

Responsabilidade extracontratual do Estado: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação comportamento administrativo?

*Ana Rita de Figueiredo Nery*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. Duas formulações necessárias sobre o tema da responsabilidade extracontratual do Estado; 1.1 O regime de responsabilidade patrimonial; 1.2 A jornada de progressiva extensão e flexibilização dos institutos que estruturam a responsabilidade do Estado; 1.2.1 Evolução da responsabilidade subjetiva para o regime de risco administrativo; 1.2.2 Colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização do agente público; 1.2.2.1 Análise dos temas 777 e 940 do Supremo Tribunal Federal; 2. Algumas funções possíveis para a responsabilidade extracontratual do Estado: recurso à filosofia do direito para compreensão da racionalidade subjacente à condenação do Estado por seus comportamentos lesivos; 3. Reflexões contemporâneas e as pistas que a prática nos dá sobre o que se quer com a responsabilização do Estado; 3.1 Flexibilização das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado: nexos causal, expansão do dano ressarcível, novos danos e a seleção dos interesses mercedores de tutela; 3.2 Despatrimonialização da reparação; 3.3 Acordos extrajudiciais; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

O artigo traz o tema da responsabilidade extracontratual do Estado como desdobramento de um relevante grupo de estudos sobre a Administração Pública. São eles os estudos comportamentais². Esses estudos, que observam a ação administrativa pelo prisma do comportamento de seus agentes e das interações entre seus órgãos e entidades, despertam nossa curiosidade para as consequências da condenação do Estado para o próprio Estado? É possível melhorar os serviços? É possível aperfeiçoar o comportamento do agente público?

¹ Doutora em Direito do Estado (USP). Pós-Graduação em Direito da Administração Pública (UFF) e em Direito para a Carreira da Magistratura (EMERJ). Professora Assistente da Escola Paulista de Magistratura (EPM). Autora do livro *A causa do contrato administrativo*, publicado pela ed. Lumen Juris.

² Em brevíssima síntese, sabe-se que os estudos sobre a Administração Pública sempre foram pautados na estrutura de seus atos e na forma de suas organizações. Os estudos comportamentais, por sua vez, propõem a retomada do tratamento do elemento voluntarista em prestígio à individualização do agente público, de sua qualificação para o debate público e, por consequência, do reconhecimento de que a Administração Pública reage aos incentivos e desincentivos propostos pelo meio, seja uma decisão judicial, seja uma crise institucional, seja a repercussão pública em uma tragédia. A análise comportamental foi um legado que a ciência política e os estudos psicanalíticos do início do século XX deixaram para as ciências sociais aplicadas nos anos 1930 e desde então tornou-se importante examinar o comportamento dos indivíduos no lugar de exclusivamente considerar que as pessoas são sempre guiadas por formas e estruturas; leis e regramentos. Um dos estudos precursores do tema, prêmio Nobel de ciências econômicas pelos estudos sobre escolhas públicas: BUCHANAN, James McGill. "Public Choice: Politics Without Romance". In: *The Quarterly Review of The Centre for Independent Studies*, p. 1-6, 2003. Outra obra de referência: SIMON, Herbert A. *Administrative Behavior: a study of decision-making processes in Administrative Organizations*, 4a ed., New York: The Free Press, 1997.

A proposta parte da premissa de que a responsabilidade civil tem um relevante papel na modelação de comportamentos. No ambiente privado, a responsabilidade civil impacta modelos contratuais, organizações societárias, comportamentos de consumidores e a economia doméstica. A opção pela securitização de bens e serviços bem exemplifica o papel da responsabilidade civil na indução de comportamentos.

O ambiente público não é diferente. A responsabilidade extracontratual do Estado repercute na organização de serviços públicos³, no planejamento financeiro dos entes federados e nas estratégias de pactuação de parcerias com particulares⁴. Isso porque toda vez que se condena o Estado a recompor prejuízos materiais ou morais sofridos pelos administrados, se deflagra – ou deveria ser deflagrada – uma engrenagem de ações internas na Administração Pública que vão desde a organização orçamentária para adimplemento da obrigação até a reorganização de posturas administrativas que se apresentaram falhas no caso concreto, passando pelo tratamento da função pública, pela capacitação ou mesmo pela punição administrativa.

O tema será exposto a partir de duas formulações necessárias. Tais formulações, de um lado, estabelecem um piso de compreensão sobre o panorama contemporâneo da responsabilidade extracontratual do Estado. De outro lado tais formulações revelam como a responsabilidade extracontratual do Estado foi evoluindo de forma a tornar mais eficaz seu potencial modelador de comportamentos administrativos.

A partir das duas formulações postas, serão discutidas algumas funções possíveis para a responsabilidade extracontratual do Estado. Que efeitos podem ser esperados da decisão que condena o Estado a promover a reparação por uma lesão extracontratual? Por fim, serão analisados dilemas contemporâneos sobre o tema, mais precisamente i) a aparente aproximação entre o regime de responsabilidade extracontratual do Estado e o regime de responsabilização dos particulares no que diz respeito à mitigação dos seus requisitos e à ampliação dos danos; ii) despatrimonialização da reparação devida pelo Estado; iii) celebração de acordos extrajudiciais por iniciativa do ente público responsável pela lesão extrapatrimonial.

Tomam-se da prática pistas sobre o que se quer – na doutrina e na jurisprudência – com a responsabilidade extracontratual do Estado, na busca de um horizonte ainda pouco investigado que é o da repercussão das condenações do Estado no aprimoramento da ação pública.

1. Duas formulações necessárias sobre o tema da responsabilidade extracontratual do Estado

1.1 Regime de responsabilidade patrimonial do Estado

A primeira formulação pode ser assim estruturada: *o regime jurídico de responsabilização patrimonial do Estado por lesões extracontratuais é mais rígido e contundente que o regime de responsabilização patrimonial dos particulares.*

³ Já se escreveu sobre a importância da criação de espaços de consensualidade para solução de problemas de responsabilidade extracontratual envolvendo falhas em serviços públicos (NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade Civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: Rosenvald, Nelson; Milagres, Marcelo (org.) *Responsabilidade Civil: novas tendências*. 2ª Ed. Indaiatuba: FOCO, 2018, p. 541-550).

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2015, especialmente itens 5.3.1.7 e 7.5.2.

A afirmação acima decorre de três constatações, de ordem histórica e normativa. A primeira constatação é de que o ordenamento jurídico brasileiro ostenta um regime constitucional de responsabilização do Estado desde 1824. A Constituição Imperial previa, nos artigos 156 e 179, a responsabilização pessoal dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício da função:

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

[...]

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

[...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Há quem defenda que a responsabilização exclusiva do agente público, em verdade, representaria a irresponsabilidade do Estado. Entende-se, todavia, que o reconhecimento de que a ação pública se sujeita à responsabilidade extracontratual, seja a lesão imputada ao Estado ou ao agente, já é, do ponto de vista da construção de uma matriz republicana, um degrau importantíssimo para o modelo contemporâneo de responsabilização civil do Estado. Vale, afinal, a teoria de que o agente público nada mais é que o sujeito que serve ao poder público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação. É sobre essas premissas que se afirma que a Constituição imperial já trazia previsão da responsabilidade extracontratual do Estado.

Ainda sobre a Constituição de 1824, havia uma ressalva: o Imperador não poderia ser responsabilizado por danos causados a terceiros. Ele era detentor de um poder à parte, o Poder Moderador, que trabalhava ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, com a finalidade de controlar a organização política do Império. Esse poder era de titularidade exclusiva do Imperador e liberava-o de qualquer responsabilidade com base no artigo 99: “A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

Todas as Constituições subsequentes trouxeram alguma previsão acerca da responsabilidade civil do Estado, cambiante apenas o regime de responsabilização.

Deve-se, por exemplo, à Constituição de 1934 o regime de responsabilização solidária entre o funcionário que causou o dano e a Administração Pública. Segundo o artigo 171, “os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”. A responsabilidade solidária gerava, neste caso, um litisconsórcio passivo facultativo entre o agente e o ente público.

A segunda constatação é de que, ao lado do regime constitucional de responsabilização do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro se vale de um *regime constitucional de pagamento das dívidas do Estado*, através da sistemática dos precatórios.

Além da rigidez normativa, cara à disciplina constitucional, a União salvaguarda eventual estado de insolvência dos entes subnacionais, o que pode se dar por diversas iniciativas, a exemplo dos regimes de transferência de receita ou mesmo através da recuperação fiscal. Diversos são os instrumentos que protegem a receita corrente líquida dos entes federativos de forma a garantir o pagamento das dívidas de precatório. É bem verdade que o regime de precatório esvazia um pouco o otimismo inicial já que há entes devedores, especialmente estados, que acumulam quase 20 (vinte) anos de fila. De toda forma, em nada se aproxima dos índices de execuções frustradas no setor privado. No regime jurídico de direito público, ainda que tardiamente, o pagamento é feito, de forma integral e atualizada.

Em terceiro lugar, faz coro à formulação de que o regime de responsabilidade patrimonial do Estado é mais rígido e contundente que o dos particulares, a imposição indistinta do Estado à responsabilização por risco administrativo. Significa dizer que a regra, para o Estado, é a responsabilidade objetiva. Ainda que no caso da responsabilidade por omissão se defenda⁵, com base na teoria da falta do serviço, a necessidade de prova da culpa administrativa na abstenção de um dever juridicamente exigível, a regra – na doutrina e na jurisprudência – é a responsabilidade objetiva do Estado.

⁵ A despeito dos entendimentos em contrário, entendo que a Constituição Federal, no artigo 37, §6º não distingue se o ato jurídico causador do dano decorreu, naturalisticamente, de uma conduta omissiva ou comissiva. A propósito, desde 1946 o regime é da responsabilidade objetiva do Estado, independentemente da natureza da conduta. O que se coloca, por vezes, como “culpa administrativa” pela “falta do serviço” diz respeito, em verdade, à demonstração nexo de causalidade ou com a comprovação da juridicidade do ato causador do dano. Nesse sentido cita-se pela sua relevância histórica Recurso Extraordinário 109615/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, assim ementado: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais e de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material e entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da leicitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o arbrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se acha sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE nº 109615-2/RJ, 1ª Turma, Rel. Min Celso de Mello, julg. 28.05.1996.

No plano da responsabilidade civil do direito privado, ainda que cada vez mais ampliado o cenário normativo da responsabilidade objetiva, a regra ainda é a necessidade de se provar a culpa do agente. A culpa, a propósito, é um filtro muito relevante para a responsabilidade civil aquiliana. Isso porque impacta a distribuição do ônus probatório, deflagra intercorrências no processo judicial e sofre as consequências do transcurso do tempo.

Os quadros histórico e normativo sobre o regime de responsabilidade do Estado revelam um ambiente bastante responsivo do ponto de vista da garantia patrimonial, mas essencialmente voltado à solução processual, conflituosa, das ocorrências de lesão extracontratual pelo Estado. Nessa esteira, a perspectiva de modelagem comportamental da ação pública deixa de ser uma consequência da lei e passa a ser uma consequência – se assim for – da decisão judicial. A decisão judicial, nesse contexto, passa a ter papel fundamental na calibragem dos efeitos da condenação do Estado sob a perspectiva da reação administrativa àquela lesão a bem jurídico.

1.2 A jornada de progressiva flexibilização dos institutos que estruturam a responsabilidade do Estado

Pela segunda formulação afirma-se que *a responsabilidade extracontratual do Estado observou uma jornada de progressiva flexibilização dos institutos que fundamentam a condenação do Estado*. Essa formulação, por sua vez, está fundada em três outras constatações, também de ordem histórica e normativa.

1.2.1 Evolução da responsabilidade subjetiva para o regime de risco administrativo

A primeira dessas constatações, bastante explorada pela doutrina, diz respeito à evolução da responsabilidade subjetiva para um regime de risco administrativo em que prepondera o regime de responsabilidade objetiva.

Deixando de lado o complexo e fragmentado regime de responsabilização vigente à época dos estados absolutos⁶, considerada exclusivamente a trajetória constitucional brasileira, o que se tem é uma primeira fase em que vigia o regime civilista de responsabilidade subjetiva, amparada pelas Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937.

Já as Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 previram o regime publicista de responsabilidade objetiva, ou seja, retirando de forma definitiva o requisito da demonstração de culpa do roteiro de análise da lesão provocada pelo Estado, através de seus agentes.

⁶ A propósito, costuma-se dizer de forma geral que nos Estados absolutistas vigia um regime de irresponsabilidade do Estado. Essa afirmação, ainda que resuma de forma genérica a experiência preponderante dos cidadãos submetidos ao Estado absoluto, deixa de revelar algumas hipóteses bastante importantes para a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado. A doutrina da imunidade soberana em relação à responsabilidade extracontratual do Estado possuiu, tanto na França com na Inglaterra, espaços de excessão. É o caso, na Inglaterra, das “*petitions of rights*” que desde o século XIII veiculavam reclames de particulares perante conselhos locais ou à chancelaria por descumprimento de obrigações cabíveis à Coroa. O funcionário era pessoalmente responsabilizado, mas a obrigação de fazer era levada a efeito pela Coroa e, no caso de indenização, os valores saíam de fundos públicos. Também na França, mesmo durante a vigência do Estado absoluto, sob a égide do procedimento instituído pelo artigo 75 da Constituição de 1799, a construção pretoriana do Conselho de Estado admitia a responsabilização do funcionário público por danos causados no exercício de suas funções. Sobre esses e outros exemplos: CUADROS, Oscar Alvaro. *Responsabilidad por daños y Estado*. Buenos Aires: Astrea, 2018.

Nesse movimento de migração da responsabilidade subjetiva – teoria civilista – para a responsabilidade objetiva – regime publicista –, não é difícil observar que a função pública (a ação do agente público) perde espaço para a ação pública (a ação da Administração Pública) no momento da análise da causalidade. A investigação do elemento culposo, sem sombra de dúvidas, carregava a análise da responsabilidade extracontratual com um elemento anímico de difícil demonstração. A intencionalidade do agente público dificultava a análise probatória e expunha o lesado à necessidade de demonstrar, em meio à complexa estrutura administrativa, a falta de expertise, negligência ou imprudência daquele que atua em nome do Estado.

Na prática, uma análise que poderia servir para aperfeiçoar a ação pública incentivando boas práticas e bons comportamentos – exatamente pela perspectiva de individualização da função pública – se apresentava como uma barreira entre o cidadão e o Estado. A prova da lesão se tornava extremamente complexa e a distância entre o lesado e o agente público comprometiam em muito a responsabilização do Estado. Daí decorre um segundo movimento que também ampara a formulação ora explorada, que é o movimento de progressiva colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público.

1.2.2 Colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público

A progressiva colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público pode ser percebida a partir da seguinte escalada. Primeiro, como herança das incipientes regras de responsabilização do agente público vigentes ainda no sistema dos Estados absolutistas, vigia a responsabilidade subsidiária do Estado em relação ao agente público. Por aí, na hipótese de uma lesão praticada por agente público no exercício de sua função (de um médico, por exemplo) caberia a ele responder perante o particular, necessária a prova do elemento culposo. O Estado responderia em caráter subsidiário, apenas se demonstrada a culpa do agente público e se ele não pudesse, por algum infortúnio, pagar integralmente o valor da dívida.

Posteriormente passou-se a defender a solidariedade entre o agente público e o Estado. A responsabilidade extracontratual do Estado ainda era ditada pelo regime civilista, mas passou-se a entender que, demonstrada, a culpa do agente público, caberia ao Estado responder em regime de solidariedade com o agente público responsabilizado pela causação do dano.

A ideia da responsabilidade solidária entre o Estado e o agente público se manteve mesmo quando abandonado o regime civilista de responsabilização do Estado, isto é: mesmo quando já se entendia que a responsabilidade extracontratual do Estado deveria se submeter a regime publicista próprio, pautado na teoria do risco administrativo e, portanto, na responsabilidade objetiva. No âmbito processual, de forma a garantir ao cidadão lesado a possibilidade de executar tanto o patrimônio do agente público quanto os recursos estatais, prevalecia a tese do litisconsórcio facultativo entre o Estado e o agente público.

Recentemente, dois temas foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal – temas 777 e 940 – e levaram esse movimento de progressiva colocação do Estado na posição de anteparo da responsabilização direta do agente público para um novo patamar.

1.2.2.1 Análise dos temas 777 e 940 do Supremo Tribunal Federal

O Tema 777 tratou da responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções. Reconhecida a repercussão geral da temática levada à análise do Supremo Tribunal Federal pelo recurso extraordinário nº 842.846, publicou-se a seguinte tese “O Estado responde objetivamente pelos atos dos tabeliães registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”.

O relator do recurso extraordinário nº 842.846, Ministro Luiz Fux votou pela negativa de provimento ao recurso de forma a manter o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e reconhecer que o Estado responde objetivamente pelo dano, assegurado o direito de regresso contra o tabelião ou oficial em caso de dolo ou culpa. Ele foi acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes. O Ministro Edson Fachin, por sua vez, divergiu do relator e votou pelo provimento parcial do recurso, por entender que o ato notarial de registro que provoca dano a terceiro gera ao Estado responsabilidade objetiva, mas apenas subsidiária. Seu voto foi pelo acolhimento da tese da possibilidade de serem simultaneamente demandados na ação tanto o tabelião quanto o Estado.

O Ministro Luís Roberto Barroso adotou uma terceira via para o julgamento da matéria. Ele considerou, além da regra geral sobre responsabilização do Estado, prevista no artigo 37 da Constituição Federal, a regra específica prevista no artigo 236 com relação à responsabilização subjetiva de notários e registradores. Na avaliação do ministro, tanto a responsabilização do Estado quanto a dos tabeliães e registradores deve ser subjetiva, mas não se deve, segundo seu entendimento, transferir o ônus da prova totalmente para o demandante. Sugeriu, assim, uma reavaliação do ônus da prova, de forma a evitar desequilíbrio de armas nos dissídios entre um particular e o cartório, ou seja: responsabilidade subjetiva, mas com distribuição de ônus da prova. No caso concreto, no entanto, o Ministro Barroso acompanhou o relator pelo desprovimento ao recurso, em conformidade com a jurisprudência da Corte. Para fins de repercussão geral, propôs que novas ações em casos semelhantes sejam ajuizadas contra o tabelião ou registrador, sendo facultado ao autor incluir o Estado no polo passivo para fins de responsabilidade civil.

O Ministro Marco Aurélio foi o único a votar pelo provimento integral do recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina. Para ele, o cartório deverá responder pelos prejuízos causados a terceiros no exercício da atividade notarial, pois os serviços cartoriais são exercidos em caráter privado. A seu ver, a responsabilidade do Estado é apenas subjetiva, por omissão, no caso de falha do Poder Judiciário em sua função fiscalizadora da atividade.

A tese fixada no tema 777, coloca o Estado na posição jurídico-subjetiva de único responsável pelas lesões extracontratuais causadas por seus agentes. O agente público aparecerá apenas por ocasião da ação de regresso cabível – nos casos de dolo e culpa –, que deverá ser movida sob pena da prática de ato de improbidade. A tese trazida pelo tema 777 foi reforçada pelo tema 940, notadamente por expressar que o autor do ato lesivo é parte ilegítima para figurar na ação de responsabilidade extracontratual do Estado.

A tese representativa do entendimento do Supremo Tribunal Federal na análise do tema 940 é a seguinte: “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica

de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O tema 940 tem como caso paradigma o Recurso Extraordinário nº 1.027633. No caso concreto um servidor público ajuizou ação indenizatória em que pretendia indenização por danos materiais e morais contra a prefeita do município de Tabapuã-SP, que o teria perseguido por processos disciplinares sem motivação adequada, submetendo-o a remoções compulsórias. A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido ao argumento de que a ação deveria ser proposta contra a pessoa jurídica de direito público. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença reconhecendo a tese do litisconsórcio facultativo, sob o argumento de que o autor poderia ter demandado o agente público ou o Estado. Por esta tese, não existiriam motivos razoáveis para proibir o acionamento direto do servidor cujos atos tenham, culposa ou dolosamente, prejudicado o autor.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema 940, resgatou a tese da “dupla garantia”, que se tornou conhecida a partir do voto de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto no Recurso Extraordinário nº 327.904. Nesse voto, proferido em 15 de agosto de 2006, o Ministro acolheu a tese da ilegitimidade passiva *ad causam* de um prefeito afirmando que a responsabilidade direta do Estado serviria tanto para garantir que o particular fosse ressarcido quanto para garantir que o agente público ficasse protegido no exercício da função pública.

Observa-se que durante a análise do tema 777 o Supremo Tribunal Federal não havia se manifestado sobre o litisconsórcio que se estabeleceria entre o Estado e o agente público causador do dano. Ao decidir pela ilegitimidade do agente o Supremo Tribunal Federal reforça a relação jurídica administrativa que opõe o Estado ao administrado, sem a participação do agente público. O agente público, por sua vez, aparecerá para figurar em eventual ação de regresso e seu comportamento será habituado por ação exclusiva do poder público.

Do ponto de vista do uso da reparação civil como um instrumento modelador de comportamentos, vê-se com clareza que é a ação da Administração Pública que passa a ser o grande alvo de conformação da responsabilidade extracontratual do Estado, no lugar do comportamento do agente público. O comportamento do agente público que precisar ser corrigido, eventualmente revisto ou objeto de melhores práticas, o será não por força da instrumentalidade da responsabilidade civil do Estado, mas por força das medidas que a própria Administração Pública tomará a reboque de sua condenação. A propositura de ação de regresso é cogente, mas não se deve olvidar dos instrumentos de correção, disciplinares, caros à estrutura hierárquica do Estado e que independem da resposta do Poder Judiciário à ação indenizatória movida contra o Estado.

As duas formulações apresentadas atestam que, progressivamente, houve um reforço à posição dos administrados que sofrem danos provocados pelo Estado, tanto do ponto de vista patrimonial (garantia de ressarcimento) quanto do ponto de vista processual (legitimidade exclusiva do Estado e dispensa de prova relativa ao elemento culposo). Neste cenário, em que se consolidam as posições jurídicas da Administração Pública e do administrado pela ocorrência de eventos danosos, outras discussões se abrem: como então a responsabilização do Estado pode ser aplicada de forma a aperfeiçoar a conduta do Estado? Que funções podem ser extraídas do manejo da responsabilidade extracontratual do Estado? E ainda: a reparação deve almejar finalidades outras para além da estrita recomposição patrimonial do lesado?

2. Algumas funções possíveis para a responsabilidade extracontratual do Estado: recurso à Filosofia do Direito para compreensão da racionalidade subjacente à condenação do Estado por seus comportamentos lesivos

A filosofia do direito socorre a matéria administrativa ajudando a exibir a racionalidade por traz das opções jurídicas à disposição dos que manejam o tema da responsabilidade extracontratual do Estado. Algumas indagações dão conta da necessidade de se refletir sobre as funções que se podem extrair de uma condenação do Estado. Por que majorar o valor da indenização buscando um tratamento punitivo daquele agente causador do dano? Por que abrir mão da tutela específica em prestígio à recomposição pecuniária? Como buscar um efeito pedagógico para as condenações do Estado?

Há uma racionalidade por trás das opções jurídicas feitas em ações indenizatórias movidas contra o Estado e ela ecoa as expectativas do aplicador do Direito em relação ao comportamento do Estado frente ao cenário de causação de danos. O leque de possibilidades que será apresentado, longe de se tratar de um roteiro definitivo ou rígido, espelha uma investigação feita em outro trabalho⁷, no qual igualmente se recorreu à filosofia do direito para tratar da racionalidade por trás dos negócios jurídicos. As funções ora aventadas são hipóteses à luz de frentes filosóficas que influenciaram o Direito entre os séculos XIX e XX, e que podem servir para inspirar outras investigações sobre a responsabilidade extracontratual do Estado.

Um grupo de funções apresenta no seu DNA a racionalidade *utilitarista* ou *neo-utilitarista*, para falar das frentes nascidas no século XX. Está-se a enquadrar as funções da responsabilidade extracontratual do Estado em um conjunto de teses que vê “as decisões judiciais, a produção normativa e a atividade hermenêutica como subordinadas ao objetivo de maximização do bem-estar social”⁸.

O ponto de partida dessa família teórica é o postulado de que os indivíduos são dotados de necessidades múltiplas. Essas necessidades, chamadas “preferências”, podem ser satisfeitas através de bens e serviços das mais variadas espécies. Essas preferências seriam naturalmente satisfeitas no espaço do mercado. Diante de uma hipótese de responsabilização do Estado, portanto, a recomposição cabível é aquela que resgata para o particular a posição de sempre poder demandar por suas preferências individuais. Por essa linha, não há qualquer perspectiva coletiva ou externalidade cujo risco se assuma pela responsabilização do Estado. O limite é aquele do dano estritamente demonstrado, pena de gerar o enriquecimento da parte ou minimamente uma realocação indesejada de recurso do Estado para a sociedade.

A prescrição dada pelo pensamento neo-utilitarista para todos aqueles envolvidos na produção normativa é voltada à satisfação das preferências individuais e à garantia da eficiência econômica do Estado. O papel da responsabilidade extracontratual do Estado, neste contexto, é restrita à recomposição do prejuízo individual. Descabe impactar a organização econômica do Estado com o viés punitivo assim como descabe utilizar a responsabilidade extracontratual como instrumento substitutivo ao mercado de maximização de

⁷ MUNOZ, Alberto Alonso.; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos Filosóficos do Negócio Jurídico: uma revisão dos modelos contemporâneos. In: Armando Sergio Prado de Toledo. (Org.). Negócio Jurídico. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 64-109.

⁸ MUNOZ, Alberto Alonso.; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos Filosóficos do Negócio Jurídico: uma revisão dos modelos contemporâneos. In: Armando Sergio Prado de Toledo. (Org.). Negócio Jurídico. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 85.

lucros. Acima de tudo, deve-se garantir uma eficiência alocativa nos recursos, ou seja, não atribuir recursos aos agentes nem além nem aquém dos seus interesses individuais.

Não seria adequado, por essa ótica, utilizar a responsabilidade extracontratual para alocar recursos em outras áreas ou para finalidades distintas daquelas de recomposição do prejuízo experimentado pela pessoa lesada. Bem assim, estariam de fora das condenações dedicadas a verter condenações para fundos de direitos coletivos ou para organizações sociais, por exemplo. Não caberia à responsabilidade extracontratual do Estado, como função, propiciar a realocação de valores entre os atores. Sua função é preservativa, conservativa, não redistributiva.

Um segundo grupo de funções traz em seu DNA uma racionalidade *distributivista* para a responsabilidade extracontratual do Estado. Partindo da premissa de que a eficiência não é fim em si, mas um meio para que o desenvolvimento humano possa ser alcançado, a prática normativa de viés distributivista vai além da mera preservação ou conservação do estado de coisas, sendo permeável a soluções de realocação de recursos entre os atores econômicos.

Assim como no caso da racionalidade utilitarista, parte-se da premissa de que a responsabilização extracontratual do Estado se encarrega da função de modelar a ação administrativa. Quer na racionalidade utilitarista, quer na racionalidade distributivista, está-se a falar da repercussão das decisões judiciais para a ação pública e, portanto, das nossas expectativas em relação ao comportamento do Estado. Qualquer que seja a perspectiva filosófica subjacente, na responsabilidade extracontratual do Estado a jurisprudência interage com a Administração Pública dizendo, por exemplo, onde o Estado não está ou onde deveria estar por se encarregar da proteção dos cidadãos, das prestações de utilidades públicas e da função pública. A perspectiva distributivista, todavia, se apresenta mais intervencionista do que aquela utilitarista.

Diferentemente do modelo utilitarista, que advoga pela justiça comutativa e pela preservação do estado de coisas anterior à lesão, uma solução de viés distributivista sugere que sejam buscados efeitos econômicos agregados à solução dada ao conflito de responsabilidade extracontratual do Estado. Observadas em termos macrojurídicos, soluções como do dano punitivo, da tutela específica, da reparação pedagógica ou, notadamente, da indenização direcionada a fundos de direito coletivo, não apenas recompõem a lesão sofrida pelo requerente da ação como podem impactar a ação administrativa e reequilibrar o comportamento do Estado para que a coletividade, em tese, deixe de sofrer os mesmos danos. No lugar de se esperar o processo político-administrativo do Estado de aperfeiçoamento do serviço causador da lesão, vale-se o julgador de uma fórmula de deslocamento desconcentracionista da riqueza seja, de um lado, como forma de recomposição histórica das lesões praticadas pelo Estado seja, por outro, para acelerar o processo político-administrativo de aperfeiçoamento dos serviços do Estado.

A abordagem distributivista, em toda ciência do Direito, se faz especialmente presente quando o causador do dano (no caso, o Estado) se posiciona verticalmente em relação aos cidadãos. É o caso, por exemplo, das soluções encontradas em matéria ambiental ou consumerista.

A análise da função distributivista, em maior escala que a análise da função utilitarista, deflagra inúmeras dúvidas e questionamentos que vão desde a busca pela sua legitimação jurídica até a análise consequencialista dos reais impactos de suas soluções na atividade administrativa. A condenação do Estado tem a perspectiva de se tornar um

instrumento para universalização de direitos e para a melhoria dos serviços públicos. Os reais desdobramentos dessa intencionalidade dentro do ambiente administrativo, todavia, permanecem questionáveis.

A partir das funções apresentadas e das perspectivas filosóficas que podem orientar o manejo da responsabilidade extracontratual do Estado, passa-se à análise de algumas experiências práticas nessa matéria. As decisões judiciais e algumas respostas da Administração Pública dão pistas do que se espera do Estado contemporaneamente, e indicam uma abertura cada vez maior a respostas para decisões de viés distributivista, orientadas por soluções práticas que propiciem o aprimoramento do comportamento da Administração Pública, isto é: a reabilitação do ofensor, a evitação de novas ofensas e não apenas a recomposição do ofendido.

3. Reflexões contemporâneas e as pistas que a prática nos dá sobre o que se quer com a responsabilização do Estado

Foram apresentadas duas formulações para o estabelecimento de um piso comum sobre a matéria da responsabilidade civil do Estado e buscou-se, na filosofia, algumas explicações sobre a racionalidade das decisões de condenação do Estado a partir de uma perspectiva funcional. Passa-se agora a um *check up* da prática contemporânea em tema de responsabilidade extracontratual do Estado para verificar como estão ecoando soluções funcionais nas estruturas tradicionais da responsabilidade civil do Estado. O objetivo é extrair da prática algumas tendências que se revelem pela análise da experiência judicial com o instituto.

3.1 Flexibilização das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado: nexos causal, expansão do dano ressarcível, novos danos e a seleção dos interesses mercedores de tutela

Uma primeira indagação que se faz é se a responsabilidade extracontratual do Estado está passando pelo mesmo processo de “erosão dos filtros”⁹ da responsabilidade civil pelo qual passa a responsabilidade civil no direito privado. Em outras palavras, se, assim como percebido pela doutrina no direito privado, um *check up* das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado também apontaria deformações nos requisitos da reparação civil que favorecem soluções de responsabilização do Estado.

A resposta nos parece positiva.

A reflexão sobre a aproximação entre os regimes jurídicos de direito público e de direito privado não é nova. Está-se aqui diante da ideia que é muito clara na obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro e de José Cretella Júnior **no sentido de que a grande parte dos institutos jurídicos são, em verdade, da teoria geral do direito, e não do direito privado ou do direito público**. Importante é perceber que tendências emergem dessa aproximação como subproduto do processo contemporâneo de crise do Estado¹⁰.

A primeira tendência que se extrai da prática da responsabilidade civil do Estado, bastante semelhante àquela observada no ambiente da responsabilidade do direito privado,

⁹ A expressão é de Anderson Shreiber. *Novos Para digmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2000.

¹⁰ CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

é a de flexibilização do nexu causal. A flexibilização do nexu de causalidade¹¹, grossíssimo modo, pode se dar pelo exercício de presunção de nexu ou pela escolha do nexu¹². Via de regra, a jurisprudência reitera que o nexu causal não se presume e que deve ser real, ou seja: demonstrado nos autos. O critério naturalístico subjacente às tradicionais teorias sobre nexu causal, todavia, não se apresentam sugicientes quando a tônica é a garantia da ampla reparação à vítima, exatamente por criar em desfavor da vítima um ônus processual de difícil superação.

Nesses termos, quando um dano, considerado juridicamente relevante, tiver como causa condutas diversas imputáveis a diferentes sujeitos, e se estabelece que o dano foi causado por uma delas, sem que se possa definir qual delas especificamente haja sido o agente causal, firma-se uma presunção de que cada uma delas concorreu para sua causação. É o caso, por exemplo, de uma ação indenizatória por erro médico em que são indicadas por prova técnica diversas concausas, por sua vez, imputadas as diversas pessoas. A opção por uma causa adequada ou sua presunção é normativa e não naturalística, que tendem a compensar – igualmente no plano normativo – situações de impossibilidade de realização de prova.

O mesmo se diga em relação à expansão do dano ressarcível.

Como resultado direto da flexibilização do nexu de causalidade, um número maior de pedidos de indenização contra o Estado passa a ser acolhido pelo Poder Judiciário. Além da expansão quantitativa, há uma dimensão qualitativa relevante: novos interesses passam a ser considerados pelo Judiciário como merecedores de tutela, consubstanciando sua violação um novo dano ressarcível. Sob essa perspectiva qualquer prejuízo vira com certa facilidade um dano indenizável.

Stefano Rodotà, uma das grandes autoridades em tema de privacidade, vai dizer, preocupado, que essa multiplicação de novas figuras de danos terá como limite a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência¹³. Nesse cenário, a proposta do autor é que a responsabilidade civil do Estado se volte a prestigiar interesses efetivamente merecedores de tutela pelo Estado. Danos extrapatrimoniais que estejam nas franjas de interpretação do conteúdo da dignidade da pessoa humana e que revelem-se como desafios da vida coletiva, comunitária ou como posturas de intransigência, não poderiam se ideitnificados como novos danos.

Por todos os ângulos a flexibilização das estruturas que sustentam dogmaticamente a responsabilidade civil do Estado reforçam a função distributivista do dever de reparar. O olhar para a vítima e a busca por soluções dogmáticas que favoreçam o impacto sobre a ação adminitrativa e o deslocamento de recurso do Estado para o particular lesado há muito saíram da narrativa da responsabilização do Estado por risco integral e ampliaram o espectro da responsabilização por risco administrativo. A comutatividade, é bem verdade, ainda prepondera o repertório jurisprudencial, em muito por conta dos limites da demanda e, por consequência, do pedido formulado pela parte. Ademais, na jurisprudência, não são poucas as vozes, como a de Stepano Rodotà para alertar que os

¹¹ Autora referência no tratamento da presunção de nexu de causalidade no Brasil é Caitlin Sampaio Mulholland (A responsabilidade civil por presunção de causalidade. GZ Editora, 2009).

¹² LAFUENTE, Virginia Múrtula. Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil. InDret, nº 2, 2006.

¹³ RODOTÁ, Stéfano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

desafios da vida coletiva, comunitária, são incompatíveis com posturas de intransigência e não deveriam onerar ainda mais o Estado.

3.2 Despatrimonialização da reparação

Uma segunda tendência, cada vez mais presente nos debates sobre a responsabilização civil do Estado, é de despatrimonialização da reparação devida pelo ente público. Para melhor enfrentamento desse fenômeno importante aprofundar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252 do Mato Grosso do Sul, representativo do tema 365 da repercussão geral: “Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária”, notadamente o voto-vista do Ministro Luís Barroso assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS CAUSADOS AO PRESO POR SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO. 1. Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes. 2. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa. 3. Não é legítima a invocação da cláusula da reserva do possível para negar a uma minoria estigmatizada o direito à indenização por lesões evidentes aos seus direitos fundamentais. O dever de reparação de danos decorre de norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação. 4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento. 5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição. 6. Provimento do recurso extraordinário para reconhecer o direito do recorrente a ser indenizado pelos danos morais sofridos, mediante remição de parte do tempo de execução da pena. 7. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição

de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.” (grifou-se)¹⁴

A demanda foi movida por detento, condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), visando ao pagamento de indenização por dano moral causado pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que estava submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional situado no Município de Corumbá, Mato Grosso do Sul. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, mas a sentença foi reformada, por maioria, em sede de apelação, para reconhecer a obrigação do Estado de pagar R\$2.000,00 ao preso a título reparatório. Entendeu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que, demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento prisional não foram sanados após o decurso de um lapso temporal, quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, restariam violadas, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, portanto, comprovada a conduta omissiva do Estado. Ademais, não sendo assegurado o mínimo existencial, não haveria falar-se em aplicação da teoria da reserva do possível.

Opostos e acolhidos os embargos infringentes, a sentença de improcedência foi restaurada e o processo subiu aos Tribunais Superiores.

Afeta a matéria ao Supremo Tribunal Federal, iniciou-se interessante debate sobre a efetividade da reparação pecuniária *vis-à-vis* a necessidade de se estancar ou minimizar os danos morais suportados pelo detento. Segundo sustentado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, o maior impacto sobre a ação pública – identificada como lesiva a direitos fundamentais do detentio – se daria a partir de um mecanismo de reparação alternativo, que primasse pelo que se chamou de “ressarcimento *in natura*” através da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A perspectiva funcional, portanto, deixou para a indenização em pecúnia um papel subsidiário, cabível na hipótese de já ter o preso cumprido integralmente a pena. Sobre a necessidade de aperfeiçoamento da ação administrativa, disse o Ministro: “A indenização individual infelizmente não vai aumentar o número de vagas. A indenização individual infelizmente não vai equipar melhor a polícia”.

No voto-vista apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que capitaneou a solução de despatrimonialização da reparação devida pelo Estado, foi trazida a seguinte reflexão sobre o impacto da reparação civil para a melhoria do sistema carcerário:

“O dinheiro que lhe será entregue terá pouca serventia para minorar as lesões existenciais sofridas. Ao lado disso, a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos Estados. Assim, esta solução, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252 do Mato Grosso do Sul. Rel. Minº Alexandre de Moraes, p.16.02.2017.

ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais”.

Em outras palavras, para o Ministro, a proliferação das demandas de detentos por danos morais e a inevitável repercussão orçamentária poderia reforçar o cenário de violação de direitos uma vez que, nesse caso a distribuição de recursos comprometeria a organização financeira do próprio serviço carcerário, sem efeitos para a minoração das lesões aos presos.

Outro voto-vista apresentado pela Ministra Rosa Weber, por sua vez, revela a busca por uma solução utilitarista, isto é: voltada à satisfação do dano e à maximização dos interesses da pessoa lesada, destacando que a solução despatrimonializada não necessariamente se dirige à compensação do dano:

“A questão que se coloca, portanto, é a de saber se possível restaurar in natura o sofrimento qualificado pela violação da dignidade humana, no cumprimento de pena em condições degradantes, abreviando o tempo correspondente. A dor da dignidade devastada por descaso estatal, nessa hipótese, seria reparada com a saída antecipada da prisão? O ‘violado por menos tempo’ compensaria o ‘reparar o dano causado’, exigido pelo direito civil? A responsabilidade civil exige reparação, e abreviar o sofrimento não é necessariamente o mesmo que reparar o sofrimento”.

Sobre o impacto da despatrimonialização da reparação devida pelo Estado para aperfeiçoamento do sistema carcerário, a Ministra Rosa Weber sustenta posição contrária àquela do Ministro Luís Barroso, mas igualmente atenta à função da responsabilidade civil do Estado sobre a ação pública:

Se autorizada a compensação da obrigação estatal de manutenção da dignidade dos presos com a obrigação de cumprimento da pena integral de cada um deles, o Estado ganha salvo-conduto para que as horríveis condições carcerárias permaneçam como estão, tornando desnecessárias quaisquer políticas públicas. Na verdade, as políticas públicas perdem duas vezes: as relativas aos presídios se tornam ainda mais indesejadas, e as de segurança pública em geral são prejudicadas pela soltura antecipada de condenados, a respeito dos quais o processo de ressocialização deixa de existir até mesmo como discurso.

Importante trazer que ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 365 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Relator Ministro Teori Zavaski, para restabelecer o juízo condenatório nos termos e limites do acórdão proferido no julgamento da apelação, vencidos os Ministros Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello, que, ao darem provimento ao recurso, adotaram a remição de pena como forma de indenização.

Na sequência, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

A despeito de concluir pela prevalência da solução indenizatória para reparação do dano, o julgamento reavivou discussões sobre a despatrimonialização da reparação civil devida pelo Estado, como instrumento apto a garantir solução de maior impacto coletivo sobre a ação pública. Sobre as estruturas fundantes do instituto da responsabilidade extrapatrimonial do Estado, o julgamento pôs em perspectiva a diferença entre dano e reparação, e a possibilidade de o Poder Judiciário propor equivalentes funcionais à reparação pretendida pelo autor para que a perpetuação do dano seja mitigada ou sanada de forma mais efetiva e para toda a coletividade.

3.3 Acordos extrajudiciais

Uma terceira frente que orbita as tendências de ampliação da responsabilização Civil pelo Estado, do ponto de vista da do recebimento da reparação e da garantia de isonomia entre todos os lesados, diz respeito à criação de ambientes institucionais para celebração de acordos extrajudiciais diretamente pela pessoa jurídica de direito público.

Para análise dessa terceira tendência de celebração dos acordos extrajudiciais recorre-se a um caso emblemático para o Estado de São Paulo. O caso de Suzano, também conhecido como “Massacre de Suzano” ocorreu em 13 de março de 2019, na Escola Estadual Professor Raul Brasil no município de Suzano, Estado de São Paulo. Dois ex-alunos, Guilherme Tauci Monteiro e Luiz Henrique de Castro, mataram cinco estudantes e duas funcionárias da escola. Antes do ataque, em comércio próximo à escola, a dupla matara o tio de um dos jovens. Após o massacre, Guilherme atirou em Luiz e, na sequência, cometeu suicídio.

Em meio a todo clamor social, criou-se um ambiente institucional para que as famílias das vítimas fossem reparadas pela via administrativa, reconhecida a responsabilidade do Estado.

O requerimento para reparação de danos pela via administrativa no Estado de São Paulo seguiu o previsto nos artigos 65 a 71 da Lei estadual nº 10.177/98 (que é a lei estadual de processo administrativo), seguindo os quais. A lei de processo administrativo do Estado de São Paulo, com efeito, prevê procedimento próprio de reparação de danos, nos seguintes termos:

Artigo 65 - Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras:

I - o requerimento será protocolado na Procuradoria Geral do Estado, até 5 (cinco) anos contados do ato ou fato que houver dado causa ao dano;

II - o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação;

III - o requerimento conterà os requisitos do Artigo 54, devendo trazer indicação precisa do montante atualizado da indenização pretendida, e declaração de que o interessado concorda com as condições contidas neste artigo e no subsequente;

IV - o procedimento, dirigido por Procurador do Estado, observará as regras do Artigo 55;

V - a decisão do requerimento caberá ao Procurador Geral do Estado ou ao dirigente da entidade descentralizada, que recorrerão de ofício ao Governador, nas hipóteses previstas em regulamento;

VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado;

VII - a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 (dez) dias, contados da intimação, implicará em concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, o interessado poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos;

VIII - os débitos inscritos até 1.º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica;

IX - o depósito, em conta aberta em favor do interessado, do valor inscrito, atualizado monetariamente até o mês do pagamento, importará em quitação do débito;

X - o interessado, mediante prévia notificação à Administração, poderá considerar indeferido seu requerimento caso o pagamento não se realize na forma e no prazo previstos nos incisos VIII e IX.

§ 1.º - Quando o interessado utilizar-se da faculdade prevista nos incisos VII, parte final, e X, perderá qualquer efeito o ato que tiver acolhido o pedido, não se podendo invocá-lo como reconhecimento da responsabilidade administrativa.

§ 2.º - Devidamente autorizado pelo Governador, o Procurador Geral do Estado poderá delegar, no âmbito da Administração centralizada, a competência prevista no inciso V, hipótese em que o delegante tornar-se-á a instância máxima de recurso.

Artigo 66 - Nas indenizações pagas nos termos do artigo anterior, não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

Artigo 67 - Na hipótese de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade. lidade.

Artigo 68 - Recebida a comunicação, o Procurador Geral do Estado, no prazo de 10 (dez) dias, determinará a instauração de procedimento, cuja tramitação obedecerá o disposto na Seção III para apuração de eventual responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo. Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado, de ofício, determinará a instauração do procedimento previsto neste artigo, quando na forma do Artigo 65, a Fazenda houver ressarcido extrajudicialmente o particular.

Artigo 69 - Concluindo-se pela responsabilidade civil do agente, será ele intimado para, em 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente.

Artigo 70 - Vencido, sem o pagamento, o prazo estipulado no artigo anterior, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito.

Artigo 71 - Aplica-se o disposto nesta Seção às entidades descentralizadas, observada a respectiva estrutura administrativa.

Esses dispositivos legais são complementados pelo Decreto estadual nº 44.422/99, pelo qual a decisão administrativa “deverá ser compatível com a jurisprudência consagrada, adotando critérios objetivos para determinação do valor do ressarcimento”.

O orçamento para esse tipo de despesa é, em regra, alocado na Procuradoria Geral do Estado e segue a sistemática similar aos precatórios, ou seja, todos os casos com valores

definidos até 1 de julho de determinado ano são incluídos no orçamento do ano seguinte. A receita é fonte 001 (tesouro sem vinculação) e a classificação da despesa corrente é específica para indenizações administrativas – reparação de danos.

O caso de Suzano, em alguns pontos, inovou o procedimento detalhado pela Lei estadual nº 10.177/98 e pelo Decreto nº 44.422/99. A opinião pública cobrava uma iniciativa estatal de amparo às famílias daquelas vítimas. A Procuradoria Geral do Estado, nesse contexto, se antecipou aos requerentes e foi criado, com a Defensoria Pública, um grupo de trabalho para definir previamente as indenizações devidas: quem receberia e quanto receberia.

O procedimento específico para o caso de Suzano foi disciplinado no Decreto nº 64.145/19, e previu a criação de uma Comissão Executiva com a presença de Procuradores do Estado, representantes das Secretarias de Educação, de Segurança Pública e de Desenvolvimento Social, além de representantes da Defensoria Pública.

As diretrizes elaboradas pela Comissão Executiva previram critérios de indenização por danos materiais e morais às vítimas e/ou familiares dos alunos e servidores da rede estadual de ensino vitimados pelo Massacre de Suzano. Além de definir o procedimento, observa-se a delimitação dos legitimados a pretender a recomposição administrativa – vítimas não fatais, núcleo familiar central e estendido das vítimas fatais, variável o valor da indenização de acordo com a proximidade com a vítima.

Previu-se, ainda em caráter reparatório, mas com destacada função corretiva sobre o comportamento administrativo, a apresentação de um plano de aperfeiçoamento da segurança nas escolas da rede estadual de ensino.

Por fim, estabeleceu-se pelo prazo mínimo de dois anos a obrigação de atendimento psicológico para as vítimas, para os estudantes da Escola Estadual Professor Raul Brasil e para os familiares. Observa-se, a esse respeito, que a composição extrajudicial alcançou interesse social de terceiros que dificilmente seriam levados ao Poder Judiciário, inclusive à míngua de interesse jurídico pela estrutura tradicional da responsabilidade extracontratual do Estado.

Conclusão

Neste momento do texto, volta-se à pergunta de origem: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação comportamento administrativo? Viu-se, ao longo do conteúdo trazido, que a indagação não é meramente retórica. O tema da responsabilidade extracontratual do Estado é repleto de bifurcações e são essas bifurcações que movimentam opiniões jurídicas em torno da busca comum de amparo às pessoas lesadas e de aperfeiçoamento do Estado.

A jurisprudência segue profícua em exemplos extremamente criativos e perspicazes no sentido da busca de soluções jurídicas que modelem de forma positiva o comportamento administrativo. Independentemente de se assumir posições favoráveis à função utilitarista ou à função distributivista da responsabilidade civil do Estado importa saber que a condenação do Estado sempre ecoará uma expectativa em relação ao que se espera do poder público.

As reflexões acima trazidas exploraram o tratamento prático do nexos de causalidade, dos danos submetidos à reparação pelo Estado, do caráter pecuniário das indenizações e,

por fim, a perspectiva de ampliação dos acordos extrajudiciais formulados diretamente entre a parte lesada e a pessoa jurídica de direito público. Tais reflexões dão pistas de que o Poder Judiciário, em meio ao contexto de crise do Estado e à reiteração de algumas condutas lesivas e ainda que de forma cautelosa, tem buscado soluções coletivistas, que impactem a ação da Administração Pública para além dos limites da recomposição do dano.

O limite da resposta do Poder Judiciário deixa de ser vítima demandante e passa a ser a sociedade, sempre que for possível e necessário. Por consequência, o limite da reparação deixa de ser aquele do dano demonstrado e passa-se a olhar para a perspectiva de modificação definitiva do comportamento administrativo em casos semelhantes.

Diversas dificuldades surgem dessa abordagem, notadamente no que diz com os limites cognitivos das ações reparatórias movidas contra o Estado. O recurso à consensualidade, nesse contexto, surge como um movimento relevantíssimo para a disciplina da responsabilidade civil. Pode incidir desde o momento inicial de reconhecimento da responsabilidade e da causação do prejuízo ao particular como na concertação sobre prejuízos deflagrados pela prestação de serviços públicos. Como já se disse outra vez, silêncio do Estado alinhado à espera da insurgência do lesado ou da atuação dos mecanismos de controle não é senão um retorno à lógica de irresponsabilidade do Estado e do exercício de uma autoridade incontrastável¹⁵.

Bibliografia

BELRHALLI, Hafida. *Responsabilité Administrative*. Paris: L.G.D.J, 2017.

BUCHANAN, James McGill. “Public Choice: Politics Without Romance”. In: *The Quarterly Review of The Centre for Independent Studies*, p. 1-6, 2003.

CAMGUILHEM, Benoit. *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*. Paris: Dalloz, 2014.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10a ed. São Paulo: Atlas, 2015, especialmente itens 5.3.1.7 e 7.5.2

DUCHARME, Théo. *La responsabilité de l’Etat du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*. Paris, L.G.D.J, 2019.

LAFUENTE, Virginia Múrtula. *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*. InDret, nº 2, 2006.

MULHOLLAND. Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. GZ Editora, 2009

MUNOZ, Alberto Alonso.; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Fundamentos Filosóficos do Negócio Jurídico: uma revisão dos modelos contemporâneos. In: Armando Sergio Prado de Toledo. (Org.). *Negócio Jurídico*. 1ed.São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 64-109

¹⁵ NERY, Ana Rita de Figueiredo. “Responsabilidade Civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: Rosenthal, Nelson; Milagres, Marcelo (org.) Responsabilidade Civil: novas tendências. 2ª Ed. Indaiatuba: FOCO, 2018, p. 549-550.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. “Responsabilidade Civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: Rosenthal, Nelson; Milagres, Marcelo (org.) *Responsabilidade Civil: novas tendências*. 2ª Ed. Indaiatuba: FOCO, 2018, p. 541-550

RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUXE, Stéphane. *Le Silence de L’Administration: décisions implicites de rejet ou d’acceptation*. Paris: Anne Rideu Éditions, 2016.

SCHREIBER. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2000.

SIMON, Herbert A. *Administrative Behavior: a study of decision-making processes in Administrative Organizations*. 4ª ed., New York: The Free Press, 1997.

SOUSSE, Marcel. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1994.