

Improbidade Administrativa: Configuração e Reparação do Dano Moral

Emerson Garcia

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela mesma Universidade. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. DELIMITAÇÃO DO PLANO DE ESTUDO

Dano, em seus contornos mais amplos, é “a perda que alguém teve e o ganho que deixou de ter”.¹ Quando o dano resulta de uma ação à margem da ordem jurídica, surge, para aquele que o sofreu, o direito de ser ressarcido, e, para o autor, direto ou indireto, o dever de indenizar.² Essa construção, de origem romana³ e que se sedimentou na esfera civilista, alcançou o direito público, onde há muito se reconhece o dever de o Poder Público ressarcir os danos causados aos particulares.⁴ Sua simplicidade estrutural, no entanto, encobre um incontável número de polêmicas, que variam desde o exato alcance da concepção de dano, passando pela indi-

¹ POTHIER, A.. *Oeuvres de Pothier, Traité des Obligations*, Tome Premier, Paris: Chez L'Éditeur, 1821, p. 180-181.

² Cf. SOURDAT, M. A.. *Traité Général de la Responsabilité ou de L'Action en Dommages-Intérêts en Dehors des Contrats*, Tome 1, 5^a ed., Paris: Marchal et Billard, 1902, p. 1.

³ Cf. SAVIGNY, M. F. C. de. *Traité de Droit Romain*, Tome Premier, Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, 1840, p. 107.

⁴ Cf. WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 9^a ed., Paris: Éditions Sirey, 1963, p. 826 e ss.; BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 7^a ed., Milano: A. Giuffrè Editore, 2003, p. 301 e ss.

vidualização dos sujeitos ativo e passivo, até alcançar o *quantum* da indenização devida.

Conquanto se reconheça, face à sua inegável amplitude, que a temática faria melhor figura num tratado, não num breve artigo, cremos seja possível tecer algumas considerações a respeito da conexão existente entre improbidade administrativa e uma modalidade específica de dano, o moral. Para tanto, é necessário compreender a amplitude do dever jurídico de ressarcir o dano causado com o ato de improbidade, bem como refletir sobre os contornos estruturais do dano moral e a possibilidade de as pessoas jurídicas, mais especificamente aquelas que se enquadrem no conceito de sujeito passivo do ato de improbidade, virem a sofrê-lo.

2. OS ATOS DE IMPROBIDADE E AS SANÇÕES COMINADAS

Diversamente do que muitos afirmam, improbidade não guarda identidade com imoralidade, e muito menos é por ela absorvida. O acerto dessa afirmação resulta da exegese do art. 37 da Constituição da República, que enunciou um extenso rol de regras e princípios vinculantes para a Administração Pública e, em seu § 4º, conferiu ao Legislativo plena liberdade de conformação para definir o que seriam atos de improbidade. Assim, ainda que o léxico estabelecesse a vinculação que ora se afasta, o que efetivamente não faz, pois probidade deriva do latim *probus* (*pro* + *bho* - da raiz *bhu*, nascer, brotar), indicando o que é bom, de boa qualidade, vale dizer, o que é correto, e não apenas o que é moral, deve-se ter sempre presente que o semântico pode, apenas, ajudar a construir, mas não sobrepor-se ao normativo. Nessa linha, poderia a legislação constitucional considerar, como efetivamente fez, ato de improbidade a violação a todo e qualquer princípio regente da atividade estatal, cuja imperatividade não precisa ser lembrada,⁵ e não apenas à moralidade administrativa.

⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Surhkamp Taschenbuch Verlag, 1994, p. 72; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Massachussets: Harvard University Press, 1999, p. 22 e ss.; ZAGREBELSKY, Gustave. *Manuale di Diritto Costituzionale*, Volume Primo, *Il Sistema delle Fonti del Diritto*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, p. 107; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra:

Na sistemática da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que regulamentou o § 4º do art. 37 da Constituição da República, são três as modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), causam dano ao patrimônio público (art. 10) ou violam os princípios regentes da atividade estatal (art. 11). Todas, no entanto, possuem um epicentro estrutural comum, a violação à juridicidade, terminologia cunhada por Merkl e que absorve todos os padrões normativos de observância obrigatória no Estado de Direito, como regras, princípios, costumes etc.⁶ Em qualquer caso, sempre será necessário aferir a presença de um referencial de proporcionalidade na própria incidência da Lei nº 8.429/1992, evitando submeter o agente público a um processo dessa natureza em situações de pouca ou nenhuma lesividade ao interesse público.⁷

Avançando, ainda é possível alcançar uma segunda conclusão: todo ato de improbidade, e não apenas o tipificado no art. 11, viola algum princípio regente da atividade estatal. Essa constatação é particularmente clara em relação ao enriquecimento ilícito, isto em razão de sua elevada carga de ilegalidade e imoralidade, e não menos exata em relação ao dano causado ao patrimônio público, pois o prejuízo, para que seja tido como ilícito, configurando a improbidade administrativa, sempre será antecedido pela violação a algum princípio. Nesse particular, deve-se lembrar que a atividade estatal, conquanto ostente inegável utilidade para o interesse público, pode se mostrar extremamente arriscada (v.g.: um plano econômico) ou indiscutivelmente deficitária (v.g.: subvenções que busquem o desenvolvimento de uma região mais pobre), sendo o prejuízo financeiro plenamente aceitável.

Coimbra Editora, 2003, p. 250; e GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais, Esboço de uma Teoria Geral**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 177 e ss..

⁶ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**, v. I, 2ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 1977, p. 251.

⁷ Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria, a primeira parte da obra intitulada **Improbidade Administrativa**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 99-104, sendo a segunda parte da lavra de Rogério Pacheco Alves.

Em consequência, o *iter* de individualização dos atos de improbidade há de iniciar, sempre, pela verificação da compatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal. Presente a incompatibilidade, ter-se-á a aparente configuração do ato de improbidade descrito no art. 11. Se a conduta, além disso, importar em enriquecimento ilícito ou causar dano ao patrimônio público, ter-se-á o deslocamento da tipologia, respectivamente, para os arts. 9º e 10. Identificado o enquadramento da conduta na tipologia da Lei nº 8.429/1992, o que também exige sejam analisados o elemento subjetivo do agente, a qualidade dos sujeitos envolvidos e a presença de um critério de proporcionalidade, ter-se-á, como consequência desfavorável para o autor, a incidência das sanções cominadas no art. 12.

Não obstante o distinto grau de lesividade ao interesse público, o fato de as três modalidades de atos de improbidade pertencerem a um gênero comum ensejou a opção legislativa de sujeitá-las a feixes de sanções praticamente idênticos. Com exceção da “*perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio*”, somente cominada às hipóteses de enriquecimento lícito, todo e qualquer ato de improbidade, a depender dos circunstancialismos do caso concreto, pode redundar em “*ressarcimento integral do dano*”, “*perda da função pública*”, “*suspensão dos direitos políticos*”, “*pagamento de multa civil*” e “*proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios.*”

De modo diverso do que se verifica em relação ao inciso II do art. 12, em que o “*ressarcimento integral do dano*” é da própria essência do ato de improbidade previsto no art. 10, cuja tipologia é direcionada aos atos que causam dano ao patrimônio público, há previsão expressa, nos incisos I e III do referido art. 12, preceitos que relacionam as sanções cominadas às duas outras modalidades de atos de improbidade, de que esse ressarcimento só terá lugar “*quando houver*” dano. Observa-se, de imediato, que essa técnica legislativa não suscita maiores dúvidas em relação ao enriquecimento ilícito, pois tanto é possível que o agente público dê causa ao empobrecimento do patrimônio público em razão do seu enriquecimento pessoal (v.g.: apropriando-se de recursos públicos),

como pode igualmente ocorrer que ele enriqueça sem que haja qualquer prejuízo patrimonial imediato para o sujeito passivo do ato de improbidade (v.g.: o recebimento de propina para acelerar um processo administrativo). A mesma clareza, no entanto, não se manifesta quando o ato de improbidade é daqueles que tão somente violam os princípios regentes da atividade estatal. Afinal, preservando um padrão mínimo de coerência em relação ao que afirmamos acima, a simples ocorrência do dano já seria suficiente para atrair a incidência da tipologia do art. 10. Haveria, assim, uma *contradictio in terminis* ao se associar a figura do art. 11 da Lei de Improbidade ao “ressarcimento do dano”.

Não obstante o aparente êxito desse raciocínio inicial, é possível afirmar que o “ressarcimento do dano” previsto no inciso III do art. 12, além de compatível com a tipologia do art. 11, apresenta uma total harmonia sistêmica com a Lei de Improbidade.

Como verdadeiro dogma do moderno direito sancionador, tem-se que a incidência da sanção pressupõe a existência de um claro liame entre a vontade do agente e o comportamento tido como ilícito.⁸ Enquanto a tipologia do art. 10 aceita tanto o dolo quanto a culpa, a do art. 11, por ser silente a respeito do elemento subjetivo do agente público, somente se harmoniza com o dolo. Assim, agindo dolosamente, o agente pode violar apenas os princípios regentes da atividade estatal ou avançar e, também, causar dano ao patrimônio público. Mesmo que pare no *minus*, é plenamente factível que de sua conduta possa advir um dano indireto ao patrimônio público, que absorve não só os aspectos financeiros, como, também, o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística.⁹

Ressalte-se, no entanto, que essa linha limítrofe entre o fim do primeiro atuar doloso e o início do segundo é normalmente encoberta pela unidade existencial da conduta praticada pelo agente, o que torna impossível ou particularmente difícil a sua individualização. De qualquer modo, esse óbice será afastado quando

⁸ Cf. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 342 e ss..

⁹ Cf. GARCIA. *Improbidade...*, p. 252-254.

a própria Lei incluir, sob a epígrafe do art. 11, condutas que normalmente redundam num dano ao patrimônio público. É o caso, por exemplo, da figura do inciso V do art. 11: “*frustrar a licitude de concurso público*”. Esse ato de improbidade pode redundar na anulação do concurso público e, conseqüentemente, acarretar a perda de todo o numerário despendido pelo Poder Público com a sua organização. Apesar de a Lei nº 8.429/1992 não deixar margem a dúvidas quanto à sua inclusão no art. 11, ter-se-á um dano e o correlato dever de ressarcí-lo.

Em outras situações, a tarefa do operador do direito será sensivelmente mais complexa. É o caso, por exemplo, do inciso I do art. 11 (“*praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência*”), cuja generalidade não precisa ser realçada e que, por isso, será necessariamente infringido em praticamente todos os atos de improbidade contemplados nos arts. 9º e 10. Assim, a depender das especificidades do caso concreto, não haverá óbice ao enquadramento da conduta em tipologias mais específicas, como soem ser as desses últimos artigos.

Constatado que o dever de ressarcir o dano causado pode decorrer de qualquer dos atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/1992, resta verificar a sua natureza jurídica, os contornos gerais do denominado dano moral e a possibilidade, ou não, de o ato de improbidade vir a causar um dano dessa natureza ao Poder Público.

3. O RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO

A ideia de ressarcimento integral do dano indica que a esfera jurídica do lesado deve retornar ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato ilícito. Não obstante a sistemática adotada pela Lei nº 8.429/1992, que o incluiu sob a epígrafe das sanções, ele não representa uma punição para o ímprobo; afinal, busca, apenas, repor o *status quo*.¹⁰ Jérémie Bentham, há mais de dois séculos, já

¹⁰ No mesmo sentido: CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, v. II, trad. de FRANCESCHINI, José Luiz V. de A. e PRESTES BARBA, J. R., São Paulo: Edição Saraiva, 1957, § 693, p. 145.

observava que se a medida aplicada ao criminoso consiste numa soma de dinheiro que dele é exigida como equivalente à perda que causou a terceiro, tem-se um ato de satisfação pecuniária (*satisfaction pécuniaire*), não de punição.¹¹ Kelsen,¹² do mesmo modo, averba que “*a obrigação de reparar o dano infligido a outro Estado, seja ela diretamente estipulada pelo Direito internacional geral ou estabelecida por meio de acordo entre os dois Estados envolvidos, não é uma sanção - tal como caracterizado às vezes - mas uma obrigação substitutiva que ocupa o lugar da obrigação original violada pelo delito (rectius: ato ilícito) internacional.*”

Em seus contornos gerais, o dever de ressarcir pressupõe: a) a ação ou omissão do agente, residindo o elemento volitivo no dolo ou na culpa; b) o dano; c) a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido; d) que da conduta do agente, lícita (ex.: agente que age em estado de necessidade) ou ilícita, surja o dever jurídico de reparar. Especificamente em relação ao nosso objeto de estudo, tem-se que a prática do ato de improbidade faz surgir, para o agente o público e os terceiros com ele conluiados, o dever de ressarcir o dano causado, o que decorre não só do “sancionamento” instituído pelo art. 12, como, também, do dever jurídico veiculado pelo art. 5º, *verbis*: “[o]correndo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

O vocábulo ressarcimento exprime a ideia de equivalência na contraprestação, apresentando-se como consequência da atividade do agente que ilicitamente causa dano ao sujeito passivo do ato de improbidade. A reparação, consoante a dicção da Lei nº 8.429/1992, há de ser integral, o que torna cogente o dever de ressarcir todos os prejuízos sofridos pela pessoa jurídica lesada, qualquer que seja a sua natureza. Insuficiente o *quantum* fixado a título de reparação, caberá à Fazenda Pública ajuizar as ações necessárias à complementação do ressarcimento.¹³ Sob este aspecto,

¹¹ Cf. DUMOND, Ét. *Theorie des Peines et des Récompenses*. Extraits des Manuscrits de Jérémie Bentham, Bruxelas: Societé Belge de Librarie, 1840, p. 14.

¹² *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹³ Lei nº 8.429/1992, art. 17, § 2º.

é relevante observar que a independência com a esfera cível foi levada a extremos, já que a pessoa jurídica lesada será instada a integrar o polo ativo da ação caso não a tenha ajuizado¹⁴ (art. 17, § 3º); terá total liberdade para suprir as falhas e omissões detectadas na inicial; poderá produzir as provas que demonstrem a dimensão do dano; e terá ampla possibilidade de apresentar as irresignações recursais pertinentes; inexistente, assim, justificativa para a injurídica possibilidade de renovação da lide. Com o objetivo de harmonizar referida norma com o instituto da coisa julgada,¹⁵ entendemos que o ulterior pleito indenizatório somente deve ser admitido quando (1) a Fazenda Pública não houver integrado o polo ativo; (2) a dimensão do dano não tenha sido discutida; ou (3) fatos supervenientes, não valorados na lide originária, embasem a lide posterior.

Tratando-se de dano causado por mais de um agente público, ou por um agente público e um terceiro, uma vez demonstrado que concorreram voluntariamente para o resultado, ter-se-á a obrigação solidária de reparar, do que decorre a possibilidade de o montante devido ser integralmente cobrado de qualquer deles.¹⁶

Se o dever jurídico de ressarcir não parece suscitar maiores dúvidas, o mesmo não pode ser tido em relação ao que está incluído sob a epígrafe do “dano”. É nesse ponto que iniciamos nossas considerações a respeito do dano moral na seara da improbidade administrativa.

4. CONTORNOS GERAIS DO DANO MORAL NO ÂMBITO PRIVADO

O dano moral, por vezes, é caracterizado como uma ofensa de natureza não patrimonial, atingindo, primordialmente, os direitos da personalidade, assentados num referencial de humanidade e insuscetíveis de exata mensuração econômica. Sob essa pers-

¹⁴ Lei nº 8.429/1992, art. 17, § 3º.

¹⁵ CR/1988, art. 5º, XXXVI.

¹⁶ Código Civil, art. 942. Em harmonia com o sistema, o TJRS decidiu que “*responde pelos prejuízos causados ao erário, solidariamente, tanto o servidor, beneficiado pela irregularidade, como o prefeito municipal, na qualidade de gestor dos gastos públicos, tendo conhecimento do ato ilegal, causador do dano sujeito à reparação*” (3ª CC, AP nº 598331445, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. em 11/3/1999).

pectiva, somente a pessoa humana poderia sofrê-lo, não a pessoa jurídica, criação de ordem legal ou contratual desprovida de personalidade subjetiva, não sentindo dor ou emoção. Essa concepção inicial, no entanto, não se coaduna com a constatação de que alguns atributos da personalidade, como a imagem e a reputação, podem assumir contornos objetivos, não necessariamente associados ao referencial de humanidade.

A honra, além do aspecto subjetivo, afeto aos sentimentos característicos da espécie humana, também alcança a reputação e o bom nome da pessoa junto a terceiros que com ela se relacionem, ou que estejam em vias de se relacionar. A honra, assim, possui contornos de imanência, refletindo a própria estima, e de transcendência, indicando o reconhecimento externo do próprio valor.¹⁷ Partindo-se dessa distinção, pode-se falar, como o faz parte da doutrina italiana, em danos não patrimoniais subjetivos (dor física e moral) e danos não patrimoniais objetivos (ofensas ao bom nome, à reputação etc.),¹⁸ o que bem demonstra a estreiteza do entendimento que contextualiza a honra num plano puramente personalista.¹⁹ Afinal, é plenamente factível que também as pessoas jurídicas possuem um conceito, uma reputação, permitindo, assim, venham a sofrer danos não patrimoniais objetivos.

A configuração do dano moral, como é intuitivo, pressupõe a violação de um bem ou interesse juridicamente tutelado. Nessa perspectiva, é necessária a verificação do referencial de juridicidade que dá sustentação aos direitos das pessoas naturais e jurídicas. Os direitos da personalidade (v.g.: honra, intimidade etc.), nitidamente reconduzíveis à ideia de dignidade humana, costumam encontrar contemplação expressa ou implícita em diversas Constituições, não havendo maior dúvida quanto à juridicidade de seus contornos. Em relação às pessoas jurídicas, tem-se que al-

¹⁷ Cf. ROSADO IGLESIAS, Gema. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 197.

¹⁸ Cf. CORTESE, WANDA. *La Responsabilità per Danno all'Immagine della Pubblica Amministrazione*, Padova: CEDAM, 2004, p. 105 e ss..

¹⁹ Nesse sentido: BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa. *El derecho fundamental al honor*, Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 142; e COSSIO, Manuel de. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 181.

gumas ordens constitucionais, como a portuguesa²⁰ e a alemã²¹, prevêm, expressamente, que também elas possuem direitos fundamentais, desde, naturalmente, que sejam compatíveis com a sua natureza; são excluídos, assim, os direitos que pressupõem, como requisito essencial à sua fruição, a condição humana (v.g.: direito à integridade física, à vida etc.), e absorvidos aqueles que não a exijam (v.g.: o direito à reputação). Nessa linha, identificada a violação dos direitos fundamentais que lhes são inerentes, será plenamente possível a configuração do dano moral.

Mesmo nos sistemas em que a ordem constitucional é silente a respeito da temática - a grande maioria, diga-se de passagem -, tem sido acolhido o argumento de que o fenômeno associativo é indissociável da realidade social, sendo uma forma de maximizar o atendimento às necessidades individuais. A pessoa jurídica, assim, enquanto instrumento a serviço da pessoa humana, deve ter os contornos de sua proteção definidos em harmonia com a sua essência e *ratio* existencial, o ser humano. Nessa perspectiva, não haveria sentido, por exemplo, em reconhecer a liberdade de culto individual e negá-la à organização religiosa constituída especificamente para esse fim, estando plenamente difundido o argumento de que também as pessoas jurídicas possuem alguns direitos tidos como fundamentais.

O Tribunal Constitucional espanhol já teve oportunidade de afirmar que *“nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales.”*²²

No direito italiano, a Suprema Corte de Cassação,²³ centrando a sua atenção na lei civil, entendeu que o dano não patrimonial

²⁰ Constituição portuguesa de 1976, art. 12, 2: *“As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”*.

²¹ *Grundgesetz* alemã de 1949, art. 19, 3: *“Os direitos fundamentais, na medida em que sejam compatíveis com sua natureza, também protegem as pessoas jurídicas nacionais”*.

²² Sentença nº 32/1989, de 13/02/1989. No mesmo sentido: Sentença nº 241/1992, de 21/12/1992.

²³ Sentença nº 26972, 24/06/2008, publicado em 11/11/2008.

deve ser ressarcido não só nas hipóteses expressamente previstas na letra do art. 2059 do Código Civil de 1942,²⁴ como, também, em todos os casos em que o ato ilícito tenha lesado um interesse ou valor de relevo constitucional.²⁵ Em relação à pessoa humana, isto decorreria da inviolabilidade dos direitos fundamentais²⁶ e da necessária interpretação evolutiva do texto constitucional. Quanto às pessoas jurídicas, somente a partir da Sentença nº 12.929/2007 a Corte efetivamente equiparou pessoas físicas e jurídicas, entendendo que as últimas estariam igualmente suscetíveis de sofrer danos não patrimoniais, com exceção daqueles de natureza biológica, nos quais o aspecto físico é requisito imprescindível; em sua fundamentação, aduziu que a força normativa do art. 2º da Constituição de 1947 projeta-se, igualmente, sobre as formações sociais integradas pelos seres humanos.²⁷

No direito brasileiro, à mingua de restrição no texto constitucional, que não distingue pessoas humanas de pessoas jurídicas, prevendo uma cláusula geral de reparação dos danos morais,²⁸ bem como por estar em plena harmonia com a natureza

²⁴ *“Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.”*

²⁵ No mesmo sentido: Sentenças nº 8.827 e 8.828/2003.

²⁶ Nas palavras do Tribunal: “[d]al principio del necessario, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l’obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale” (Sentença nº 26.972/2008, considerando 4.1).

²⁷ Nas palavras do Tribunal: “[p]oiché anche nei confronti della persona giuridica e in genere dell’ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale allorquando il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica o dell’ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione, e fra tali diritti rientra l’immagine della persona giuridica o dell’ente; allorquando si verifichi la lesione di tale immagine è risarcibile, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi, e se dimostrato, il danno non patrimoniale costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell’ente che esprime la sua immagine, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell’agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell’ente e, quindi, nell’agire dell’ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l’ente di norma interagisca. Il suddetto danno non patrimoniale va liquidato alla persona giuridica o all’ente in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto”.

²⁸ CR/1988, art. 5º, V: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. CR/1988, art. 5º, X: “São inviolá-

das coisas, tem sido acolhida a tese de que a pessoa jurídica pode sofrê-los, não sendo possível estabelecer uma simbiose entre a reputação dos seus membros e a sua. Trata-se de entendimento sedimentado pelas duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça,²⁹ sendo convertido em enunciado de sua Súmula,³⁰ o que denota a atual tendência de se buscar a ampla reparação do dano causado. O Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, também admitiu a possibilidade de reparação do dano moral causado à pessoa jurídica,³¹ que não poderia ser alijada dos direitos fundamentais reconhecidos às pessoas em geral.

É indiscutível que determinados atos podem diminuir o conceito da pessoa jurídica junto à comunidade,³² ainda que não haja uma repercussão imediata sobre o seu patrimônio. Existindo o dano não patrimonial ou moral, o que se constata a partir da avaliação da conduta tida como ilícita e das regras de experiência, deve ser promovido o seu ressarcimento *integral*, o que será feito com o arbitramento de numerário compatível com a qualidade dos envolvidos, as circunstâncias da infração e a extensão do dano, tudo sem prejuízo da reparação das perdas patrimoniais.

veis 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”.

²⁹ “Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa jurídica. A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente. Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido” (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 60.033-2-MG, Rel. Min. Ruy Rosado, j. em 9/8/1995, RJSTJ 85/269). “Protesto indevido. Danos morais. Pessoa jurídica. Responde o banco pelos prejuízos decorrentes do protesto indevido de título já pago. Pacificou-se o entendimento desta Corte no sentido de que as pessoas jurídicas podem sofrer danos morais” (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 251.078-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 18/5/2000, DJ de 14/8/2000). No mesmo sentido: 4ª Turma, REsp. nº 112.236-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado, j. em 28/4/1997, RJS-TJ 102/370, e 3ª Turma, REsp. nº 58.660-7-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 3/6/1997, RSTJ 103/175.

³⁰ Súmula nº 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

³¹ 2ª T., AGREG nº 244.072/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 02/04/2002, DJ de 17/05/2002.

³² O art. 219 do Código Penal Militar pune a conduta do militar que venha a propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das Forças Armadas ou a confiança que estas merecem do público.

5. A CAUSAÇÃO DE DANO MORAL ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Do mesmo modo que as pessoas jurídicas de direito privado, as de direito público também gozam de determinado conceito junto à coletividade, do qual muito depende o equilíbrio social e a subsistência de várias negociações, especialmente em relação: a) aos organismos internacionais, em virtude dos constantes empréstimos realizados; b) aos investidores nacionais e estrangeiros, ante a frequente emissão de títulos da dívida pública para a captação de receita; c) à iniciativa privada, para a formação de parcerias; d) às demais pessoas jurídicas de direito público, o que facilitará a obtenção de empréstimos e a moratória de dívidas já existentes etc.

O grande obstáculo que se enfrenta, no entanto, é identificar a base normativa que dá sustentação ao direito à imagem e à reputação das pessoas jurídicas de direito público, que, juntamente com algumas pessoas jurídicas de direito privado, são sujeitos passivos em potencial dos atos de improbidade.

Inicialmente, observa-se que os direitos fundamentais surgiram como fatores de limitação à atuação do Estado, que reconhece e assegura a indenidade de uma esfera jurídica afeta ao indivíduo. Lembrando o título da sugestiva monografia de Paul Kirchhof,³³ o Estado normalmente se apresenta como “*garantidor e inimigo da liberdade*”. Em consequência, seria contraditório, ao menos sob a ótica de parte da doutrina, que o principal algoz dos direitos fundamentais, justificador de sua própria existência, seja por eles beneficiado;³⁴ em outras palavras, não seria possível a “confusão” entre destinatário e titular dos direitos fundamentais. Como afirmou o Tribunal Constitucional espanhol, “*no pueden desconocerse las importantes dificultades que existen para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a tales entidades, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del*

³³ *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit - Von Privileg und Überfluss zu einer Kultur des Masses*, München: Ferdinand Schöningh, 2004.

³⁴ Cf. ROSADO IGLESIAS, *La titularidad...*, p. 251-253.

art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública.”³⁵ Assim, caso um ente público viole certos aspectos da esfera jurídica de outro ente público, ainda que facilmente enquadráveis na categoria dos direitos fundamentais, o que se teria, em verdade, seria mero conflito de competências.

Mesmo aqueles que apregoam a exclusão das pessoas jurídicas de direito público da titularidade e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais reconhecem que alguns entes públicos, enquanto realidades distintas do Estado-comunidade (*rectius*: o Poder Público), com interesses próprios e autonomia de ação, como são os conselhos de fiscalização profissional e as universidades, possuem os direitos fundamentais compatíveis com a sua natureza.³⁶ Acresça-se, em reverência à juridicidade e por imperativo de ordem lógica, que não se podem negar às pessoas jurídicas de direito público certas garantias processuais, como o devido processo legal e o princípio do juiz natural, sejam, ou não, cognominadas de direitos fundamentais.

Reconheça-se, ou não, que a funcionalidade dos direitos fundamentais projeta-se sobre as pessoas jurídicas de direito público, é inegável que também elas, enquanto unidades existenciais autônomas, dotadas de capacidade jurídica e que estabelecem relações intersubjetivas no âmbito do Estado de Direito, têm uma esfera jurídica própria e, por via reflexa, possuem “direitos”. Esses “direitos” tanto podem estar expressos na Constituição e na lei, como derivar de sua essência, do referencial de juridicidade que permeia todo e qualquer Estado de Direito. Nessa linha, se não se nega a coerência lógica da tese que afirma estarem os direitos fundamentais primordialmente voltados à proteção do indivíduo contra o Estado, não se pode negar, igualmente, que também o Estado possui direitos em relação indivíduo (v.g.: direito de propriedade, direito de defesa etc.).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais torna evidente que também eles influenciarão na interpretação da ordem ju-

³⁵ Sentença nº 91/1995, de 19/06/1995.

³⁶ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 114.

rídica, o que necessariamente contextualiza seus comandos num padrão de juridicidade, terminando por influir no delineamento de todo e qualquer “direito”, seja, ou não, fundamental, seja, ou não, outorgado a pessoas privadas. Não é por outra razão que o Tribunal Constitucional espanhol já reconheceu que as pessoas jurídicas de direito público têm direito à “*tutela efectiva de los jueces y tribunales*”, o que decorre da capacidade de ser parte num processo;³⁷ e possuem os mesmos direitos de liberdade de que desfruta a generalidade dos cidadãos, em especial aqueles previstos no art. 20 da Constituição espanhola.³⁸

Conquanto seja difícil definir, com precisão, a exata extensão dos “*direitos*” afetos às pessoas jurídicas de direito público, observa-se que alguns deles, mais especificamente aqueles afetos à sua personalidade jurídica e à sua capacidade de agir, são facilmente perceptíveis. A personalidade jurídica de um ente é claro indicativo de que ele existe juridicamente, configurando uma unidade a que se atribui a capacidade de ter direitos e deveres. Em torno dessa unidade existencial aglutinam-se inúmeros “*direitos*” afetos à sua própria essência, como são, por exemplo, os de (1) ter denominação ou símbolo próprio; (2) expressar, por meio dos seus agentes, o entendimento a respeito de temáticas específicas; e de (3) ter uma imagem, daí decorrendo a proteção de sua reputação. É plenamente possível, assim, que o ato de improbidade venha a

³⁷ Sentença nº 19/1983, de 14/03/1983.

³⁸ Constituição espanhola de 1978, art. 20: “1. *Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.*

macular o conceito de que gozam as pessoas jurídicas relacionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/1992, daí decorrendo um dano de natureza não patrimonial passível de indenização.^{39/40}

Não se sustenta, é evidente, que todo e qualquer ato de improbidade seja suscetível de causar danos não patrimoniais ao respectivo sujeito passivo. Em múltiplas situações, no entanto, tal será inequívoco. À guisa de ilustração, mencionaremos apenas algumas, dentre as hipóteses previstas na Lei nº 8.429/1992, que poderão eventualmente acarretar um prejuízo não patrimonial: a) recebimento de vantagem de qualquer natureza para tolerar a prática do contrabando e do narcotráfico (art. 9º, V); b) perceber vantagem para intermediar a liberação de verba pública (art. 9º, IX); c) causar dano ao erário com a realização de operação financeira sem a observância das normas legais (art. 10, VI); d) liberar verba pública ou aplicá-la com inobservância da sistemática legal (art. 10, XI); e) revelar indevidamente o teor de medida econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (art. 11, VII).

Ao reconhecermos que o direito à imagem e à reputação é ínsito e inseparável da própria personalidade jurídica, integrando a esfera jurídica do sujeito passivo do ato de improbidade, temos de atribuir, por via reflexa, ao sujeito ativo do ato de improbidade, o dever jurídico de respeitá-lo ou, em caso de descumprimento,

³⁹Também admitindo a reparação do dano moral: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**, 2ª ed., São Paulo: 2001, p. 304; MATTOS NETO, Antonio José de. “Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa”, *in Revista dos Tribunais* nº 752/40; TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. “O Estado como Sujeito Passivo de Danos Morais Decorrentes de Ato de Improbidade Administrativa”, *in Revista Fórum Administrativo*, jan./02, p. 39; Idem. **Discricionariedade Administrativa, Ação de Improbidade & Controle Princiológico**, Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 210-211; e GOMES, José Jairo. “Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa”, *in Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei nº 8.429/92, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 264-265.

⁴⁰Juarez Freitas entende que a multa cominada no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 tem a função de reparar o dano moral (“Do princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação”, *in Revista de Informação Legislativa* nº 129/55). Em nosso entender, inexistente similitude entre a multa civil e o dano moral. Aquela tem natureza punitiva, sendo estabelecida com observância dos valores relativos estabelecidos na Lei nº 8.429/1992. O dano moral, por sua vez, tem natureza indenizatória, sendo mensurado de acordo com a dimensão da mácula causada.

o dever de ressarcir integralmente o dano causado. Em casos tais, deverá o órgão jurisdicional contextualizar o ilícito praticado, transcendendo os lindes do processo e identificando a dimensão da mácula causada à reputação do ente estatal, o que permitirá a correta valoração do dano não patrimonial e a justa fixação da indenização devida, que será revertida à pessoa jurídica lesada pelo ilícito.⁴¹

6. OS ATOS DE IMPROBIDADE E O DANO MORAL COLETIVO

Além do dano não patrimonial de natureza objetiva, é importante perquirir a possibilidade de o ato de improbidade causar um dano não patrimonial de natureza subjetiva (dor física e moral). Sendo evidente que a pessoa jurídica não pode sofrer uma dor moral, o prisma de análise há de ser deslocado para a coletividade, que efetivamente poderá experimentar um sofrimento com o dano a bens jurídicos de natureza não econômica. Note-se que estamos perante um evidente redimensionamento do individualismo oitocentista, que estabelecia uma correspondência biunívoca entre direito e personalidade, sendo ontologicamente refratário à própria defesa coletiva de direitos alheios.

O reconhecimento do dano moral enquanto *dano in actio ipsa*, o que dispensa a demonstração da efetiva dor e sofrimento, exigindo, apenas, a prova da conduta tida como ilícita, é um claro indicativo da possibilidade de sua defesa no plano transindividual, volvendo o montante da indenização em benefício de toda a coletividade, que é vista em sua inteireza, não dissecada numa visão anatômica, pulverizada entre os indivíduos que a integram. Como se percebe, para que seja demonstrada a existência e a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, sequer é preciso recorrer à figura dos danos punitivos (*punitive damages*).

Na modernidade, o direito deixa de ser visto como panacéia do indivíduo e assume a funcionalidade de fator de integração e pacificação social, daí a crescente importância atribuída à tutela coletiva de interesses patrimoniais ou puramente morais.

⁴¹ Lei nº 8.429/1992, art. 18.

A Lei nº 8.429/1992, como temos defendido, não se destina unicamente à proteção do erário, concebido como o patrimônio econômico dos sujeitos passivos dos atos de improbidade, devendo alcançar, igualmente, o patrimônio público em sua acepção mais ampla, incluindo o patrimônio moral. Danos ao patrimônio histórico e cultural, bem como ao meio ambiente, afora o prejuízo de ordem econômica, mensurável com a valoração do custo estimado para a recomposição do *status quo*, causam evidente comoção no meio social, sendo passíveis de caracterizar um dano moral coletivo, o qual encontra previsão expressa no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 8.884/1994.⁴²

A reparabilidade do dano moral coletivo, no entanto, suscitará algumas dificuldades. A primeira delas é constatada pelo fato de a Lei nº 8.429/1992 somente abordar os danos causados ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas em seu art. 1º,⁴³ o que poderia não incluir o dano moral causado à coletividade. Para contornar o obstáculo, deve-se observar que o patrimônio público, de natureza moral ou patrimonial, em verdade, pertence à própria coletividade, o que, *ipso facto*, demonstra que qualquer dano causado àquele erige-se como dano causado a esta. Assim, ao se falar num dano dessa natureza, apesar da separação das partes que atingem a pessoa jurídica lesada e a coletividade, não se está instituindo uma verdadeira dicotomia entre os sujeitos passivos do ilícito, mas, unicamente, individualizando uma parcela do dano experimentado pelo verdadeiro titular do bem jurídico, o povo.

A segunda dificuldade é vislumbrada no mecanismo a ser utilizado para a identificação do dano. Aqui, será necessário aquilatar a natureza do bem imediatamente lesado pelo ímprobo, a natureza dessa lesão e a dimensão do impacto causado na coletividade, o que permitirá a aferição da comoção e do mal-estar passíveis de individualizar um dano moral de proporções coletivas.

⁴² A Lei nº 7.347/1985, art. 1º: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados...”.

⁴³ Lei nº 8.429/1992, art. 10.

Em terceiro lugar, não se pode deixar de mencionar a dificuldade em mensurar o valor da indenização a ser fixada a título de compensação pelo dano moral causado, o que, em passado recente, chegou a ser erguido à categoria de óbice intransponível à própria reparação do dano moral. Nessa última etapa, entendemos que o valor da indenização deve ser suficiente para desestimular novas práticas ilícitas e para possibilitar que o Poder Público implemente atividades paralelas que possam contornar o ilícito praticado e recompor a paz social (v.g.: o agente público que determine a destruição de área de proteção ambiental diuturnamente utilizada pela população local, além de ser condenado a recompô-la, deve ser condenado a indenizar o dano moral causado à coletividade, que se viu privada da utilização de uma área de lazer, sendo o número direcionado à implementação de atividades de natureza similar, como a criação de um horto).

Acresça-se, ainda, que todos os membros da coletividade têm o direito⁴⁴ de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância do princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas. Essa concepção, no entanto, em que pese o fato de todos auferirem os efeitos de uma boa administração, não deve ser conduzida a extremos, culminando em identificar a ocorrência do dano moral sempre que for violado algum princípio administrativo ou mesmo lesado o erário.

Por último, observa-se que a indenização do dano moral causado à coletividade não deve reverter à pessoa jurídica lesada, tal qual preceitua o art. 18 da Lei nº 8.429/1992 em relação aos danos causados aos sujeitos passivos dos atos de improbidade. Apesar da unidade do ato ilícito, os seus efeitos devem ser vistos de forma bipartida, vale dizer, aqueles causados ao sujeito passivo do ato de improbidade e aqueles causados à coletividade,

⁴⁴ Esse direito é decorrência lógica das regras e dos princípios instituídos pelo art. 37 da CR/1988 e da própria disciplina dispensada à ação popular pelo art. 5º, LXXIII, da CR/1988.

aplicando-se, em relação aos últimos, o disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985 (“*Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo...*”).

EPÍLOGO

A contenção da improbidade administrativa, enquanto ato ilícito que desestabiliza as relações político-administrativas e causa um evidente custo social, exige sejam envidados esforços no sentido de se buscar a máxima efetividade da Lei nº 8.429/1992, o que inclui o “*ressarcimento integral do dano causado*”. Na medida em que o sujeito passivo do ato de improbidade, titular de direitos e deveres por força de sua personalidade jurídica, pode sofrer um dano não patrimonial que comprometa a sua imagem e reputação, tem-se o surgimento, para o sujeito ativo, do dever de ressarcir. Acresça-se que a unidade existencial do ato de improbidade permite que, na mesma relação processual, seja igualmente imposta a obrigação de ressarcir o dano não patrimonial causado à coletividade. 