moral no exercício da função administrativa.

Na responsabilidade civil do Estado, este terá direito de regresso desde que seus agentes tenham atuado com dolo ou culpa. Significa dizer, na prática, que, nessa hipótese, o agente que ocasionar o dano moral deverá ressarcir o Estado pelo prejuízo causado ao erário.

A Súmula 237 do STJ confere honra objetiva às pessoas jurídicas de direito privado e, conseqüentemente, a possibilidade de haver dano a sua honra ou imagem (dano moral objetivo).

No que tange as entidades de direito privado da Administração Indireta, a referida súmula e jurisprudência demonstram que essas pessoas poderão ser consideradas vítimas de dano moral objetivo se exercerem atividade econômica ou se prestarem serviço público em regime de competição com outras empresas, em razão do princípio da igualdade e do princípio da concorrência perante o setor privado.

Por sua vez, as entidades de direito público da Administração Direta e Indireta, em nenhuma hipótese, poderão ter honra objetiva e sofrer dano moral. O mesmo ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos em regime de monopólio, em razão de o serviço ser exclusivamente prestado pela União. Caso fosse reconhecida a titularidade dos direitos fundamentais a esses entes, como os direitos de personalidade que compõem a honra objetiva, haveria uma subversão da essência desses direitos, abrindo espaço para tirania e um possível fim do Estado Democrático de Direito.

Há, ainda, a questão do dano moral na improbidade administrativa. Pode haver dano moral nos entes da Administração Direta e Indireta, sendo aplicável de acordo com o supramencionado. No entanto, quando se tratar de pessoa jurídica de direito público, a jurisprudência reconhece que a vítima não é o ente da Administração, e sim a coletividade, tratando-se de dano moral coletivo. Nesses casos, a improbidade administrativa poderá gerar o dano caso lesione direitos fundamentais da sociedade e caso haja comprovação de efetivo prejuízo.

Outra análise se deu em relação ao agente público. Este, enquanto profissional, atuando em nome do Estado, não pode ser vítima de dano moral, mas a sua pessoa pode. Assim, a pessoa do agente poderá sofrer dano perante a pessoa jurídica do Estado.

Por último, conclui-se que, embora não haja muita legislação sobre o assunto, a doutrina e jurisprudência, mesmo diante de tantas controvérsias, tem contribuído para maior segurança jurídica. Exemplo se dá pela recente interpretação, em 2019, do STF fixando a teoria da dupla garantia (RE 1027633/ SP), entendimento, até então, diferente do adotado pelo STJ.

Além disso, pontuar os erros “morais” da Administração, através de um maior reconhecimento pelo Judiciário da violação dos direitos personalíssimos, de melhor entendimento e responsabilidade por parte do agente que atua em nome do Estado, da aplicação das ações de regresso nos casos cabíveis, dentre tantas outras medidas possíveis, implicará uma consequente procura dos administrados pelo amparo desses direitos fundamentais que, enfim, ocuparão a proteção que merecem nas relações jurídicas e, consequentemente, sociais.

Nesse mesmo sentido, é também importante a restrição da possibilidade de o Estado ser vítima de dano moral, para a garantia do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

V Jornada de Direito Civil, **Enunciado 445 de 2012**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil>> Acesso em: 17 Set. 2019.

BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 10 Dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 Set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932**. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm> Acesso em: 25 Jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942**. Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4597.htm> Acesso em: 25 Jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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 Set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 30 Set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 10 Dez. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.494, de 10 de setembro de 1997**. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm> Acesso em: 25 jan. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 227**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf>. Acesso em: 17 Set. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 37**. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27227%27>> Acesso em: 17 Set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 866.450 RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 24/04/2007. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xeZ3dWkY2SgJ:www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0318.rtf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=bo>. Acesso em: 10 out. 2019.

STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 631.723/CE 2004/0021185-1. Relator: Ministro José Delgado. DJ 13/09/2004. JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19408096/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-631723-ce-2004-0021185-1/inteiro-teor-19408097>> Acesso em: 03 fev. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 763531/RJ 2005/0099984-1. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. DJ: 25/03/2008. JusBrasil, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7098136/recurso-especial-resp-763531-rj-2005-0099984-1-stj>> Acesso em: 03 fev. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 904.127-RS 2006/0258006-6. DJ: 03/10/2008. Relator: Ministro Nancy Andrichi. DJ 03/10/2008. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848456/recurso-especial-resp-904127-rs-2006-0258006-6/inteiro-teor-12769402?ref=juris-tabs>> Acesso em: 04 fev. 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 591.874/MS Repercussão Geral. Relator: Ministro Ricardo Lewandovski. DJ: 26/08/2009. STF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2635450&numeroProcesso=591874&classeProcesso=RE&numeroTema=130>> Acesso em 03/02/2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1.027.633/ SP. Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5136782&numeroProcesso=1027633&classeProcesso=RE&numeroTema=940>> Acesso em 07/10/2020.

STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 908331 AgR/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 15/03/2016. STF, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10973846>> Acesso em: 04 fev. 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: AG.REG. 435.444/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 18/03/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25133153/agreg-no-recurso-extraordinario-re-435444-rs-stf/inteiro-teor-124545960?ref=juris-tabs>> Acesso em 10 fev. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 960.926/MG 2007/0066794-2. RELATOR: Ministro Castro Meira. DJ: 18/03/2008. STJ, 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=763487&num_registro=200700667942&data=20080401&formato=PDF> Acesso em: 26 Mar 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.258.389-PB 2011/0133579-9. RELATOR: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ:17/12/2013. STJ, 2014. Disponível em: <conjur.com.br/dl/municipio-nao-direito-compensacao.pdf> Acesso em: 27/03/2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.666.454/RJ 2011/0255662-6. RELATOR: Ministro Herman Benjamin. DJ: 27/06/2017. STJ, 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1602245&num_registro=201102556626&data=20170630&formato=PDF> Acesso em: 26 Mar 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 841526/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 30/03/2016. STF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>> Acesso em: 03 Fev. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros: 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6ª ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária: 2003.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

DUARTE JR., Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Teóricos e Práticos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil: v 4**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938 – **Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil** . 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, André Gustavo C. de. **A Evolução do Conceito de Dano Moral**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf> Acesso em: 14 Set. 2019.

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 em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/notas-sobre-o-dano-moral-no-direito-administrativo> >. Acesso em: 14 Set. 2019.

FIGUEIREDO NERY, Ana Rita de. **Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade**. Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc18.pdf?d=636680468024086265>> Acesso em: 14 Jan. 2020.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. **As origens do Estado de Direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 168:11-7, abr./jun. 1987.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45514/43918>> Acesso em: 15 Jan. 2020

RIBEIRO, Júlio César de Lima. **A Pessoa Jurídica e os Danos Não Patrimoniais – Análise à Luz do Direito Brasileiro e Português.** - 2017. Disponível em: <<http://momentum.emnuvens.com.br/momentum/article/view/52/46>>. Acesso em: 14 Set. 2019.