RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO MORAL

CAIO TÁCITO

O conceito consagrado no plano do direito privado determina a obrigação de indenizar o dano causado ao patrimônio de outrem por ação ou omissão própria. A ninguém é dado lesar bem ou direito alheio (*neminem laedere*). Presente o dano injustamente produzido, o nexo causal faz nascer a obrigação de restaurar o equilíbrio rompido pela conduta lesiva.

Vinculada originariamente à culpa do agente, a responsabilidade civil adquiriu, sobretudo por influência de acidentes no trabalho, sentido amplo em que a noção do risco assumido basta para gerar o dever reparatório, independentemente do elemento de vontade do autor.

Entre nós, se o Código Civil de 1916 manteve-se fiel ao modelo clássico da responsabilidade por culpa (art. 159), a doutrina e a jurisprudência progressivamente avançaram na construção da responsabilidade objetiva, a que leis especiais têm dado guarida.

No altiplano constitucional, ao princípio da solidariedade com o funcionário faltoso, impresso nas Cartas anteriores, a Constituição de 1946 substituiu a norma de responsabilidade direta e primária do Estado por dano causado a terceiros na prática administrativa.

Dita o artigo 194 desta quarta Magna Lei republicana que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". E, somente quando tivessem agido com culpa se tornava cabível ação regressiva, conforme o respectivo parágrafo único.

Preceito idêntico reaparece no sistema constitucional imediato, como previsto no art. 105 da Constituição de 1967 (art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Na vigência destes textos, dividiram-se os intérpretes sobre o exato entendimento do comando constitucional, como procuramos documentar em estudo a ele contemporâneo (Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado, *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 55, p. 262/s.). Respeitável corrente doutrinária encontrou na sobriedade da redação a acolhida da teoria do risco, em substi-

tuição ao princípio de necessário elemento subjetivo de culpa ou dolo como fato gerador de responsabilidade do poder público. Outra linha conservadora reputava neutra a dicção constitucional, a importar na subsistência da norma ordinária de responsabilidade subjetiva.

Por influência especial do direito francês, elaborado na jurisprudência do Conselho de Estado, firmou-se, porém, dominantemente na exegese dos tribunais nacionais a noção de que o impacto da atividade administrativa sobre os bens e direitos privados impunha ao Estado o dever de responder objetivamente pelo risco do serviço.

A atual Constituição de 1988 manteve-se na esteira do comando inaugurado em 1946.

Proclama o § 6º do art. 37 que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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".

Apenas tornou-se explícita a amplitude da norma para alcançar as pessoas privadas a que for delegada a prestação de serviço público. E permaneceu excluída a responsabilidade estatal se a conduta do funcionário operou abusivamente, ou seja, fora do âmbito de suas funções.

Comprovada, no entanto, a premissa do exercício regular da função, assume o Estado objetivamente a responsabilidade pelo risco administrativo, reservando-se o requisito de subjetividade tão-somente para a eventual ação regressiva contra o funcionário responsável.

II

A responsabilidade civil pressupõe a existência de prejuízo a ser ressarcido pelo lesante. É a violação do bem ou direito que gera, em contrapartida, a obrigação de recompor a situação preexistente de modo a que se restaure o estado de equilíbrio subvertido.

A relação jurídica se constitui, assim, pela integração de quatro elementos essenciais: a pessoa do lesado, titular do direito ofendido; a pessoa do lesante, autor do ato ou omissão; a consumação do dano e, como requisito necessário, o nexo de causalidade entre o dano e o fato gerador.

A responsabilidade civil se apresenta em duas modalidades básicas: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Na primeira categoria, a reparação do dano é fruto do acordo de vontades em que se estipula a prestação que visa a restaurar a harmonia no objeto do pacto bilateral.

A obrigação de indenizar pode, contudo, prescindir de manifestação de consentimento. A culpa ou dolo na prática do ato lesivo é suficiente para dar origem ao dever jurídico de sanar o prejuízo atual e certo, gerado pela conduta do lesante. A responsabilidade extracontratual deriva do princípio de integridade dos direitos postos em confronto.

Mais ainda se aperfeiçoa o dever de compor o prejuízo quando se admite que o simples exercício da atividade, ou a inércia em agir, importa na assunção do risco do possível resultado danoso.

Em princípio, concebe-se o dano material, quantificável na proporção do prejuízo de modo a recompor, pela via indenizatória, o valor integral do bem ou direito lesado.

Não fica, porém, na reparação do dano material a obrigação de indenizar.

A segurança jurídica vai além dos valores materiais que integram o patrimônio.

Por mais respeitáveis que sejam os valores econômicos, não são menos relevantes para o homem os valores de seu patrimônio ideal, insuscetíveis de medida financeira, mas essenciais ao equilíbrio de sua personalidade.

A honra, a reputação, a dignidade, a fama e a notoriedade, o conceito social ou profissional, a convivência familiar, são tão importantes e essenciais ao homem como os bens da fortuna, se não mais valiosos.

É mister, assim, que a ordem jurídica não se limite a proteger a posse ou domínio de bens físicos ou a fruição de direitos de propriedade, mas igualmente preserve a imutabilidade de direitos imateriais.

A lesão a estes valores morais da pessoa humana é, conceitualmente, um prejuízo a que o direito não pode ficar indiferente.

WILSON MELLO DA SILVA, em obra clássica (O dano moral e sua reparação — 1ª edição, 1955) mostrou a presença, ainda que sumária, do dano moral nos Códigos de Manu e de Hamurabi, como na Grécia antiga e no direito romano.

No Livro VIII do Código de Manu cabia impor pesada multa aquele que desse em casamento "uma donzela com defeitos" e a condenação injusta de um inocente impunha aos juízes, na revisão do processo, multa pecuniária de mil *panas*.

Na Odisséia de Homero, surpreendendo a esposa Afrodite em flagrante de adultério, o marido coxo é favorecido, no julgamento dos deuses, com o benefício de pesada multa.

A reparação de prejuízos morais atravessa, com variações de âmbito e intensidade, desde o direito romano ao direito moderno, tanto ao direito canônico como ao direito comum.

III

O tema dos direitos morais não se circunscreve, entre nós, à previsão no direito privado, que é o seu campo por excelência.

A Constituição brasileira de 1988 incorpora preceitos sobre a matéria, compondo o que a doutrina italiana se chamou de direito civil constitucional.

No art. 5º — em que se arrolam os direitos e garantias fundamentais — assegura-se, a par do direito de resposta proporcional ao agravo, a indenização por dano material e moral.

E, adiante, o item X do mesmo preceito afirma invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e a elas assegura o direito de indenização por dano material e moral.

A proteção constitucional à imagem — pondera MIGUEL REALE — "não se refere, evidentemente, ao aspecto físico da pessoa, mas à sua *dimensão ética* perante a coletividade, implicando necessariamente um dano moral" (Temas de Direito Positivo — 1992 — p. 22).

Também, o item LXXV consagra a indenização por erro judiciário como pelo excesso na execução da pena.

O princípio da responsabilidade por dano moral transita na legislação ordinária tanto no plano privado como no campo dos serviços públicos.

O texto original do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, alterada por leis posteriores) especificou, em seu artigo 81, que, independentemente da ação penal, o ofendido por calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão poderá demandar no Juízo Cível à reparação do dano moral, respondendo solidariamente por este o ofensor e a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, assim como quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

Mais adiante a mesma lei estabelece, no artigo 84, que na estimação do dano moral o juiz terá em conta, notadamente a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

E o artigo 87 dilata a construção legal, afirmando que a reparação dos danos morais será aplicável, no que couber, ao ilícito contra a honra praticado por meio da imprensa.

A Lei nº 5.250, de 6 de fevereiro de 1967, reconhece, no art. 4º, a obrigação de reparar o dano moral aquele que, no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação, agindo com dolo ou culpa, violar direito ou causar prejuízo a outrem. Nem mesmo a prova da verdade excluirá a responsabilidade civil se o fato imputado, embora verdadeiro, disser respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não houver sido motivada em razão de interesse público (art. 4º, § 1º).

O direito eleitoral igualmente consagra o princípio de reparação do dano moral. A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, ao cuidar da propaganda partidária, estabelece, no art. 243, § 1º, que o ofendido por calúnia, difamação ou injúria, independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral, respondendo por este o ofensor e, solidariamente, o partido político, no que couber. De outra parte, a proteção dos direitos autorais, consolidada na Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, tem como base o princípio de que o autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu (art. 21). Todo um capítulo é dedicado à definição dos direitos morais do autor, passíveis de pretensão reparatória (arts. 25 a 28).

A noção do dano moral também se enquadra entre os direitos básicos do consumidor, objeto de legislação especial.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) assegura "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais", como expressão de garantia de direitos individuais, coletivos e difusos (art. 6º, nº VI).

E, como forma peculiar de defesa do consumidor, prevê a lei a "proteção contra

a publicidade enganosa e abusiva" (art. 6º, nº IV) visando não somente a reprimir o dano econômico, como ainda, e especialmente, a resguardar a moralidade no ato de comércio, afastando a frustração que possa resultar, no espírito da clientela ludibriada, da compra de produto destituído da proclamada qualidade.

Por último, merece recordar que — como acima indicado — a atual Constituição coloca, como reflexo do direito à liberdade, a obrigação do Estado indenizar o condenado por erro judiciário, assim como ao que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV).

O Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) antecipou, no capítulo da revisão criminal, o direito à indenização pelos prejuízos sofridos em caso de condenação ilícita. Responderá pela indenização, conforme o caso, a União ou o Estado, segundo a jurisdição da sentença revista (art. 630).

O prejuízo a ser compensado não será unicamente o dano material pela privação da liberdade, mas igualmente o dano moral que o vício de legalidade da condenação terá provocado quanto à reputação do réu ou aos reflexos da pena no meio familiar.

IV

A reparação do dano moral coloca em causa o delicado problema da quantificação do valor da indenização.

Se o dano material é, de regra, determinável por critério objetivo e certo, a avaliação do dano moral é, por sua natureza, subjetiva e aleatória.

A jurisprudência tem mesmo admitido que a determinação do valor leve em conta um fator sancionatório, de tal modo que o teor econômico desestimule, pelo efeito intimidativo, a reincidência em conduta ofensiva aos valores da personalidade (ver, a respeito, Renan Miguel Saad — o ato ilícito e responsabilidade civil do Estado — 1994 — p. 100 a 105).

A imprensa noticiou, recentemente, dois casos na jurisprudência norte-americana, que exprimem a tendência a condenações de alto valor a título de danos punitivos (*punitive damages*).

Em um bar do Sul da Califórnia, ao tomar um café *cappucino* o usuário, deficiente físico, sofreu queimadura quando a alça da chícara descartável se desprendeu e a bebida quente caiu-lhe ao colo. Foi pleiteada indenização superior a um milhão de dólares, sendo 750 mil dólares sob o fundamento de que o incidente teria motivado "choque e prejuízo ao sistema nervoso da mãe do cliente, o que lhe causou e continua causando muita dor física e mental e sofrimento" (Gazeta Mercantil — 7 de junho de 1994).

Recentemente, a companhia Mc Donald's foi condenada em US$ 2,9 milhões por danos e prejuízos causados a uma anciã de 81 anos que, dirigindo automóvel, colocou entre as pernas copo com café quente e sofreu queimaduras de terceiro grau quando, ao abrir o tampo plástico, derramou nas pernas o café fervente adquirido numa das lojas da referida cadeia.

Declaradamente, a maior parte da condenação (US$ 2,7 milhões) foi atribuída em razão do processo adotado no estabelecimento de servir o café a uma temperatura

média de 80 graus centígrados, reputada excessiva, adotado o cálculo como punição à empresa (Gazeta Mercantil — 20-21 agosto de 1994).

Estão em curso negociações, de iniciativa do juízo da ação, em busca de um acordo que, mediante indenização menor, induza a empresa a não recorrer da sentença (Gazeta Mercantil — 5 de setembro de 1994).

Em julgamento recente, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou empresa editora de disco a indenizar autor brasileiro, pelo comprovado plágio de música de sua autoria, concedendo-lhe reparação de danos morais fixados em US$ 32 mil (Gazeta Mercantil — 31 de agosto de 1994).

Em sentença proferida no Juízo da 27ª Vara Cível de São Paulo, e transitada em julgado, a CREDICARD foi condenada ao pagamento de indenização da ordem de US$ 20 mil por danos morais e materiais, pela recusa, no exterior, de cartão de crédito erroneamente cancelado pela empresa (Gazeta Mercantil — 2 de setembro de 1994).

A Jurisprudência do Conselho de Estado francês por algum tempo repeliu a indenização por dano moral a pretexto de que a dor não é conversível em moeda (larmes ne se monnayent pas), afastando-se o *pretium doloris* como elemento de indenização (caso Quénot — 24 de março de 1916). Evoluiu, porém, o tribunal administrativo. Venceu outra linha interpretativa, para admitir o ressarcimento do que se convencionou chamar de "perturbação nas condições de existência da vítima ou de seus familiares" (casos Brusteau e Marx — 8 e 17 de dezembro de 1948). Finalmente, em decisão no caso Letisserand (24 de novembro de 1961) em definitivo aderiu o Conselho de Estado ao reconhecimento do dano moral como fato gerador de indenização, admitindo, como tal, a dor paterna pelo desaparecimento prematuro de seu filho (ver comentários de Marcel Waline — *in* Revue du Droit Public e de la Science Politique — 1962, nº 2, p. 330/333).

A responsabilidade civil do Estado tem sido, freqüentemente, reconhecida por nossos tribunais, em casos de omissão no poder de polícia nos quais a inércia da autoridade administrativa é causa determinante, ou concorrente, na produção do dano.

IARA LEAL GASOS, em tese sobre o tema, trouxe à colação diversos casos da jurisprudência brasileira, nesse sentido (A omissão abusiva do poder de polícia — 1994, p. 74 a 83).

A pesquisa ampla da jurisprudência judicial, entre nós, excede aos objetivos imediatos da presente comunicação.

Alinharemos, a seguir, apenas a título ilustrativo, alguns julgados que evidenciam a acolhida do dano moral como fundamento da responsabilidade do Poder Público.

O Tribunal de Justiça da Bahia declarou a responsabilidade do Estado pela reparação de erro judiciário, devendo a indenização cobrir os danos morais e materiais decorrentes de execução condenatória, em detrimento de réu inocente (acórdão na Apelação Cível nº 322/82 — Revista de Direito Administrativo — vol. 157/258).

Em caso de morte de mulher, atingida por disparo de policial, no exercício de sua função, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmou a existência cumulativa do dano material, representado pela interrupção de serviços domésticos

a cargo da vítima e de dano moral presumido à luz do vínculo com seus parentes imediatos (acórdão unânime da 5ª Câmara Cível em 14-2-92, na Apelação nº 3.837/91).

Em outro acórdão, o mesmo Tribunal, entendendo que o fato danoso "faz presumir ofendida a honra, ferindo a vítima na personalidade espiritual, nos afetos e sentimentos" condenou o réu à indenização cumulativa, aditando, significativamente que "vinga na indenização por dano moral o propósito de se impor sanção exemplar" (acórdão unânime da 8ª Câmara Cível, em 20-12-90, na Apelação Cível nº 4.808/89).

Em acórdão de 29 de junho de 1984, na Apelação Cível nº 85.689, o Tribunal Federal de Recursos entendeu cabível a reparação de dano moral, em virtude de morte causada por veículo militar, visto que "os pais da vítima de família pobre são presumidamente dependentes do filho solteiro pré-morto, pois todos contribuem para a economia doméstica" (Revista de Direito Administrativo — vol. 159/266).

Acolheu o Tribunal Federal de Recursos a responsabilidade da União pelo dano estético causado a uma mulher por lesão ocular provocada por lâmina de vidro que se desprendeu de edifício-sede de repartição federal (Acórdão na Apelação Cível nº 73.865 — Revista de Direito Administrativo — vol. 153/183).

Mais expressiva, como evidência de dano moral, é a sentença condenatória da União no conhecido caso Herzog.

Preso político, a vítima foi encontrada morta por asfixia na cela a que estava recolhido em presídio militar, após sessões de tortura física e psicológica.

Alegou-se a prática de suicídio, mas a sentença de primeira instância, a par de ter como não comprovada a morte voluntária, afirmou a responsabilidade do Estado pela integridade física e moral do preso e filiou o óbito à coação moral a que estivera sujeito no curso da prisão arbitrária.

Aceitando a tese da responsabilidade objetiva do Estado, por culpa do serviço, a sentença declara a obrigação de indenizar por danos materiais e morais cumulativos (ver publicação da íntegra do processo — *in* Caso Herzog — Editora Salamandra — 1978). Embora reformada em grau de recurso, por insuficiência de prova, a sentença oferece subsídio de relevo sobre o tema.

Casos de atropelamentos por veículos oficiais, gerando pretensões indenizatórias por dano moral à família, bem como os de responsabilidade por omissão de providências em desmoronamentos de encostas e a tolerância de construção em locais de risco, são espécies nas quais se tem afirmado não apenas o aspecto estritamente patrimonial como os reflexos que provocam em relação a respeitáveis interesses de ordem moral dos lesados, não raro postos ao desabrigo.

A responsabilidade vinculada à legislação de imprensa teve significativa aplicação com respeito ao noticiário inverídico que atribuiu a conhecido artista a contaminação por vírus da AIDS.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou a empresa jornalística à indenização por dano moral, destacando, como um dos fundamentos da decisão que "nenhum homem médio poderia espancar os seus mais íntimos sentimentos de medo e frustração, de indignação e revolta, de dor e mágoa, diante da divulgação de seu nome associado a uma doença incurável, desafiadora dos progres-

sos da ciência e que tantos desesperos tem causado à humanidade" (acórdão na Apelação Cível nº 3.059/91 — Revista de Direito Administrativo — vol. 185/197).

VI

A reparação de danos morais tem merecido reconhecimento até mesmo em razão de ato legislativo.

A lei inconstitucional não apenas se tornará nenhuma uma vez declarado o vício que nulifica seus efeitos.

Como afirmou o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 19 de julho de 1948, "o Estado responde civilmente por dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional". Trata-se de empresa de ônibus da qual se exigira imposto indevido, conduzindo à suspensão do tráfego (Revista de Direito Administrativo — vol. 20/42).

Em outro feito, definiu a Suprema Corte que "uma vez praticado pelo poder público um ato prejudicial que se baseou em lei que não é lei, responde ele por suas conseqüências" (acórdão de 15 de maio de 1957).

O voto do Relator, Ministro Cândido Mota Filho, enfatizou o princípio de que:

"O Estado responde civilmente pelos danos causados por lei declarada inconstitucional, pois ele não pode, na verdade, pelo arbítrio legislativo, abalar as garantias dos contratos regularmente feitos" (Revista Trimestral de Jurisprudência — 2/121-122).

Não é outra a jurisprudência atual no Pretório Excelso como documenta o despacho do Ministro Relator no Recurso Extraordinário nº 169.81 (Revista de Direito Administrativo — vol. 194/271).

Se, nessas hipóteses, foi admitida a indenização por danos materiais, o princípio da responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais, que neles se afirma, leva a conclusão necessária de que de igual premissa resultará a reparação de danos morais que possam provir dos efeitos de ato legislativo que afinal tenha proclamada a eiva de inconstitucionalidade.

VII

A conclusão que se impõe, em suma, é a de que o Estado responderá objetivamente pelos danos materiais ou morais, comprovadamente oriundo de atos de qualquer dos três Poderes, obrigando-se a reparar os prejuízos causados, a serem quantificados em grau de execução.

Não há, para o Poder Público privilégios ou prerrogativas que possam eximi-lo do dever, que a todos se impõe, de preservação da integridade de bens ou direitos protegidos pela segurança da ordem jurídica.