

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Fernanda Vieira Souza Carvalhais

**DA RESPONSABILIDADE À IRRESPONSABILIDADE CIVIL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:**

**Uma análise crítica do discurso jurídico administrativista a partir do *direito analisado* e
do *direito narrado***

Belo Horizonte
2017

Fernanda Vieira Souza Carvalhais

**DA RESPONSABILIDADE À IRRESPONSABILIDADE CIVIL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:**

**Uma análise crítica do discurso jurídico administrativista a partir do *direito analisado* e
do *direito narrado***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marinella Machado Araújo

Área de concentração: Direito Público

Belo Horizonte
2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C331r Carvalhais, Fernanda Vieira Souza
Da responsabilidade à irresponsabilidade civil da administração pública: uma análise crítica do discurso jurídico administrativista a partir do direito analisado e do direito narrado / Fernanda Vieira Souza Carvalhais. Belo Horizonte, 2017.
162 f. : il.

Orientadora: Marinella Machado Araújo
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito administrativo. 2. Responsabilidade do Estado. 3. Administração pública. 4. Danos (Direito). 5. Princípio da efetividade. I. Araújo, Marinella Machado. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.51

Fernanda Vieira Souza Carvalhais

**DA RESPONSABILIDADE À IRRESPONSABILIDADE CIVIL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:**

**Uma análise crítica do discurso jurídico administrativista a partir do *direito analisado* e
do *direito narrado***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Prof^ª. Dr^ª. Marinella Machado Araújo – PUC Minas (Orientadora)

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral – FGV (Banca Examinadora)

Prof^ª. Dr^ª. Luísa Cristina Pinto e Netto – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 08 de março de 2017.

AGRADECIMENTOS

Concluir este trabalho foi um grande desafio. Durante o trajeto ganhei vida, dando vida. Muitos sentimentos e muitas pessoas me acompanharam. A todos, aos sentimentos e às pessoas, fica a minha imensa gratidão pela transformação que impeliram a mim.

À professora Marinella, minha querida orientadora, pela acolhida incondicional. Obrigada pela orientação acadêmica, tão instigante! Pela experiência do estágio de docência, tão enriquecedora! Pelas palavras nos momentos de angústia e pelas boas risadas nos momentos de alegria, tão essenciais!

Ao NUJUP, que sob a orientação da professora Marinella, me mostrou que um grupo de pesquisa existe para compartilhar. Agradeço, especialmente, a todos os integrantes do GT Observa Responsabilidade que construíram comigo esta dissertação. Não poderia também deixar de agradecer aos ‘nupianos’ do GT da Encriptação, com quem dividi as inesquecíveis manhãs de sábado do segundo semestre de 2015.

Aos colegas e aos professores do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas, obrigada pelo convívio e pelos proveitosos debates. Devo um agradecimento muito especial ao professor Álvaro, pelas manhãs de segunda tão inspira-dor-as!

À família que eu escolhi, Sandra, Dudu, Mariana e Samuel, obrigada por sempre me apoiarem, cada um do seu jeito. À família que eu tive a sorte de pertencer desde sempre, meus pais, Nara e José Homero, por sempre estimularem meus estudos. Mãe, a você agradeço a dedicação dos últimos meses que, mais do que me estimular, me deu estrutura e paz de espírito para concluir esta etapa. Ao Pedro e à Sofia, meus irmãos, pela divertida parceria de vida.

Ao Henrique, por ser o meu mais importante interlocutor e incentivador. Obrigada por ter me nutrido de coragem, carinho e amor. Ao meu filho, Antônio, que com seus olhinhos recém chegados ao mundo, tem me ensinado a ter uma nova perspectiva a cada dia.

RESUMO

Esta dissertação é um estudo sobre o descompasso existente entre a forma que a doutrina administrativista expõe o tema da responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, §6º da CF/88, e a forma como tal dispositivo constitucional se concretiza. O conceito de responsabilidade, tanto no direito civil, como no direito administrativo, passou por uma reestruturação que culminou na construção da noção de responsabilidade orientada para o risco, o que levou à objetivação da conduta. O instituto deixou de ser exclusivamente um meio de reparação de dano para abranger também uma finalidade ética enunciada na solidariedade social (art. 3º, inciso I da CF/88) e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88). O que este estudo propõe é um alargamento dessa dimensão ética para abranger a confiança do cidadão na Administração Pública, especificamente, a confiança de que a Administração Pública é capaz de assumir a promessa de que se submete às suas próprias leis, promovendo a passagem do cidadão, visto como sujeito formal de direito, para o *sujeito real* de direito. Para que o estudo da responsabilidade pública seja capaz de desvelar essa dimensão ética – ou a ausência dela – a exposição doutrinária do tema não pode ficar restrita ao *direito analisado*, devendo se abrir ao *direito narrado* na concepção de François Ost, pois a caracterização da responsabilidade estatal, muito além de possuir elementos definidores previamente inferidos do art. 37, §6º da CF/88, pode se concretizar ou não pelo contexto social, político e econômico no qual está inserida. O fechamento analítico do estudo do tema acaba por restringir o espaço do debate acerca da efetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88, o que faz com que o sistema de responsabilidade estatal, considerado como um dos pilares do Estado de Direito, ao invés de ser um instrumento de garantia de concretização de direitos fundamentais, seja utilizado como discurso de legitimação que acaba por encobrir o *sujeito real de direito*, que deveria ser seu fundamento último.

Palavras-Chave: Responsabilidade estatal. art. 37, §6º da CF/88. François Ost. Efetividade qualitativa.

ABSTRACT

This dissertation is a study about the mismatch between the form the administrativist doctrine exposes the subject of civil responsibility of the State, foreseen in art. 37, paragraph 6 of the CF / 88, and the manner in which such constitutional provision is implemented. The concept of responsibility, both in civil law and in administrative law, underwent a restructuring that culminated in the construction of the notion of risk-oriented responsibility, which led to the objectification of the conduct. The Institute ceased to be exclusively a means of redressing damages to cover also an ethical purpose set forth in social solidarity (article 3, item I of CF / 88) and in the dignity of the human person (article 1, item III of the CF / 88). What this study proposes is an extension of this ethical dimension to include the confidence of the citizen in Public Administration, specifically, the confidence that the Public Administration is capable of assuming the promise that it submits to its own laws, promoting the passage of the citizen seen as a formal subject of law, for the real subject of law. In order for the public responsibility study to be able to reveal this ethical dimension - or its absence - the doctrinal exposition of the subject can not be restricted to the analyzed law, and must open to the law narrated in the conception of François Ost, since the characterization of responsibility State, far beyond having definitive elements previously inferred from art. 37, paragraph 6 of the CF / 88, may or may not materialize in the social, political and economic context in which it is inserted. The analytical closure of the study of the theme ends up restricting the space of the debate about the qualitative effectiveness of art. Use 37, paragraph 6 of the CF / 88, which makes the state responsibility system, considered as one of the pillars of the rule of law, instead of being an instrument to guarantee the realization of fundamental rights, be used as a speech of legitimation which ends up covering up the real subject of law, which should be its ultimate foundation.

Keywords: State responsibility. Art. 37, §6 of CF / 88. François Ost. Qualitative effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIMC	Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
art.	Artigo
CF/46	Constituição Federal de 1946
CF/67	Constituição Federal de 1967
CF/69	Constituição Federal de 1969
CF/88	Constituição Federal de 1988
EC	Emenda Constitucional
EDcl	Embargos Declaratórios
JAI	Juntas Administrativas de Indenizações
n.	Número
NUJUP	Núcleo Jurídico de Políticas Públicas
p.	Página
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
1.1 Opções terminológicas e delimitação temática	23
1.1.1 <i>A expressão responsabilidade civil da Administração Pública e seu alcance</i>	23
1.1.2 <i>A expressão Administração Pública</i>	26
1.1.3 <i>Visão histórica e direito comparado: uma opção de não abordagem</i>	27
1.1.4 <i>Indenização e ressarcimento</i>	28
2 A NECESSIDADE DE REFUNDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ABERTURA DO CONCEITO E DOS FUNDAMENTOS A PARTIR DE PAUL RICOEUR	31
2.1 A origem do conceito jurídico de responsabilidade civil: um discurso voltado para a segurança e o equilíbrio patrimonial	32
2.1.1 <i>O ancestral fundador da responsabilidade civil: o sentido moral de imputação como uma herança kantiana</i>	37
2.2 A reestruturação contemporânea da responsabilidade civil: um discurso voltado para a dimensão ética da solidariedade social e da tutela do interesse público ligado à dignidade da pessoa humana	42
2.2.1 <i>A reestruturação da responsabilidade no direito civil</i>	43
2.2.2 <i>A reestruturação da responsabilidade no direito administrativo</i>	46
2.2.3 <i>Análise do discurso de reestruturação da responsabilidade civil: em busca da dimensão ética da responsabilidade pública</i>	50
2.3 Os fundamentos tradicionais da responsabilidade civil da Administração Pública: uma visão comparada ao fundamento geral da responsabilidade civil	53
2.4 Desvelando um novo fundamento da responsabilidade civil da Administração Pública: o cidadão como o sujeito real de direito	58
3 O DIREITO NARRADO COMO UMA VIA PARA A REFUNDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	67
3.1 Do direito analisado ao direito narrado de François Ost	68
3.1.1 <i>Análises precedentes ao direito narrado e ao direito analisado: narratividade jurídica, imaginário social coletivo e demanda de resignificação</i>	69
3.1.2 <i>O direito analisado e o direito narrado</i>	78
3.1.3 <i>A filosofia da linguagem como fundamento para o direito narrado: a fenomenologia de Martin Heidegger</i>	84
3.2 O direito narrado e o ‘giro descolonial’	89
3.2.1 <i>O caráter moderno/colonial do direito monista analisado</i>	89
3.2.2 <i>O direito pluralista narrado como um caminho para a descolonização</i>	95
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANALISADA À IRRESPONSABILIDADE NARRADA	99
4.1 Da responsabilidade civil da Administração Pública na perspectiva do direito analisado	99
4.1.1 <i>Os sujeitos cujo comportamento ensejam a responsabilidade da Administração Pública</i>	104
4.1.2 <i>Basta a mera objetividade de um comportamento público ensejador do dano ou é necessário que nele se revele culpa ou dolo?</i>	105
4.1.3 <i>Características do dano para que seja indenizável</i>	107
4.1.4 <i>Hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal</i>	107
4.1.5 <i>Considerações acerca da responsabilidade civil da Administração Pública analisada</i>	109
4.2 Da irresponsabilidade civil da Administração Pública narrada	122
4.2.1 <i>A transferência da efetivação do art. 37, §6º da CF/88 ao poder judiciário</i>	125
4.2.2 <i>A resistência da Administração Pública em efetivar o direito de regresso: a competência administrativa dissociada da responsabilização</i>	131

<i>4.2.3 O contingenciamento da responsabilidade pública pelo tratamento jurisprudencial conferido ao regime de pagamento por precatórios: o acolhimento da tese da incapacidade financeira dos entes políticos como limite para a efetivação do art. 37, §6º da CF/88.....</i>	135
4.2.3.1 Art. 33 do ADCT: parcelamento em oito anos dos precatórios não pagos até a promulgação da CF/88.....	137
4.2.3.2 Art. 78 do ADCT: EC 30/00 que instituiu o parcelamento em dez anos.....	138
4.2.3.3 Art. 97 do ADCT introduzido pela EC 62/09: regime especial de pagamentos de precatórios em quinze anos	141
<i>4.2.4 A irresponsabilidade decorrente da inefetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88</i>	144
5 CONCLUSÃO.....	148
REFERÊNCIAS.....	155

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado das pesquisas havidas no âmbito do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas – NUJUP, grupo de pesquisa e extensão vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, coordenado pela professora Marinella Machado Araújo. No NUJUP tive a oportunidade de desenvolver a pesquisa acadêmica sobre o tema da responsabilidade civil da Administração Pública, prevista no art. 37, §6º da CF/88, orientada pelas percepções e reflexões advindas da minha experiência na advocacia pública, pois no exercício do cargo efetivo de procuradora municipal há mais de oito anos, convivo diariamente com a forma como o art. 37, §6º da CF/88 se concretiza.

O grupo de trabalho denominado NUJUP Observa Responsabilidade, o qual integro como pesquisadora e que conta também com a participação de alunos da graduação da Faculdade Mineira de Direito, dedicou-se a analisar a forma como o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado prevista no art. 37, §6º da CF/88 nos é apresentado nos manuais de direito administrativo.

Tais produções jurídicas narram aquilo que julgam mais relevante sobre a responsabilidade estatal, e, conjuntamente, acabam por construir o discurso jurídico acerca do tema no Brasil, pois são referências para a formação de opinião de estudantes e também dos aplicadores do direito administrativo em geral. Por isso, a nossa pesquisa acadêmica, que tem esta dissertação como um dos seus resultados, tem os manuais de direito administrativo como foco de estudo. A revisão bibliográfica desses manuais arrimou a nossa pesquisa, aliada à bibliografia especializada e à jurisprudência que cercam o assunto.

No tocante à forma de exposição do tema da responsabilidade civil estatal, por mais numerosos que sejam tais manuais, esses, de um modo geral, utilizam as mesmas ideias gerais, frases e expressões sobre o assunto, sem prejuízo, por óbvio, de posicionamentos divergentes sobre determinados aspectos considerados por todos ainda como polêmicos. Com efeito, há uma certa ideia dominante acerca da determinação do conceito e dos fundamentos da responsabilidade civil da Administração Pública, assim como da determinação dos pontos de avanço, e aqueles ainda tidos por controversos no estudo do tema.

O discurso jurídico dominante nos faz crer que a ideia de um Estado irresponsável pelos seus atos é algo distante da nossa realidade, pelo simples fato de adotarmos o modelo de Estado Democrático de Direito, que traz implícito um Estado dado como um ente plenamente responsável pelos seus atos. Assim, pouco se questiona se temos um Estado efetiva e

qualitativamente responsável pelas condutas públicas, e pouco se reflete acerca da necessidade de atualização dos fundamentos da responsabilidade civil da Administração Pública. A postura adotada pelos manuais é a de pressupor a existência de um Estado responsável e focar na fixação dos elementos necessários à aplicação dessa responsabilidade pressuposta.

Com isso, pouco se debate sobre os temas afetos à efetividade qualitativa dessa responsabilidade estatal, tais como *i)* a necessidade de a própria Administração Pública reconhecer-se diretamente responsável pelos seus atos, sem a necessidade de intervenção do judiciário, *ii)* a tradicional opção da Administração Pública em não exercer o direito de regresso em face dos agentes causadores dos eventuais danos indenizáveis e *iii)* o fato de que a interpretação jurisprudencial dada ao regime de pagamentos de indenizações por precatórios reforça a histórica incapacidade econômica dos entes políticos em cumprir com as condenações judiciais, ao tempo e modo determinados no texto constitucional.

Em contrapartida, algumas ideias vêm sendo sustentadas e perpetuadas no direito administrativo acerca da responsabilidade estatal, tais como *i)* a ideia de que a história do instituto reflete uma contínua evolução, progredindo para a ampliação das hipóteses de responsabilidade do Estado, para englobar cada vez mais direitos dos cidadãos, *ii)* a ideia de que o posto mais evoluído da responsabilidade extracontratual do Estado é a responsabilidade objetiva e, *iii)* a ideia de que o último resquício da já tida como ultrapassada teoria da irresponsabilidade estatal encontra-se exclusivamente na resistência da responsabilização decorrente de atos legislativos, jurisdicionais e, mais recentemente, nos atos do Ministério Público.

Sem afastar a importância das construções jurídicas acerca da responsabilidade do Estado que têm como ponto de partida o seu fundamento ideológico, o que leva à busca pelos pressupostos da responsabilização pública, pretendemos explorar um cenário jurídico pouco posto em evidência para, com esse movimento, chamar a atenção para as inúmeras possibilidades de abordagem do instituto da responsabilidade.

Partindo dessas reflexões, o problema que orienta o presente trabalho é que o desenvolvimento teórico acerca da responsabilidade estatal se mostra em descompasso com a forma como a responsabilidade prevista no art. 37, §6º da CF/88 é concretizada, ou em outras palavras, o discurso doutrinário não dialoga com a forma como a Administração Pública se apresenta, no plano prático, comprometida com as suas condutas.

O conceito de responsabilidade, tanto no direito civil, como no direito administrativo, originariamente estruturado com base na ideia de obrigação de reparação calcada na culpa,

passou por transformações que culminaram na construção da noção de responsabilidade orientada para o risco, o que levou à objetivação da conduta. O discurso doutrinário que sustenta essa reestruturação da noção de responsabilidade aponta que o instituto deixou de ser um meio exclusivo de reparação de dano, para ter uma finalidade ética.

Essa finalidade ética, todavia, segundo o que será desenvolvido no trabalho, não está apenas na enunciação formal da solidariedade social (art. 3º, inciso I da CF/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF/88) como fundamentos da responsabilidade objetiva, mas sim na confiança gerada no cidadão de que a Administração Pública é capaz de assumir a promessa de que se submete às suas próprias leis, promovendo a passagem do cidadão visto como *sujeito formal de direito* para o *sujeito real de direito*, que é o cidadão que deseja que, assim como ele, todos os demais gozem da mediação do Estado.

Para que o estudo da responsabilidade pública seja capaz de desvelar essa dimensão ética – ou a ausência dela – a exposição doutrinária do tema deve se abrir à compreensão narrada do direito, pois a caracterização da responsabilidade estatal, muito além de possuir elementos definidores previamente inferidos do art. 37, §6º da CF/88, concretiza-se ou não pelo contexto social, político e econômico no qual está inserida.

O fechamento analítico do estudo do tema, ao se voltar para o desenvolvimento de teorias acerca dos elementos configuradores da responsabilidade, acaba por restringir o espaço do debate acerca da efetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88, problema este que parte da observação do modo pelo qual a Administração Pública, no plano prático, se compromete com a concretização da sua responsabilidade.

Assim, em que pese nos depararmos, rotineiramente, com inúmeras condenações judiciais em face dos entes estatais que são compelidos a reparar danos decorrentes da sua conduta, quando voltamos o nosso olhar para o trajeto a ser percorrido pelo cidadão para se alcançar esse direito à reparação, percebemos que a postura do Estado não está voltada à concretização de tal direito, mas sim ao seu contingenciamento.

Na prática, isso faz com que o sistema de responsabilidade estatal, considerado como um dos pilares do Estado de Direito, ao invés de ser um instrumento de garantia de concretização de direitos fundamentais, seja utilizado como um meio de encobrir o *sujeito real de direito*, que deveria ser seu fundamento último.

As ideias acima descritas serão estruturadas nesta dissertação em três capítulos, além desta introdução e da conclusão. Tais ideias são fruto da análise do levantamento bibliográfico e jurisprudencial realizado conduzida pelo referencial teórico advindo de uma

miscelânea de obras estudadas, que têm como elemento central a problematização da linguagem jurídica.

O **primeiro capítulo** é dedicado à análise comparada da responsabilidade civil no direito civil e no direito administrativo, tendo como eixo as ideias desenvolvidas por Paul Ricoeur nos dois primeiros textos da coletânea que constituem a obra “O justo 1” (RICOEUR, 2008), intitulados “Quem é o sujeito do direito?” e “Conceito de responsabilidade: ensaio de análise semântica”. A exposição do pensamento do filósofo em tais textos servirá de inspiração para tratarmos das transformações pelas quais passou o conceito de responsabilidade, bem como para analisarmos os fundamentos que justificam a existência do instituto. Ao mesmo tempo, servirá de base para refletirmos sobre a necessidade de refundar a responsabilidade pública na confiança gerada no cidadão de que a Administração Pública é capaz de assumir a promessa de que se submete às suas próprias leis, promovendo a passagem do *sujeito formal de direito* para o cidadão, visto como o *sujeito real de direito*.

No **segundo capítulo** extrairemos do pensamento de François Ost (2005), na obra “Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico”, a denúncia que o autor faz em relação à discrepância existente entre o direito ensinado nas faculdades e a realidade que ele visa regular. Trata-se do distanciamento do *direito analisado* pela doutrina e o *direito narrado*, entendido este último como a narrativa surgida do contexto social no qual está inserido. Desenvolveremos também, em breves linhas, que a perspectiva do direito narrado se funda e se alia ao pensamento da fenomenologia de Martin Heidegger em “Ser e Tempo”. Por fim, nos dedicaremos a demonstrar que as perspectivas do *direito analisado* e do *direito narrado* são utilizadas por Alejandro Médici (2012) na obra “La Constitución Horizontal: teoría constitucional y giro decolonial” para denunciar que o direito analisado se liga a um direito relacionado à ideia de modernidade/colonialidade. O caráter moderno/colonial do direito é também denunciado por Gabriel Méndez e Ricardo Sanín Restrepo (2012), que denunciam a utilização do direito como um instrumento legitimador da dominação no poder econômico.

No **terceiro capítulo** nos dedicaremos, inicialmente, a expor a dimensão *analisada* da responsabilidade civil da Administração Pública, com a exposição de alguns dos temas que são identificados pela doutrina como “questões capitais sobre a responsabilidade estatal”¹ que fazem uma leitura descritiva da responsabilidade pública.

Em um segundo momento, a análise será dirigida a três narrativas pouco exploradas pela doutrina que evidenciam a inexistência de uma Administração Pública qualitativamente

¹ Trata-se de expressão utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1035).

comprometida com as suas condutas, o que chamaremos de ‘teses da irresponsabilidade’: a necessidade de a própria Administração Pública reconhecer-se diretamente responsável pelos seus atos, a tradicional opção da Administração Pública em não exercer o direito de regresso em face dos agentes públicos e o tratamento jurisprudencial dado pelo STF ao regime de pagamentos por precatórios. Tais narrativas serão colocadas como iniquidades no trajeto da responsabilização estatal que contribuem para que o sistema de responsabilidade estatal, considerado como um dos pilares do Estado de Direito, ao invés de ser um instrumento de garantia de concretização de direitos fundamentais, seja utilizado como um meio de encobrir o *sujeito real de direito*, que deveria ser seu fundamento último.

1.1 Opções terminológicas e delimitação temática

Por se tratar de um trabalho acadêmico, não se pode ignorar a relevância que o Direito confere à precisão formal dos termos utilizados, e, portanto, algumas observações de natureza terminológica se fazem necessárias. Tais opções guiam, conseqüentemente, a delimitação do nosso objeto de estudo.

1.1.1 A expressão responsabilidade civil da Administração Pública e seu alcance

A primeira observação consiste no registro de que não há uma uniformidade doutrinária no emprego da expressão que designa a obrigação do Estado de indenizar eventuais danos decorrentes de sua atuação. Essa ausência de unidade terminológica é atribuída à multiplicidade de aspectos controvertidos que envolvem o tema. Assim, podem ser encontradas inúmeras expressões nos textos doutrinários como “*responsabilidade civil do Estado*”, outras vezes apenas *responsabilidade do Estado*, sem o tradicional qualificativo civil, além de *responsabilidade civil da Administração Pública*, ou, também sem o qualificativo civil, *responsabilidade da Administração Pública*” (BRÊTAS, 2004, p. 14 - 18).

Por considerar de grande relevância esse aspecto terminológico, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, em estudo dedicado à responsabilidade do Estado pela função jurisdicional desenvolveu uma ampla pesquisa sobre a divisão existente na doutrina em relação à terminologia, apontando como adepto da utilização da expressão *responsabilidade civil do Estado*, Amaro Cavalcanti, seguido por diversos doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira, Seabra Fagundes e José de Aguiar Dias.

Na seara do direito administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acompanha a posição terminológica adotada por tais autores com relação à atribuição da responsabilidade ao Estado, em que pese suprimir da expressão o qualificativo civil. Justifica a autora que, ao contrário do Estado, a Administração Pública não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações e, portanto, a capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que agem em seu nome e não da Administração Pública. (DI PIETRO, 2004, p. 547).

Outros autores, como Hely Lopes Meirelles, certamente inspirados pelas doutrinas francesa e italiana², apontam a propriedade da utilização do termo *responsabilidade da Administração Pública*, ao argumento de que a responsabilidade resulta de atos e omissões de pessoas jurídicas que integram a Administração Pública e não de atos do Estado organizado como entidade política.

Há também autores que utilizam o termo indistintamente sem a preocupação em fixar uma terminologia única para se referir ao tema, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello que utiliza no capítulo do seu curso de direito administrativo as expressões *responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado por comportamentos administrativos* (MELLO, 2015, p. 1021), *responsabilidade pública* (MELLO, 2015, p. 1025), *responsabilidade do Estado* (MELLO, 2015, p. 1027), *responsabilidade por atos administrativos* (MELLO, 2015, p. 1029) e *responsabilidade estatal* (MELLO, 2015, p. 1035).

No presente trabalho elegeremos a expressão *responsabilidade civil da Administração Pública* para identificarmos o tema do qual estamos tratando. Tal opção se justifica por entendermos que a utilização do termo *Estado* atribuí ao instituto da responsabilidade civil uma noção universal que não condiz com a realidade do cenário de responsabilização

² “Por seu turno, a doutrina francesa, ao versar o tema, revela acentuada preferência pela utilização das expressões responsabilidade administrativa (*responsabilité administrative*), responsabilidade da Administração (*responsabilité de l'Administration*), responsabilidade pública (*responsabilité de la publique*) e responsabilidade do Poder Público (*responsabilité Puissance Publique*), embora algumas vezes faça menção à responsabilidade do Estado (*responsabilité de l'État*).

A doutrina italiana, ao que parece, inclina-se pela expressão responsabilidade da Administração Pública, como se vê na obra de Renato Alessi e nos doutrinadores que o autor colaciona (A. Torrente e Francesco Garra), todos utilizando a expressão *responsabilità della pubblica amministrazione*.” (BRÊTAS, 2004, p. 15) Vale o registro que o autor não seguiu a orientação das doutrinas citadas, preferindo em seu texto utilizar a expressão “responsabilidade do Estado”. (BRÊTAS, 2004, p. 16) Note-se que Romeu Felipe Bacellar Júnior, citando Maria José Rangel de Mesquita, afirma que na doutrina francesa utiliza-se a expressão *responsabilidade administrativa* para designar a responsabilidade da Administração Pública fundada no risco e a responsabilidade por atos lícitos. Já a expressão *responsabilidade civil da Administração* é utilizada para designar a responsabilidade decorrente de atos ilícitos. (BACELLAR FILHO, 2006, p. 295).

brasileiro, no qual há uma forte resistência jurisprudencial e também divergência doutrinária quanto à responsabilização das atividades jurisdicional, legislativa e do Ministério Público.

Apesar de a doutrina administrativista reconhecer essa resistência, a matéria é tratada como se o Estado, considerado na sua totalidade, fosse efetivamente responsável pelos seus atos. Na prática, contudo, não o é. Apenas a uma parte do que se constitui a figura do Estado, denominada Administração Pública, se aplicam de forma abrangente as normas sobre o tema.

Deixamos claro que a escolha da utilização do termo responsabilidade civil *da Administração Pública* e não *do Estado* não está adstrita a um rigor técnico. É verdade, e de modo algum se contesta o fato de que o detentor de personalidade jurídica é o Estado, e não a Administração Pública. De modo algum também se contesta que a personalidade jurídica do Estado é vista pelo ordenamento jurídico como um pressuposto para a responsabilização.

Contudo, a nossa opção terminológica objetiva uma inversão do ponto de vista da análise do tema. A proposta é pensar a responsabilidade pública a partir da observação da realidade político-administrativa brasileira e não sob a ótica da ideologia do Estado de Direito, segundo a qual não há sujeitos fora do direito.

Com isso, pretendemos denunciar e evidenciar que o discurso jurídico se vale de termos universais – no caso *Estado* - para se referir apenas a uma parte que integra o todo – no caso *Administração Pública*. A defesa do termo responsabilidade civil *do Estado* reforça a ideia ilusória de que temos um Estado inteiramente responsável pelos seus atos.

Assim, o que se pretende é justamente chamar a atenção para o fato de que o discurso teórico da responsabilidade civil sugere uma visão unitária do fenômeno da responsabilidade pública, que deveria englobar todos os atos praticados pelo Estado, nos termos do art. 37, parágrafo 6º da CF/88. Contudo, na prática, a responsabilidade plena acaba se restringindo aos atos praticados pelo Estado em razão do exercício da função administrativa, excluindo os atos decorrentes das demais funções estatais.

Por último, somente a responsabilidade extracontratual ou também chamada de aquiliana da Administração Pública está sendo abordada no presente trabalho. Não se tratará da responsabilidade contratual regida pelas normas do regime de contratos administrativos. Optamos por não utilizar a expressão ‘extracontratual’ no título e no texto apenas para torná-lo mais fluído.

1.1.2 A expressão Administração Pública

A opção em utilizar a expressão Administração Pública ao invés de Estado leva à necessidade de fixação do sentido que vamos considerá-la, tendo em vista que o seu emprego admite mais de um sentido. Mais comumente a expressão Administração Pública pode ser utilizada em sentido *subjetivo, formal ou orgânico* ou em sentido *objetivo, material ou funcional*. O primeiro, normalmente grafado com letra maiúscula – Administração Pública – designa o universo de órgãos, entes e pessoas que exercem a função administrativa. O segundo, normalmente grafado com letra minúscula – administração pública – designa a própria função administrativa (DI PIETRO, 2010, p. 49; CARVALHO FILHO, 2016, p. 481, NOHARA, 2015, p. 6).

Há também uma outra distinção feita a partir da ideia de que a palavra administrar compreende planejar e executar. Em sentido amplo, subjetivamente considerada, a Administração Pública compreende tanto os órgãos governamentais, cuja atribuição é planejar, comandar e dirigir a atuação do Estado, como também os órgãos administrativos subordinados, dependentes, aos quais incumbe a execução dos planos governamentais. Em sentido amplo, mas objetivamente considerada, a administração pública pode ser abordada tanto a partir do desempenho de funções políticas, nas quais se compreende a atividade de planejamento, como do exercício da função administrativa ou de execução.

Em sentido estrito, sob o aspecto subjetivo, a Administração Pública compreende apenas os órgãos administrativos, excluídos os órgãos governamentais. Já sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluída a função política (DI PIETRO, 2010, p. 49; NOHARA, 2015, p. 6 - 7).

No presente trabalho a expressão Administração Pública será considerada em sentido amplo, tanto sob o aspecto subjetivo quanto objetivo, sendo o sentido que se pretende dar, definido a partir do contexto abordado. Adotaremos, portanto, o entendimento de que a função administrativa deve ser pensada de forma articulada com a função política, pois as duas compõem a função executiva e estão totalmente interligadas, na medida em que cabe à função administrativa executar as decisões e ações planejadas pela função governamental. (ARAÚJO, 2010, p. 149). Nesse sentido, a função administrativa pode ser conceituada como o dever do Estado, ou de quem aja em seu nome, de executar as decisões e ações planejadas pela função governamental, contidas em comandos normativos, para a realização dos fins públicos, mediante atos ou comportamentos passíveis de controle. Trata-se de uma ampla

função do Estado, pois é mediante o seu exercício que se cuida da gestão de todos os interesses públicos (CARVALHO FILHO, 2016, p. 480).

Para a análise feita neste trabalho, o exame da responsabilidade civil da Administração Pública no exercício de sua função executiva evolui tanto conduta comissiva quanto omissiva, decorrente não só da prática de atos ilícitos, mas também de atos lícitos.

1.1.3 Visão histórica e direito comparado: uma opção de não abordagem

Para ser fiel à proposta de refletir sobre uma possibilidade de refundação da responsabilidade civil da Administração Pública que permita uma maior efetividade qualitativa do instituto, adota-se no presente trabalho a posição de que uma abordagem contemporânea do tema não precisa, necessariamente, ter como ponto de partida a exposição do desenvolvimento histórico da matéria, como é comum nos textos dedicados ao assunto. Tais textos desenvolvem-se tendo como ponto de partida a ideia de que o estabelecimento da responsabilidade estatal decorre do fato de que os interesses privados merecem especial proteção jurídica frente à crescente atividade estatal, e, nesse sentido, situam o paradigma do Estado de Direito como marco do ciclo evolutivo da responsabilidade.

O estabelecimento de um vínculo histórico linear entre o passado e o presente, apesar de ser muito recorrente e ter grande relevância no meio jurídico acadêmico, nos mostra apenas uma construção doutrinária possível que não pode ser tomada como a única existente. Nesse sentido, Emerson Gabardo (2009, p.259), ao criticar a fixação da doutrina administrativista brasileira pela tese da gênese autoritária do Direito Administrativo, que seria utilizada para explicar quase todos os institutos desse ramo do direito, nos alerta que a investigação das raízes históricas para os institutos administrativos é uma característica da racionalidade ocidental e que deve ser vista com ressalvas.

Dessa forma, com o objetivo de diversificar o espectro de abordagem da responsabilidade civil da Administração Pública, o presente trabalho não abordará a análise histórica linear do tema³.

³ Uma sistematização da visão histórica da responsabilidade civil do Estado foi feita de forma ampla e profunda por Júlio César dos Santos Esteves. Iniciando-se pela exposição do ciclo evolutivo da responsabilidade largamente considerada, o autor parte da noção de reparação do dano nas civilizações antigas, passando pelo direito romano, idade medida até se chegar no direito moderno e contemporâneo (ESTEVES, 2003, p. 7-16). Especificamente sobre a evolução histórica da responsabilidade estatal o autor situa o seu surgimento no direito francês, mediante o trabalho do Conselho de Estado, e trata das fases da irresponsabilidade estatal situada no período absolutista, no Império e na alta Idade Média com a exaltação das máximas: *The king do no wrong; le roi ne peut mal faire* e ainda a célebre frase de Luís XIV: “L’État c’ est moi”. Prossegue a linha histórica com a fase civilista representada pela dicotomia entre os atos de império e de gestão até alcançar a teoria da culpa civil

Este trabalho também não se dedicará ao estudo da responsabilidade civil da Administração Pública no plano do direito comparado, uma vez que adotamos o entendimento de que tal abordagem não contribui para a compreensão do instituto no contexto da realidade jurídica político-administrativa brasileira. Nesse sentido, Yussef Said Cahali (2014, p. 23-24) registra a reduzida importância do direito comparado para o tema da responsabilidade ao argumento de que “cada sistema jurídico apresenta-se autóctone, com suas peculiaridades locais, desaconselhada, assim, qualquer elaboração doutrinária sob inspiração de modelos alienígenas”. Registra ainda ser discutível o mérito de jurisprudência nacional que se fundamenta na doutrina italiana e francesa por serem diversos os princípios informadores do sistema jurídico de tais países.

1.1.4 Indenização e ressarcimento

De uma maneira geral a doutrina administrativista brasileira não aplica a distinção terminológica entre *indenização* e *ressarcimento*, utilizando indistintamente as duas palavras para se referir à compensação pecuniária paga em razão da ocorrência de um dano decorrente da ação estatal. Assim, pela mesma razão exposta para fundamentar a opção em não abordar o direito comparado, com o olhar voltado para a realidade brasileira, e, por considerar que a discussão acerca da natureza terminológica em comento em nada contribui para as repercussões práticas dos problemas reais da responsabilidade estatal, o texto do presente trabalho não adotará a distinção formulada pela doutrina italiana.

Vale, contudo, o registro que tal doutrina utiliza o termo *ressarcimento* nos casos de prejuízos suportados em decorrência de atos ilícitos praticados pelo Estado e *indenização* nos casos de compensação pecuniária decorrente de danos causados por atos lícitos (BRÊTAS, 2004, p. 21). Registra-se, ainda, que Celso Antônio Bandeira de Mello deixa claro que não conserva tal distinção terminológica, mas acolhe o *discrímen* entre sacrifício de direito⁴ e responsabilidade. Para o autor é disso que decorre a distinção terminológica

baseada na culpa pessoal do agente. A fase publicista, por sua vez, engloba a culpa administrativa, retirando o foco da culpa do agente público e trazendo a lume a falta ou a falha do serviço público por si mesmo considerada. Por conseguinte, a teoria do risco, com seus desdobramentos em risco integral e risco administrativo, culmina com a adoção da teoria objetiva da responsabilidade estatal. (ESTEVES, 2003, p. 41 - 62) A retomada histórica do instituto também foi feita a partir do direito brasileiro com a indicação dos textos normativos que trataram do tema (ESTEVES, 2003, p. 63 - 76).

⁴ Enquadram-se nas situações definidas como sacrifício de direito, exemplificativamente, os institutos da desapropriação e da requisição. O autor entende necessário, portanto, discernir, “e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas os casos em que o Direito confere à Administração poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem”. Considera, contudo, incluso no tema da responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado tem como consequência, ainda que indireta, o dano à esfera jurídica

entre *ressarcimento* e *indenização*. Desse modo, valendo-se das lições de Renato Alessi, esclarece que o problema da responsabilidade do Estado não pode ser confundido com a obrigação estatal de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica confere ao Estado “o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial” (MELLO, 2015, p. 1022 - 1023).

de outrem. Para tanto, o autor utiliza como exemplo a necessidade de o Poder Público realizar o nivelamento de uma via pública que terá como consequência o fato de que algumas casas ficarão abaixo ou acima do nível da rua, com manifesto prejuízo aos proprietários. Para o autor, divergindo de Renato Alessi, tal hipótese seria de responsabilidade decorrente de ato lícito da Administração e não de sacrifício de direito. (MELLO, 2015, p. 1024).

2 A NECESSIDADE DE REFUNDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ABERTURA DO CONCEITO E DOS FUNDAMENTOS A PARTIR DE PAUL RICOEUR

Uma ampla compreensão da noção de responsabilidade civil da Administração Pública pressupõe uma análise comparativa da responsabilidade como instituto do direito privado. Sem negar que a responsabilidade civil no âmbito público possua contornos próprios que extrapolam o direito civil, e sem negar que o direito civil se aplica de forma subsidiária às relações jurídicas que envolvam a responsabilidade civil da Administração Pública, é imperioso deixar claro que não pactuamos com a ideia de que o estudo do instituto deva se fechar no âmbito do direito administrativo. Em posição contrária, Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que a matéria integra exclusivamente o direito administrativo:

Com efeito, a Administração responde perante os particulares, pelos atos de seus agentes que venham em prejuízo daqueles. À resposta da Administração Pública ou ao dever jurídico desta em oferecê-la, tem-se tradicionalmente conferido a denominação de responsabilidade civil. Todavia, a adoção do termo “responsabilidade civil” poderia levar à suposição de que a responsabilidade da Administração Pública fosse regida pelo direito civil, quando a incidência do direito privado é meramente subsidiária. Aliás, este equívoco, arraigado em nossa tradição, tem levado à inserção da tratativa do tema – responsabilidade do Estado – no Código Civil (art. 15, do Código de 1916 e art. 43 do novo Código Civil de 2002), quando a matéria não integra o direito civil e, sim, o direito administrativo (BACELLAR FILHO, 2006, p. 295)⁵.

Defendendo que a responsabilidade civil transcende os ordenamentos de que participa e fixando o seu pertencimento à teoria geral do direito, Yussef Said Cahali (2014, p. 25) condena a voracidade dos administrativistas que pretendem transformar a responsabilidade civil “em filho ingênito do direito público, desconhecendo ou olvidando que os princípios fundamentais que hoje remarcam o instituto foram elaborados pelo direito comum da responsabilidade civil”.

Em sentido semelhante, sustentando a conveniência de se iniciar o estudo da responsabilidade civil da Administração Pública pelo direito civil, muito embora reconhecendo que a responsabilidade pública absorve e reflete a singularidade jurídica do ente estatal, Júlio César dos Santos Esteves (2003, p.6) vale-se das lições de Maria Helena Diniz

⁵ O art. 43 do Código Civil de 2002 merece críticas, mas não em razão de supostamente o seu conteúdo invadir o âmbito material do direito administrativo, mas sim por restringir a abrangência da responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público, enquanto o art. 37, parágrafo 6º da CF/88 estabelece que tanto as *peçoas jurídicas de direito público* como as de *direito privado prestadoras de serviços públicos* responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

para também afirmar que o instituto se mantém único, uma vez que os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, diferenciando-se em relação às matérias objeto de regulamentação legal e a realidade social aplicável.

Dessa forma, fixado que o instituto da responsabilidade da Administração Pública não comporta uma abordagem unilateral, a análise que se segue consistirá na exposição comparativa do conceito e dos fundamentos da responsabilidade pública no direito civil e no direito administrativo. Entendemos, contudo, que é preciso ir além.

Desse modo, certos de que a aproximação da filosofia ao direito é essencial para o aprimoramento do problema da legitimidade da ordem constitucional que define o Estado como Estado de Direito, tal análise terá como referencial teórico o pensamento desenvolvido por Paul Ricoeur que, imbuído da proposta de “agir direito com o direito” e de “fazer justiça a justiça”, na coletânea de textos intitulada ‘O justo v.1’ (RICOEUR, 2008), demonstra sua preocupação com o fato de que, durante muito tempo, a filosofia deu pouca importância às questões jurídicas, em comparação com a atenção dispensada às questões pertinentes à moral e à política.

Interessa-nos os dois textos iniciais da obra, “*Quem é o sujeito do direito?*” e “*Conceito de responsabilidade. Ensaio de análise semântica*”⁶, nos quais Paul Ricoeur faz uma reflexão acerca das noções de sujeito de direito e responsabilidade jurídica. A exposição do pensamento do filósofo em tais textos servirá de base para tratarmos do conceito e dos fundamentos da responsabilidade civil. Ao mesmo tempo, servirá de base para expormos a necessidade de refundação da responsabilidade civil da Administração Pública. Necessidade essa que inspirou a pesquisa que culminou nesta dissertação.

2.1 A origem do conceito jurídico de responsabilidade civil: um discurso voltado para a segurança e o equilíbrio patrimonial

Grande parte da doutrina civilista explica o conceito de responsabilidade a partir da origem da palavra *responder*. Nesse sentido, João Baptista Villela (1982) afirma que irresponsável, em sentido originário, é aquele que não responde, anotando que o conceito de

⁶ Registre-se que o nosso acesso ao texto ‘*Conceito de responsabilidade. Ensaio de análise semântica*’ se deu a partir da pesquisa do conceito de responsabilidade civil nos manuais de direito civil. Especificamente, no Curso de Direito Civil, obra coletiva, de autoria de Nelson Rosenthal, Cristiano Farias e Felipe Peixoto Braga Netto, nos deparamos com a referência à tal texto, cujas ideias são utilizadas pelos autores para iniciar a explicação do conceito de responsabilidade civil. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 5-7).

responsabilidade desenvolvido na linguagem jurídica tem origem no direito romano, e, para tanto, cita o seguinte trecho de Bodenheimer:

Os romanos, que eram um povo jurista, usavam 'respondere' em primeira acepção com um sentido jurídico. O demandado, ou seu representante no tribunal, 'responderiam' a uma demanda apresentada contra si, interpondo razões e alegações destinadas a fazer frente às pretensões do demandante e justificar sua própria conduta. Se o tribunal considerasse que as razões e alegações não eram satisfatórias, solicitava-se ao demandado que contestasse a demanda em uma forma diferente e não-verbal: pedia-se-lhe, possivelmente, para 'responder' aos danos por descumprimento de contrato, ou devolver certos bens adquiridos ilicitamente por ele. [...] (VILLELA, 1982, p.28).

Ressalvando que a busca por um conceito de responsabilidade é um árduo desafio para os juristas, Rui Stoco (2011, p. 135) também admite que a necessidade de responsabilizar alguém por seus atos danosos pode ter sua origem identificada na palavra que vem do latim *respondere*, responder alguma coisa.

A ideia de resposta orienta igualmente a doutrina administrativista na enunciação do conceito de responsabilidade civil da Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1028) afirma que “ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo”. Em sentido idêntico, José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 577) entende que a noção jurídica de responsabilidade implica a circunstância de que alguém deve responder perante a ordem jurídica em razão de algum fato precedente.

Esta forma usual utilizada pela doutrina para iniciar a explicação do conceito de responsabilidade civil evidencia a tradicional opção em fixar as bases da responsabilidade no direito romano, e, a partir desta origem, traçar uma pretensa evolução de todo o sistema, que vai da responsabilidade baseada na noção de culpa⁷ como fundamento da reparação do dano edificada sob a Lei Aquilia⁸, até a responsabilidade sem culpa ou objetiva, calcada nas diversas modalidades de riscos, potencialmente geradores de danos, tratados por múltiplas teorias, dentre as quais citamos as teorias do risco-proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco excepcional e do risco integral⁹ (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 216).

⁷ A palavra culpa está sendo empregada em sentido amplo, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, mas também o dolo.

⁸ A Lei Aquilia ou *Lex Aquilia* foi originária de um plebiscito proposto, nos tempos da República, pelo tribuno Lúcio Aquílio e é citada, predominantemente, como a origem da responsabilidade baseada na culpa que revolucionou a responsabilidade civil por substituir o sistema de penas fixas, até então vigente no Direito Romano, por um sistema de penas proporcionais ao dano, não obstante existir em torno dela dissídio doutrinário sobre a presença da culpa em seu texto como elementar para a configuração da responsabilidade civil. (ESTEVEZ, 2003, p. 11).

⁹ Voltaremos ao desenvolvimento destas diversas teorias no quarto capítulo.

No direito administrativo a doutrina segue o mesmo caminho da gênese do direito romano, mas com algumas adaptações à atividade pública. A evolução da responsabilidade civil no âmbito do direito público destaca uma fase inicial na qual imperava a irresponsabilidade do Estado, seguida da fase civilista, na qual se compreende a fase marcada pela dicotomia entre os atos de império e de gestão, superada pela teoria da culpa civil decorrente de falta pessoal do funcionário ou empregado público. Na última fase desta evolução, denominada fase publicista, surgem a noção de responsabilidade objetiva baseada na culpa administrativa e na teoria do risco administrativo (CAHALI, 2014, p. 17-23; ESTEVES, 2003, p. 39-63).

De acordo com a concepção clássica originária da responsabilidade civil, o seu principal pressuposto é a culpa *lato sensu* ou em sentido amplo, que pode ser conceituada como a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 47 -53).

A conduta voluntária, descrita como um dos elementos do conceito acima, traduz o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão. Ação ou omissão constituem o aspecto físico, externo, objetivo da conduta. A vontade, por sua vez, constitui o aspecto intrínseco, psicológico, ou subjetivo da conduta. Quando falamos em conduta voluntária, falamos em conduta orientada pela vontade que se reveste de intensidades variáveis: o agente pode querer mais ou menos, pode agir com maior ou menor determinação.

Assim, conduta voluntária, é empregada no sentido de que deve haver um mínimo de vontade do agente, para se afastar um resultado puramente mecânico. Sergio Cavaliere Filho (2015, p. 34), nesse sentido, anota que a ideia de culpa está “visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir”.

A necessidade de se dar uma resposta aos danos é consequência de uma conduta contrária ao Direito. Contudo, para que a noção originária de responsabilidade fique completa, é preciso ir além da noção de resposta, integrando-se ao conceito de responsabilidade a ideia de imputação, no sentido de atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa, da qual decorre o dever jurídico de reparar um dano sofrido por alguém.

A essência do conceito clássico de responsabilidade civil, ligada à violação e reparação de um dever jurídico preexistente imputadas a alguém pode ser assim descrita

O desenvolvimento da noção de responsabilidade jurídica se dá mediante o conhecido binômio preceito-sanção (“se A é, B deve ser, imperativo categórico kantiano), que se especializa a partir da relação entre um dever jurídico originário, decorrente de previsão normativa genérica ou específica, e um dever jurídico sucessivo, relativamente à consequência imputada ao agente que viola o primeiro dever. O que varia, em cada caso, é a espécie de sanção, conforme a natureza da norma, o grau de reprovação social e a consequência, na realidade da vida, que decorram da violação do dever jurídico originário. [...] (MIRAGEM, 2015, p. 71-72).

Segundo Bruno Nubens Barbosa Miragem (2015, p. 71), citando Savatier, a responsabilidade civil desenvolve-se no âmbito da relação obrigacional e pode ser definida como “a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por conduta sua ou de pessoas ou coisas que dela dependam”. A obrigação de reparar contém em si as ideias de equilíbrio entre os patrimônios e segurança, na medida em que a certeza quanto à reparabilidade do dano que se considera injusto é garantia de estabilidade das relações jurídicas em geral.

Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 16) e Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 24) também conceituam responsabilidade civil como o dever jurídico imputado a alguém para reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Existe um dever jurídico originário ou primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo. Isso faz com que a obrigação se distinga da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário e responsabilidade é um dever jurídico sucessivo decorrente da violação da obrigação.

Portanto, a responsabilidade somente se configura quando houver violação de um dever jurídico preexistente e presença de dano. A título de exemplo, os incisos X e XII do art. 5º da CF/88¹⁰ dispõem, respectivamente, que todos têm o dever jurídico de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem e o direito de propriedade das pessoas. Temos aí uma série de deveres jurídicos originários que, se desrespeitados, fazem surgir um outro dever jurídico, considerado sucessivo ou secundário em relação aos primeiros: o de reparação do dano moral ou material.

Quando se fala que a responsabilidade civil sempre vai decorrer da violação de um dever jurídico, significa que a responsabilidade sempre terá como causa geradora uma conduta antijurídica. Contudo, é preciso deixar claro que a antijuridicidade desta conduta

¹⁰ Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XXII - é garantido o direito de propriedade; (BRASIL, 1988).

precisa ser considerada sob o chamado aspecto objetivo da ilicitude e não no seu aspecto subjetivo.

No aspecto objetivo, a qualificação de uma conduta como contrária à ordem jurídica leva em conta apenas a verificação da sua contrariedade por si só em relação à norma jurídica (objetiva violação da ordem jurídica), sem que seja feito qualquer juízo de valor sobre a vontade consciente livre do agente, que representa o aspecto subjetivo da antijuridicidade geradora da responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 24-25).

A reparação do dano é, então, uma forma de compensação patrimonial do ofendido e de restituição do equilíbrio social. Nesse sentido, Mário Júlio de Almeida Costa (2005, p. 477), o que verdadeiramente importa na responsabilidade civil é a restituição dos interesses lesados, e que tal restituição corresponda à reparação patrimonial de um dano privado.

No direito administrativo, a responsabilidade civil da Administração Pública vincula-se ao descumprimento do dever jurídico, genericamente considerado, de exercer a atividade administrativa com segurança, de forma a não causar dano a ninguém. Tal dever, cuja violação enseja o dever de indenizar, está previsto art. 37, §6º da CF/88¹¹.

Em torno do referido dispositivo constitucional, e a despeito das inúmeras controvérsias acerca das teorias que o fundamentam, vários são os conceitos de responsabilidade civil da Administração Pública formulados pela doutrina administrativista. Hely Lopes Meirelles (2013, p. 737) afirma que a responsabilidade civil traduz a obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização, impondo à Administração Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos no desempenho de suas atribuições ou sob o pretexto de exercê-las. Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1021) entende ser a obrigação que incumbe ao Estado de “reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Assim, a formulação do conceito de responsabilidade civil, seja no âmbito privado ou no âmbito público, originariamente teve seu sentido bem fixado no uso jurídico clássico ligado à ideia de obrigação de reparação, como forma de recompor o equilíbrio patrimonial afetado pela violação de um dever jurídico. A violação do dever de agir conforme lei, gera a obrigação de reparar o dano.

¹¹ Art. 37 § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Entretanto, com o intuito de mudarmos a perspectiva no estudo da responsabilidade civil, inspirados no texto de Paul Ricoeur (2008, p. 33-61) intitulado “*Conceito de responsabilidade. Ensaio de análise semântica*”, buscaremos na filosofia uma raiz possível deste conceito jurídico clássico de responsabilidade.

2.1.1 O ancestral fundador da responsabilidade civil: o sentido moral de imputação como uma herança kantiana

No tópico anterior, foi demonstrado como a noção de responsabilidade civil é explicada por boa parte da doutrina civilista e administrativista a partir do verbo *responder*. Todavia, ao iniciar a investigação acerca do ancestral da responsabilidade, Paul Ricoeur (2008, p. 39) afirma que a noção de desvio de conduta geradora de dano, que é tida tradicionalmente como a essência da responsabilidade civil, não pode ser explicada no campo semântico do verbo *responder*, mas sim a partir do verbo *imputar*¹², pois o conceito clássico de responsabilidade jurídica identifica-se com o sentido moral de imputação, que é uma herança do pensamento de Immanuel Kant (1724-1804).

Para se compreender como a formulação do conceito jurídico clássico de responsabilidade civil absorveu a noção de imputação moral kantiana, Paul Ricoeur (2008, p. 39-42) nos remete à três obras do filósofo: “Crítica da Razão Pura” (1781, a primeira edição e 1787, a segunda edição), “Crítica da Razão Prática” (1788) e “Metafísica dos Costumes” (1797).

A primeira delas, segundo Paul Ricoeur, nos permite ter acesso à raiz cosmológica da ideia ético-jurídica de imputabilidade, que é o conceito de liberdade transcendental. Tal conceito surge na primeira crítica kantiana no contexto de conciliação do idealismo, que considerava possível o conhecimento exclusivamente por meio da razão, com o empirismo, que afirmava que somente os sentidos são capazes de produzir conhecimento¹³.

Com esse propósito conciliador, Immanuel Kant divide seu primeiro escrito crítico¹⁴ na análise da Estética transcendental e da Lógica transcendental. A Estética transcendental

¹² O verbo imputar como sendo “imputar uma ação a alguém é atribuí-la a esse alguém como a seu verdadeiro autor, lança-la por assim dizer à sua conta e torná-lo responsável por ela.” (RICOEUR, 2008, p. 36)

¹³ São representantes do idealismo Leibniz e Wolf e do empirismo Hume e Spinoza. (CRUZ, 2011, p. 44-45)

¹⁴ “Kant parte da suposição de que não é o sujeito que, conhecendo, descobre as leis do objeto, mas sim, o contrário, é o objeto, quando conhecido que se adapta às leis do sujeito que o recebe cognoscitivamente. Essa inversão explica melhor a ideia de um conhecimento *a priori*, que estabelece alguma relação aos objetos antes que eles nos sejam dados. Kant parte da suposição de que não é a nossa intuição sensível que se regula pela natureza dos objetos, mas que são os objetos que se regulam pela natureza da nossa intuição. Os objetos,

dedicou-se ao estudo das estruturas da sensibilidade, ao modo como o homem recebe as sensações e forma o conhecimento sensível. Já a Lógica transcendental dedicou-se a explicar como o intelecto é capaz de formular conceitos puros, independentemente do conhecimento sensível; e foi dividida em Analítica transcendental e Dialética transcendental. A primeira estuda o intelecto e suas leis, o conhecer. A segunda estuda a razão e suas estruturas, o pensar (REALE; ANTISERI, 2007, p. 352-375; CRUZ, 2011, p. 51). E é justamente na Dialética transcendental que reside, segundo Paul Ricoeur, a raiz cosmológica da ideia ético-jurídica de imputabilidade que guia o conceito tradicional de responsabilidade civil.

O pensamento kantiano acreditava que o ato de conhecer é sempre condicionado ao mundo sensível. Entretanto, reconhecia também que a nossa razão não se contenta com os limites do conhecimento impostos pelo mundo sensível e tenta ir além, pensando o infinito e o absoluto. A tentativa da razão de entender o infinito e o absoluto são representadas pelas grandes questões filosóficas da metafísica ligadas à investigação da existência de uma alma, à busca pela causa eficiente do mundo, e à busca de Deus como causa inteligente para tudo o que existe:

A busca da alma é traduzida pela ideia de uma unidade absoluta do sujeito cognoscente. A procura pelo mundo é traduzida pela causa primeira, por uma origem absoluta do universo e, portanto, por uma unidade absoluta de todos os fenômenos. Deus implica a procura pela absoluta essência de um ser criador. Infinito, absoluto, incondicionado, eis o motivo da existência da dialética transcendental e eis o motivo dos problemas enfrentados pela metafísica escolástica (CRUZ, 2011, p. 57).

Para a investigação acerca do ancestral filosófico da ideia de imputação que rege o conceito tradicional de responsabilidade civil, interessa-nos, dentro da Dialética transcendental, a tentativa da razão de entender a ideia de mundo e sua causa primeira.

Segundo Immanuel Kant, quando tentamos entender o mundo além da forma sensível, incondicionada de todos os fenômenos, acabamos caindo em antinomias, em que teses e antíteses se anulam reciprocamente. Cria-se uma “contradição estrutural” insolúvel. A razão quer conhecer o mundo sem ter os instrumentos cognoscitivos necessários, e por isso surgem alguns problemas, que podem ser enumerados pelas seguintes perguntas: O mundo deve ser pensado metafisicamente como finito ou infinito? O mundo decompõe-se em partes simples e indivisíveis ou não? Suas causas últimas são todas mecanicistas e, portanto, necessárias, ou

enquanto pensados, que se regulam pelos conceitos do intelecto e com o intelecto se relacionam” (REALE, Giovanni; ANTISERI, 2007, p. 352 – 375).

existem nele também causas livres? O mundo supõe uma causa última incondicionada e absolutamente necessária ou não? (REALE; ANTISERI, 2007, p. 352-375).

As respostas a essas perguntas serão antinomias, pois fora da experiência os conceitos trabalham no vazio e, para demonstrar tais antinomias ou a impossibilidade de se chegar a uma resposta correta sobre o assunto, Immanuel Kant formula quatro teses e quatro antíteses¹⁵.

De acordo com Paul Ricoeur (2008, p. 40) é na análise da tese e da antítese do terceiro conflito das ideias transcendentais da antinomia da razão pura desenvolvido pela Dialética Transcendental, que se deve iniciar a busca pela noção de imputabilidade, tida por ele como o ancestral do conceito tradicional de responsabilidade civil. Nesse contexto, é a terceira tese assim enunciada: “A causalidade segundo as leis da natureza não é a única da qual podem ser derivados os fenômenos do mundo em seu conjunto. Para explicá-los, ainda é necessário assumir uma causalidade por meio da liberdade” (KANT, p. 377 B473 *apud*¹⁶ RICOEUR, 2008, p. 40). Já a antítese nos informa que “não há liberdade, e tudo no mundo ocorre segundo as leis da natureza” (KANT, p. 377 B473 *apud* RICOEUR, 2008, p. 40).

A formulação dessa antinomia kantiana evidencia a oposição entre duas espécies de causalidade: a causalidade livre, presente na tese; e a causalidade natural, presente na antítese. A prova da existência de uma causalidade livre surge com o argumento de que admitir a proposição segundo a qual toda causalidade só seria possível segundo as leis da natureza seria o mesmo que admitir a ausência de um começo absoluto, uma vez que “a causalidade das causas é ela própria algo acontecido que, por seu turno, pressupõe segundo as leis da natureza um estado anterior e sua causalidade, que novamente pressupõe outro estado anterior, e assim por diante” (KANT, 2013, p. 378 B474).

A contraposição à essa ideia surge com a noção de uma espontaneidade absoluta das causas que é conceituada por Immanuel Kant como “começar de si uma série de fenômenos que se desenrolam segundo leis naturais” (KANT, 2013, p. 379b, 474).

¹⁵ As posições constantes nas quatro teses são as posições típicas do racionalismo dogmático. Beneficiam a ética e a religião. São mais populares porque refletem as convicções da maioria e se revestem de maior interesse especulativo porque satisfazem mais as evidências da razão. As posições constantes nas quatro antíteses são as posições típicas do empirismo (REALE; ANTISERI, 2007, p. 352-375).

¹⁶ O uso da citação por *apud* foi objeto de crítica pela banca examinadora, mas neste caso se justifica em razão da complexa natureza filosófica do texto citado. O texto original de Kant foi objeto de consulta direta e consta nas referências bibliográficas deste trabalho. Entretanto, por meio do olhar singular de Ricoeur foi possível ter acesso a uma interpretação de Kant, cujo sentido, certamente, seria outro se a citação fosse feita diretamente na obra *Crítica da Razão Pura*. Ademais, sendo fiel à ideia de narrativa desenvolvida nesta dissertação, a tradição acadêmica de se desqualificar a citação por *apud* não se sustenta quando se tem em mente que, mesmo tendo acesso ao texto original, a interpretação de cada um é sempre um evento singular, sendo impossível apreender, por meio da interpretação, o sentido original pretendido pelo autor do texto.

É nesse ponto do pensamento kantiano que, segundo Paul Ricoeur (2008, p. 40), surge uma primeira noção de liberdade transcendental, ainda desvinculada da ideia moral de lei, mas já significando uma capacidade originária de iniciativa, uma capacidade de começar por si mesmo uma série de coisas ou estados sucessivos. E é justamente dessa capacidade originária de iniciativa que decorre a ideia de imputabilidade introduzida por Immanuel Kant na sua observação à terceira antinomia:

A ideia transcendental de liberdade na verdade está longe de formar o conteúdo integral do conceito psicológico desse substantivo, conceito em grande parte empírico; ela constitui apenas o conceito da espontaneidade absoluta da ação, como fundamento da imputabilidade dessa ação; mas nem por isso deixa de ser o verdadeiro tropeço da filosofia, que topa com dificuldades insuperáveis ao admitir essa espécie de causalidade incondicionada (KANT, p. 380b, 476, 477 *apud*¹⁷ RICOEUR, 2008, p. 40).

Contudo, para entendermos completamente como a noção de imputabilidade surgida na filosofia da consciência kantiana influenciou a formulação do conceito tradicional de responsabilidade civil, é preciso dar um passo adiante no pensamento do filósofo. A Dialética transcendental da Crítica da Razão Pura tem o objetivo de mostrar que quando a razão tenta ir além do mundo sensível, não é possível atribuir às ideias decorrentes dessa razão teórica especulativa um aspecto constitutivo formador de conhecimento. Contudo, o fato de tais ideias não serem constitutivas de um verdadeiro conhecimento não significa que elas devam ser tidas como inúteis. Cabe à razão prática dar a elas um uso regulativo, fazendo com que valham como esquemas para ordenar a vontade e a experiência humanas. Nesse sentido, é possível afirmar que “a razão do homem não se reduz à razão teórica especulativa” (CRUZ, 2011, p. 59), uma vez que “ao lado dela está a razão prática, ou seja, a razão capaz de determinar a vontade e a ação moral”. (CRUZ, 2011, p. 59)

De acordo com Paul Ricoeur (2008, p. 42) esse salto no pensamento kantiano que se deu com a Crítica da Razão Prática (1788)¹⁸ foi decisivo para introduzir a relação entre

¹⁷ Reitera-se aqui a nota anterior em relação ao uso da citação por *apud* foi objeto de crítica pela banca examinadora, mas neste caso se justifica em razão da complexa natureza filosófica do texto citado. O texto original de Kant foi objeto de consulta direta e consta nas referências bibliográficas deste trabalho. Entretanto, por meio do olhar singular de Ricoeur foi possível ter acesso a uma interpretação de Kant, cujo sentido, certamente, seria outro se a citação fosse feita diretamente na obra Crítica da Razão Pura. Ademais, sendo fiel à ideia de narrativa desenvolvida nesta dissertação, a tradição acadêmica de se desqualificar a citação por *apud* não se sustenta quando se tem em mente que, mesmo tendo acesso ao texto original, a interpretação de cada um é sempre um evento singular, sendo impossível apreender, por meio da interpretação, o sentido original pretendido pelo autor do texto.

¹⁸ Em que pese Paul Ricoeur (2008, p. 38-43) não fazer referência, é importante anotar, como o faz Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2011, p. 59), que da Crítica da Razão Pura, Kant passou a construir o espaço de ação da razão prática em seu livro Kant “Os Fundamentos da Metafísica dos Costumes” (1785).

liberdade e lei presente no conceito jurídico clássico de responsabilidade civil consistente no acoplamento entre a obrigação de agir em conformidade com a lei (primeira obrigação) e a obrigação de reparar o dano (segunda obrigação), caso haja a violação da primeira.

A Crítica da Razão Prática (1788) traz a noção da obrigação de agir em conformidade com a lei moral a partir do imperativo categórico. Imperativos categóricos são leis práticas que ordenam a ação do ser racional em si mesma, sem quaisquer condições, independentemente do efeito desejado (CRUZ, 2011, p. 62). Segundo Kant, a lei moral não pode ser subordinada ao conteúdo, sob pena de cairmos no utilitarismo. Dessa forma, a essência da moral é a adequação da vontade à norma da lei. A existência de uma lei moral se impõe à consciência como um fato da razão, uma vez que “com efeito, nós adquirimos consciência da liberdade justamente porque antes de tudo temos consciência do dever” (REALE; ANTISERI, 2007, p. 376). Portanto, de acordo com Kant, a liberdade pode ser entendida como a capacidade de se autodeterminar, de ter autonomia.

Nesse sentido, a tradição kantiana sustenta que é o livre arbítrio do homem que permite a ele ser ou não ser responsável pelos seus atos. O homem somente poderia ser responsável se antes fosse livre. É a liberdade que permite a pessoa se autogovernar, escolhendo entre fazer ou não fazer, ser ou não responsável. Tal visão constitui uma visão racionalista da humanidade guiada pela *Aufklärung* kantiana¹⁹.

É tendo por base esse conceito de autonomia presente no pensamento kantiano que Paul Ricoeur entende que o ancestral filosófico do conceito tradicional de responsabilidade civil é a imputação moral, definida por Immanuel Kant no livro *A Metafísica dos Costumes* (1797) como “juízo pelo qual alguém é considerado *Urheber* (causa libera) de uma ação (*Handlung*) que a partir de então se chama *Tat* (*factum*) e incide sob as leis” (RICOEUR, 2008, P.39). Pertinente nesse ponto é a citação sobre o conceito de “fato” para Immanuel Kant feita por Paul Ricoeur:

Fato [*Tat*] é uma ação, à medida que é considerada sob as leis da obrigação, portanto à medida que o sujeito nesta é considerado do ponto de vista da liberdade de seu arbítrio. Por tal ato o agente é considerado o autor [*Urheber*] do efeito [*Wirkung*] e aquele, assim como a própria ação, pode ser-lhe imputado caso se tenha conhecimento prévio da lei em virtude da qual pesa uma obrigação sobre cada uma dessas coisas...Pessoa é esse sujeito cujas ações são passíveis de imputação. Coisa é o que não é passível de imputação alguma (RICOEUR, 2008, p. 39 *apud* KANT,

¹⁹ A *Aufklärung* kantiana pressupõe sempre um homem capaz de fazer escolhas racionais. Conforme observa Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2011, p. 138), à essa visão racionalista se opõe o pensamento pós-estruturalista de Emmanuel Lévinas, segundo o qual “ninguém é livre se antes não for capaz de ser responsável, de assumir a responsabilidade de ser livre, de se autogovernar. É a responsabilidade que permite que o homem seja livre!”.

Doctrine du droit, "Introduction générale", trad. Fr. A. Philomenko, Paris, Éd. Vrin, 1971, pp. 97-98).

Dessa forma, segundo Paul Ricoeur, diversamente do que a doutrina tradicional propõe, seria mais adequado iniciar a explicação do conceito tradicional de responsabilidade civil pelo verbo *imputar* e não pelo verbo *responder*. De fato, ser responsável é estar pronto a responder. No entanto, essa aptidão para responder, possui um estágio anterior que é a aptidão para se autogovernar, uma vez que, como visto, no pensamento racionalista kantiano, é o livre arbítrio do homem que permite a ele ser ou não ser responsável pelos seus atos.

Essa incursão no pensamento de Immanuel Kant, feita em síntese suficiente para o objetivo do presente trabalho, nos permite entender como o Direito absorveu, na formulação do conceito jurídico tradicional de responsabilidade civil exposto no tópico anterior, a noção de responsabilidade ligada à moral autônômica baseada na relação clássica de causa e efeito, e, conseqüentemente, nos permite também perceber como o conceito jurídico de responsabilidade tradicionalmente sempre foi centrado no autor da ação e nos efeitos dessa ação no mundo, impondo a aplicação de sanção à conduta contrária ao direito.

Entretanto, conforme informa Paul Ricoeur (2008, p. 54), no plano jurídico, o conceito de responsabilidade civil tem passado por uma reestruturação representada pela ampliação do seu foco de atenção, que já não se reduz ao autor da ação e seus efeitos, mas se estende àquele que a sofre. A responsabilidade civil, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima, e, nesse movimento, a ideia de imputação cedeu espaço para as ideias de solidariedade e risco.

2.2 A reestruturação contemporânea da responsabilidade civil: um discurso voltado para a dimensão ética da solidariedade social e da tutela do interesse público ligado à dignidade da pessoa humana

Este tópico tem por objetivo expor como a doutrina descreve o processo de reestruturação do conceito de responsabilidade civil, tanto no direito privado, como no direito público. Especificamente em relação à responsabilidade civil da Administração Pública, tema objeto da nossa pesquisa, tal empreitada tem como objetivo maior mostrar que tal processo de reestruturação, ainda em curso, pode buscar no campo filosófico uma contribuição para que o art. 37, §6º da CF/88 de fato consiga extrapolar o âmbito exclusivo da reparação, e alcançar uma dimensão ética, consistente no reconhecimento do cidadão, ao qual o sistema da

responsabilidade pública se destina, como um *sujeito real de direito* e não apenas como um sujeito formal de direito.

2.2.1 A reestruturação da responsabilidade no direito civil

Em termos gerais, no Brasil, o percurso dessa reestruturação contemporânea da responsabilidade civil tem como ponto de partida o “singelo sistema de responsabilidade”²⁰ do Código Civil de 1916, centrado na plena autonomia da vontade. Sob inspiração da herança kantiana de imputação moral como conceito fundador da responsabilidade civil, o art. 159 da codificação de 1916²¹ deixava claro que ser responsável pressupunha ser culpado e que o prejuízo deveria ser ressarcido com a reposição do patrimônio lesado: “O sistema de culpa provada, estabelecido como cláusula geral no art. 159 do Código Civil de 1916, traduzia com fidelidade o ideário liberalista do século XX. Livre, o homem é responsável e a culpa o corolário da liberdade” (CAVALIERI FILHO, 2015, p.5).

Segundo aponta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2008, p. 804), ao longo do século XX, os debates havidos na literatura jurídica e na jurisprudência brasileiras fizeram emergir um sistema de responsabilidade civil centrado na necessidade de socialização dos riscos, que alterou significativamente a maneira de tratar a responsabilidade civil. A passagem da responsabilidade estruturada sobre a culpa para o risco é atribuída basicamente a três fatores que geraram um duplo fenômeno na responsabilidade civil: a objetivação da conduta e a coletivização do dano.

O primeiro fator decorre das consequências da Revolução Industrial geradas a partir da segunda metade do século XIX. A Revolução Industrial, acompanhada do desenvolvimento científico e tecnológico, impulsionou uma modificação na organização do Estado consistente em uma ampliação da atividade estatal com o objetivo de garantir o acesso de todos os cidadãos aos bens e serviços necessários a uma vida digna. Ao lado disso, a massificação da

²⁰ Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 2-6) o sistema brasileiro de responsabilidade civil é marcado pela transição de um sistema singelo, extremamente simples, que se resumia ao art. 159 do Código Civil de 1916, que consagrava a responsabilidade subjetiva e com culpa provada, a um sistema complexo que passou a ter grandes áreas de incidência disciplinadas na própria Constituição de 1988, como por exemplo, o art. 225, §3º (responsabilidade por danos ao meio ambiente), o art. 21, inciso XXIII, alínea “c” (responsabilidade por dano nuclear). Em sentido semelhante, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2008, p. 801) afirma a prevalência da responsabilidade subjetiva no Código Civil de 1916, mas ressalva que isso não impediu que o legislador tivesse adotado, em passagens esparsas, a responsabilidade objetiva.

²¹ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (BRASIL, 1916).

produção e da distribuição ampliou o consumo e fez surgir o dano em série, dano em massa e dano coletivo. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 3-4),

Outro fator ocorrido paralelamente foi o impacto causado pela Segunda Guerra Mundial na sociedade e na forma de atuação do Estado, que foi instado a intervir em determinados setores da economia de mercado para combater abusos, preservar a justiça social e o bem estar dos cidadãos. Dessa atuação surgiu, notadamente a partir da década de 1960, o ideário de uma sociedade solidária.

O fortalecimento da sociedade solidária que se volta para a busca de uma sociedade mais justa e feliz é visto como uma resposta à insegurança gerada pelo processo de expansão científica e tecnológica que multiplicaram os riscos potencialmente causadores de danos na sociedade contemporânea (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 4-5). Teresa Ancona Lopez (2010, p. 1231) destaca que a responsabilidade fundada no risco não tem um fundamento somente econômico, mas também ético, que se resume no princípio da solidariedade surgido no último pós-guerra nas Constituições europeias, e também na CF/88 que elencou a solidariedade social como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso I).

Pela doutrina da “socialização dos riscos” o risco se coletiviza e a responsabilidade se socializa, uma vez que os riscos criados não se consideram mais simples riscos individuais, revestindo-se de um caráter social²². Sobre a influência decisiva do princípio da solidariedade na reestruturação da responsabilidade civil, Cristiano Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto destacam

O princípio da solidariedade penetra decisivamente no direito de danos para promover um giro copernicano na matéria. Talvez o mais significativo em termos de solidariedade seja a passagem de um estado de responsabilidade para outro de *corresponsabilidade*, no qual todos atuem conjuntamente para a obtenção de certo resultado, estipulando consensos mínimos para rechaçar aquilo que é intolerável. Assim, o foco da responsabilidade civil é deslocado da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido. Ao invés de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando-se a moral de sua conduta –, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos, mesmo que este não tenha violado um dever de conduta (teoria objetiva), mas simplesmente pela potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar (v. g. preposição, titularidade de direitos, confiança etc.) (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 17).

Visando evitar ou amenizar a possibilidade dos novos riscos a responsabilidade civil passa a ser orientada pela ideia de prevenção e precaução, que são erigidas à princípios orientadores do instituto. O princípio da prevenção vai ser aplicado quando o risco de dano é

²² Lembra a autora que essa nova realidade produtora de danos, chamada de sociedade de riscos, teve o seu termo cunhado por Ulrich Beck em 1986 que publicou a obra “Sociedade de Risco” (Risikogesellschaft).

concreto e real. Já o princípio da precaução é aplicado quando se está diante de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos. (LOPEZ, 2010, p. 1226). Tais princípios orientam a passagem de um sistema de responsabilidade civil repressivo para um sistema preventivo, preocupado em anteceder à ocorrência do dano.

Um terceiro fator é citado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e consiste na constatação de que, concomitantemente à multiplicação das atividades de riscos, o homem teria passado a aceitar, com menos resignação, a ocorrência de danos advindos do azar ou de golpes do destino e, em razão disso, passou a exigir a reparação de todo o dano sofrido, “sempre à face de uma apreciação cada vez mais intensa da valorização da pessoa humana” (HIRONAKA, 2008, p.812).

A passagem da responsabilidade estruturada sobre culpa para o risco que gerou a objetivação da conduta e fez surgir a noção de coletivização do dano se deu de forma lenta e gradual, mas a doutrina civilista brasileira destaca alguns marcos legais dessa transição. Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 5 -6) aponta que a CF/88 foi a responsável por um “grande passo na revolução da responsabilidade civil”. Primeiramente por pacificar a indenização pelo dano moral (art. 5º, incisos V e X). Em segundo lugar por ter o art. 37, §6º da CF/88 estendido a responsabilidade objetiva a todos os prestadores de serviços públicos, o que alargou consideravelmente o campo de incidência da responsabilidade objetiva.

Destaca o mesmo autor que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) também teve grande relevância na reestruturação da responsabilidade civil por, de um modo geral, transferir os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor. O cerne da reestruturação da responsabilidade civil, todavia, é apontado como a introdução das cláusulas gerais de responsabilidade objetiva pelo Código Civil de 2002 que fixou o dever de indenizar por atribuição objetiva como sistema geral e não de forma pontual, como ocorria na codificação de 1916.

Com a ressalva de que a responsabilidade subjetiva²³ de maneira alguma foi abandonada pela nova codificação, podem ser identificadas no Código Civil de 2002 três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva. A primeira é extraída da conjugação do art. 927 com o art. 187 e prevê que aquele que, no exercício de qualquer direito subjetivo, exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e causar dano a outrem, é obrigado a indenizar independentemente de culpa.

²³ Importante ressaltar que a responsabilidade subjetiva baseada na culpa não foi abandonada e continua consagrada na Parte Geral do CC/2002 no art. 186 que trata dos atos ilícitos, repetindo-se no art. 927 que faz referência ao art. 186.

A segunda cláusula geral está prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que prevê o dever de indenizar independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, elevado risco para o direito de outrem. Por fim, a terceira cláusula é identificada como sendo o art. 931 do Código Civil, que trata da responsabilidade objetiva dos empresários individuais e empresas pelos produtos postos em circulação, mesmo quando não houver relação de consumo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 7-8).

De uma maneira geral, os novos plexos ou paradigmas da responsabilidade civil trazidos pelo Código Civil de 2002 foram assim sintetizados por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2008, p. 804): a) reparação do dano causado por culpa do agente, ou independentemente de sua culpa (art. 927 do CC/2002; b) reparação do dano moral (art. 186 do CC/2002) e c) repressão ao abuso de direito (art. 187 do CC/2002).

2.2.2 A reestruturação da responsabilidade no direito administrativo

Assim como no direito civil é possível afirmar que a reestruturação do conceito de responsabilidade civil no âmbito do direito administrativo tem como foco a releitura da responsabilidade à luz do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, inciso I da CF/88) e da vinculação da Administração Pública ao interesse público ligado à tutela da dignidade humana (art. 1º, inciso III da CF/88).

O reconhecimento da responsabilidade civil da Administração Pública, posteriormente ao período inicial de irresponsabilidade, que muitos autores dizem não ter existido no Brasil²⁴, passou por uma fase na qual vigorou o regime da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, por influência das teorias civilistas. Segundo afirma Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 103), tais teorias, dentre as quais citamos a teoria da culpa administrativa, teoria da culpa anônima e teoria da culpa do serviço, apesar das denominações diversas, dizem basicamente que, para a configuração da responsabilidade civil da Administração Pública, a prova da culpa do agente público não é necessária, mas a prova de que o serviço prestado pelo Estado falhou é essencial. A vítima do dano não precisa provar a culpa do agente individualizado, mas precisa provar a culpa do serviço (o serviço não funcionou, funcionou mal ou atrasado).

²⁴ A doutrina majoritária sustenta que o Brasil não experimentou a fase da irresponsabilidade, visto que a jurisprudência brasileira, mesmo quando inexistente norma positivada reconhecendo expressamente a responsabilidade do Estado, já a reconhecia (MELLO, 2015, p. 1054-1055; FARIA, 2014, p.15).

Ainda segundo o mesmo autor, se no passado tais teorias gozavam de alguma importância, hoje não possuem mais nenhuma relevância, pois a culpa não está entre os pressupostos do dever estatal de indenizar que se restringem à ação ou omissão, onexo causal e o dano. Apesar de concordamos com a insinuação de que tais teorias pouco contribuem para o estudo atual do tema, discordamos quanto à afirmação de que elas hoje não gozam de relevância. Mesmo partindo do pressuposto de que tais teorias se encontram relativamente superadas, a doutrina administrativista ainda insiste em dedicar-se ao seu desenvolvimento, dando a ele uma posição de destaque, ponto que será mais detidamente abordado no quarto capítulo.

Voltando à trilha da reestruturação do conceito de responsabilidade civil da Administração Pública, temos que a superação das teorias civilistas se deu pelo desenvolvimento da teoria do risco, da qual decorre a responsabilidade objetiva da Administração Pública prevista no art. 37, §6º da CF/88²⁵. Segundo afirma Irene Patrícia Nohara (2016, p. 823) tal teoria é assim denominada em razão de a atividade estatal envolver constante risco de dano, aliado ao fato de que a formação do erário se dá de forma coletiva, por meio do pagamento de tributos. Assim, “existe a formação de um patrimônio coletivo que, tal qual um seguro, deve também servir para indenizar aqueles que sofreram isoladamente a ação danosa do Estado, dentro da ideia de solidariedade social, por meio da repartição de encargos”²⁶.

Para a maioria da doutrina o desenvolvimento da teoria do risco como decorrência da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública encerra a chamada evolução histórica do instituto (MELLO, 2015, p. 1029-1035, CARVALHO FILHO, 2016, p. 580-582; DI PIETRO, 2015, p. 785-811). Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 84), entretanto, identifica, uma “quarta e nova fase: O Estado como garantidor dos direitos fundamentais”.

Tal fase, segundo o autor, surgida nesta segunda década do século XXI, é caracterizada pela necessidade de o Estado assumir uma postura ativa no sentido de resguardar o cidadão de quaisquer agressões aos seus direitos fundamentais. Dessa forma, citando Helena Elias Pinto e Daniel Sarmento, o referido autor aponta que não basta uma

²⁵ No Brasil, cabe lembrar que a responsabilidade da Administração Pública é objetiva desde 1946, conforme o art. 194 do texto constitucional da época que trazia no *caput* a previsão de que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causar a terceiros” e no parágrafo único cuidava de ressaltar a possibilidade de ação regressiva em face do agente público causador do dano, baseada na comprovação do seu dolo ou culpa, com igual sentido à atual previsão constitucional do art. 37, §6º. Cabe também registrar que os juristas franceses, Louis Josserand e Raymond Saleilles, são apontados como os principais precursores da construção da teoria do risco adotada no direito brasileiro. (ESTEVES, 2003, p. 31; CAVALIERI FILHO, 2015, p. 5).

²⁶ Os desdobramentos da teoria do risco serão tratados no quarto capítulo.

postura abstencionista do Estado de não causar danos, é preciso reconhecer que a responsabilidade civil passa a ter um sentido instrumental de tutela e garantia dos direitos fundamentais e uma finalidade ética, de solidariedade e justiça social (BRAGA NETTO, 2015, p. 87).

Três valores marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil da Administração Pública: *primazia do interesse da vítima, solidariedade social e princípio da proteção*. Assim como no direito privado, a *colocação da vítima no centro dos estudos desenvolvidos sobre responsabilidade civil* é a tônica dos estudos que vêm sendo feitos também sobre responsabilidade civil da Administração Pública. Odete Medauar, citada por Alice Gonzalez Borges (2006, p. 20), observa que existe um nítido caminho da responsabilidade estatal, sempre em prol da vítima e que não pode haver retrocessos nisso. No campo exclusivo da responsabilidade pública, decorre desta primazia do interesse da vítima o que vem sendo identificado como “*princípio da vulnerabilidade do cidadão*”, assim enunciado: “o cidadão está, frente ao Estado, em posição de vulnerabilidade, razão pela qual deve ser levado em conta essa situação real de desnível” (BRAGA NETTO, 2015, p.66).

A *solidariedade social* relaciona-se com a responsabilidade civil da Administração Pública, na medida em que o pagamento de indenização pelo Estado a uma vítima faz com que toda a sociedade partilhe desse dano sofrido individualmente por alguém. Os riscos inerentes à atividade estatal devem ser repartidos por toda a coletividade (BRAGA NETTO, 2015, p. 62).

O *princípio da proteção* corresponde à função preventiva da responsabilidade civil transformada em dever de agir do Estado. Ao invés de agir exclusivamente pela via da indenização, o Estado, por meio dos seus agentes, tem a contínua tarefa de evitar o dano. Para tanto, o Estado deve fundamentar suas ações e omissões a fim de seja possível verificar a sua adequação ao interesse público (BRAGA NETTO, 2015, p. 63-64).

Muitos outros princípios, já reconhecidamente tidos como existentes no ordenamento jurídico, vêm sendo sistematizados pela doutrina administrativista como aplicáveis à relação entre Estado e cidadão no campo da responsabilidade pública, tais como: *princípio da informação*, segundo o qual a ausência de informação por parte do Estado (Lei n. 12. 527/11), quando geradora de dano, pode dar lugar à indenização; *princípio da segurança*, que enuncia que o Estado deve responder por eventual falha no seu dever constitucional de prestar segurança aos cidadãos; *princípio da reparação objetiva e integral*, pelo qual o Estado deve responder não só objetivamente, mas de modo integral, no sentido de repor a vítima à situação anterior mediante uma indenização fixada na proporção do dano; *princípio do venire contra*

factum proprium, segundo o qual o Estado deve ser responsabilizado por eventuais danos decorrentes da adoção de uma postura contraditória, que tenha causado surpresa e perplexidade ao cidadão²⁷ (BRAGA NETTO, p. 66-67).

Juarez Freitas (2009, p. 64-80) defende que a responsabilidade civil da Administração Pública deve ser reestruturada a partir do chamado *direito fundamental à boa administração pública*²⁸. Segundo o autor, o direito fundamental à boa administração pública, revela-se implicitamente no texto constitucional, abrigoando uma diversidade de outros direitos, dentre os quais se destacam *i*) o direito à administração pública transparente, dialógica, e imparcial *ii*) o direito à administração pública proba e respeitadora da juridicidade *iii*) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz e não apenas eficiente e *iv*) o direito à administração pública plenamente responsável pelas suas condutas omissivas e comissivas.

O Estado que tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III da CF/88) e que visa à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I da CF/88), bem como que consagra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais oponíveis perante o poder público (art. 5º, §1º da CF/88), precisa direcionar a função administrativa para a concretização de *escolhas públicas legítimas*. Diante disso, afirma o autor que “a doutrina da responsabilidade do Estado precisa ser equacionada para, a um só tempo, incentivar o cumprimento dos deveres prestacionais e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas” (FREITAS, 2006, p. 170).

Nesse contexto, no intuito de melhor concretizar o direito fundamental à boa administração pública, o autor propõe a partir da proporcionalidade, a “responsabilidade proporcional e objetiva (não integral) do Estado” (FREITAS, 2006, p. 170). Sem prejuízo das excludentes trazidas pela Administração Pública, a sua plena responsabilização depende do reconhecimento de que, assim como as condutas comissivas, a omissão estatal também se sujeita à responsabilidade objetiva. A Administração Pública precisa assimilar a proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e de inoperância.

A aferição da responsabilidade da Administração Pública pelas condutas lesivas deve se dar a partir do teste tríplice de proporcionalidade, no qual devem ser verificados: *i*) a

²⁷ Um exemplo de aplicação deste princípio seria a hipótese de um Município alienar um imóvel de sua propriedade a um particular e, *a posteriori*, promover a anulação da alienação sob o argumento de que o imóvel integra área de preservação ambiental.

²⁸ A jusfundamentação da boa administração pública formalizada pelo art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Conselho de Nice, em 10 de dezembro de 2000, fez com que a doutrina brasileira passasse a investigar se existe no sistema jurídico brasileiro um correspondente direito fundamental à boa administração. Exemplificativamente, além de Juarez Freitas, dedicou-se ao tema Vanice Regina Lírio do Valle (2011).

adequação entre meios escolhidos pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo. A medida implementada pelo poder público precisa ser não apenas conforme aos fins almejados, mas também apta a realiza-los; *ii*) a necessidade de se justificar a inafastabilidade dos meios mobilizados pelo poder público, pois quando há muitas alternativas o Estado deve optar em favor daquela que afetar o menos possível os interesses e liberdades em jogo; *iii*) a cláusula da proporcionalidade em sentido estrito a qual decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, mas desproporcionais em relação ao custo/benefício. A reprovação neste teste, independentemente de a conduta ser comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, gera o dever de indenizar (FREITAS, 2009, p. 70).

2.2.3 Análise do discurso de reestruturação da responsabilidade civil: em busca da dimensão ética da responsabilidade pública

Até o momento vimos que o conceito de responsabilidade civil foi reestruturado a partir da passagem da responsabilidade fundada na culpa para o risco, o que gerou a objetivação da conduta e fez surgir a noção de coletivização do dano e de socialização dos riscos. Nesse contexto, a dimensão ética da responsabilidade civil pode ser identificada como a necessidade de se ter a responsabilidade civil como um instrumento de concretização dos princípios da solidariedade e da dignidade humana e não somente como um meio exclusivo de reparação econômica do dano. Para tanto, é grande a aposta, tanto no direito civil, como no direito administrativo, de que a imputação objetiva da responsabilidade é o que atende de forma mais eficiente a dimensão ética do instituto.

No direito civil, fala-se na passagem de um estado de responsabilidade para outro de corresponsabilidade, ou de responsabilidade compartilhada, no qual todos os indivíduos devem atuar conjuntamente para evitar danos considerados intoleráveis. O foco desloca-se da sanção ao causador do dano para a proteção à vítima. A obrigação de reparação dissocia-se da violação de um dever jurídico, pois o dever de reparação passa a ser admitido pela simples potencialidade de risco.

No direito administrativo, pela doutrina analisada, a dimensão ética da responsabilidade pode ser identificada em dois pontos. Primeiro, na necessidade de o Estado sempre conduzir sua atuação de modo a resguardar o cidadão de quaisquer agressões aos seus direitos fundamentais. Segundo, no fato de que os riscos inerentes à atividade estatal devem ser repartidos por toda a coletividade, na medida em que o pagamento de indenização pelo Estado a uma vítima faz com que toda a sociedade partilhe de um dano sofrido individualmente por um cidadão.

Contudo, é preciso refletirmos sobre a suficiência da enunciação dessa dimensão ética que guiou a reestruturação do conceito de responsabilidade civil no âmbito do direito administrativo, já que nele reside o nosso objeto de pesquisa. Para tanto, nos valem de Paul Ricoeur (2008) que, guiado por tal preocupação, ao analisar o conceito jurídico de responsabilidade, questiona se essa tendência de objetivação não corre o risco de surtir um efeito contrário, redundando na total desresponsabilização da ação:

Toda história contemporânea daquilo que se chama direito da responsabilidade, no sentido técnico do termo, tende a abrir espaço para a ideia de responsabilidade sem culpa, sob a pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da ideia da culpa. É como se a despenalização da responsabilidade civil também devesse implicar sua inteira desculpabilização. Mas essa operação pode ser consumada? A questão realmente consiste em saber se a substituição da ideia de culpa pela ideia de risco não redundará, paradoxalmente, na total desresponsabilização da ação (RICOEUR, 2008, p. 49).

A resposta a tal questionamento não é dada de forma objetiva. O filósofo analisa a questão apontando alguns paradoxos²⁹ existentes no discurso que propõe a renovação da responsabilidade pela gestão socializada do risco (RICOEUR, 2008, p. 50-51). Um desses paradoxos, de uma maneira geral, abrange todos os outros. Trata-se da crítica que o filósofo faz no sentido de que o discurso da solidariedade, invocado para sustentar uma responsabilidade civil reestruturada na contemporaneidade está prestes a ser desalojado de sua posição ética, pois a proteção contra o risco se orienta muito mais para a procura de segurança jurídica, do que para a afirmação da solidariedade, entendida como o reconhecimento do *outro*.

Interessante também é a observação feita por Paul Ricoeur (2008, p. 53) no sentido de que as transformações pelas quais tem passado o conceito de responsabilidade não se restringem ao plano jurídico, uma vez que, no campo filosófico, é possível identificar uma verdadeira “evolução fervilhante da ideia moral de responsabilidade”. Sem a pretensão de traçar um paralelo direto entre as transformações do conceito jurídico e moral de responsabilidade, e, muito menos sem afirmar que as mudanças ocorridas num plano foram determinantes para as ocorridas no outro, Paul Ricoeur (2008, p. 52) sugere que a

²⁹ São os paradoxos: a) considerando que nos processos que dão ensejo a indenizações, o que está em jogo são principalmente relações contratuais, a suspeição e a desconfiança alimentadas pela caça ao responsável tendem a corromper o cabedal de confiança no qual se alicerçam todos os sistemas fiduciários subjacentes às relações contratuais; b) se a vitimização é aleatória, sua origem também tende a tornar-se aleatória, em virtude do cálculo da probabilidade que situa todas as ocorrências sob o signo do acaso. (Foi por falta de sorte!) Assim, desconectada de uma problemática da decisão, a própria ação acaba situada sob o signo da fatalidade, que é o exato oposto da responsabilidade. Fatalidade é ninguém; responsabilidade é alguém; c) numa sociedade que só fala em solidariedade, com a preocupação de fortalecer uma filosofia do risco, a procura vingativa do responsável equivale a uma reculpabilização dos autores de danos (RICOEUR, 2008, p. 51).

reestruturação do discurso contemporâneo do conceito jurídico de responsabilidade pode estar associada ao deslocamento do objeto da responsabilidade no plano moral.

A noção de imputação moral kantiana, baseada numa moral autonômica, que influenciou a formação do conceito clássico de responsabilidade civil, aos poucos tem cedido lugar à noção de responsabilidade como uma obrigação de fazer que extrapola o âmbito da reparação, relacionada com a promoção da relação de alteridade. Como representante deste deslocamento de sentido no campo filosófico, Paul Ricoeur cita Emanuel Levinás³⁰ e sua consideração de que a injunção moral procede de outrem e não do foro íntimo. Como fonte de moralidade o *outro* torna-se objeto de cuidado. A liberdade não determina a responsabilidade, mas é a responsabilidade ética que possibilita ao homem ser livre. Isso possibilita, de acordo com Paul Ricoeur, uma inversão no campo jurídico, segundo a qual “alguém se torna responsável pelo dano porque, de início, é responsável por outrem” (RICOEUR, 2008, p. 54).

Paul Ricoeur (2008, p. 54-55) cita ainda Hans Jonas como o responsável por ampliar o alcance do conceito moral de responsabilidade que, além de ser dirigida ao *outro* vulnerável, refere-se também a “vulnerabilidade futura do homem e do seu meio ambiente que se torna ponto focal do cuidado responsável”. A partir do pensamento de Hans Jonas, questionar até onde se estende no espaço e no tempo a responsabilidade por nossos atos, torna-se extremamente relevante quando esses efeitos são vistos como danos que afetam outros seres humanos. Quanto mais longe forem os poderes exercidos pelos seres humanos, mais longe irá a capacidade de gerar danos e também mais longe irá a responsabilidade pelos danos causados.

Dessa forma, calcado em Hans Jonas, Paul Ricoeur (2008, p. 56) aponta uma outra inversão no campo jurídico em relação à responsabilidade: a orientação retrospectiva que a ideia moral de responsabilidade tinha em comum com a ideia jurídica vem sendo substituída por uma orientação prospectiva. No pensamento kantiano é possível identificar uma certa contemporaneidade entre o agente causador do dano e a vítima, razão pela qual imperava a “orientação em virtude da qual somos responsáveis eminentemente pelo que *fizemos*” (RICOEUR, 2008, p. 56). No pensamento de Hans Jonas é possível identificar uma preocupação com a ideia de prevenção dos danos futuros, que nos impõe agir de modo tal que continue havendo seres humanos depois de nós. Nesse sentido, a ideia de prevenção se soma à ideia de reparação dos danos já cometidos.

³⁰ Sobre Emanuel Levinás e a promoção da alteridade no direito: CRUZ, 2011, p. 138 e CRUZ, 2015, 24-28.

Acreditamos que a promoção da alteridade no campo jurídico de fato pode contribuir para a compreensão, e para a abertura de sentidos acerca do fenômeno jurídico da responsabilidade civil da Administração Pública, e, assim, realizar o que aqui estamos chamando de refundação do instituto: a necessidade de expandir o sentido de solidariedade, identificado como a dimensão ética da responsabilidade civil da Administração Pública para o reconhecimento do cidadão como um *sujeito real de direito*.

Sem desconsiderar os avanços pelos quais passou o instituto no último século, notadamente com relação à superação da dificuldade de se comprovar a responsabilidade baseada na culpa, acreditamos que, enquanto o debate doutrinário volta-se para a sistematização dos princípios regentes, e para a delimitação dos critérios de configuração da responsabilidade, o cidadão ainda encontra-se esquecido diante da ausência de um efetivo e verdadeiro comprometimento da Administração Pública com a sua responsabilidade. Ao nosso ver, a razão de existência da responsabilidade civil da Administração Pública ainda se encontra justificada, muito mais na necessidade de legitimar o Estado de Direito, do que em uma verdadeira preocupação ética com o cidadão.

Dessa forma, passaremos agora a expor os fundamentos que tradicionalmente sustentam o sistema de responsabilidade estatal, para, em seguida, apresentarmos uma proposta de refundação do instituto a partir da noção de *sujeito real de direito* extraída do pensamento de Paul Ricoeur.

2.3 Os fundamentos tradicionais da responsabilidade civil da Administração Pública: uma visão comparada ao fundamento geral da responsabilidade civil

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.1035) alerta que não se pode confundir os fundamentos da responsabilidade do Estado com as suas condições deflagradoras, pois essas equivalem aos pressupostos, ou também chamados elementos da responsabilização estatal, que são os requisitos extraídos do texto normativo do art. 37, parágrafo 6º da CF/88, a saber: as pessoas responsáveis; as atividades estatais e serviços públicos prestados por pessoas privadas; a presença do dano; e o nexó de causalidade entre a atividade estatal e o dano.

Ao expor os fundamentos da responsabilidade estatal, a doutrina administrativista parte da noção basilar de que no paradigma³¹ do Estado de Direito, a responsabilidade civil

³¹Entende-se por paradigma a maneira pela qual se passa a ver e a interpretar a forma de atuação do Estado. Podem ser destacados três paradigmas distintos de Estado: Estado de Direito ou Constitucional, com suas variantes de Estado Liberal e Estado Social e paradigma do Estado Democrático de Direito. Importante registrar

estatal constitui um instrumento de legitimação da ordem jurídica, pois um dos elementos³² que define o Estado como Estado de Direito é justamente aquele que impõe a submissão do aparato estatal ao direito. Sendo esse o ponto de partida, a exposição do tema da responsabilidade civil estatal nos manuais de direito administrativo se estrutura a partir da concepção de que a responsabilidade civil do Estado é uma consequência lógica e inevitável do Estado de Direito:

Parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro. Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito (MELLO, 2015, p. 1027).

A noção tradicional de responsabilidade estatal está intimamente ligada ao conceito de estabilidade e segurança da ordem social, que se configura a partir de normas jurídicas que foram criadas com a pretensão de racionalizar os conflitos que se produzem na sociedade.

Nesse contexto do paradigma do Estado de Direito, é inconcebível a ideia de que o Estado, organização justamente criada para zelar por essa ordem, não seja responsável pelos seus atos, pois isso desnaturizaria o próprio Estado de Direito³³.

A visão de que a responsabilidade civil estatal é pressuposto de um regime institucionalizado é evidenciada também por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao associá-la ao paradigma republicano, valendo-se de um raciocínio estritamente lógico formal segundo o

que tais paradigmas não podem ser vistos de forma estanque e isolada, pois diante da ausência de linearidade da história e dos acontecimentos da vida, um paradigma se sobrepõe ao outro. Registre-se, ainda, que a concepção de paradigma aqui adotada é a desenvolvida por Thomas Kuhn, segundo o qual paradigma deve ser entendido como um conjunto de realizações científicas universalmente reconhecidas compartilhadas pela comunidade científica. (CRUZ, DUARTE, 2013, p. 112)

³² Luiz Fernando Coelho (2011, p. 93) alerta que Estado Democrático de Direito é também Estado de Direito e tal paradigma conota noções de sociedade democrática, governo obediente às suas próprias leis, exercício do poder político segundo os parâmetros constitucionais e participação do povo nas decisões políticas. Alerta, entretanto, que a expressão Estado Democrático de Direito é também equívoca, o que leva à possibilidade de sua utilização “para simples proclamação formal de direitos ou para assegurar privilégios de minorias mais favorecidas”.

³³ Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho se vale de uma citação de César Chavez, que expõe com clareza a relação umbilical entre Estado de Direito e responsabilidade civil do Estado: "El deber de reparar es consustancial al Estado de Derecho. Es que la noción de 'responsabilidad' se encuentra intimamente ligada al concepto de orden social. Y si este orden se configura a partir de normas jurídicas que racionalizan los conflictos que necesariamente se producen en el seno de una sociedad, la sola idea de que el sujeto que debe velar por ese orden no sea responsable de sus actos, desnaturaliza tal concepción. Es que el derecho, en última instancia, puede consentir inimputables, pero no irresponsables.". Em tradução livre: “O dever de reparar é consubstancial ao Estado de Direito. A noção de responsabilidade está intimamente ligada ao conceito de ordem social. Se esta ordem social se configura a partir de normas jurídicas que racionalizam os conflitos que necessariamente se produzem no seio da uma sociedade, a ideia de que o sujeito que deva zelar por essa ordem não seja responsável pelos seus atos desnaturiza essa concepção. E isso porque o direito, em última instância, pode consentir inimputáveis, mas não irresponsáveis” (BACELLAR FILHO, 2006, p. 297).

qual se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável.

“[...] a ideia de República (*res publica* – coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, “onde não há sujeitos fora do Direito”. Procede inteiramente a ilação que daí extrai: se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável (MELLO, 2015, p. 1028).

Essa construção lógica sob a qual se estrutura o estudo tradicional da responsabilidade civil estatal, e que se apresenta como justificativa para a sua existência, é identificada como seu fundamento ideológico. Em que pese o desenvolvimento da doutrina tradicional da responsabilidade estatal ter sofrido grande influxo das soluções jurisprudenciais e dos estudos doutrinários produzidos na França³⁴, o desenvolvimento do fundamento ideológico da responsabilidade estatal é atribuído à doutrina alemã com as suas construções teóricas sobre a personalidade jurídica do Estado e sobre a teoria do Estado de direito, que submete o Estado à lei constitucional, vincula-o ao reconhecimento de certos direitos fundamentais dos indivíduos e permite a esses a defesa contra eventuais excessos do poder estatal (BRÊTAS, 2004, p. 34 – 35).

Ao lado do fundamento ideológico, o arcabouço teórico que lastreia o desenvolvimento da responsabilidade civil estatal busca seus fundamentos fáticos no apelo à justiça social. Firma-se no fato de que a crescente presença e amplitude das ações do Estado nas relações em sociedade se dá de forma imperativa e gera, potencialmente, riscos mais intensos do que os produzidos na esfera privada. Diante disso, se o Estado é tido como o garantidor do bem comum, não há como admitir que um cidadão lesado por uma ação sua, fique desamparado. Sustenta-se, dessa forma, que caberá à coletividade, destinatária dos bônus da atuação estatal, assumir o ônus de ressarcir o cidadão individualmente lesado.

Tal argumento leva à submissão do Estado ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, arrolado também como fundamento da responsabilidade estatal, tendo em vista a distribuição dos encargos públicos entre os cidadãos e a consequente repartição dos prejuízos e danos decorrentes de indenizações pagas pelo Estado (CARVALHO FILHO, 2016, p. 582-583). Nesse sentido, Alice Gonzalez Borges, citando Canotilho, assim resume o princípio da igualdade como fundamento da responsabilidade civil estatal:

³⁴ Tal aspecto será abordado no capítulo 4 do presente trabalho.

O princípio da igualdade na distribuição dos encargos públicos entre os cidadãos, e, conseqüentemente na repartição dos prejuízos e danos causados entre todos os demais, na forma da indenização pelo Estado, que é, afinal, uma soma de contribuintes. Esse princípio geral, em resumo, é assim enunciado por Canotilho:

a1) Os encargos públicos (impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser repartidos de forma igual pelos cidadãos.

a2) No caso de existir um sacrifício especial de um indivíduo ou grupo de indivíduos, justificado por razões de interesse público, deverá reconhecer-se uma indenização ou compensação aos indivíduos particularmente sacrificados. (BORGES, 2006, p. 20 -21).

Registre-se, por oportuno, que para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1035), o fundamento da responsabilidade estatal se distingue de acordo com a licitude do comportamento e com o tipo de conduta do Estado. Quando a conduta do Estado é ilícita, comissiva ou omissiva, o dever de reparar o dano é contrapartida do princípio da legalidade. Nos casos de comportamentos ilícitos comissivos, além do princípio da legalidade, o fundamento seria também o princípio da igualdade. Já nos casos de comportamento lícitos, o fundamento seria exclusivamente o princípio da igualdade.

Apesar de constatar que a diferença entre a situação da atuação lícita ou ilícita do Estado repousa em última análise no princípio da legalidade, Irene Patrícia Nohara (2016, p. 812 - 815) defende que o verdadeiro fundamento da responsabilidade estatal, independentemente da licitude da conduta, está contido nos preceitos de justiça social que, como ressalta a autora, estão mais relacionados com a noção de igualdade do que propriamente com a de legalidade. Tal entendimento fixa-se na distinção, do ponto de vista teórico-filosófico, entre justo corretivo e justo distributivo.

O justo corretivo deriva da noção de igualdade formal que permite a ponderação entre perda e ganho, e o restabelecimento do equilíbrio rompido com o retorno das partes à situação anterior que se encontravam, quando a situação for reversível ou com o arbitramento de quantia para compensar a lesão sofrida. Já o justo distributivo deriva da noção de igualdade material e proporciona a cada um aquilo que lhe é devido. Nesse sentido, fala-se que “a injustiça na distribuição recai em um dos polos quando pessoas desiguais recebem a mesma quantia de encargos e benefícios, ou quando pessoas iguais recebem quantias desiguais de benefícios e encargos” (NOHARA, 2016, p. 814).

A autora argumenta que tanto no caso de danos gerados por ato lícito, quanto por ato ilícito, àquele que sofreu o dano, e que pleiteia a responsabilização do Estado, importa de forma imediata o ressarcimento dos prejuízos injustamente causados. Logo, a recomposição de uma situação derivada de ação ilícita do Estado se fundamenta na ideia de justo corretivo. Já a decorrente de atuação lícita liga-se à ideia de justo distributivo.

No caso de dano decorrente de ato ilícito o reconhecimento da ilicitude da ação estatal seria apenas um meio de se alcançar a indenização pelo prejuízo causado pelo Estado, não podendo, dessa forma, falar-se que a legalidade é o verdadeiro fundamento da responsabilização, pois o que o cidadão busca é a realização de justiça consistente na compensação dos prejuízos que lhe foram causados

Note-se que na maior parte dos casos o administrado quer a reparação do injusto causado e, para tanto, utiliza-se também do argumento da ilegalidade; entretanto, não se pode dizer que o fundamento de sua ação seja de maneira imediata controlar a atuação ilegal da Administração Pública (NOHARA, 2016, p. 814).

Essa ideia de que a busca por justiça na responsabilização estatal corresponde à reparação do dano individualmente causado ao cidadão lesado com o objetivo de promover a harmonia social tem suas origens no direito civil, para o qual o fundamento da responsabilidade reside na ideia nuclear do dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso na máxima *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem). Segundo Rui Stoco (2011, p. 135) tais máximas dão a exata dimensão do sentido de responsabilidade civil, pois a ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção.

Tal fundamento da responsabilidade civil expressa uma tendência jusnaturalista, segundo a qual o homem teria uma tendência natural de não lesar o próximo. Nesse sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2008, p. 807-808) lembra que *neminem laedere* é uma simplificação do preceito maior originado do direito romano, conhecido como *honeste vivere neminem laeder, suum cuique tribuere*, traduzido como “desde sempre – e como exigência do modo honesto de viver – em hipótese de lesão a outrem causada, haveria de se devolver o que dele é, ou o que perdeu, por meio da reparação do dano”. Dessa forma, a responsabilidade civil tem, tradicionalmente, a sua razão de existir fundada na natural noção de que o dever de reparar o dano integra um dever mais amplo de viver honestamente.

Para o direito civil a causa única e mais remota que justifica a existência da responsabilidade é a necessidade de manutenção da harmonia social mediante a proteção das relações jurídicas. Para atingir essa finalidade, o ordenamento jurídico estabelece deveres positivos, de dar ou fazer, bem como negativos, de não fazer ou tolerar algo. O dever jurídico nada mais é, portanto, que a “conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16).

Se compararmos os fundamentos da responsabilidade civil do Estado desenvolvidos pela doutrina administrativista com o fundamento da responsabilidade, entendida como um instituto da teoria geral do direito, mas aprofundada pelo direito civil, verificamos que, a despeito da enunciação de princípios distintos, o argumento que justifica a existência da responsabilização, tanto no âmbito público como no privado, é exatamente o mesmo.

Seja sob a égide do princípio da legalidade, decorrente da concepção ideológica do paradigma do Estado de Direito, seja sob a égide do princípio da igualdade, assentado em preceitos de justiça social ou, seja ainda sob o pálio do princípio da proibição de ofender, a responsabilidade civil, seja da Administração Pública ou do particular, tem sua razão de existir justificada a partir da necessidade de recomposição da relação jurídica violada, mediante a reparação patrimonial de um dano. Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil é tida como um instrumento de realização de justiça, entendida essa como a segurança jurídica que é alcançada com a compensação patrimonial dos prejuízos causados ao lesado.

Contudo, uma concepção ética de responsabilidade baseada na solidariedade social³⁵, deve ser capaz de enxergar que por detrás da relação jurídica, cuja violação tem como consequência a responsabilidade, existem sujeitos de direito. Assim, a pergunta sobre “*Quem é o sujeito de direito?*”, cuja proteção é garantida pelo sistema de responsabilização, abre um caminho possível para desvelarmos um novo fundamento que deve orientar o sistema de responsabilização estatal.

2.4 Desvelando um novo fundamento da responsabilidade civil da Administração

Pública: o cidadão como o *sujeito real de direito*

Partindo da premissa de que há uma distinção entre a capacidade de ser sujeito de direito e a realização dessa capacidade, Paul Ricoeur (2008, p. 21-31) busca responder à pergunta “*Quem é o sujeito do direito?*”, afirmando que o *sujeito real de direito* é aquele que

³⁵ A pesquisa desenvolvida apontou que a solidariedade social pode apresentar três sentidos: i) a solidariedade social relaciona-se com a responsabilidade civil da Administração Pública, na medida em que o pagamento de indenização pelo Estado a uma vítima faz com que toda a sociedade partilhe desse dano sofrido individualmente por alguém; ii) a solidariedade determina a passagem de um estado de responsabilidade para outro de *corresponsabilidade*, no qual todos atuam conjuntamente para a obtenção de certo resultado, estipulando consensos mínimos para rechaçar aquilo que é intolerável e iii) a solidariedade assume uma dimensão ética de alteridade a partir das ideias de Paul Ricoeur. Nesse último sentido defendido no presente trabalho, muito além de se enunciar como responsável pelas suas condutas, é preciso que a Administração Pública se coloque na posição de autora dessa responsabilidade. É preciso que a Administração Pública perceba que esta responsabilidade não pode estar inserida em uma narrativa de autolegitimação, mas sim deve estar inserida em um contexto de legitimação pela interação com o cidadão.

se constitui pela passagem do sujeito capaz no plano jurídico formal ao sujeito real de direito que se expressa no plano moral, jurídico e político. Consoante informa o filósofo, a busca pela noção de *sujeito real de direito* inicia-se pela identificação das características que, em um primeiro momento, podem ser atribuídas à noção de sujeito de direito. Para tanto, ele se detém ao exame do que ele próprio denomina de “formas mais fundamentais da pergunta “*Quem?*” e às respostas a essa pergunta”.

A primeira característica é delineada a partir da pergunta “*Quem fala?*”, que induz à constatação de que somente alguém capaz de se designar pessoalmente como o autor de suas enunciações pode dar resposta a essa pergunta. Nesse ponto Paul Ricoeur aponta a importância da linguagem como constitutiva do próprio indivíduo, pois é com ela que o sujeito alcança a capacidade de se designar como autor de suas enunciações. Invocando a teoria dos atos de fala³⁶, lembra-nos que essa capacidade pode ser ampliada para englobar a capacidade de se designar autor de suas ações. Tal ampliação se dá em razão da força performativa da linguagem, segundo a qual alguns atos de linguagem equivalem ao próprio fazer e, dessa forma, a linguagem pode conduzir o sujeito à capacidade de designar-se pessoalmente como autor de seus atos (RICOEUR, 2008, p. 22).

Essa segunda característica – capacidade de auto designação da autoria dos próprios atos – é inferida a partir da pergunta “*Quem realiza esta ou aquela ação?*”, Nessa característica do sujeito de direito reside o cerne da ideia de capacidade, que é o “poder-fazer”. Tal característica ganha especial relevo na designação da noção de sujeito de direito porque ela é pressuposta pelo conceito ético-jurídico de imputação que, por sua vez, é essencial à atribuição de direitos e deveres no plano jurídico. Atribuir a alguém uma ação é, segundo Paul Ricoeur, uma operação muito difícil e essa tarefa guia o sistema jurídico de responsabilidade jurídica. (RICOEUR, 2008, p. 22)

“*De quem é a história narrada?*” é a pergunta que enuncia a terceira característica do sujeito de direito. A resposta a essa pergunta nos permite distinguir a identidade de um sujeito da identidade das coisas. Assim, para Paul Ricoeur, um sujeito digno de estima e respeito é também aquele que possui identidade narrativa. Diversamente da identidade das coisas, que se reduz à estabilidade e até à imutabilidade da estrutura, a identidade narrativa do

³⁶ Nesse ponto, Paul Ricoeur se refere ao pensamento do filósofo inglês Jonh Langshaw Austin – J.L. Austin, ícone da teoria dos atos de linguagem, que desenvolveu o conceito de sentença performativa para denominar proferimentos que não são verdadeiros nem falsos. Sentenças performativas designam um tipo de sentença que não declaram e nem descrevem algo, mas simplesmente constituem o próprio ato. São exemplos de sentenças performativas dados por AUSTIN: “Aceito esta mulher como minha legítima esposa”, “Lego a meu irmão este relógio” (AUSTIN, 1990, p. 24 – 25).

indivíduo admite a mudança e pode ser traduzida pela capacidade de se narrar aos outros de diversas maneiras. (RICOEUR, 2008, p. 23)

A última característica do sujeito digno de estima e respeito, orientada pela pergunta “*Quem é responsável por esse dano ou esse mal feito a outrem?*”, consiste na capacidade de avaliarmos as nossas ações e as dos outros em termos de “bom” e “obrigatório”. Nós só somos dignos de estima ou respeito, desde que sejamos capazes de considerar boas ou más, de declarar permitidas ou proibidas as ações alheias ou nossas próprias. (RICOEUR, 2008, p. 24)

Em síntese, para Paul Ricoeur, em uma primeira e ainda incompleta análise, o sujeito de direito pode ser identificado como aquele que é capaz de se designar autor de suas enunciações e dos seus próprios atos (“poder-dizer” e “poder-fazer”); capaz de se narrar aos outros (“poder-narrar”); dotado ainda da capacidade de considerar boas ou más, de declarar permitidas ou proibidas as ações alheias ou próprias (“poder-imputar”).

Contudo, na visão do filósofo, esses poderes ou aptidões, em uma primeira análise atribuídos ao sujeito de direito, estão voltados a uma visão individualista do sujeito, calcada no “*eu posso*”. Tais poderes permanecem virtuais, correndo o risco de serem abortados ou recalçados, se não forem atualizados pela visão de que o sujeito só existe verdadeiramente na relação com *outro*. Para demonstrar que somente na relação com o *outro* esses poderes podem se tornar poderes reais aos quais correspondem direitos reais, Paul Ricoeur retoma o exame das quatro formas da pergunta “*Quem?*”.

A primeira resposta dada à pergunta “*Quem fala?*” levou à caracterização do sujeito de direito como aquele que tem o poder-dizer, colocando em destaque a capacidade do sujeito de se designar como enunciador de suas locuções. Paul Ricoeur alerta, contudo, que uma resposta adequada à essa pergunta não pode deixar oculto que o sujeito que fala, o *eu* na primeira pessoa, se dirige sempre a um outro sujeito, na segunda pessoa, o *tu*. Evidenciar que a capacidade de enunciação é um fenômeno no mínimo bipolar, contribui para o surgimento de um sujeito real de direito, uma vez que fica claro que “*assim como eu*, o outro pode designar-se como *eu* ao falar”, o que leva ao reconhecimento do outro como meu igual em termos de direitos e deveres. Essa característica do diálogo é o que garante, segundo Ricoeur, o desdobramento da alteridade em alteridade interpessoal (RICOEUR, 2008, p. 26).

Importante anotar, todavia, que para se chegar a um *sujeito real de direito* a resposta à pergunta “*Quem fala?*” ainda não está completa, faltando-lhe acrescentar aquilo que o filósofo chama de forma institucional de alteridade. Quando um locutor fala ao seu destinatário ele pode se referir a um terceiro sujeito, “aquele ou aquela de quem se fala”. É a

partir dessa tríade dos pronomes - *eu/tu/ele* ou *ela* – que podemos identificar que o *outro* para Paul Ricoeur não é apenas o *tu*, entendido como aquele destinatário da locução, ao qual se pode atribuir um rosto e uma voz. O *outro* é também aquele ou aquela de quem se fala, que se apresenta distante, sem possuir um rosto e nem voz definidos.

Esse *outro*, representado pelo terceiro de quem se fala, é revelado aos demais sujeitos pelo instituto da linguagem. Essa é responsável por fazer com que todos adotem as mesmas regras, bem como é responsável por garantir a confiança que deve existir em toda relação interpessoal consistente na necessidade de que cada um queira realmente dizer aquilo o que está dizendo. Nesse aspecto reside o desdobramento da alteridade em alteridade institucional:

[...] ele/ela representa o instituto, na medida em que este engloba todos os locutores de uma mesma língua natural que não se conheçam e só estejam interligados pelo reconhecimento das regras comuns que distinguem uma língua da outra. Ora, esse reconhecimento não se reduz apenas à adoção das mesmas regras por todos, mas comporta a confiança que cada um deposita na *regra de sinceridade*, sem a qual o intercâmbio linguístico seria impossível. Espero que cada outro queira dizer o que está dizendo, *means what he/she says*, essa confiança assenta o discurso público numa base fiduciária na qual o outro aparece como terceiro, e não mais simplesmente como tu. A bem da verdade, essa base fiduciária é mais que uma relação interpessoal, é a condição institucional de toda e qualquer relação interpessoal (RICOEUR, 2008, p. 26-27).

Neste contexto, é possível identificar no pensamento de Paul Ricoeur uma distinção entre significação e evento da fala. O evento é o fato de que alguém fala. Contudo, conforme alerta o autor na citação acima, o que realmente importa no fato de que alguém fala é o significado daquilo que o falante pretende dizer quando fala, ou, em outras palavras, o exame da sua intencionalidade³⁷ (CRUZ, 2011, p. 102).

Uma atualização da resposta à pergunta “*Quem é o autor da ação?*” também é necessária para se chegar ao sujeito real de direito. A insuficiência da aptidão do sujeito se designar como autor dos seus próprios atos reside no fato de que toda ação está inserida em um contexto de interação. De acordo com Paul Ricoeur toda ação tem o *outro* no papel de antagonista ou de coadjuvante do sujeito que age, e, em tal fato, reside a alteridade na sua forma interpessoal dessa análise específica.

A dimensão da alteridade institucional que pode ser extraída a partir da pergunta acima referida, por sua vez, consiste no fato de que cada agente capaz de se enunciar autor de seus atos está interligado a outros pela “intermediação de sistemas sociais de diversas ordens”

³⁷ É possível identificar nos atos de fala pelo menos três dimensões: a dimensão locucionária representada pelo ato de dizer; a dimensão ilocucionária representada pela intencionalidade daquilo que se fala e a dimensão perlocucionária traduzida pelos efeitos, sentimentos e ações provocados nos outros. A significação depende de um jogo entre todas as dimensões da fala. (CRUZ, 2011, p. 100-103).

³⁸ (RICOEUR, 2008, p. 27). Tais sistemas, dentre os quais se destaca o sistema jurídico, são conceituados como sendo grandes organizações responsáveis por estruturar a interação entre os sujeitos de direito, ou em outras palavras, são os responsáveis por reconhecer os sujeitos como *sujeitos reais de direito*.

Seguindo na busca da noção de *sujeito real de direito*, assim como fez com o capacidade de ser autor do próprio discurso e das próprias ações, Paul Ricoeur retoma a pergunta “*De quem é a história narrada?*” para inserir na identidade narrativa a dimensão da alteridade interpessoal. Além de ser capaz de narrar a sua própria história, o sujeito deve ter em mente que as histórias que narramos, de nós mesmos e dos outros, e as histórias na qual somos narrados estão interligadas a tal ponto que “a narrativa que cada um faz ou recebe de sua própria vida se torna o segmento das outras narrativas que são as narrativas dos outros.” (RICOEUR, 2008, p. 28)

A alteridade na sua forma institucional se mostra na questão da identificação da identidade narrativa como necessária ao desvelamento do *sujeito real de direito*, na medida em que as nações, os povos, as classes, as comunidades e quaisquer outros tipos de organizações da vida em sociedade são instituições que se reconhecem e se mantêm por meio da história que contam de si e umas das outras (RICOEUR, 2008, p. 28). Assim, em última análise, a capacidade de um sujeito de se designar autor de seus atos e de interagir com o outro é intermediada por sistemas sociais de diversas ordens que se mantêm por meio da identidade narrativa.

Uma última etapa da investigação acerca da constituição do sujeito real de direito vem com a atualização da resposta dada à pergunta “*Quem é responsável por esse dano ou esse mal feito a outrem?*” a partir da qual Ricoeur se debruça na questão da capacidade de imputação ético-jurídica. Como já visto, a primeira resposta dada à essa pergunta admitiu que um sujeito de direito é aquele capaz de considerar boas ou más, de declarar permitidas ou proibidas as ações alheias e as suas próprias. O filósofo, contudo, acrescenta a tal resposta o caráter interpessoal e institucional da alteridade.

A alteridade na forma interpessoal se manifesta, uma vez que, ao ser capaz de considerar boas ou más, de declarar permitidas ou proibidas as ações alheias e as suas próprias, o sujeito é chamado pelo *outro* a assumir a responsabilidade pelos seus atos. Já a alteridade na sua forma institucional está na base de todos os pactos que regem a vida em

³⁸ Além do sistema jurídico, Paul Ricoeur exemplifica como sendo *sistemas sociais*, os sistemas técnicos, sistemas monetários e fiscais, sistemas burocráticos, sistemas pedagógicos, sistemas científicos e sistemas de comunicação. Admite ainda, citando Jean-Marc Ferry, que esses diversos sistemas sociais podem ser denominados de *ordens de reconhecimento*. (RICOEUR, 2008, p. 27).

sociedade, pois eles partem da noção de que o *outro* é aquele que conta com a minha capacidade de ser responsável, de assumir a palavra dada. Esses pactos são considerados por Ricoeur como os institutos sob os quais se constroem a estrutura de confiança que rege as mais diversas ordens de reconhecimento. (RICOEUR, 2008, p. 28)

A atualização das quatro perguntas até agora analisadas fizeram emergir as potencialidades necessárias ao *sujeito real de direito* que, segundo Paul Ricoeur, constituem a sua estrutura dialógica e institucional. Na visão do filósofo, tal estrutura precisa de um meio próprio para se realizar e esse meio é o espaço público ou o “espaço de visibilidade”³⁹, expressão esta citada por Paul Ricoeur e cuja autoria ele atribui a Hanna Arendt (RICOEUR, 2008, p. 29).

A característica que marca a existência de um espaço público ou do “espaço de visibilidade” é que ele deve ser capaz de expressar a condição de pluralidade resultante de todas as relações inter-humanas evidenciadas na descrição das potencialidades de um *sujeito real de direito*. Dessa forma, tem-se que a instauração de um espaço público, necessário à realização das potencialidades de um *sujeito real de direito*, deve ser pautada pelo reconhecimento de que as relações inter-humanas não se constituem apenas entre relações interpessoais (relações *eu/tu*), mas sim se estendem a terceiros que ficam fora desse face-a-face (relação *eu/tu/terceiro*).

Considerando que o espaço público é instaurado pelo poder político, este último, conseqüentemente, também não pode ficar restrito às relações interpessoais, sob pena de não ser capaz de permitir a realização da transição do sujeito de direito no plano jurídico formal ao sujeito real de direito que se expressa no plano moral, jurídico e político. Nesse sentido, Paul Ricoeur ressalta que o âmbito político é o meio por excelência de realização das potencialidades do sujeito de direito:

Conforme indica a palavra, o poder político, através de todos os níveis de poder considerados acima, apresenta-se em continuidade com o poder por meio do qual caracterizamos o homem capaz. Em contrapartida, a esse edifício de poderes ele confere uma perspectiva de duração e estabilidade, e, mais fundamentalmente, projeta o horizonte da paz pública compreendida como tranquilidade da ordem (RICOEUR, 2008, p. 29).

Esse raciocínio leva à conclusão de que sem um espaço público que reflita a pluralidade das relações inter-humanas (relação *eu/tu/terceiro*) a ideia de sujeito de direito

³⁹ A expressão “espaço de visibilidade” tem relação com o tema da publicidade, “no sentido de trazer a lume, sem injunções nem dissimulações, toda a rede de fidelidades dentro da qual cada vida humana desenrola sua breve história” (RICOEUR, 2008, p. 29).

ficará restrita ao plano jurídico formal. Nesse sentido, Paul Ricoeur entende que sem a mediação do Estado, entendido aqui como instituição política que configura o espaço público no sentido plural acima considerado, o indivíduo possui apenas a capacidade de se tornar um sujeito de direito; para tornar completa a passagem da capacidade à realização é necessário que ele pertença a um corpo político e “essa pertença não é passível de revogação”. (RICOEUR, 2008, p. 31)

Ao dizer que o sujeito de direito somente se realiza pela mediação do Estado e que essa mediação não é passível de revogação, Paul Ricoeur rechaça a visão do liberalismo político segundo a qual o indivíduo já é, desde sempre, um sujeito de direito completo que cede seus direitos naturais por meio de um contrato social⁴⁰ e que, por isso, se associa com outros indivíduos num corpo político de forma aleatória e revogável.

Com essa visada, enxergar a insuficiência da caracterização do sujeito de direito tão somente pelo seu “poder-dizer”, “poder-fazer”, “poder-narrar” e “poder-imputar” e, considerar que sua plena realização necessita de formas interpessoais e institucionais de alteridade, implica o reconhecimento de que é na alteridade que reside a transição do sujeito de direito no plano jurídico formal ao cidadão, que é o *sujeito real de direito*, considerado no plano moral, político e jurídico:

Sem a mediação institucional, o indivíduo é apenas um esboço de homem; para sua realização humana é necessário que ele pertença a um corpo político; nesse sentido essa pertença não é passível de revogação. Ao contrário. O cidadão oriundo dessa mediação institucional só pode querer que todos os humanos gozem como ele essa mediação política que, somando-se às condições necessárias pertinentes a uma antropologia filosófica, se torna uma condição suficiente da transição do homem capaz ao cidadão real (RICOEUR, 2008, p. 31).

A partir da consideração de que o *sujeito real de direito* é o cidadão que deseja que, assim como ele, todos os indivíduos considerados na relação (*eu/tu/terceiro*) gozem da mediação do Estado, Paul Ricoeur nos permite conceber a ideia de justo como o querer uma vida realizada com e para os outros em instituições justas. “A justiça, segundo essa leitura, faz parte integrante do querer viver bem. Em outras palavras, o querer viver em instituições justas situa-se no mesmo nível de moralidade que a vontade de realização pessoal e que a reciprocidade na amizade” (RICOEUR, 2008, p. 10).

⁴⁰ Nesse ponto, Ricoeur se refere à expressão do liberalismo político encontrada na tradição do contrato social e explica que nessa tradição “o indivíduo já é um sujeito de direito completo antes de entrar na relação contratual; ele cede direitos reais, que então se chamam naturais, em troca de segurança, como em Hobbes, ou da civilidade ou da cidadania, como em Rousseau e Kant.” (RICOEUR, 2008, p. 31).

Nesse sentido, o filósofo afirma que “é como cidadãos que nos tornamos humanos” e que o desejo de viver em instituições justas significa justamente a vontade de tornarmos cidadãos, de estarmos entre outros e com outros. (RICOEUR, 2008, p.11)

Quando aplicamos o pensamento ricoeuriano aqui desenvolvido à responsabilidade civil da Administração Pública, pelos menos duas reflexões se impõem. A primeira delas é que, *no plano teórico*, há um descompasso entre o discurso doutrinário de reestruturação da noção de responsabilidade civil pública e os fundamentos que continuam a justificar sua existência. Em que pese a doutrina afirmar que a responsabilidade civil da Administração Pública foi atualizada pela dimensão ética da solidariedade social⁴¹, a mesma atualização não se verifica no discurso doutrinário que expõe os fundamentos ou a razão de existência do sistema de responsabilidade estatal.

A reestruturação pela qual passou o conceito de responsabilidade civil da Administração Pública indica que, sem perder a sua dimensão individual de reparação do dano, a ela foi acoplada uma forte dimensão coletiva representada pela maior proteção à vítima e pela ampliação da tutela, não só repressiva, mas também e fundamentalmente preventiva, aos direitos fundamentais. Em tese, tal discurso encontra-se em aparente harmonia com o pensamento de Paul Ricoeur, ao colocar a Administração Pública formalmente inserida em um contexto de interação com o cidadão, no sentido de que toda a ação estatal o tem como foco. Portanto, a Administração Pública se responsabiliza pelos danos que eventualmente suas condutas causarem aos cidadãos porque, muito antes de ser responsável por tais danos, a Administração Pública atua em nome da coletividade, constituída por cidadãos que têm um dever recíproco de cuidado por outrem.

Contudo, tal aparente harmonia não se sustenta quando partimos para análise dos fundamentos que continuam a justificar a existência do sistema de responsabilidade pública. A noção basilar de que a responsabilidade estatal se justifica porque é uma decorrência lógica e inevitável do Estado de direito indica tão somente a aptidão do Estado de se designar como autor dos seus próprios atos. Entretanto, Ricoeur nos mostra que a mera aptidão do sujeito para se designar como autor de seus próprios atos é insuficiente para a promoção de uma responsabilidade verdadeiramente orientada pelo reconhecimento do *outro*. Muito além de se enunciar como responsável pelas suas condutas, é preciso que a Administração Pública se coloque na posição de autora dessa responsabilidade. É preciso que a Administração Pública perceba que esta responsabilidade não pode estar inserida em uma narrativa de

⁴¹ Como já apontado, a solidariedade social marca a passagem de um estado de responsabilidade para outro de corresponsabilidade, no qual todos devem atuar conjuntamente para rechaçar aquilo que é intolerável.

autolegitimação, mas sim deve estar inserida em um contexto de legitimação pela interação com o cidadão. Dessa forma, muito além de ser um sujeito de direito que se enuncia responsável pelos seus atos, o Estado deve estar interligado a outros sujeitos de direito e, somente a partir do reconhecimento desses outros sujeitos de direito é que a sua responsabilidade alcançará uma dimensão ética.

A necessidade de reconhecimento desses outros sujeitos não se coaduna com o fundamento de que a busca por justiça na responsabilização estatal está ligada à tendência natural de não lesar o próximo, expressada pela máxima de que a ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção. Nesse sentido, com Paul Ricoeur, sustentamos que a busca por justiça na responsabilização estatal deve transcender o ideal de segurança jurídica que a defesa do dever geral de não prejudicar a ninguém busca alcançar.

Mesmo sabendo que a responsabilidade civil possui uma dimensão individual representada pela reparação do dano, a razão da sua existência, caso a ela se queira atribuir uma dimensão ética de solidariedade, não deve estar associada a um dever geral de não prejudicar, mas sim a um dever geral de cuidado recíproco, expresso no reconhecimento de que, assim como *eu*, o *outro* merece ser objeto de cuidado⁴². A responsabilidade surge pelo chamado recíproco do *outro* e não pelo chamado de uma consciência moral calcada no dever de não lesar, como no pensamento de Kant. Assim, a busca por justiça na responsabilização estatal está na “vontade de tornarmos cidadãos, de estarmos entre outros e com outros” (RICOEUR, 2008, p. 11).

A segunda reflexão que propomos é que há um descompasso ainda maior entre o *plano teórico* e o *plano prático* da responsabilidade civil da Administração Pública. De acordo com o discurso doutrinário, o Estado é responsável pelos seus atos e essa responsabilidade vem se ampliando cada vez mais a partir do deslocamento da culpa para o risco, ou seja, da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Com isso, cria-se a ilusão de que a objetivação da responsabilidade é o que garante a ela alcançar a dimensão ética calcada na solidariedade.

Contudo, com Paul Ricoeur podemos perceber que, mais do que reconhecermos que a responsabilidade da Administração Pública surge a partir do chamado recíproco do *outro*, está a necessidade de reconhecermos que o *outro* conta com a capacidade da Administração Pública de ser responsável por suas condutas. A dimensão ética da responsabilidade, nesse contexto, está também na confiança gerada no cidadão de que a Administração Pública é

⁴² O reconhecimento de que, ‘assim como *eu*, o *outro* merece ser objeto de cuidado’ toma o lugar do “assim como *eu*, o *outro* não merece ser lesado’.

capaz de assumir a promessa de que se submete às suas próprias leis. Diante disso, o modo pelo qual a Administração Pública se apresenta no *plano prático* como responsável pelas suas condutas deve ser levado em conta na consideração se temos ou não um Estado responsável pelos seus atos. Mais do que se descrever e ser descrita como responsável, a Administração Pública precisa se apresentar pautada por essa noção ética de cuidado recíproco com o *outro*.

Diante disso, para que o estudo da responsabilidade civil da Administração Pública seja capaz de desvelar essa dimensão ética – ou a ausência dela – é preciso conceber o direito na sua perspectiva narrada, e não meramente descritiva ou analisada, tema este que será objeto do próximo capítulo.

3 O DIREITO NARRADO COMO UMA VIA PARA A REFUNDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No capítulo anterior foi evidenciado que o presente trabalho visa refundar o instituto da responsabilidade civil da Administração Pública orientando-o para o reconhecimento do *sujeito real de direito*. O presente capítulo enunciará o meio escolhido para tal fim, indicando o referencial teórico utilizado que nos permita diagnosticar e denunciar que a responsabilidade civil da Administração Pública da forma como se apresenta hoje, a despeito de ser orientada por um discurso pautado na busca de solidariedade, acaba promovendo o encobrimento do *sujeito real de direito*, que deveria ser o seu fundamento último.

Tais ideias se fundam na necessidade de se ter um olhar crítico das construções jurídicas, bem como na necessidade de se iniciar a refundação destas construções, tendo como base, inicialmente, a perspectiva de um direito baseado na narratividade social que encontra seu fundamento na filosofia da linguagem e, num segundo momento, a denúncia feita por uma teoria crítica constitucional guiada pela ideia de descolonialidade do discurso jurídico.

3.1 Do direito analisado ao direito narrado de François Ost

Ora, em vez de um direito narrado, as faculdades de direito continuam ocupadas apenas com o direito analisado. A teoria geral do direito ainda hoje dominante permanece amplamente analítica, de inspiração estado-legalista e de método positivista.

François Ost (2005, p. 41)

Com o claro objetivo de adotar uma postura crítico-filosófica em relação ao direito, François Ost (2005) propõe uma compreensão dialética entre direito e literatura como uma forma de mostrar que a literatura pode contribuir para a elucidação de questões relativas à justiça, à lei e ao poder. Em “Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico” a literatura é utilizada para explicar como os seus grandes mitos e grandes arquétipos fornecem indicações sobre a origem e o destino do direito (OST, 2005, p. 7).

Imperioso deixar claro que o objetivo do presente trabalho não é estudar a relação existente entre direito e literatura⁴³, mas sim verificar qual é o pensamento filosófico que

⁴³ Em que pese não ser o objeto deste trabalho, há que se esclarecer que o estudo denominado “direito e literatura” pode ser agrupado em três correntes: i) direito *da* literatura, que estuda a maneira como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos de escrita literária; ii) o direito *como* literatura, que aborda o discurso

sustenta tal relação e como tal pensamento pode ser aplicado ao Direito e, mais especificamente, ao estudo da responsabilidade civil da Administração Pública. O ponto de partida da presente pesquisa será, portanto, extrair do pensamento de François Ost a sua postura crítico-filosófica em relação ao direito, especificamente no que tange à denúncia que ele faz entre o distanciamento do direito analisado pela doutrina e aplicadores do direito e o direito que vai além das construções doutrinárias, que é capaz de gerar diversas práticas não explicitadas no discurso jurídico dominante.

Para explicar essa interdição da realidade ou esse distanciamento entre o direito meramente descritivo e o direito entendido como narrativa, François Ost desenvolveu a *teoria do direito narrado ou contado* que é explicada a partir do desenvolvimento das ideias de narratividade jurídica, imaginário social coletivo e demanda de ressignificação, que serão abordadas no tópico seguinte.

3.1.1 Análises precedentes ao direito narrado e ao direito analisado: narratividade jurídica, imaginário social coletivo e demanda de ressignificação

A existência de um *direito narrado ou contado* contraposto a um *direito analisado* pode ser demonstrada a partir da compreensão entre os pontos comuns existentes entre os discursos jurídico e literário. Contudo, para se chegar a uma compreensão dialética entre direito e literatura, é preciso primeiro pontuar algumas diferenças entre esses discursos.

A primeira diferença está na constatação de que “enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições” (OST, 2005, p. 13). O discurso jurídico ainda está preso à perspectiva de que é capaz de formar identidades, conceitos e estruturas que normatizam com sucesso a realidade de forma estática. Não consegue admitir que qualquer pretensão dessa natureza será sempre insuficiente, pois sempre haverá algo não apreensível, algo que o direito é incapaz de classificar, de nomear ou rotular. Já o discurso literário exerce o papel de “suspender nossas certezas” e de nos mostrar que as convenções, a depender da forma como a história é contada, pode ser subvertida.

jurídico com os métodos da análise literária e; iii) direito *na* literatura que se dedica a identificar como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica. A perspectiva adotada na obra analisada é a última, tendo em vista que a ideia de imaginário coletivo, presente tanto na literatura quanto no direito, é utilizada para mostrar como a literatura contribui para explicitar a ideia de direito hoje dominante (OST, 2005, p. 48).

Essa pretensão de apreensão e nomeação da realidade induz à segunda diferença entre o discurso jurídico e o literário, que é a importância que o direito dá à estabilização das relações sociais. Ao fazer escolhas para normatizar a realidade, o direito as faz com o objetivo de alcançar uma pretensa segurança jurídica. O discurso literário, ao contrário, por não se prender a essa necessidade de estabilização das relações sociais, aposta na surpresa e nas diversas possibilidades do humano, invertendo pontos de vista e abrindo espaço para novos olhares de uma mesma situação (OST, 2005, p.15).

Uma terceira distinção diz respeito à forma pela qual as pessoas são tratadas no discurso jurídico e no discurso literário. Segundo François Ost (2005, p. 16) “o direito produz pessoas, a literatura, personagens”. Isso quer dizer que o direito confere aos indivíduos um papel pré-definido, dotado de direitos e obrigações, uma verdadeira “máscara normativa”⁴⁴. Já o discurso literário abre-se para as diversas possibilidades de uma mesma pessoa. Um personagem literário pode perfeitamente explicitar suas contradições, sem que isso nos pareça algo fora do comum. Lado outro, quando o direito padroniza um determinado comportamento faz com que a explicitação de contradições em torno da pessoa para o qual o comportamento foi padronizado pareça ser uma distorção, quando na verdade não é.

Das três diferenças anteriores pontuadas entre os discursos literário e jurídico decorrem a quarta e a quinta distinções. Por pretender codificar a realidade, estabilizando as relações sociais e padronizando comportamentos, o direito acaba se preocupando com a generalidade e abstração, preterindo o particular e o concreto. A literatura, por sua vez, parte sempre do olhar sobre o particular para narrar uma história concreta, de uma situação vista como específica e sempre sujeita a mudanças (OST, 2005, p. 18).

A quinta e última diferença que será aqui apontada consiste nas funções privilegiadas pelos discursos jurídico e literário. O primeiro possui, primordialmente, uma função *instituinte*, o que significa dizer que o direito constrói uma série de significados para criar uma ordem desejável num determinado tempo de sua história. Essa construção de significados desejados, ou seja, o exercício da função *instituinte* do direito, “supõe criação imaginária de significações sociais-históricas novas e desconstrução das significações instituídas que a elas se opõem” (OST, 2005, p. 19). Diferentemente, o discurso literário baseia-se em formas

⁴⁴ “Na encenação que opera na vida social, o direito endurece o traço – impondo aos indivíduos uma máscara normativa (*persona*, em Roma, é a máscara de teatro que ao mesmo tempo amplifica a voz e facilita a identificação do papel). Essas pessoas jurídicas são dotadas de um papel exemplar destinado a servir de referência ao comportamento padrão que os cidadãos esperam: “o bom pai de família” combina com o “usuário prudente e avisado”, o “concorrente leal” com o “profissional diligente”. Exatamente o contrário dos personagens literários, cuja ambivalência de sua natureza geralmente só combina com a ambiguidade das situações que eles enfrentam. (OST, 2004, p. 16-17).

instituídas, já existentes na realidade social tratada. Para atuar na vertente *instituinte* do imaginário a literatura não abandona as formas já instituídas, mas sim parte delas para desenvolver seu discurso (OST, 2005, p. 19). No direito, são exemplos dessas formas *instituintes* as noções de república, de direitos humanos e de igualdade (OST, 2005, p. 19) e, conseqüentemente, a própria noção de Estado de Direito que, como foi abordado no capítulo anterior, sustenta todo o sistema de responsabilidade civil da Administração Pública.

Como alertado no início do presente tópico, a enunciação dos pontos de distinção entre os discursos literário e jurídico tem como objetivo alcançar uma compreensão dialética entre eles. Assim, a partir da oposição entre direito à literatura, é preciso compreender o que estes dois discursos têm em comum:

“Em vez de um diálogo de surdos entre um direito codificado, instituído, instalado em sua racionalidade e sua efetividade, e uma literatura rebelde a toda convenção, ciosa de sua ficcionalidade e de sua liberdade, o que está em jogo são empréstimos recíprocos e trocas implícitas. Entre o “tudo é possível” da ficção literária e o “não deves” do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto”. (OST, 2005, p. 23).

Compreender dialeticamente os discursos literário e jurídico tem como objetivo neste trabalho, a partir do pensamento de François Ost, evidenciar que tanto o direito quanto a literatura têm como inspiração comum a ideia central de narrativa que, tanto em um quanto no outro, se baseia em um imaginário social coletivo que, assim como é capaz de construir significados, é também capaz de desconstruí-los, colocando outros significados em seu lugar, ressignificando-os. Nesse sentido, compreender o significado de narratividade jurídica, imaginário social coletivo e demanda de ressignificação é essencial para se entender o conteúdo do direito narrado e como a explicitação dessa perspectiva, contraposta à perspectiva de um direito analisado de inspiração positivista, pode contribuir para a proposta desta pesquisa de ressignificação do instituto da responsabilidade civil da Administração Pública.

O direito contemporâneo deve ser entendido como uma expressão do contar, do narrar que está sempre fundado em uma fonte imaginária de significados, sejam tais significados narrados pelas leis ou pelos aplicadores do direito. Nesse ponto, é preciso desde já deixar claro que compreender o direito na sua dimensão narrada e não meramente descritiva é apenas o início de uma abertura possível para se refletir sobre o problema da discrepância entre o discurso jurídico e os problemas reais por ele enfrentados. Não se está aqui propondo que a compreensão do direito como narrativa seja uma solução definitiva para tal problema, mas

sim explicitando a necessidade de se entender que o direito se baseia em uma narrativa que é construída a partir de um imaginário social coletivo e que, portanto, deve ser visto como algo passível de constante ressignificação.

Para desenvolver a relação existente entre narratividade jurídica, imaginário social coletivo e demanda de ressignificação, François Ost funda filosoficamente suas ideias nos pensamentos de Cornelius Castoriadis, desenvolvido na obra “A instituição imaginária da sociedade” (1975), e de Paul Ricoeur, na obra “Tempo e Narrativa” (1994). Segundo François Ost o direito contemporâneo é enraizado em uma fonte imaginária narrada pelas leis, o que significa dizer que o direito é criado pela capacidade imaginativa do homem que, para manter o vínculo social, produz o tempo todo significações diversas. Contudo, tais significações que dão origem ao direito não podem ser vistas como algo dado naturalmente ao homem e nem mesmo podem ser consideradas como algo que é visível para todos, construído por um método analítico. Essa ideia de direito construído a partir de uma fonte imaginária é assim exemplificada:

Assim como o ouro não é naturalmente moeda (mesmo se algumas qualidades predispuham esse metal a exercer a função de equivalente universal), ou o indivíduo não é naturalmente ou logicamente cidadão, assim também a cidade escapa a toda determinidade desse gênero: é da imaginação instituinte que ela procede, das grandes narrativas que o homem conta-se a si mesmo (OST, 2005, p. 27).

Para explicar que o direito se funda em um imaginário coletivo François Ost faz referência à célebre frase de Sófocles, em *Antígona*: “As paixões que instituem as cidades, o homem as ensinou a si mesmo” (OST, 2005, p. 27). A frase extraída da narrativa grega evidencia que na origem das instituições políticas e das leis que regulam o comportamento humano está a capacidade imaginativa do próprio homem:

A profundidade da frase presta-se à confusão: apreciaremos primeiro a tensão estabelecida entre “paixão” e “leis que instituem as cidades”; aqui as coisas são ditas sem rodeio: na origem das instituições políticas e dos códigos, há pulsões, aspirações, todo um jogo de paixões. Por outro lado – segundo motivo de espanto –, a educação que transformou essas paixões em leis cívicas: “o homem as ensinou a si mesmo”. Como se pode ensinar a si mesmo? Essa forma reflexiva abre todo o direito para a realidade paradoxal da criação: com o homem e sua capacidade imaginativa surge algo que não se reduz nem ao dado natural nem às evidências analíticas. E o que Sófocles assinala é que esse imaginário é primeiro e acima de tudo político: ele forja as significações coletivas que vão assegurar o vínculo social (OST, 2005, p. 27).

Essa ideia de um direito construído a partir de uma fonte imaginária tem como base o conceito de “magma de significações” desenvolvido por Cornelius Castoriadis e assim explicado por François Ost:

[...] um conjunto de significações imaginárias sociais que conferem um sentido específico aos dados da experiência; e ainda: as mais importantes dessas significações são literalmente “constitutivas” das realidades que elas fazem advir ao nomeá-las; é o caso do pontífice, por exemplo, cuja existência e o papel só se compreendem em relação à instituição “Igreja”, ela própria referida a uma narrativa fundadora (Revelação, Escrituras...) [...] (OST, 2005, p. 28).

Contudo, mais importante do que explicitar que esse imaginário coletivo no qual se funda o direito é formado por um conjunto de significações construídas pelo homem para constituir o que chamamos de realidade, é compreender que o processo de construção dessas significações é constante e dinâmico. Assim que essas significações sociais imaginárias ganham corpo, elas passam por um “processo histórico feitos de momentos de estabilização e de cristalização (formam então o ponto de vista interno imanente ao mundo instituído), seguidos de momentos de auto-alteração (quando se fazem ouvir as forças centrífugas dos imaginários concorrentes)” (OST, 2005, p. 28).

Tal processo de significação imaginária coletiva que funda o direito deve ser compreendido na sua dimensão de potência e não como ato⁴⁵. Nesse sentido, François Ost afirma que o direito contemporâneo, que é formado por um “magma de significações” oriundas do imaginário coletivo social deve ser encarado como um conjunto de significações em potência que tem como característica a provisoriedade, ou seja, que é composto por significações sempre determináveis e nunca determinadas:

⁴⁵ A dimensão de ato e potência foi desenvolvida por Aristóteles. Para afirmar que o ser possui uma essência fixa (*ousia*) sem se firmar na crença de que essa essência tinha sua origem em um mundo estático das ideias, Aristóteles se aprofundou nas teorias sobre o movimento desenvolvidas anteriormente por Heráclito e Parmênides. O primeiro acreditava em um dinamismo universal caracterizado pelo princípio do movimento, segundo o qual nada permanece imóvel e fixo, pois o mundo se constitui da passagem de um contrário ao outro. (REALE & ANTISERI, 2007, p. 23 - 24). Já Parmênides rechaçava a ideia de que o movimento era o princípio imanente de todas as coisas, pois este seria somente aparência, sendo a essência do ser imutável (REALE & ANTISERI, 2007, p. 32 - 34). Com base nessas teorias, Aristóteles concluiu que “o movimento não implica, como queria Parmênides, uma passagem do ser ao não-ser (e, portanto, não implica um absurdo que comporta sua negação), mas implica passagem de uma forma de ser para outra forma de ser, e justamente do ser em potência ao ser em ato.” (REALE & ANTISERI, 2007, p. 224). Dessa forma, o ato aristotélico é compreendido como um “chegar a” da potência do homem. Acreditamos, contudo, que a dimensão de potência referida por François Ost não deve ser vista como esta tradicionalmente trabalhada por Aristóteles na ontologia substantiva. A potência a qual ele se refere se aproxima mais da ontologia fundamental de Heidegger que acreditava que a existência humana é a possibilidade de ser, é um constante “caminhar para”. (CRUZ, 2011, p. 122)

“Assim como a linguagem é ao mesmo tempo código comum e invenção permanente, assim é também o magma de significações constitutivo da Cidade. Para reconhecer o justo valor desses magmas, não se deve nem reduzi-los a “conjuntos” (no sentido de códigos lógicos obrigados ao mesmo e à simples determinidade: nesse caso nada jamais se criaria) nem rejeitá-los a título de “caos” de significações ininteligíveis (nesse caso, jamais haveria ponto de vista comum e instituição durável. Reserva de significações em potência, o magma permanece indefinidamente determinável: por numerosas que sejam as significações determinadas que deles se obtiver, nenhuma esgotará sua fecundidade” (OST, 2005, p. 28).

Uma vez entendido que na base do direito está a construção de significações imaginárias coletivas criadas pelo homem para constituir a sua realidade e que tais significações permanecem sempre indetermináveis, é preciso compreender que a ligação de uma comunidade política com esse imaginário coletivo se faz por meio de narrativas. A ideia de narratividade jurídica é explicada por François Ost a partir de um paralelo traçado entre a obra de arte, entendida como o texto de ficção literária, e a produção jurídica.

A obra de arte é caracterizada como um gesto de criação (*poiesis*) dotado de liberdade de contra criação. A cada novo olhar um novo significado é liberado, fazendo com que uma imagem passe de potência ao ato. Qualquer obra de arte já traz em si a possibilidade de a ela ser empregado um sentido que a faz adquirir uma determinada forma. Daí dizer-se que “entregando-se a toda espécie de variações imaginativas, ela cria um efeito de deslocamento que tem a virtude de descerrar o olhar. Tudo se passa como se, por ela, o real desse à luz novos possíveis que ele matinha até então enterrados em suas profundezas” (OST, 2005, p. 32).

Ao liberar um novo significado de uma obra de arte nós nos valemos da linguagem, como um instrumento capaz de dar vida e consistência à imagem singular e particular que construímos dessa obra. Dessa forma, a linguagem, além de evocar o mundo dos inúmeros significados possíveis de uma obra de arte, dá vida e consistência à própria obra, que deve ser vista como uma narrativa de significados possíveis criados a partir do nosso imaginário de significações.

Portanto, é possível falar que o ato de criação de uma obra de arte e, aqui deve-se entender criação também como contracriação - pois a contracriação se dá a partir da interpretação singular que cada um de nós pode fazer da obra - possibilita que enxerguemos que a obra de arte equivale a uma narrativa de ficção (OST, 2005, p. 34). Esse ponto destacado no texto de François Ost é essencial para entendermos a primeira grande inversão que ele pretende fazer quando desenvolve uma reflexão crítica acerca do direito narrado oposto a um direito analisado. A obra de arte, entendida como uma narrativa de ficção,

evidencia que aquilo que nos é dado como real somente existe se entendido como uma possibilidade, dentre as muitas existentes no caminho da criação.

Essa análise subverte um primeiro ponto do pensamento cognitivo que se faz presente de forma dominante no discurso jurídico, qual seja, o de que o direito se articula em torno de certezas reais que podem ser concretamente acessadas. Ao dizer que a narrativa de uma obra sempre dá forma a um possível, François Ost nos mostra que “esse possível é o que é precisamente a condição do real que surgiu em seu acontecimento singular” (OST, 2005, p. 34). O discurso jurídico dominante de inspiração positivista aposta e faz fixar no imaginário social coletivo que o direito, a partir de uma coerência lógico-formal, é capaz de alcançar uma solução verdadeiramente justa e imparcial. Contudo, se entendermos o direito na sua perspectiva narrada, podemos perceber que toda e qualquer decisão ou ato de aplicação do direito se faz a partir de uma compreensão singular que carrega as visões de mundo do seu enunciador, o que faz com que esta decisão seja apenas uma possibilidade dentre infinitas outras, bem como faz com que reconheçamos que toda decisão importará sempre uma exclusão.

A segunda inversão a que conduz o paralelo entre a obra de arte e a produção jurídica refere-se ao particular e o universal. O pensamento ocidental dominante, fortemente inspirado na filosofia da consciência de Immanuel Kant, nos leva a conceber o particular como uma entidade que só existe como espécie do gênero universal. Essa necessidade de universalizar o tempo todo é marcada por uma lógica linear que exige classificações estritamente hierarquizadas⁴⁶. (OST, 2005, p. 35). Como consequência, o discurso jurídico se vale o tempo todo de termos universais para se referir apenas a uma parte que integra o todo e, por conseguinte, acaba ditando apenas uma interpretação possível de um dado fenômeno jurídico, político ou social. Diversamente, a obra de arte é capaz de alterar o universal, pois “o imaginário propõe intrigas singulares que têm por efeito desarranjar (desafiar ainda) o universal formal que gostaria de codificar todo o real” (OST, 2005, p. 35).

As duas inversões propostas por François Ost (2005) a partir do paralelo traçado entre a obra de arte e a produção jurídica deixam claro que entender o Direito na sua dimensão narrada nos permite romper com dois dogmas presentes no ensino jurídico tradicional: o primeiro é o de que o Direito não é capaz de acessar nenhuma verdade dos fatos, mas apenas fenômenos. O segundo é que as interpretações possíveis de um fenômeno se multiplicam

⁴⁶ O Direito Administrativo está marcado por diversos exemplos dessa categorização, como a classificação dos atos administrativos e a dificuldade atual de caracterizar o que é ou não considerado serviço público. Exemplo da universalização dos institutos é a forma como a doutrina utiliza o termo “Responsabilidade Civil do Estado” para se referir apenas à responsabilidade pela função administrativa.

infinitamente a depender do seu contexto, não sendo possível a categorização de tais fenômenos, pois eles se apresentam a cada aplicador do Direito de infinitas formas e serão sempre determináveis.

Entretanto, para entender mais claramente como o paralelo traçado entre a obra de arte (entendida aqui como a narrativa de ficção) e a produção jurídica (narrativa jurídica) podem contribuir para a construção de um Direito visto na sua dimensão narrada, François Ost (2005, p. 35-36) nos apresenta à ‘teoria da tríplice mimesis’ de Paul Ricoeur⁴⁷.

Tal teoria é introduzida por François Ost no paralelo entre obra de arte e produção jurídica com dois claros objetivos: primeiro para mostrar que entender o Direito na sua dimensão narrada significa que não se pode perder de vista que ele sempre será construído em relação à experiência de vida de quem faz a sua narrativa; segundo porque é preciso compreender que o Direito na sua dimensão narrada sempre será recepcionado por um destinatário que também tem sua própria compreensão de mundo e a partir da sua perspectiva interna tem o condão de reconstruir o Direito.

Segundo afirma François Ost (2005, p. 36), a atividade mimética referida por Paul Ricoeur em “Tempo e Narrativa” deve ser compreendida sempre como uma atividade produtora. Não deve ser traduzida por imitação, mas sim como imitação criadora, tendo em vista que a imitação de uma ação sempre implicará algum tipo de criação a ela inerente. Para entender como se dá a relação entre o mundo prático (o mundo da ação) e o mundo da obra de arte (entendido como o mundo da narração, do texto), Paul Ricoeur desenvolve três concepções acerca dessa atividade mimética.

A *Mimesis I* (prefiguração) parte do mundo prático da ação, ainda não narrado. Entretanto, mesmo ainda não narrado (não explorado pela atividade poética), esse mundo prático deve ser compreendido como já impregnado de uma pré-narratividade que servirá de base para o próprio ato da narração (MONTEIRO BARBOSA, 2008, p. 10, 61-67). Segundo François Ost (2005, p. 36-37), “tudo se passa como se a experiência humana estivesse desde o início repleta de significações simbólicas à espera de narrativa”. As histórias esperam apenas o narrador para dar-lhes forma e sentido, não obstante tais fragmentos de história já estarem orientados pelas mais variadas regras de significação.

⁴⁷ O referencial teórico adotado neste capítulo é o pensamento de François Ost sobre o direito narrado contraposto ao direito analisado. Dessa forma, a ‘teoria da tríplice mimesis’ que Paul Ricoeur desenvolveu na obra Tempo e Narrativa foi aqui, breve e superficialmente descrita, tão somente a partir do texto de François Ost. A análise da obra Tempo e Narrativa não foi objetivo desta dissertação, até mesmo porque em razão da sua complexidade, seria preciso a ela dedicar-se exclusivamente, o que realmente não era a proposta do nosso trabalho. Foram consultados textos de apoio que permitiram uma compreensão geral, mas sabidamente superficial e parcial da teoria da atividade mimética em Ricoeur.

Essa primeira concepção da atividade mimética interessa à compreensão de um direito narrado na medida em que permite-nos reduzir o abismo que o pensamento analítico moderno construiu entre o ser e o dever-ser, o fato e o direito. Possibilita-nos entender que o fato (o ser) já aparece à nós interpretado, carregado de avaliações implícitas que determinam o seu modo de ser. Permite-nos ainda perceber que, assim como a vida, o Direito está sempre à espera de narrativa (OST, 2005, p. 37).

A *Mimesis II* (configuração) representa o ato de construção no mundo do texto e possui uma função mediadora entre o mundo prático e o mundo do leitor. De uma forma sintética, o ato de configuração promove a coesão entre os acontecimentos individuais e a história considerada como um todo, bem como promove a composição de elementos heterogêneos como, por exemplo, agentes, intenções, circunstâncias, meios e fins (MONTEIRO BARBOSA, 2008, p. 67-68).

Essa segunda concepção da atividade mimética permite-nos perceber que entre a parte descritiva de uma norma, uma decisão ou de qualquer outro texto jurídico e a sua parte prescritiva, existe ‘o narrar’ e é este ato de narrar que constitui o próprio direito. Entre o ser ou o fato, pretensamente neutros, e a norma ou o dever-ser, pretensamente carregada de certezas e imperatividade, está o ato de configurar o direito por sua narração. Este ato pode ser feito de infinitas formas e é sempre marcado “por todo tipo de ambições éticas, de aspirações a valores, de pretensões ao direito” (OST, 2005, p. 40).

Ressaltando que a interpretação é muito mais do que uma ferramenta metodológica de que se valem os operadores do direito, pois constitutiva do próprio direito, Vera Karam de Chueri expõe sua convicção de que o direito deve ser compreendido narrativamente:

“Quando digo que a interseção do direito com a literatura abre o universo de compreensão do fenômeno jurídico, reafirmo a convicção de que não há como compreender o direito descritivamente, a exemplo do que sempre defendeu o Positivismo jurídico, mas há que compreendê-lo narrativa e prescritivamente, na medida em que a narrativa é um terreno intermediário entre os pontos de vista descritivo e prescritivo acerca da ação. Assim, a teoria narrativa pode, genuinamente, mediar entre descrever e prescrever, na medida em que alarga o campo da ação (da prática) e antecipa considerações éticas na própria estrutura do ato de narrar” (CHUEIRI, 2007, p. 120).

A *Mimesis III* (refiguração) é o ato final da atividade mimética que culmina na leitura e representa o mundo da vida do leitor. Segundo François Ost (2005, p. 37), assim como a experiência humana está à espera de narrativas, a narrativa está à espera de leitores e o ato de refiguração nos transporta para o lado do destinatário da obra que, com o ato da leitura, retoma criativamente a obra, ao mesmo tempo que a obra o transforma “Entre o mundo do

texto e o mundo do leitor, arrisca-se um confronto, às vezes uma fusão de horizontes, e tanto mais quanto o leitor não é uma terra virgem, mas um ser já envolvido em histórias, em busca de sua própria identidade narrativa” (OST, 2005, p. 38).

Essa transformação do leitor pela obra é explicada por François Ost (2005, p.39) com a reprodução de dois efeitos dos textos sobre o leitor elaborados por Paul Ricoeur em “Tempo e Narrativa”. A *aisthesis* é, segundo Ost, “o gozo estético que acompanha a suspensão do cotidiano e a surpresa produzida pelo desenraizamento da obra”. Já a *catharsis* é “tradicionalmente compreendida como purificação (purgação) das paixões” e desemboca numa espécie de “clarificação ou de ensinamento obtido da experiência prática e das perplexidades éticas a que o leitor foi confrontado” a partir da leitura.

No contexto da teoria do direito narrado a *Mimesis III* reforça que a narrativa adquire uma dimensão ética. Ela não apenas assume as avaliações pré-narrativas da estrutura da experiência, e nem tampouco somente está impregnada das aspirações éticas e valores do narrador, mas também impele o leitor a sempre buscar um sentido para a sua própria história.

3.1.2 O direito analisado e o direito narrado

As análises realizadas no tópico anterior são a base para a elaboração da ideia de narratividade jurídica como categoria central de uma filosofia do direito, que é explicada por François Ost (2005, p. 41) a partir da teoria do direito narrado que é contraposto a um direito analisado. Em que pese o autor, no decorrer da sua exposição precedente ao desenvolvimento do direito narrado propriamente dito, se referir à essa concepção de direito como uma teoria (OST, 2005, p. 37), ele próprio, ao iniciar o tópico dedicado ao desenvolvimento do direito narrado ressalva que sua intenção não é desenvolver uma verdadeira ‘teoria’ do direito narrado, mas sim sugerir as diferenças essenciais entre o que ele denomina de *direito analisado* e *direito narrado* (OST, 2005, p. 41).

Com tal ressalva, o direito analisado, segundo François Ost (2005, p. 41), seria a compreensão “amplamente analítica, de inspiração estado-legalista e de método positivista” dominante do direito, presente no ensino jurídico e na prática dos operadores do direito. Importante anotar que, ao enunciar a existência de um direito analisado de inspiração “estado-legalista e de método positivista”, entendemos que François Ost não se refere a uma concepção específica do positivismo jurídico, mas sim identifica algumas das ideias centrais que guiam o paradigma positivista do direito, sem se preocupar em identificar as vertentes do positivismo jurídico a que elas pertencem. Assim, na esteira das ideias desenvolvidas por

François Ost, e por considerarmos que o ponto central do seu pensamento é destacar uma visão alternativa ao paradigma positivista, não será o escopo do presente trabalho realizar um estudo em torno do positivismo jurídico e suas diversas concepções⁴⁸, muito embora sua importância não nos seja desconhecida.

Cabe pontuar, entretanto, que de uma maneira geral o paradigma epistemológico positivista⁴⁹, dentro do qual se manifesta o positivismo jurídico, desenvolve-se em torno de pelo menos três ideias centrais assim identificadas: a) busca por fundamentos empíricos/antimetafísicos de pesquisa, consistentes na pretensão por bases certas e objetivas, neutras em termos valorativos e, por isso, passíveis de demonstração; b) manutenção da neutralidade diante do objeto de estudo, resumida na tentativa de evitar incertezas e o subjetivismo de análises valorativas e na intenção de demonstrar premissas pretensamente pautadas em dados objetivos da realidade; c) manejo de uma racionalidade centrada no ideal de certeza matemática, preferencialmente dedutivo-demonstrativa, que se vale do método para alcançar uma pretensa objetividade, como se a dedução-demonstrativa pudesse se afastar dos valores constitutivos da compreensão do intérprete, gerando conclusões certas e inatacáveis (CRUZ, DUARTE, 2013, p. 117).

Muito distante desse direito analisado de inspiração positivista, segundo François Ost (2005, p. 41) está o direito narrado, que é o direito pensado a partir da narratividade social, representada pela necessidade de se pensar o direito a partir da sucessão de fatos e de todos os elementos que integram a sociedade (cultura, mitos, religiões, costumes, arte, literatura, pela história construída e transmitida acerca da evolução da sociedade). O direito não pode ser visto como um simples conjunto de normas imperativas. As normas precisam ser significadas a partir do contexto (das histórias, das narrativas) que lhes deram origem e das narrativas que continuam a existir quando tais normas são aplicadas:

Os juristas aprendem na faculdade que o direito se origina no fato: “*ex facto ius oritur*”. Para a reflexão – será o propósito desse livro demonstrá-lo – seria mais

⁴⁸ Dentro do paradigma epistemológico positivista existem inúmeros vieses de positivismo, dentre os quais exemplificam-se o positivismo filosófico desenvolvido por Auguste Comte, o positivismo psicológico delineado por Bierling, Merkel, Jellinek e outros, o positivismo sociológico de Ehrlich, Weber e o positivismo jurídico. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 117). O positivismo jurídico, por sua vez, pode ser delimitado em positivismo exegético e legalista, manifesto no século XIX e positivismo jurídico contemporâneo dos séculos XX e XXI, como Hans Kelsen, Alf Ross, Hebert Hart e Norberto Bobbio (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 118).

⁴⁹ De acordo com Álvaro Ricardo Souza Cruz e Bernardo Duarte, não há um conceito de positivismo, mas sim inúmeras formas conceituais deste. É possível, entretanto, segundo tais autores, apontar alguns pressupostos compartilhados pelos adeptos das várias concepções de positivismo. A delimitação de tais pressupostos nos levam a identificar *o positivismo como um paradigma epistemológico*, na concepção de paradigma desenvolvida por Thomas Kuhn, segundo o qual paradigma deve ser entendido como um conjunto de realizações científicas universalmente reconhecidas compartilhadas pela comunidade científica (CRUZ, DUARTE, 2013, p. 112).

exato dizer: “*ex fabula ius oritur*” – é da narrativa que sai o direito. Tudo se passa como se, entre toda a gama dos roteiros que a ficção imagina, a sociedade selecionasse uma intriga tipo que ela normatiza a seguir sob a forma de regra imperativa acompanhada de sanções. Mas as coisas não param aí: tão logo estabelecidas, essas escolhas são discutidas, matizadas, modificadas – nos bastidores judiciários em particular, que são como a antecâmara de uma legalidade mais flexível. A intriga jurídica, assim que se estabiliza, retorna à fábula da qual se origina: os personagens reais vão além do papel convencionado das pessoas jurídicas, ao mesmo tempo que peripécias imprevistas obrigam o autor a modificar o *script* (OST, 2005, p. 24).

Uma compreensão mais detida dessas duas perspectivas se dá a partir do estabelecimento das diferenças existentes entre elas. A primeira diferença estabelecida por François Ost (2005, p. 41) consiste na separação irredutível do ser e do dever-ser da qual decorre a distinção entre fato e direito postulada pelo direito analisado. No direito analisado o fato é visto como algo dado, separado de todo o contexto social, que fica à espera de imputação jurídica.

O ensino jurídico dominante continua a respaldar essa separação como algo possível, apesar da prática jurídica, com frequência, relativizar tal distinção. (OST, 2005, p. 42) Um exemplo dessa relativização é a aplicação do enunciado da Súmula n. 07 pelo STJ⁵⁰, cujo teor determina que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL, 1990).

O referido enunciado cristaliza uma posição muito clara no sentido de que é impossível submeter ao tribunal superior por recurso especial a reavaliação dos fatos que sustentaram os acórdãos recorridos. Contudo, o próprio STJ afirma que, em determinadas situações excepcionais, é possível a reavaliação da matéria fática probatória. É o caso, por exemplo, de revisão dos valores fixados a título de danos morais decorrentes de ações de responsabilidade civil em face da Administração Pública, quando o *quantum* arbitrado se mostra irrisório ou exorbitante⁵¹. Em casos como o citado a corte especial admite a flexibilização da Súmula n. 07, o que explicita que a diferença entre questão de fato e questão de direito é nebulosa e tal dualidade não se verifica facilmente na prática jurídica.

⁵⁰ Correspondente à tal enunciado sumular, tem-se no STF a Súmula 279 segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 1964).

⁵¹ É o caso, por exemplo, do Recurso Especial 1540158 / PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJE 31/08/2016. O recorrente ajuizou ação de ressarcimento em face do DER/PR por danos materiais e morais, em virtude do falecimento de seu genitor, que sofreu um acidente na Rodovia PR-340, em face do precário estado de conservação da via asfáltica cuja responsabilidade era do ente público. O juízo monocrático reconheceu a responsabilidade do DER/PR e fixou a indenização por danos morais em R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil), e o Tribunal local reduziu a respectiva indenização para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ao julgar a demanda o STJ, flexibilizando a Súmula 07, procedeu à revisão dos valores fixados a título de danos morais, por considerar que o *quantum* arbitrado se mostrava irrisório diante de casos semelhantes em indenizações por óbito em acidente de trânsito.

Diversamente, o direito narrado parte do pressuposto de que o fato é penetrado de significações e, portanto, não há como dizer que o fato se produz a espera de atribuição de significados ou a espera de imputação jurídica. O operador do direito não é um observador externo capaz de se distanciar do fato observado. Muito mais do que um observador, aquele que opera o direito é um participante que coloca no fato o seu olhar a partir de seu mundo da vida. Assim, o fato (a descrição) e o direito (a prescrição) não podem ser separados de modo científico. Impossível, da mesma forma, pensar que a técnica da linguagem jurídica formal é capaz de descrever as condutas humanas de forma técnica, precisa e fechada.

Como consequência desse dualismo entre fato e direito, tem-se a segunda diferença estabelecida por François Ost (2005, p. 42): o problema da construção da ordem jurídica no direito analisado. Valendo-se de um método de derivação lógico-normativa, o direito analisado entende que a validação de uma norma provém de outra e todas têm fundamento de validade em uma norma fundamental hipotética pressuposta, cuja função fundamental é garantir a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva.

Trata-se, obviamente, de uma referência à “Teoria Pura do Direito” (2009) desenvolvida por Hans Kelsen, teórico positivista, segundo o qual o direito deve se ocupar exclusivamente da norma posta e o conhecimento jurídico deve ser neutro. Ainda segundo Hans Kelsen (2009, p. 217) “a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada”. Por ser uma norma mais elevada, esta norma deve ser pressuposta, uma vez que não poderia “ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”. Assim, a norma fundamental (*Grundnorm*) tem seu fundamento de validade em uma norma fundamental hipotética pressuposta.

Tal concepção piramidal imprime, ideologicamente, a racionalidade analítica no ordenamento jurídico. Essa racionalidade é entendida como o “rigor lógico-formal no encadeamento de juízos”, do qual decorre a noção de ordem jurídica como um “sistema” com pretensão de completude e objetivamente racional nas articulações entre os elementos que o compõem, cujo critério é a coesão de suas normas singulares, garantida por métodos de análise linguística e dedutivos de interpretação (COELHO, 2011, p. 79-80).

Para François Ost (2005, p. 42), além do domínio da racionalidade analítica, um outro problema da construção da ordem jurídica no paradigma positivista kelseniano reside na ausência de reconhecimento de que a norma fundamental não passa de uma narrativa fundadora, que foi construída pela Teoria Pura do Direito, não obstante tal teoria consignar

que a norma fundamental deve ser vista como uma pressuposição lógico-transcendental. Diversamente, o direito narrado não tem problema algum em admitir que o direito se constitui de narrações, mitos e ficções provenientes da sociedade. Não tem problema nenhum em admitir também que tais ficções podem ter um caráter fundador, pois direito e imaginário social são inseparáveis. Dessa forma, o direito na perspectiva narrada se afasta de qualquer pretensão de pureza, na medida em que é “uma prática constitutivamente impura social, histórica e culturalmente enraizada a partir da sua narratividade”⁵² (MÉDICI, 2012, p. 34).

Uma terceira diferença é anunciada por François Ost (2005, p. 43) a partir da constatação de que o direito analisado explica uma série de fenômenos jurídicos a partir da noção de ficção jurídica⁵³. Contudo, o direito analisado coloca tais ficções jurídicas na condição de exceção, dando a ilusão de que todos os outros institutos jurídicos, que não são explicados a partir da noção de ficção, têm existência real. O direito narrado, lado outro, consegue enxergar que, “longe de serem uma exceção intrusa”, tais ficções exprimem a natureza constitutiva do próprio direito. (OST, 2005, p. 43). Nesse sentido, François Ost nos informa que a função de nomeação de pessoas ou coisas pelo direito é o que garante a elas a existência jurídica:

A essas pessoas, o direito atribui papéis e estatutos aos quais se associam direitos e deveres. Toda construção é doravante convencional, e a verdade que se lhe atribui é, ela própria, construída ou interna à narrativa jurídica: far-se-á “como se” tudo isso fosse verdade, como diz muito bem o adágio “res iudicata pro veritate habetur” (“a coisa julgada é tida como verdadeira”) (OST, 2005, p. 43).

A quarta diferença é estabelecida em torno das regras estudadas pelo direito analisado. De acordo com François Ost (2005, p. 43), o direito analisado limita-se a estudar as normas de conduta que traduzem modos imperativos (obrigação, permissão, proibição). Já o direito narrado, baseando-se na teoria dos atos de fala, enfatiza a força performativa⁵⁴ do direito.

⁵² No original: “De ahí lo inconsistente de estudiar el derecho con pretensión de pureza siendo que se trata de una práctica constitutivamente impura social, histórica e culturalmente enraizada desde de su narratividade” (MÉDICI, 2012, p. 34).

⁵³ São exemplos de institutos explicados por ficção legal: a) as sedes diplomáticas que são consideradas um território ficto, de acordo com o art. 22 do Decreto n. 56. 435 de 08 de junho de 1965, que promulgou a Convenção de Viena; b) os bens imóveis por determinação legal do art. 80 do Código Civil/2002, que são bens imateriais (os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram e o direito à sucessão aberta); c) os órgãos públicos que são explicados como “entidades reais, porém abstratas” (MELO, 2014, p. 144).

⁵⁴ A força performativa vem do pensamento do filósofo inglês John Langshaw Austin – J.L. Austin e da sua Teoria dos atos de fala. Ele desenvolveu o conceito de sentença performativa para denominar proferimentos que não são verdadeiros nem falsos. Sentenças performativas designam um tipo de sentença que não declaram e nem descrevem algo, mas simplesmente constituem o próprio ato. São exemplos de sentenças performativas dados por AUSTIN: “Aceito esta mulher como minha legítima esposa”, “Lego a meu irmão este relógio” (AUSTIN, 1990, p. 24 – 25).

Vale-se da teoria dos atos de linguagem para exprimir normas constitutivas, que não se limitam a regular comportamento já existentes, mas constituem literalmente os comportamentos visados pela norma. Para o direito narrado, ao nomear a realidade o direito está a construindo. Portanto, para que essa construção seja possível ela deve ser feita a partir da vontade humana com as nossas visões e vivências.

Nessa última diferença exposta reside um ponto essencial da compreensão do direito na sua perspectiva narrada. Compreender que o direito, muito mais do que regular comportamentos os constitui, permite-nos enxergar que o direito tem a capacidade de habilitar quem são os sujeitos de direito e em quais condições e situações determinadas eles irão atuar. Dessa forma, François Ost (2005, p. 43) afirma que “essas regras constitutivas são, e é o ponto essencial, produtoras de instituições: elas habilitam os jogadores e definem seus poderes respectivos, determinam os objetos em disputa, fixam os objetivos do jogo”.

Em quinto lugar situa-se a constatação de que o direito analisado concebe o raciocínio jurídico a partir de um método formal e dedutivo, segundo o qual “a lei aplica-se ao fato”. O direito narrado, contrariamente, por enxergar que o fato possui significado e valor e que não se produz a espera de significação e nem de imputação de consequências jurídicas, vale-se do método da coerência narrativa, que reconhece o contexto no qual a norma e o fato estão inseridos (OST, 2005, p. 44-45).

A sexta diferença refere-se ao fato de que o direito analisado, além do seu caráter analítico⁵⁵, é caracterizado por uma concepção instrumental e utilitarista do racional. A sociedade é explicada a partir da busca por interesses individuais (interesses econômicos, políticos e etc). A justiça surge do autointeresse dos indivíduos e não de um sentido de justiça compartilhada. O direito narrado, ao contrário, enxerga “que o homem não é sempre, nem necessariamente, racional nesse sentido, mas que busca também satisfações simbólicas porque adere a significações sociais instituintes” (OST, 2005, p. 45).

No plano temporal do direito reside a sétima diferença enunciada por François Ost. O direito analisado preocupa-se muito mais com estruturas do que com a história e encara as transições jurídicas de forma lógica e sucessiva, sem se preocupar em explicá-las de maneira contextualizada histórica e socialmente. O direito narrado parte do pressuposto de que a compreensão de um fenômeno jurídico deve levar em conta a dinâmica, as transformações

⁵⁵ Esse caráter analítico pode ser extraído da pretensão do direito analisado de perfeita adequação da norma ao fato, bem como pode ser extraído dos métodos interpretativos de análise linguística e dedução que estabelecem liames analíticos entre princípios e regras, como bem lembra Luiz Fernando Coelho (COELHO, 2011, p. 79).

ocorridas no interior da sociedade, tão importantes ou mais ainda que a consideração estática de critérios materiais para delimitá-lo (OST, 2005, p. 46).

A última diferença, é enunciada por François Ost (2005, p. 46) com a retomada da inversão particular e universal já tratada anteriormente neste capítulo. O direito analisado, por se articular em torno de normas escalonadas que têm a pretensão de regular o comportamento humano de forma totalizante, apreende com dificuldade o caso particular e as pessoas consideradas na sua individualidade. Já no direito narrado é a partir da história singular que o direito se constrói e reconstrói, tendo em vista que a interpretação é constitutiva do próprio direito.

É, portanto, a partir do estabelecimento dessas diferenças que François Ost nos permite pensar o direito na sua dimensão narrada. No contexto do presente trabalho, como se verá no capítulo seguinte, o direito narrado nos permitirá ressignificar a responsabilidade civil da Administração Pública de modo a desvelar o sujeito real de direito a que ela visa proteger.

Por fim, é imperioso ressaltar que quando se entende que o direito é constituído por narrativas, permite-se a abertura de seus variados sentidos, bem como permite-se entender que o direito nos induz a aceitar como verdade dogmática o que é apenas aparência, conforme ressalta François Ost:

Assim a exploração do avesso do cenário jurídico, que terá revelado suas ficções e suas construções em *trompe-l'oeil*⁵⁶, seus artifícios e seus efeitos de cena, produzirá, no mesmo movimento, tanto um saber crítico das construções jurídicas quanto um começo de refundação destas com base num conhecimento ampliado dos poderes da linguagem, bem como dos meandros da razão prática (OST, 2005, p. 26).

3.1.3 A filosofia da linguagem como fundamento para o direito narrado: a fenomenologia de Martin Heidegger

Assentado o que se entende por *direito narrado* e *direito analisado*, é possível identificar que a perspectiva do *direito narrado* se funda e se alia ao paradigma da filosofia da linguagem, enquanto a perspectiva do *direito analisado* encontra-se arraigada ao paradigma da filosofia da consciência. A filosofia da consciência preconizava a possibilidade de redução do mundo de forma objetiva, passível de ser percebida e conformada pela consciência do

⁵⁶*Trompe-l'oeil* é uma técnica artística utilizada nas artes plásticas e na arquitetura que, com truques de perspectiva, cria uma ilusão ótica que faz com que formas de duas dimensões aparentem possuir três dimensões. Provém de uma expressão em língua francesa que significa "engana o olho". Disponível em: <<http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/trompe-l-oeil>> e <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Trompe-l%27oeil>>.

homem. Calcada na separação entre sujeito e objeto e no caráter solipsista do conhecimento, tal pensamento filosófico foi determinante para a construção de um paradigma da linguagem como representação do mundo que se tornou dominante no contexto ocidental.

Na tentativa de abandonar a perspectiva de supervalorização da razão, e, enxergando que o acesso ao conhecimento se dá muito mais de uma maneira afetiva do que objetiva, surge o paradigma da filosofia da linguagem. A linguagem é vista como constitutiva do mundo e do próprio sujeito, tendo em vista que o sujeito só é capaz de conhecer o mundo pela linguagem, e, portanto, não há separação entre eles. Diversas são as correntes teóricas que se dedicaram ao estudo da linguagem⁵⁷. Entretanto, como forma de delimitação metodológica, o presente tópico adotará como referencial teórico, inserido dentro do paradigma da filosofia da linguagem, o pensamento de Martin Heidegger em “Ser e Tempo” (2014) e desenvolverá, de forma singela, alguns pontos do seu pensamento que nos permitem compreender o direito na sua perspectiva narrada.

Como visto no tópico anterior, a construção do pensamento de François Ost ao desvelar a dimensão narrada do direito, pauta-se na ideia de que o magma de significações que o formam deve ser encarado como potência, que tem como característica a provisoriedade, representada por significações sempre determináveis e nunca determinadas. Ao conceber o sujeito como autor do mundo e propor que toda a compreensão se dá a partir da possibilidade de pluralidade de sentidos que a ele se abre, Martin Heidegger nos mostra que o ato de conhecer não pode ser reduzido a esquemas cognoscitivos lógico-dedutíveis, calcados na subsunção (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 23).

Importante esclarecer que com esta última afirmação não estamos aqui sustentando que qualquer tipo de método no direito deva ser rejeitado. Com a fenomenologia de Martin Heidegger, partimos da percepção de que tudo o que se pretende alcançar com o método somente se legitima naquilo que o homem quer repetir e confirmar (o resultado que se pretende alcançar com o controle do método já é de antemão por ele desejado). Nesse sentido, Martin Heidegger sustenta que qualquer classificação implica uma redução e que essa redução deve ser problematizada (CRUZ, 2011, p. 131).

A necessidade de problematização das reduções operadas no discurso jurídico é exatamente o que o direito narrado nos apresenta. Na sua perspectiva narrada, a constituição do direito se dá por um “magma de significações” que não pode ser reduzida a “códigos

⁵⁷ Podem ser citados, exemplificativamente, como representantes da filosofia da linguagem Edmund Husserl, Friedrich Ludwig Gottlob Frege, Bertrand Russell, Rudolf Carnap, Ludwig Wittgenstein, Austin, Searle, Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas. (CRUZ, 2011, p. 69-176).

lógicos obrigados à determinabilidade” e nem pode rejeitar tais códigos a ponto de se transformar em um verdadeiro “caos de significações ininteligíveis”. O direito deve ser visto como reserva de significações em potência, que permanece indefinidamente determinável, tendo em vista que, “por numerosas que sejam as significações determinadas que dele se obtiver, nenhuma esgotará sua fecundidade” (OST, 2005, p. 28).

Martin Heidegger se insurge contra a linguagem apofântica que traz com ela a unilateralidade de sentidos, decorrente da tradição de se compreender as coisas como coisas, desligadas do *Dasein*. O homem, designado pela expressão *Dasein*⁵⁸ (*ser-aí*) é percebido como aquele que se propõe questionar sobre o sentido do ser e que, por consequência, não se deixa ser reduzido à noção de ser, pois sua existência é sempre um *poder-ser* (CRUZ, 2011, p. 124).

O *Dasein* é percebido também como um “ser lançado no mundo”⁵⁹, tendo em vista que, muitas das circunstâncias que determinam as nossas interações com o mundo não estão ao alcance das nossas escolhas (não escolhemos o nosso nome, a família, o país que nascemos, a língua de origem). Todavia, essas circunstâncias pautarão, em alguma medida, a forma como iremos interagir com o mundo e, conseqüentemente, constituirão a nossa existência (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 22).

E é justamente a circunstância de ser um “ser lançado” que confere ao *Dasein* a condição de estar em uma relação circular com o mundo. Trata-se de uma relação de imanência, segundo a qual um é constitutivo do outro, e de transcendência, uma vez que, enquanto o *Dasein* altera o mundo, é também por ele alterado. Isso faz com que o *Dasein* seja, desde sempre, um projeto, que se compreende como “poder-ser”, no sentido de que ele irá operar com e a partir do que lhe é dado como “ser lançado”. Diante disto, fala-se que a fenomenologia de Martin Heidegger é “o deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo” (HEIDEGGER, 2014, p. 74).

Dessa forma, Martin Heidegger nos mostra que ao invés de descrever o fenômeno que se apresenta diante de nós, precisamos perguntar sobre o que está velado por detrás dele, isto é, o ser por detrás do ente. Nós só podemos ter acesso ao ente do ser e não ao “ser-em si”, ou àquilo que era chamado pela filosofia clássica de essência do ser. Com base nessa constatação, Martin Heidegger afirma que a busca da verdade se dá pelo desvelamento do

⁵⁸ Nas palavras de Heidegger o *Dasein* “é o ente que eu mesmo sempre sou, o ser sempre meu” (HEIDEGGER, 2014, p. 170).

⁵⁹ Interessante anotar que a noção de “ser lançado” para Heidegger levou à construção da noção de “ser citado” para Derrida, que é o ser jogado dentro de uma gramática profunda. Assim, mais do que influenciarmos e somos influenciados no mundo (*ser-lançado-no-mundo*), para Derrida somos sempre citação do outro. Há sempre a possibilidade de retirar o ser de um contexto e colocá-lo em outro.

ente (*a-létheia*). Com a *a-létheia* as coisas são abertas ao diálogo de modo a permitir-lhes uma refundação de sentidos, pois são incontáveis os caminhos de acesso ao ente (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 22-23).

A possibilidade de questionar sobre o ser por detrás do ente é designada por Martin Heidegger como um privilégio exclusivo do *Dasein* denominado por ele de privilégio ôntico. Quando ele exerce de maneira efetiva esse privilégio ôntico, abrindo-se a si mesmo a compreensão do ser, o *Dasein* alcança o seu privilégio ontológico. Dessa maneira, o *Dasein* é o único que tem o privilégio ôntico de ser ontológico (CRUZ; WYKROTA, 2015, p. 22-23).

O exercício do privilégio ontológico é explorado por Heidegger ao ressaltar que o indivíduo é sempre possibilidade, e, como tal, possui permanentemente uma condição ambígua representada pela sua existência autêntica e inautêntica que se manifestam em dois planos: o existencial e o existencial. No plano existencial a existência inautêntica se traduz no modo impessoal de ser mais um na multidão⁶⁰. No plano existencial ela se manifesta pelo ato de abstenção da pergunta pelo sentido do ser. Já a existência autêntica, no plano existencial, se manifesta pela possibilidade do *Dasein* questionar os seus valores e no plano existencial pela utilização do seu privilégio ontológico. É para o plano existencial que o pensamento de Martin Heidegger se volta (CRUZ, 2011, p. 122-123).

O questionamento sobre o ser por detrás do ente tem como ponto de partida a reformulação do ato de conhecer com a substituição do “como apofântico” pelo “como hermenêutico”⁶¹. Para Martin Heidegger “o enunciado não paira no ar, desligado e solto, a ponto de poder por si mesmo abrir pela primeira vez o ente como tal” (HEIDEGGER, 2014, p. 218). Todo enunciado liga-se ao *Dasein* e todo enunciado necessita de uma concepção prévia que se dá pelo contexto no qual está inserido e, por isso, a compreensão não pode ser um processo estático e submetido à métodos, pois o método fecha a compreensão humana, que sempre é uma possibilidade, é sempre um “por-vir” (HEIDEGGER, 2014, p. 219).

⁶⁰ O “ser mais um na multidão” fica claro no seguinte trecho de *Ser e Tempo*: “Na utilização dos meios de transporte público, no emprego dos meios de comunicação e notícias (jornal), cada um é como o outro. Este conviver dissolve inteiramente a própria presença no modo de ser dos “outros”, e isso de tal maneira que os outros desaparecem ainda mais em sua possibilidade de diferença e expressão. O impessoal desenvolve sua própria ditadura nesta falta de surpresa e possibilidade de constatação. Assim, nos divertimos e entretemos como *impessoalmente* se faz; lemos, vemos e julgamos sobre literatura e a arte como *impessoalmente* se vê e julga; também nos retiramos das “grandes multidões” como *impessoalmente* se retira; achamos “revoltante” o que *impessoalmente* se considera revoltante. O impessoal, que não é nada determinado, mas que todos são, embora não como soma, prescreve o modo de ser da cotidianidade” (HEIDEGGER, 2014, p. 184).

⁶¹ Com a análise da proposição “O martelo é pesado”, Heidegger constrói a passagem do “como apofântico” para o “como hermenêutico”, representada pela forma interrogativa “O martelo é pesado?”. Na linguagem apofântica o martelo é colocado como um ser simplesmente dado. Na forma interrogativa a mesma proposição coloca em evidência que alguém deve responder à pergunta e esse alguém é o *Dasein*, o único capaz de perquirir o sentido do ser (CRUZ, 2011, p. 125).

Partindo da premissa de que para compreender o *Dasein* precisa estar em uma relação de abertura com o mundo, Heidegger se vale dos “existenciais⁶²” para explicar como se estrutura tal abertura. A *compreensão*, a *disposição afetiva* e a *linguagem* são “existenciais” que constituem a abertura do *Dasein* para o mundo. A *compreensão*, como já se tangenciou anteriormente, é vista como um existencial, porque ela é sempre um olhar lançado pelo *Dasein* enquanto “ser-no-mundo”, e, como tal, nunca será capaz de atingir a completude de significações possíveis do mundo.

Essa incapacidade de se alcançar a completude de significações está relacionada ao fato de que compreender é também sentir, e, portanto, Martin Heidegger afirma que a compreensão é co-originária da forma como o *Dasein* é tocado pelo mundo. Como não existe razão pura, o *Dasein* é *disposição afetiva* e a cada experiência vivenciada, ele se vê diante de sentimentos que orientam o seu “poder-ser” e interferem na sua forma de compreensão (CRUZ, 2011, p. 133-134).

A *linguagem*, considerada por Martin Heidegger como “a morada do ser”, é vista também como forma abertura do *Dasein* ao mundo, tendo em vista que, para além de um instrumento de representação do mundo, a linguagem possibilita o desvelamento do ente que oculta o ser, mediante a atribuição de sentido por meio da sua significação, que é sempre o “dizer algo sobre algo” (CRUZ, 2011, p. 136-137).

A compreensão da significação do ente, estruturada pelos existenciais, se dá pelo “evento apropriante”⁶³ por meio do qual o *Dasein* se apropria do mundo e é por ele apropriado. O único ente do mundo que possui existência é o *Dasein*. Todos os demais entes são designados por Martin Heidegger como “instrumentos-para” e tem sua significação aberta ao *Dasein* a partir da forma como a ele se apresentam. As coisas, dessa forma, deixam de ser concebidas como simples presença (CRUZ, 2011, p. 126-127).

As nossas aberturas ao mundo, quando aplicadas ao modo pelo qual conhecemos o direito, nos fazem perceber que, assim como no mundo da vida, a nossa compreensão acerca

⁶² A palavra “existenciais” é uma tradução de *ek-sistencias*, que no texto de Heidegger vem de *ek-sistere*. *Ek-sistere* é o termo que expressa a abertura do *Dasein* ao mundo. Segundo alerta Alvaro Ricardo Souza Cruz (2011, p. 123), “o emprego da expressão *ek-sistere* não pode ser naturalizado, sob pena de incompreensão do seu projeto.” Compreender que a existência para Heidegger é sempre um *ek-sistere*, é compreender que a existência é algo sempre a caminho da possibilidade, que ultrapassa a simples presença. Os existenciais não são propriedades de algo simplesmente dado, mas sim modos de ser do *Dasein*. Importante lembrar que a renovação da filosofia proposta pela Fenomenologia de Heidegger implicou renovação dos próprios termos linguísticos que o filósofo dispunha, fato que o fez criar novos termos como o aqui tratado.

⁶³ O termo utilizado por Heidegger para se referir ao “evento apropriante” é *ereignis*. Uma caneta tem seu sentido desvelado, a partir do evento apropriante, como um objeto que será utilizado para a confecção de uma peça processual, ou para a escrita de uma carta, ou para fazer anotações, por exemplo (CRUZ, 2015, p. 43). No campo do direito, um exemplo possível é como a noção de interesse público pode ter seu sentido desvelado de infindáveis formas.

do direito, seja observando, descrevendo ou julgando, sempre antecipa algum sentido, impedindo a linearidade na qual se baseia o método analítico e descritivo do direito analisado. Lado outro, o pensamento de Martin Heidegger se aproxima da perspectiva identificada como *direito narrado*, pois tal forma de compreender o direito possibilita a dinâmica do desvelamento das narrativas que o constituem.

3.2 O direito narrado e o ‘giro descolonial’

A teoria do direito analisado e do direito narrado de François Ost (2005) foi utilizada por Alejandro Mé dici (2012) na obra “*La Constitución Horizontal: teoría constitucional y giro decolonial*” para demonstrar o caráter moderno/colonial do direito, relacionando o direito analisado a um direito com pretensão monista e um direito narrado a um direito pluralista. Tal análise culmina na demonstração de que a compreensão do direito na sua dimensão narrada pode contribuir para o resgate da sua dimensão cultural, importante para explicitar a diversidade sociocultural das formações políticas da América Latina interdita pelo formalismo jurídico.

Essa abordagem acerca da teoria do *direito analisado* e do *direito narrado* é importante para o presente trabalho na medida em que contribuirá para apontarmos no próximo capítulo, que a modernidade/colonialidade também está presente no discurso jurídico dominante acerca da responsabilidade civil da Administração Pública.

3.2.1 O caráter moderno/colonial do direito monista analisado

Partindo das diferenças estabelecidas por François Ost (2005) e já explicitadas neste capítulo entre o direito analisado e o direito narrado, Alejandro Mé dici (2012) acrescenta ao direito analisado o adjetivo ‘monista’ para identificar que o direito analisado, além de ser aquele descrito como a compreensão dominante no ensino jurídico e nas práticas dos operadores do direito que se autocompreende através das teorias positivistas e analíticas, é também uma compreensão do direito relacionada à ideia de modernidade/colonialidade, bem como à pretensão moderna de unidade ou monismo, caracterizado pelo fechamento do sistema e pelo afastamento de qualquer outra forma de direito que não seja aquela que foi imposta pelo modelo de Estado Constitucional de Direito.

Segundo afirma Alejandro Mé dici (2012, p. 31), a relativa inconsistência do modelo de Estado constitucional adotado na América Latina em relação à diversidade sociocultural

identificada na nossa região tem a ver com a construção da modernidade que fecha os olhos à colonialidade. O direito, entendido como linguagem normativa do poder estatal, é o componente jurídico desta modernidade e, portanto, se constrói sobre premissas epistemológicas coerentes com o caráter moderno/colonial.

O discurso jurídico de caráter moderno/colonial é marcado pela pretensão de unidade ou monismo, consistente na sua apresentação como um sistema fechado e impermeável em relação às formas de normatividade consuetudinárias, informais e de textura simbólica que são constituídas a partir das narrativas próprias da pluralidade social (MÉDICI, 2012, p. 31).

Para uma ampla compreensão acerca dessa pretensão monista do direito, Alejandro Médici (2012, p. 27) entende que é imprescindível situar a teoria constitucional na história colonial da América Latina. Para tanto, o autor defende que o processo constitucional no qual estão inseridas as sociedades latino-americanas deve ser analisado, antes de tudo, sob a perspectiva das categorias inseparáveis e simultâneas da modernidade e da colonialidade.

Assim, calcado no pensamento de autores como Enrique Dussel, Imanuel Wallerstein e Aníbal Quijano⁶⁴, o autor parte da premissa de que a origem da modernidade deve ser fixada com o processo histórico de invasão e conquista da América em 1492, quando ocorreu a expansão comercial do Atlântico pelos países europeus. Essa expansão comercial europeia foi o que permitiu a formação de hegemonias e disputas no mundo capitalista, bem como foi o que também possibilitou os processos de dominação e hierarquização de zonas mundiais centrais e periféricas, tendo como consequência a colonialidade do ser, do saber e do poder daqueles que não pertenciam ao eixo central europeu. A modernidade surgida a partir dessa corrida da expansão europeia se baseia em um processo violento de acumulação de capital e de classificação das populações mundiais (MÉDICI, 2012, p. 27 -28).

No mesmo sentido é a denúncia feita por Ricardo Sanín Restrepo (2014), segundo o qual a análise do fenômeno do direito nas sociedades latinoamericanas deve ser precedida da conscientização de que a realidade particular dessas sociedades está afetada pela modernidade/colonialidade. Somente a partir dessa conscientização é que novos caminhos e

⁶⁴ Ao citar o pensamento de DUSSEL, WALLERSTEIN e QUIJANO, Alejandro Médici o faz de forma introdutória, afirmando não ser o seu objetivo o aprofundamento na teoria de cada um deles. Contudo, ressalta a importância desses autores para o giro descolonial que propõe, imprescindível ao desenvolvimento de um constitucionalismo latino-americano voltado ao contexto regional. Segundo MÉDICI, todos esses autores questionam a modernidade e sua simbiose com a colonialidade. DUSSEL, ao trabalhar com a filosofia da libertação, expõe as falácias eurocêntricas da modernidade que partem de uma história pretensamente “universal” baseada no centro Grécia/Roma/Cristianismo/Modernidade (DUSSEL *apud* MÉDICI, 2012, p. 28). WALLERSTEIN desenvolveu o Sistema/Mundo, com a hierarquização das zonas Centro/Semiperiferia/Periferia (WALLERSTEIN *apud* MÉDICI, 2012, p. 27). QUIJANO elaborou o conceito de colonialidade do poder moderno, expondo que a classificação dos grupos pelas posições sociais pressupõe formas de controle global do trabalho pelo capitalismo (QUIJANO *apud* MÉDICI, 2012, p. 29).

possibilidades se abrirão à construção de uma teoria constitucional efetivamente adequada à realidade da América Latina⁶⁵.

Citando Anibal Quijano como o responsável pela diferenciação entre colonialismo e colonialidade, em sua teoria crítica constitucional Sanín Restrepo (2014, p. 141) define colonialismo como sendo a intervenção direta no domínio do território e do governo de um povo. Já a colonialidade é caracterizada pelas transformações dos diversos tipos de domínios econômico, ideológico e jurídico, não mais necessariamente exercidos pela ocupação territorial, mas que continuam determinando o agir dos países colonizados, mediante diversas imposições que vão “desde a subordinação a organismos internacionais até à imposição sutil e efetiva de escolas de pensamento.”

Dentre os processos de dominação iniciados com a expansão comercial europeia no século XV e perpetuados até os dias atuais, insere-se a imposição de um modelo de Estado e do sistema jurídico que regula as relações nesse Estado. Trata-se de um modelo de Estado liberal que consagra uma suposta titularidade de direitos subjetivos sustentada por uma igualdade formal perante o ordenamento jurídico que oculta essa diferença colonial e desconsidera a realidade local. (RESTREPO, 2014, p. 148 – 152).

Comungando da ideia de que a análise das relações simbióticas existentes entre modernidade/colonialidade não podem ser dissociadas da elaboração de qualquer teoria constitucional, Luiz Fernando Coelho reconhece a presença da perspectiva modernidade/colonialidade no constitucionalismo brasileiro ao afirmar que

A feição atual do constitucionalismo brasileiro é ainda a ideologia de que o Estado e os instrumentos normativos estão a serviço, não dos nobres ideais que inspiram o retorno à democracia, nem dos interesses generalizados das camadas mais pobres da população, mas do sistema econômico mundial que se vale do colonialismo cultural, onde não falta a corrupção do setor público, para impor seus próprios critérios normativos, ainda que disfarçados sob uma falsa ética da liberdade. (COELHO, 2011, p. 77)

A formulação de uma teoria constitucional voltada para o contexto da América Latina depende da conscientização de que as perspectivas modernidade/colonialidade afetam “o imaginário social, a memória histórica e as formas de conhecimento” das sociedades

⁶⁵ Tal concepção também foi exposta no texto do mesmo autor intitulado *Cinco Tesis desde el Pueblo Oculto* no qual a quarta tese formulada consiste na constatação de que “qualquer caminho para a emancipação passa pelo reconhecimento da relação que existe entre modernidade e colonialidade” e a quinta tese enuncia que o “direito constitucional latino-americano, quando se adapta pacificamente aos postulados clássicos do direito europeu sem mínima crítica/reflexão sobre seus fundamentos e limites teóricos passa a ocupar o lugar de um laçao da história e de auxiliar da brutalidade da exclusão social”. (RESTREPO, 2012, p. 26 – 32).

dominadas pelo “universalismo *a priori* e abstrato das formas de conhecimento e cultura eurocêntricas” (MÉDICI, 2012, p. 29).

O ‘giro descolonial’⁶⁶ proposto por Alejandro Médici parte da ideia de que o mundo deve ser pensado a partir da existência de inúmeras possibilidades e alternativas que se contrapõem à pretensão de universalidade presente na perspectiva da modernidade/colonialidade, que está presente nas teorias constitucionais clássicas.

Afirma ainda o mesmo autor que o sistema jurídico monista analisado tende a reduzir toda a complexidade social e do fenômeno jurídico a simples antinomia de conceitos, tais como público/privado, legal/ilegal (MÉDICI, 2012, p.32 – 33). Estas antinomias revelam que a racionalidade analítica é o elemento primordial do direito analisado. Para se chegar a um juízo acerca da legalidade ou da ilegalidade, por exemplo, a concepção piramidal da ordem jurídica acaba esvaziando o conteúdo fático e axiológico do direito com o processo de progressiva abstração inerente ao conceito lógico-formal de “sistema” jurídico, uma vez que o fundamento para a definição do juízo de legalidade é a coerência lógica entre o que a norma dispõe e o que é disposto por outras normas.

Segundo aponta Luiz Fernando Coelho (2011, p. 80) a ideia lógico-formal que orienta a concepção analisada do direito está ligada aos princípios de identidade e de não contradição⁶⁷, que são fundamentos do método dedutivo. O direito analisado parte de um enunciado ou conhecimento tido por verdadeiro e dele procura extrair enunciados ou conhecimentos particularizados, subentendidos no primeiro. Esta lógica de operação do direito analisado é o que permite ao direito, segundo denuncia o referido autor, ser um instrumento de neutralização de uma série de relações invisibilizadas e de naturalização de outras relações tidas como hegemônicas:

Fácil é então verificar as possibilidades ideológicas que se apresentam, pois, se a derivação de verdades a partir das leis naturais é admitida nas ciências da natureza, nas sociais é possível percorrer o caminho inverso: estabelecer como verdades os enunciados ou conhecimentos tópicos, que dizem respeito a interesses e valores a

⁶⁶ MÉDICI afirma que a ideia do chamado “gyro decolonial” tem sido desenvolvida por um conjunto de autores como, Walter Mignolo, Santiago Castro Gómez, Ramón Grosfoguel e Nelson Maldonado Torres, entre outros. O ‘giro descolonial’ preconizado por essa linha de pensamento, ao mesmo tempo que evidencia as falácias do projeto da modernidade, expõe a possibilidade da pluriversidade e do fortalecimento dos projetos regionais se contrapõem à compreensão eurocêntrica de conhecimento. Não há uma tradução exata da expressão “gyro decolonial” para o português. Diante disso, em tradução livre e, tendo em vista que o prefixo “des” na língua portuguesa significa uma ação contrária, optou-se neste trabalho pela utilização da expressão ‘giro descolonial’.

⁶⁷ Tais princípios, conforme anota Álvaro Ricardo Souza Cruz (2011, p. 20) tomaram corpo na filosofia de Aristóteles que aprimorou a noção de verdade como correspondência, a ela acrescentando a noção de verdade também como coerência. Acreditando que tudo possui uma essência fixa e que essa essência pode ser obtida pela descrição categorial do ser, Aristóteles entendia que a verdade poderia ser alcançada pelo critério de correspondência com a realidade, conjugado ao critério de não-contradição obtido pela lógica.

serem protegidos, e então buscar um princípio geral, apodítico e indemonstrável em si mesmo que possa ampará-lo, para finalmente apresentar esses interesses e valores como derivação analítica do princípio geral. Daí que interesses que dizem respeito a um grupo passam a revestir-se de aparência de verdade incontestável (COELHO, 2011, p. 80).

A utilização do direito pautado na racionalidade analítica como um instrumento legitimador de dominação do poder econômico, do qual decorre o político, é também uma crítica feita por Ricardo Sanín Restrepo e Gabriel Méndez Hincapié (2012), no texto intitulado “A Constituição Encriptada: novas formas de emancipação do poder global”⁶⁸. Os autores denunciam que o Direito é um instrumento de dominação do poder econômico, na medida em que o texto jurídico, notadamente o texto das constituições contemporâneas, possui a seguinte estrutura: uma parte transparente, acessível ou aberta e outra encriptada (MÉNDEZ HINCAPIÉ; SANÍN RESTREPO, 2012, p. 111-112). A primeira é aquela parte das constituições contemporâneas que trazem disposições sobre princípios, garantias e direitos colocados na linguagem jurídica como universais, acessíveis a todos e de fácil compreensão por todos. Na visão dos autores essa parte transparente da constituição é feita para fracassar, a partir da sua neutralização pelo próprio Direito. Tal neutralização se dá pela parte “encriptada” da constituição, que se vale da linguagem técnico-jurídica, detida tão somente pelos operadores do direito, para interpretar os princípios, direitos e garantias contidos na parte transparente, restringindo-os a um grupo restrito de sujeitos, cujo reconhecimento como sujeitos de direito possa, pontualmente, interessar ao poder econômico global.

A crítica que tais autores fazem em relação ao Direito não reside, propriamente, na linguagem utilizada pelo Direito, mas sim na apropriação dos métodos interpretativos enunciadores do Direito⁶⁹ (SANÍN RESTREPO, 2014, p. 31).

Partindo da ideia de que o direito tem por objetivo absorver e abafar todo o conflito político⁷⁰, entendido como a possibilidade de se discutir as relações de poder que são

⁶⁸ Tal crítica foi desenvolvida em co-autoria pelos autores citados no texto “La Constitución Encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global” (2012). Há, contudo, obra individual posterior de Ricardo Sanín Restrepo (2014), na qual o autor aprofunda a ideia de encriptação do discurso jurídico, relacionando-a com a democracia radical ou “a enésima potência”. As ideias aqui reproduzidas sobre tais autores foram objeto de artigo publicado no CONPEDI (CARVALHAIS, 2015).

⁶⁹ A partir das considerações feitas pela banca examinadora é imperioso registrar que a encriptação assume nesta dissertação um importante papel, que é o de sustentar que a ideia de responsabilidade narrada, na perspectiva ética da alteridade desenvolvida no capítulo anterior, é encoberta pela linguagem descritiva que se faz da responsabilidade civil da Administração Pública. O efeito prático da responsabilização pública, que é o pagamento da indenização, não é acessível a todos indistintamente e não é capaz de transformar a realidade administrativa, impedindo a repetição da conduta administrativa danosa. A encriptação parte da constatação de que o direito, ao monopolizar a exclusão do povo (considerado todos menos um), busca a proteção do próprio direito e não dos fins a que ele se destina.

estabelecidas na sociedade, Ricardo Sanín Restrepo (2014, p. 44), posteriormente em obra individual, sustenta que a necessidade de restaurar o conflito como a essência de uma democracia efetiva, leva à necessidade de desconstrução de modelos jurídicos que, em última análise, se fundamentam na promessa de um consenso racional e universal, impossível de se alcançar sem um prévio debate político sobre a existência de realidades sociais antagônicas e desiguais⁷¹.

Essa desconstrução do modelo jurídico dominante é possível pela “descriptação do poder” que tem origem no reconhecimento de que a possibilidade de se discutir o conflito político encontra-se travada pelo sistema jurídico liberal que acaba por encobrir diversas formas de manifestação do poder global no discurso jurídico. O poder está escondido, oculto por detrás do texto jurídico e é ele que determina quais interesses devem ser reconhecidos previamente como legítimos e quais sujeitos devem ser reconhecidos pela ordem jurídica.⁷² (RESTREPO, p. 206-208)

A tese fundamental da descriptação do poder supõe, portanto, que o discurso jurídico moderno utiliza a encriptação para impedir a manifestação da democracia efetiva, que é baseada na diversidade e pluralidade de conflitos existentes em uma sociedade desigual. Dessa forma, o que se tem é uma democracia meramente formal, que tem como instrumento um Direito moderno ditado por uma única interpretação possível, já previamente estabelecida e estática, apesar de revestir-se de aparência de que são admitidas múltiplas interpretações. Nesse sentido Sanín Restrepo explica que

Quando o direito liberal simula o conflito (em processos judiciais, em eleições, no mercado) simula simultaneamente, no mesmo ato, as condições de validade de qualquer síntese possível entre partes antagônicas. Dessa forma, quando o liberalismo produz uma síntese, na verdade, produz a simulação de uma síntese, onde tudo permanece como estava⁷³. (SANÍN RESTREPO, 2014, p. 275)

⁷⁰ Sobre a necessidade de se evidenciar o conflito político para se chegar a uma democracia radical a teoria crítica constitucional cita o pensamento da cientista política belga Chantal Mouffe (MOUFFE, 2000, p. 98 *apud* RESTREPO, 2014, p. 44).

⁷¹ No texto *Cinco Tesis desde el Pueblo Oculto* tal concepção é apresentada pelo autor como sendo a quinta tese do povo oculto, segundo a qual “a ordem da democracia é o conflito. A democracia é a única e autêntica forma de se chegar ao político.” (RESTREPO, 2012, p. 32-37)

⁷² Em que pese a Teoria Crítica Constitucional ser objeto de obra de autoria exclusiva de RESTREPO, o próprio autor alerta que a ideia de descriptação do poder, que compõe a sua teoria, foi desenvolvida em co-autoria com o filósofo Gabriel Méndez Hincapié no artigo intitulado “La Constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global” (HINCAPIÉ e RESTREPO, 2012, p. 97-120)

⁷³ “Cuando el derecho liberal simula el conflicto (em procesos judiciales, em elecciones, em el mercado) simula em el mismo acto las condiciones de validez de cualquier síntesis posible entre partes antagónicas. De manera que cuando el liberalismo produce una síntesis, realmente produce la simulación de una síntesis donde todo permanece como estaba.”(RESTREPO, 2014, p. 275).

A explicitação do caráter moderno/colonial do direito monista analisado, identificado no pensamento dos autores citados neste tópico, revela que a ausência de efetividade do direito não é um problema de lógica jurídica, mas sim uma questão de política jurídica, onde o que realmente determina e guia a interpretação do ordenamento jurídico não é a sua coerência analítica interna, como nos faz crer a tradição dogmática, mas sim “o jogo do poder, o jogo dos interesses prevaletentes, os quais se confundem com os das parcelas de população que detém a maior quantidade de poder social” (COELHO, 2011, p. 23).

3.2.2 O direito pluralista narrado como um caminho para a descolonização

Considerando que o direito pluralista narrado é uma compreensão que reconhece que o direito pertence à narrativa social, tal perspectiva leva ao reconhecimento de que o direito não se separa dos valores morais e históricos de uma sociedade plural, desigual e complexa. Segundo afirma Alejandro Mé dici (2012, p. 30 -32), quando compreendemos que os produtos culturais de uma sociedade, tais como mitos, religiões, literatura, arte, a história relatada e transmitida acerca da sua evolução, sugerem ou explicam como se deve agir eticamente ou, em outras palavras, quando compreendemos que tais produtos, que são expressões da narratividade social, possuem prescritividade, abrimos espaço para a compreensão de um direito plural capaz de contestar a pretensa relação hegemônica que se estabelece entre sujeitos e normas na perspectiva do direito analisado.

Nenhum instituto jurídico existe sem uma narrativa que o contextualize e o atribua significado. Nesse sentido, Alejandro Mé dici (2012, p. 30) afirma que todo preceito legal exige ser situado dentro de um discurso, exige ter uma história, uma explicação e um propósito. Além disso, toda narração feita para constituir os institutos jurídicos exige um sentido prescritivo, uma mensagem moral. Assim, estabelecer normas equivale a narrar normas e, portanto, o mundo normativo do direito é constituído por um mundo narrativo e dele é inseparável.

A esse mundo normativo constituído por narrativas e suas prescrições morais Mé dici chama de *nomos*, utilizando a denominação cunhada por Robert Cover⁷⁴ (2012, p. 30). Como derivação do *nomos* Alejandro Mé dici afirma que nas sociedades plurais podem ser identificados diversos grupos sociais, os quais ele denomina “comunidades nômicas”.

⁷⁴ Robert Cover (1943-1986) foi professor da Universidade de Yale e escreveu *Derecho, narración y violència* (COVER, 2002), texto este citado por Alejandro Mé dici para situar Cover como sendo um dos doutrinadores responsáveis pelo desenvolvimento da compreensão do direito a partir da sua dimensão narrada. (MÉ DIC I, 2012, p. 30).

Enquadram-se no significado de “comunidades nômicas” tanto os grupos sociais reconhecidos pelo direito institucionalizado, como aqueles que não o são.

Como o direito narrado tem como referência uma narrativa histórico-cultural, ele acaba por enxergar outras relações, como por exemplo, as que se estabelecem nas comunidades que têm atores sociais diversos (como por exemplo, nas comunidades indígenas, nas comunidades de vizinhos, quilombolas, comunidades que sofrem influência de grupos de narcotraficantes). Essa capacidade de reconhecer subjetividades diversas, sem querer torna-las hegemônicas, é muito importante para o contexto de sociedades marcadas pelo pluralismo cultural (MÉDICI, 2012, p. 38).

Assim, o direito narrado, ao explicitar a sua referência cultural-narrativa ou o seu pertencimento a “comunidades nômicas”, permite-nos colocar em evidência trajetórias diversas, invisibilizadas e ou reprimidas pela perspectiva do direito analisado calcada na racionalidade analítica. O direito narrado admite subjetividades diversas, sem pretender homogeneizá-las a partir de um critério de equivalência ou igualdade abstratas (MÉDICI, 2012, p. 39).

Dessa forma, compreender o direito na sua perspectiva narrada se mostra mais apropriado à contextos de pluralismo cultural, bem como permite a refundação de institutos jurídicos que devem ser pensados a partir da complexidade e pluralidade das relações sociais e sua articulação com os poderes político e econômico.

Por fim, importante, mais uma vez, firmarmos a nossa posição de que a compreensão do direito na sua dimensão narrada não está aqui colocada como a solução do problema do caráter moderno/colonial do direito que oculta determinados sujeitos, mas sim como um caminho possível para iniciar um processo que permita que as significações que constituem o discurso jurídico permaneçam indefinidamente determináveis.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANALISADA À IRRESPONSABILIDADE NARRADA

O sistema teórico do direito administrativo, ao colocar a responsabilização da Administração Pública como uma consequência lógica e inevitável do modelo de Estado Democrático de Direito, baseia-se em um “como apofântico” ao pressupor que “o Estado Democrático de Direito é responsável pelos seus atos”. Contudo, a análise da realidade social e da nossa prática político-administrativa demandam a adoção do “como hermenêutico” no estudo da responsabilidade civil estatal que deve assim ser posto na forma interrogativa: “o Estado Democrático de Direito é responsável pelos seus atos?”.

Ao afastar o “como hermenêutico” do estudo da responsabilidade civil da Administração Pública, o sistema teórico tradicional do direito administrativo volta-se para uma racionalidade analítica do instituto que se fecha em teorias, formulação de critérios e conceitos que, na prática, acabam por encobrir o reconhecimento do cidadão, como um *sujeito real de direito*.

Assim, nesta última etapa de investigação, nos dedicaremos, inicialmente, a expor esta dimensão *analisada*⁷⁵ da responsabilidade civil da Administração Pública, com a exposição de alguns dos temas que são identificados pela doutrina como “questões capitais sobre a responsabilidade estatal”⁷⁶ que fazem uma leitura descritiva da responsabilidade pública. Em um segundo momento, a análise será dirigida a três narrativas pouco exploradas pela doutrina que evidenciam a inexistência de uma Administração Pública qualitativamente comprometida com as suas condutas, que chamaremos de teses da irresponsabilidade.

4.1 Da responsabilidade civil da Administração Pública na perspectiva do direito analisado

O discurso doutrinário acerca da responsabilização da Administração Pública pelos seus atos e omissões desenvolve-se em um terreno perfeitamente delineado que tem como ponto de partida a aceitação do denominado princípio da responsabilidade civil do Estado (art. 37, §6º da CF/88). Segundo Yussef Said Cahali (2014, p. 30), os autores são unânimes em reconhecer que a adoção do princípio da responsabilidade objetiva do Estado se deu de forma

⁷⁵ A nossa tentativa de expor a dimensão *analisada* da responsabilidade, por si só, já faz com que ela seja a nossa narrativa daquilo que verificamos na doutrina.

⁷⁶ Trata-se de expressão utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1035).

expressa com o art. 194 da CF/1946. A partir do referido dispositivo constitucional o elemento culpa é previsto apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os agentes causadores dos danos, quando tiver havido dolo ou culpa deles (parágrafo único do art. 194 da CF/46, art. 105 da CF/67, art. 107 da CF/69 e segunda parte do art. 37, §6º da CF/88).

Paulo Bonavides (2012, p.61-67) afirma que a elevação da responsabilidade civil do Estado ao grau de princípio normativo no Brasil se deu a partir da evolução do instituto, que possui raízes na doutrina do liberalismo clássico como categoria jurídica vinculada ao direito administrativo, e, hoje, está inserido no direito constitucional como princípio ou como direito fundamental.

Na trilha dessa evolução, comumente a doutrina administrativista (MELLO, 2015, p. 1045; NOHARA, 2016, p. 815-816; CARVALHO FILHO, 2016, p. 580) e também constitucionalista (AFONSO DA SILVA, 2010, p. 674; MENDES, 2014, p. 852), iniciam a exposição da evolução histórica do instituto pelo período das monarquias absolutistas, denominado de Estado de Polícia, ressaltando que o Brasil nunca vivenciou tal período⁷⁷, marcado pela premissa de que o Estado era imune à responsabilização, pois agia no interesse dos súditos. Com a estruturação do Estado de Direito ou Estado Constitucional Liberal, a responsabilidade estatal passa a ser vista como uma consequência da proteção e da garantia que o Estado confere ao direito individual.

O exercício do poder passa a ser regido pela legalidade, de inspiração privatista, e pela relação harmônica entre os poderes estatais. A superação da irresponsabilidade estatal, entretanto, é narrada como ocorrida de forma lenta e gradual. Após a Revolução Francesa, com a construção de um Estado Mínimo, denominado também de *État Gendarme*, a responsabilidade estatal passa por uma fase na qual havia a separação entre *atos de gestão* do Estado e *atos de império*, permanecendo ilimitado o poder do Estado em suas manifestações de império. Posteriormente, no decorrer do século XIX, a distinção entre atos de império e de gestão dá lugar à teoria civilista da culpa, segundo a qual o Estado, igualado ao mandante, teria responsabilidade subjetiva pelos atos de seus agentes⁷⁸ (NOHARA, 2016, p. 817-818).

⁷⁷ Segundo Gilmar Mendes (2014, p. 852) é preciso levar em consideração que o Brasil obteve a sua independência política em 1822 e, portanto, o seu nascimento como Estado soberano ocorreu em uma época em que já estava assente a teoria da responsabilidade civil do Estado. A Constituição outorgada do Império de 1824 tratava da responsabilidade nos seus arts. 99 e 179, inciso XXIX que traziam, respectivamente, a exclusão da responsabilidade da pessoa do Imperador e a responsabilização dos agentes públicos com base na teoria subjetiva. Algumas leis e decretos também já previam a responsabilização do Estado, também com base na teoria subjetiva, a exemplo dos Decretos 1.930, de 26/04/1857 sobre estradas de ferro (NOHARA, 2016, p. 826).

⁷⁸ No Brasil, tem-se como marco formal deste Estado Constitucional Liberal a Constituição de 1891, que trazia garantias individuais, ligadas à liberdade, segurança e propriedade, imprimindo ao Estado a característica de

Com a ressalva de que o Estado Constitucional Social não é uma inversão ou antítese do Estado Constitucional Liberal, mas sim o resultado da união dos postulados de justiça, igualdade e humanismo com as antigas fórmulas de liberdade individual⁷⁹, Paulo Bonavides (2012, p. 63) afirma que o Estado Constitucional Social volta-se à consecução do bem comum, com a finalidade de garantir e tutelar os interesses e direitos “das vítimas de opressão, das rachaduras sociais, das exclusões, dos desequilíbrios do poder”. No decorrer do século XIX, este modelo surge com a “crise da legalidade”, com a tensão criada entre o interesse privado e o interesse público. Diante da necessidade de o Estado atuar diretamente na concretização de direitos sociais, mudanças também são sentidas no campo da responsabilidade estatal.

Assim, também no decorrer do século XIX, a doutrina da culpa civil comum foi sendo substituída pela noção publicística de culpa. Segundo anota José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 581) houve o gradual reconhecimento da culpa administrativa, com base na teoria consagrada na clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente público causador do dano, bastando comprovar o mau funcionamento do serviço público.

Como já adiantado no segundo capítulo deste trabalho, essa noção de culpa administrativa recebeu pela doutrina diversas nomenclaturas, tais como culpa do serviço ou culpa anônima (CARVALHO FILHO, 2016, p. 581). Explica-se a culpa do serviço pela inexistência do serviço, pelo seu mau funcionamento ou pelo seu retardamento. Já a utilização da nomenclatura culpa anônima é explicada em razão de que, nestas hipóteses, a falha do serviço é anônima, desprendida da ideia de identificação de falta cometida por determinado agente (DI PIETRO, 2004, p. 551; ESTEVES, 2003, p. 56).

O desenvolvimento da noção de culpa administrativa é exposto pela doutrina administrativa mediante o destaque de consagrados precedentes processados na jurisprudência do contencioso administrativo francês ao longo do século XIX, tais como o Caso Blanco e o Caso Anguet⁸⁰. O primeiro, ocorrido em Bordeaux e julgado pelo Tribunal de Conflitos em

mero garantidor ou de não interventor em aspectos econômicos ou sociais. No seu art. 82 determinava que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos ou omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos” (NOHARA, 2016, p. 826).

⁷⁹ No mesmo sentido, Luiz Fernando Coelho (2011, p. 108) afirma que o estado Social não se opôs ao Estado Liberal burguês, mas acresceu aos grandes princípios deste, outros que lhes são característicos. Entre os direitos liberais, o Estado Social acolheu a responsabilidade civil dos agentes públicos perante os particulares.

⁸⁰ Vale anotar que o destaque dado pela doutrina administrativista aos precedentes jurisprudenciais produzidos na França, ao nosso ver, indicam ausência de diálogo da doutrina com a realidade brasileira. Não se deve desconsiderar a importância histórica de tais precedentes, mas destaque semelhante deveria ser dado aos precedentes jurisprudenciais brasileiros no desenvolvimento da responsabilidade no nosso país.

1873, envolveu ação de indenização movida pelo pai da menina Agnès Blanco, de 5 anos de idade, que foi atingida por vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo carregado de matéria prima e guiado por quatro funcionários da estatal francesa. Após serem acionados simultaneamente o Estado e os quatro operários, decidiu-se pela submissão da responsabilidade do Estado decorrente de funcionamento de serviço público à jurisdição administrativa, afastando-se as regras do direito privado para casos envolvendo danos causados pelo Estado por meio da prestação de serviço público (DI PIETRO, 2004, p. 550; NOHARA, 2016, p. 819-820; ESTEVES, 2003, p. 54).

O segundo caso, datado de 1911, é tido como o precedente responsável por estabelecer a distinção entre a culpa do serviço e a culpa pessoal do agente. Tratou-se de episódio ocorrido com um cidadão chamado M. Anguet que estava sendo atendido pelo Departamento de Correios e, após o fechamento das portas da frente da agência, antes do horário normal, se viu obrigado a sair pela porta dos fundos. Entretanto, ao ser avistado por dois funcionários da agência, foi por eles interceptado, o que ocasionou a sua queda e a fratura de uma perna (ESTEVES, 2003, p. 55, NOHARA, 2016, p. 821).

Registra a doutrina que a adoção da noção publicística de culpa foi sendo paulatinamente substituída pela teoria do risco, que abandona a ideia de culpa e se concentra na ideia de que as atividades estatais são produtoras de riscos diversos. Tal teoria teria alcançado o seu ápice com o art. 37, §6º do texto constitucional de 1988, que pode ser entendido como o marco formal, no Brasil, do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesse paradigma, a responsabilidade estatal aparece fundada sobre a eficácia e força normativa dos princípios constitucionais. De acordo com Paulo Bonavides (2012, p. 64), na contemporaneidade, o art. 37, §6º da CF/88 nos permite inferir que o seu conteúdo não estabelece unicamente uma garantia de direitos. A referida norma constitucional, na visão do autor, vai além, abrigando “um dos princípios mais fecundos e sólidos de garantia do direito individual, que é o princípio da responsabilidade do Estado” (BONAVIDES, 2012, p.64), assim por ele descrito

Esse princípio tem na essência uma fundamentalidade humanista e social extrema. Dele é lícito deduzir que não é o Estado que se curva ao indivíduo nem o indivíduo que se sobrepõe ao Estado, mas uma associação de ambos, em que a responsabilidade objetiva do ente estatal faz reconhecer na pessoa humana, garantida e resguardada em seu direito, em seu valor, em sua dignidade, em sua cidadania, o ser democrático e igualitário que o Estado respeita (BONAVIDES, 2012, p. 64).

O grau principiológico da responsabilidade do Estado, erigida nas palavras de Paulo Bonavides (2012, p. 66) à “responsabilidade Constitucional do Estado”, decorre da constatação de que o art. 37, §6º da CF/88, ao decretar a supremacia objetiva da responsabilidade estatal, tem por finalidade amparar o sistema de garantias individuais trazido pelo atual texto constitucional brasileiro que, no art. 5º e seus incisos, positivou uma ampla declaração de garantias e direitos fundamentais.

A responsabilidade estatal, alçada à categoria de princípio, é assim também retratada pelo Supremo Tribunal Federal que a coloca como núcleo central do Estado Democrático de Direito. No julgamento do RE n. 841.526/RS, que tratava do reconhecimento de responsabilidade civil do Estado do Rio Grande do Sul por morte de detento em estabelecimento penitenciário, o Ministro Luiz Fux, ao iniciar o seu voto, afirmou que a responsabilização do Estado pelos seus atos e omissões “encerra um dos pilares do Direito Constitucional contemporâneo” ressaltando que “a concepção de que o Estado, apesar de detentor de poderes dotados de imperatividade sobre a esfera de direitos do indivíduo, resta submetido ao império da lei, configura o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito.” (BRASIL, 2016, p.8).

Aceito de forma irrefutável o princípio da responsabilidade, a doutrina e a jurisprudência dedicam-se a definir os parâmetros que o determinam. Qualquer que seja a doutrina invocada o estudo do tema será guiado por questões postas, de maneira geral, como fundamentais acerca da responsabilidade estatal por comportamentos administrativos. Tais questões são denominadas por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1035) de “questões capitais sobre a responsabilidade estatal” e são elas: *i*) quais são os sujeitos cujo comportamento pode comprometer responsabilidade estatal? *ii*) se basta a mera objetividade de um comportamento público ensejador do dano ou é necessário que nele se revele culpa ou dolo? *iii*) quais as características do dano para que seja indenizável e *iv*) quais as hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal?

O Agravo Regimental no RE n. 481.110-3/PE, de relatoria do Ministro Celso de Melo, retrata que tais questões capitais também norteiam a jurisprudência ao arrolar que são os seguintes os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público: *i*) alteridade do dano, *ii*) a causalidade material entre o “eventos damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, *iii*) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, *iv*) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (BRASIL, 2007, p.625).

Entendidas como desdobramentos do texto normativo do art. 37, §6º da CF/88, essas ditas “questões capitais” têm por objetivo descrever as condições necessárias para a configuração da responsabilidade da Administração Pública. Sem a pretensão de esgotar a temática, passaremos a sintetizar a forma como se dá a exposição da responsabilidade civil pública nos manuais de direito administrativo. O nosso objetivo aqui não é esgotar o conteúdo do tema, o que logicamente não seria possível neste trabalho, mas sim destacar que, predominantemente, há uma certa uniformidade doutrinária em relação à forma descritiva da responsabilidade pública.

4.1.1 Os sujeitos cujo comportamento ensejam a responsabilidade da Administração Pública

Descritivamente a doutrina (MARINELA, 2015, p. 959; NOHARA, 2016, 829-830; CARVALHO FILHO, 2016, p. 585-588; MELLO, 2015, p. 1036-1038; DI PIETRO, 2004, p. 554) afirma que o art. 37, §6º da CF/88 é claro no sentido de que responderão objetivamente as *peessoas jurídicas de direito público* e as de *direito privado prestadoras de serviços públicos*.

Na primeira categoria de pessoas são arrolados, de forma inequívoca, os entes da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e fundações públicas, independentemente da função por elas exercidas. Na segunda categoria de pessoas são arroladas as fundações governamentais de natureza privada que prestam serviços públicos, as empresas públicas e sociedades de economia mista, também prestadoras de serviços públicos, além das delegatárias de serviços públicos previstas no art. 175 da CF/88, como é o caso das concessionárias e permissionárias de serviços públicos. São também arrolados nessa segunda categoria os particulares em colaboração com o Estado que exercem função pública, apesar de não perderem a qualidade de particular, como é o caso dos mesários e dos jurados.

O comportamento de alguns sujeitos ainda é polêmico na doutrina, como é o caso da aplicação da responsabilidade objetiva às entidades do terceiro setor. Segundo aponta Irene Patrícia Nohara (2016, p. 830), uma parte da doutrina reconhece que há a responsabilidade objetiva estatal pelas condutas praticadas pelas entidades integrantes do terceiro setor, desde que tais entidades recebem delegação do Estado para a prestação de serviço público. Nesse sentido é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Já José dos Santos Carvalho Filho defende que a responsabilização objetiva dependerá da natureza da entidade. Dessa forma, os serviços autônomos, por terem uma maior vinculação com o Estado, na visão do

autor, devem responder objetivamente. As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, por sua vez, deveriam responder subjetivamente, para evitar um ônus excessivo à tais entidades que têm caráter social.

A atuação de qualquer uma dessas pessoas jurídicas citadas como passíveis de comprometer a responsabilidade prevista no art. 37, §6º da CF/88 se dá por meio dos seus agentes. O referido dispositivo constitucional faz alusão ao termo *agente*, para se referir à *agente público*, categoria genérica que abrange os agentes políticos, os servidores públicos, sejam eles empregados públicos, servidores estatutários ou contratados em caráter temporário, os militares e os particulares em colaboração, por requisição ou por delegação de serviços públicos (NOHARA, 2016, p.838). O art. 37, §6º da CF/88 exige que a conduta desses agentes somente seja considerada para fins de responsabilização objetiva se eles estiverem atuando *na qualidade* de agentes públicos, o que exclui a possibilidade de o Estado responder objetivamente se o agente causar dano em suas relações particulares, sem que estivesse ostentando a qualidade de agente público.

4.1.2 Basta a mera objetividade de um comportamento público ensejador do dano ou é necessário que nele se revele culpa ou dolo?

Por força do art. 37, §6º da CF/88, que se fundamenta na teoria do risco administrativo, não há dúvida acerca da aplicação da teoria objetiva em relação às condutas comissivas estatais que eventualmente causem danos aos cidadãos. Lado outro, o debate acerca da teoria aplicável aos danos decorrentes de omissões estatais é apresentado como um problema crucial acerca da responsabilidade pública e a ele são dedicadas muitas páginas dos manuais de direito administrativo (CARVALHO FILHO, 2016, P. 597-600; MARINELA, 2015, p. 962-967; MELLO, 2015, p. 1041-1048; NOHARA, 2016, p. 848-857)

Trata-se de definir qual é o tipo de responsabilidade aplicável na ocorrência de omissão estatal, se objetiva, ou independente de culpa, ou se subjetiva, situação na qual discute-se a aplicação da teoria da culpa administrativa (o serviço público não funcionou, funcionou mal ou tardiamente). Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.1041), administrativista visto como o maior defensor da teoria subjetiva nos casos de omissão estatal, se o Estado não agiu, a ele não pode ser atribuída a autoria do dano, nas hipóteses em que não tinha a obrigação legal de impedi-lo.

A defesa da teoria subjetiva nos casos de omissão do Estado é sustentada com base no fato de que a ausência de ação, quando há uma obrigação legal de agir, configura a violação

de um dever jurídico, que é um ato ilícito. Sendo um ato ilícito, a responsabilidade será, necessariamente, responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou de dolo (deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação).

Ao se imputar ao Estado o cometimento de um ato ilícito, deve a eles ser dada a oportunidade de afastar a alegação de que tenha cometido um ato contrário ao direito, mediante a aplicação da teoria da culpa administrativa. Nesse contexto, afirma que ampliar a aplicação da teoria objetiva para as condutas omissivas seria o mesmo que alçar o Estado à condição de segurador universal (MELLO, 2015, p. 1043). Argumenta ainda que nas hipóteses de danos decorrentes de omissão estatal, deve ser aplicada a teoria da culpa presumida, com a consequente inversão do ônus da prova. Assim, uma vez ocorrido o dano, caberia ao Estado e não à vítima comprovar que não houve negligência, imperícia, imprudência e dolo na ausência de ação estatal (MELLO, 2015, p. 1045).

Outro argumento utilizado na defesa da teoria subjetiva é a forma da redação do art. 37, §6º da CF/88, ao prescrever que “o Estado responderá pelos danos que seus agentes *causarem* a terceiros” teria afirmado que causar o dano implica sempre ação e, portanto, a omissão não estaria abrangida pela teoria objetiva (NOHARA, 2016, p. 850). Há, contudo, uma corrente doutrinária que defende a adoção exclusiva da teoria objetiva, seja nas hipóteses de atos omissivos ou comissivos⁸¹. É tributário dessa corrente Juarez Freitas que aduz como argumentos favoráveis à responsabilidade objetiva o entendimento de que não dimana da redação do art. 37, §6º da CF/88 qualquer distinção dicotômica entre conduta omissiva ou comissiva, bem como a constatação de que o retorno à responsabilização por culpa administrativa seria um retrocesso.

O art. 5º, §1º da CF/88 exige aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os diversos direitos fundamentais relacionados à prestação de serviços públicos. Desse dispositivo constitucional, segundo Juarez Freitas, decorre a imprescindibilidade da escolha de teoria apropriada à ampliação eficaz, que é a responsabilização objetiva. Para o autor não se cogita de defender a culpa presumida, mas sim de inverter o ônus da prova do nexo de causalidade, toda vez que se discutir um dano causado

⁸¹ É como pensam: Hely Lopes Meirelles, segundo aponta Irene Patrícia Nohara (2016, p. 848); Gustavo Tepedino, de acordo com Carlos Edison Monteiro Filho (2006, p. 49). José dos Santos carvalho Filho (2016, p. 598) deixa claro que o elemento marcante da responsabilidade estatal é efetivamente a objetividade e se posiciona contrariamente ao posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello em relação à inteira incidência da responsabilidade subjetiva nas condutas omissivas.

por uma conduta omissiva, sem prejuízo das excludentes eventualmente alegadas pelo ente estatal (FREITAS, 2006, p. 182).

4.1.3 Características do dano para que seja indenizável

Para a responsabilização da Administração Pública exige-se a presença do dano, sem o qual não se pode falar em reparação. Diversas são as categorizações possíveis de um dano juridicamente considerado como um fato jurídico ensejador de responsabilidade civil, seja do particular, seja do Poder Público. Contudo, a doutrina administrativa (MELLO, 2015, p. 1048-1049; MARINELA, 2015, p. 968-970; NOHARA, 2016, p. 831-833; JUSTEN FILHO, 2010, p. 1195) costuma eleger como relevante para o estudo do tema da responsabilidade civil da Administração Pública, algumas categorizações de danos.

A primeira categorização diz respeito ao fato de que a responsabilidade civil da Administração Pública abrange tanto o dano material, como o dano moral. O dano material, também denominado patrimonial, previsto no art. 5º, inciso V da CF/88, refere-se a questões que envolvem diretamente bens e ganhos do lesado. Já o dano moral, ou dano extrapatrimonial, previsto no art. 5º, inciso X da CF/88, diz respeito aos prejuízos sofridos pela pessoa em elementos atinentes à sua personalidade, como lesões à honra, à imagem, à privacidade ou à integridade física.

A segunda categorização parte do pressuposto de que não basta demonstrar a existência de dano econômico; para ser indenizável, esse dano deve também ser um dano jurídico, representado pelo prejuízo que decorre da lesão a um direito, e um dano certo, valorado economicamente e de possível demonstração. No caso de dano decorrente de conduta estatal lícita, o dano deve ser também um dano especial, que é aquele particularizado e que tem vítima individualizada. Deve ainda ser um dano anormal, que é aquele cujo prejuízo dele decorrente supera os problemas comuns, corriqueiros da vida em sociedade.

4.1.4 Hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal

A teoria da responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco administrativo, admite a existência de algumas hipóteses de exclusão da responsabilidade que, se concretizadas, impossibilitam a configuração do nexo de causalidade entre o dano e a atuação estatal. Vale ressaltar que a teoria do risco pode ser desdobrada em teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.

A primeira, identificada como a versão extremada da doutrina do risco, informa que caberia ao Estado indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, não podendo a responsabilidade ser elidida pela alegação das excludentes de responsabilização: força maior ou caso fortuito, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiros. A segunda seria uma versão atenuada do risco por admitir que, uma vez configuradas tais excludentes, a Administração Pública fica exonerada de sua responsabilidade (ESTEVEVES, 2003, p. 58-60; NOHARA, 2016, p. 824).

Yussef Said Cahali (2014, p. 36) refuta esse desdobramento por entender que, qualquer que seja a qualificação que se atribua ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva, a questão da responsabilização sempre se desloca para o rompimento do nexo de causalidade. Dessa forma, sempre que a Administração Pública conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e ação ou omissão a ela imputada restará afastada a sua responsabilização.

Importante ressaltar que múltiplas são as teorias formuladas para explicar a responsabilidade sem culpa ou objetiva, calcada nas diversas modalidades de riscos potencialmente geradores de danos, dentre as quais citamos as teorias do risco-proveito, do risco criado, do risco profissional e do risco excepcional (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 216). José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 583) identifica ainda o recente desenvolvimento da teoria do risco social⁸², segundo a qual o foco da responsabilidade é a vítima e não o autor do dano, ao passo que a obrigação de reparação deve recair sob toda a coletividade. Nesse trabalho nos fixaremos tão somente nas teorias do risco integral e do risco administrativo, por serem essas as mais tratadas pela doutrina administrativista.

No direito brasileiro a teoria do risco integral é defendida, minoritariamente, apenas nas hipóteses em que a legislação afasta a possibilidade de alegação das excludentes de responsabilização. Para Felipe Peixoto Braga Netto (2015, p. 82-84) é o caso da responsabilização por danos nucleares, prevista no art. 21, inciso XXIII, alínea “d” da CF/88 e da possibilidade de assunção de responsabilidade pela União nos casos de aeronaves atacadas por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos de acordo com a Lei n. 10.744/03. Há também posicionamentos que defendem a aplicação da teoria do risco integral nas hipóteses de dano ambiental previstos no art. 225, §3º da CF/88 e no art. 14, §1º da Lei n. 6.938/81, conforme se depreende do entendimento sufragado pelo STJ no julgamento do

⁸² O referido autor, apesar de identificar a teoria do risco social, com ela não concorda por entender que esta constitui mero aspecto específico da teoria do risco integral, na qual o Estado seria responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis.

REsp n. 1.374.284, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Diário de Justiça Eletrônico de 05 de setembro de 2014.

A teoria do risco administrativo, por sua vez, possui larga aceitação na doutrina (ESTEVEZ, 2003, p. 59; MARINELA, 2015, p. 972; CARVALHO FILHO, 2016, p. 582) e caracteriza-se pela objetividade da responsabilidade temperada pela admissão da culpa exclusiva da vítima, da culpa exclusiva de terceiro, do caso fortuito e da força maior como excludentes do nexos causal, indispensável para caracterização do dever de responsabilização estatal (NOHARA, 2016, p. 844-845; MELLO, 2015, p.1052-1053). O nexos causal é hoje tido como um dos temas mais complexos em sede de responsabilidade civil e, portanto, a doutrina enuncia diversas teorias acerca dele.

A teoria da equivalência das condições sustenta que todas as condições que conduzem a um resultado são consideradas causa desse resultado. A teoria da causa próxima e da causa direta, por sua vez, seleciona, entre todas as causas produtoras de um resultado, aquela causa considerada de maior relevância, mais próxima do evento que se quer imputar. De acordo com teoria da causalidade eficiente as condições que produzem um resultado não são equivalentes, existindo uma causa específica considerada a verdadeira causa do evento. Por fim, a teoria da causalidade adequada, também chamada de teoria do dano direto ou imediato ou teoria da interrupção do nexos causal ou ainda teoria da necessidade do dano que, a despeito das inúmeras designações, é considerada a teoria adotada em se tratando de responsabilidade civil da Administração Pública, seja na modalidade objetiva, seja na subjetiva. Por essa teoria ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa, e, somente se considera causa do evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (BRAGA NETO, 2015, p. 200/201; CAHALI, 2014, p. 72-73).

4.1.5 Considerações acerca da responsabilidade civil da Administração Pública analisada

É possível identificar na forma como o estudo da responsabilidade civil da Administração Pública nos é apresentado pelos manuais de direito administrativo sua aproximação com a *perspectiva analisada do direito* desenvolvida por François Ost (2005), exposta no capítulo anterior do presente trabalho. Dada como superada a questão de natureza política de justificação da responsabilidade dos poderes públicos (CAHALI, 2014, p. 14), o estudo da responsabilidade estatal nos faz crer que a partir das articulações entre os elementos que a compõem – os desdobramentos do art. 37, §6º da CF/88 – é possível regular os comportamentos que ensejam a responsabilidade civil da Administração Pública. Assim,

afirma a doutrina que, uma vez ocorridos os elementos definidores da responsabilidade estatal, ou as condições indispensáveis para seu reconhecimento, configurada restará a responsabilidade.

A opção doutrinária de, inicialmente fixar a evolução do instituto, pressupondo a existência de um Estado comprometido com as suas condutas, e, posteriormente, desdobrar o texto normativo do art. 37, §6º da CF/88 para, a partir deste desdobramento, descrever as condições necessárias para a configuração da responsabilidade da Administração Pública, revela a compreensão do direito como um sistema com pretensão de completude e objetivamente racional. Tal afirmativa pode, à primeira vista, parecer descabida, tendo em vista que não raramente os manuais de direito administrativo trazem a afirmação de que a responsabilidade civil estatal é campo aberto em constante alteração, propício para a mudança de paradigmas, especialmente em razão da sua vertente de forte elaboração jurisprudencial⁸³.

De fato, é inegável que o desenvolvimento do instituto passou por grandes transformações sob o influxo das soluções jurisprudenciais. Contudo, tais transformações não revelam, necessariamente, mudança de paradigmas. A análise da evolução do instituto feita pela doutrina baseia-se, com pequenas variações, no mesmo esquema proposto por Paul Duez em 1926⁸⁴. Tal evolução é tomada pela jurisprudência⁸⁵ como uma premissa teórica indispensável à análise dos casos que tratam sobre responsabilidade, pois acredita-se que a retomada de tal evolução conduz à fixação dos requisitos necessários à configuração do instituto.

Permanece inabalada a convicção de que o estudo do tema deve ter como ponto de partida a afirmação de que temos um Estado responsável e que cada vez mais se está a alargar o campo da responsabilização estatal. Em consequência disso, difunde-se a ideia de que, com o desenvolvimento do instituto, o espaço de reconhecimento e de valorização do cidadão é também alargado.

O discurso propagado é o de que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o desenvolvimento da responsabilidade objetiva do ente estatal “faz reconhecer na pessoa

⁸³ Nesse sentido, a título de exemplo, é a afirmação de Felipe Braga Netto (2015, p. 57).

⁸⁴ Trata-se de afirmação feita por Yussef Said Cahali (2014, p. 17), referindo-se à clássica obra de Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique* elaborada em 1926, na qual ele situa as fases de evolução da responsabilidade estatal iniciando pela fase da irresponsabilidade, passando pela fase da noção civilística para, posteriormente, desabrochar no plano próprio do direito público, tal como é reproduzido nos manuais de direito administrativo.

⁸⁵ Exemplificamente, os seguintes julgados fixam a evolução histórica da responsabilidade como uma premissa teórica indispensável ao deslinde do caso posto em julgamento: RE 841526/RS, que trata de dano moral por morte de detento e RE 364.631/RS, no qual se discutiu ressarcimento de danos morais e materiais por negativa de matrícula em estabelecimento de ensino público.

humana, garantida e resguardada em seu direito, em seu valor, em sua dignidade, em sua cidadania, o ser democrático e igualitário que o Estado respeita” (BONAVIDES, 2012, p. 64).

Entende-se como superada a visão de que a responsabilidade estatal visa garantir, tão somente, a proteção de direitos individuais contra o Estado, sendo a mesma alçada à promotora de justiça e solidariedade social. Nesse contexto, o Estado responsável pelas suas condutas também não é descrito mais como um fim em si mesmo, mas sim como meio para a promoção do interesse comum.

Apesar de o discurso doutrinário se valer da caracterização da responsabilidade estatal a partir da articulação dos elementos extraídos do art. 37, §6º, a aplicação prática desse dispositivo constitucional nos mostra que o Direito, muito mais do que regular comportamentos, tem a capacidade de habilitar quem são os sujeitos de direito e em quais condições e situações determinadas eles irão atuar.

Tomemos como exemplo o recente julgamento, ainda inconcluso, do RE n. 580.252/MS⁸⁶, que discute a existência de responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos presos em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições degradantes.

O caso concreto trata de ação ordinária de indenização por danos morais ajuizada pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, em favor de Anderson Nunes da Silva, condenado a vinte anos de reclusão, que cumpria pena no estabelecimento penal de Corumbá/MS. A Defensoria Pública fundamentou o pedido de indenização na submissão do autor da demanda a tratamento degradante, decorrente de excessiva população carcerária e de problemas estruturais do presídio, requerendo o pagamento de um salário mínimo mensal ao autor da demanda, enquanto perdurasse o tratamento degradante e a superlotação.

O Tribunal de Justiça local, por maioria, havia reformado a sentença e condenado o Estado a pagar ao demandante a quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais) a título de danos morais. Contudo, em razão de divergência no julgamento da apelação, o Estado opôs Embargos Infringentes e alcançou êxito na reforma do acórdão, que afastou o dever de reparação, sob o argumento de que, embora incontroverso o reconhecimento de todos os elementos configuradores da responsabilidade, esta não poderia ser reconhecida diante da insuficiência financeira do Estado, aplicando-se a teoria da reserva do possível.

Alegada a violação aos arts. 5º, incisos III, X e XLIX, e 37, §6º da CF/88, a questão foi levada ao STF. Iniciado o julgamento em dezembro de 2014, o Ministro relator Teori

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 mai. 2015.

Zavascki, proferiu voto para restabelecer o juízo condenatório da apelação, determinando a indenização no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), baseando a sua decisão em três fundamentos. Primeiro, fixou que a responsabilidade civil do Estado pela ausência de condições mínimas de cumprimento de pena tem natureza objetiva e decorre do art. 37, §6º, que é autoaplicável, bastando a ocorrência do dano e do nexo causal com a atuação da Administração Pública ou de seus agentes para que se configure o dever de indenizar. Segundo, fixou que o princípio da reserva do possível não poderia ser considerado no âmbito da responsabilidade estatal, mas tão somente nas hipóteses em que a concretização de direitos fundamentais de natureza social dependa da adoção e da execução de políticas públicas. Terceiro, fixou que as violações a direitos dos presos não podem ser mantidas impunes, ao argumento de que a indenização não seria capaz de eliminar o problema prisional, pois esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação dos presídios brasileiros.

Após o voto do Ministro Teori Zavascki, que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Em seu voto, datado de 06 de maio de 2015, o referido ministro inicia afirmando que adota integralmente as premissas fixadas no voto do relator, no sentido de que o Estado tem o dever de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias à dignidade, não sendo admissível invocar a teoria da reserva do possível ou qualquer “outro subterfúgio teórico⁸⁷” para afastar a responsabilidade civil na hipótese. Afirma ainda que “isso implicaria negar a uma minoria estigmatizada a titularidade de seus direitos mais elementares” (BRASIL, 2015, p.8), o que equivaleria a “legitimar uma concepção desigualitária a respeito da dignidade humana, que nega aos presos o seu valor intrínseco, como se não tratasse de seres humanos” (BRASIL, 2015, p.8).

Especificamente sobre o afastamento da teoria da reserva do possível deixa claro que, enquanto a reserva do possível se insere na lógica de justiça distributiva, pois o Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para alocação de recursos, a responsabilidade se insere na lógica de justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é a distribuição de bens sociais, mas sim o restabelecimento de um equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa.

O Ministro Barroso continua seu voto, entretanto, divergindo quanto à solução apresentada pelo relator. Afirma que o direito à indenização debatido nos autos deve levar em

⁸⁷ Além da reserva do possível, a separação dos poderes e a natureza coletiva dos danos sofridos são citados no voto como subterfúgios teóricos utilizados para afastar a responsabilidade civil estatal.

conta a natureza estrutural e sistêmica das graves disfunções no sistema prisional brasileiro. Diante desse contexto, considera o Ministro que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados. Ao lado disso, aponta que a reparação monetária muito provavelmente acarretará a multiplicação de demandas idênticas e de condenações dos entes estatais. Assim, considera que o pagamento de indenização em dinheiro, além de não eliminar ou minorar as violações à dignidade humana dos presos, tende a agravá-las e perpetuá-las, já que os recursos estatais escassos, que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações.

Diante desses fundamentos, apresenta como solução a reparação dos danos morais a ser efetivada, prioritariamente⁸⁸, por meio não pecuniário, mas sim consistente na remição de um dia de pena por cada três a sete dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o juízo da execução penal e não no juízo cível. Após o voto-vista do Ministro Roberto Barroso, que conhecia e dava provimento ao recurso, propondo, no entanto, solução diversa à do relator, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber, que em 06 de junho de 2016 devolveu os autos para inclusão em pauta de julgamento, sendo este o atual andamento da demanda⁸⁹.

Em que pesem os dois votos aqui analisados terem externando que a invocação seletiva de razões de estado para negar a determinada categoria de sujeitos o direito à reparação dos danos advindos da violação do direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do art. 37, §6º da CF/88, uma análise mais crítica dos fundamentos utilizados nos faz perceber que as soluções apresentadas deixam os cidadãos encarcerados descobertos de qualquer proteção estatal. O voto do relator, Ministro Teori Zavascki, após deixar claro que eram incontroversos todos os elementos da responsabilidade estatal, fixou que a questão jurídica desenvolvida no RE n. 580.252/MS ficava restrita à obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias comprovadas e, sob esse enfoque, condenou o Estado a pagar R\$2.000,00 (dois mil reais) a título de danos morais.

O valor fixado, entretanto, se mostra incompatível com a situação de patente afronta à dignidade e, ao nosso sentir, equivale ao não reconhecimento qualitativo da responsabilidade. O próprio relator afirmou que as condições do cumprimento da pena não eram só “juridicamente ilegítimas (porque não atendiam às mínimas condições de exigências impostas

⁸⁸ Prioritariamente porque o voto fixou que, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação de indenização por danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

⁸⁹ De acordo com consulta realizada no andamento processual do RE 580.252/MS em 29 de outubro de 2016.

pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade” (BRASIL, 2015, p.2).

Cabe ressaltar que não se trata aqui de alegar a dificuldade para apurar o valor do dano de natureza moral, e nem mesmo de alegar que a dignidade não tem preço⁹⁰. Nossa afirmação parte de uma análise comparativa, no sentido de que não há como justificar o deferimento de indenizações por danos morais em valores muito maiores em situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento de voos⁹¹, ou, para darmos um exemplo de conduta estatal, como nos casos de condenação do Estado por danos morais, em razão de bloqueio indevido do saldo de conta bancária em razão de decisão judicial (penhora on-line indevida)⁹², e fixá-las em valores consideravelmente menores a detentos que sofrem gravíssimas violações a sua integridade física e psíquica⁹³ nos estabelecimentos prisionais.

Tal incoerência foi, inclusive, apontada no voto do Ministro Barroso, ao levantar que, no caso analisado, a fixação de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos (BRASIL, 2015, p.9-10, 44). Entretanto, a alternativa apresentada pelo Ministro, consistente na indenização não pecuniária pela remição da pena, da forma como foi apresentada, também não nos parece uma resposta efetiva.

Em primeiro lugar, a proposta do Ministro Barroso baseia-se no fato de que o pedido de indenização não pecuniária deveria ser de competência do juízo da execução penal e não do juízo cível. Sabe-se, todavia, que as varas de execução penal brasileiras, diante da imensa população carcerária, não conseguem sequer analisar as demandas rotineiras de sua competência originária, de acordo com a Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84. Acrescer mais uma competência aos juízos de execução penal, na prática, seria o mesmo que neutralizar ou anular o direito à indenização por dano moral, diante da sabida incapacidade do judiciário para concretizá-lo.

⁹⁰ Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 117-119), em sentido estrito, o dano moral é a violação do direito à dignidade. Em sentido amplo, dano moral é a violação de algum direito ou atributo da personalidade que, por sua vez, é o conjunto de caracteres ou atributos da pessoa humana (imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, convicções políticas e etc).

⁹¹ Cite-se como exemplo o AgRg nos EDcl no agravo em REsp n. 418.875/RJ de 23 de maio de 2016 no qual foi reconhecida a indenização por dano moral por atraso de voo no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

⁹² Recentemente, o STF teve oportunidade de enfrentar a questão da responsabilidade por erro judicial, ocasião em que manteve condenação do Estado ao pagamento de indenização no valor de R\$5.000,00 em razão da realização de bloqueio judicial em conta de terceiro não vinculado ao processo de origem. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 832581. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 fev. 2016).

⁹³ Cite-se como exemplo dessas gravíssimas violações apontadas no RE 580.252/MS: ausência de fornecimento de material de higiene básica, sendo que diversas mulheres utilizam miolo de pão para conter o fluxo menstrual; a alimentação é insuficiente e de péssima qualidade; o fornecimento de água limitado e, em diversos locais, a água para descarga é liberada uma vez ao dia; os detentos dormem em esquemas de revezamento por falta de espaço.

Ademais, reconhecer as graves violações aos presos e sugerir que a redução do tempo de exposição à essas graves violações seja uma forma de compensá-las nos parece o mesmo que “legalizar” tais agressões aos direitos fundamentais dos detentos. Mesmo afirmando que preocupações com saúde financeira dos Estados não podem ser invocadas para simplesmente negar aos presos a compensação pelos danos morais, ao nosso ver, a solução apresentada, acabou por sobrepor o argumento econômico à efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que, diante da alegada incapacidade financeira do ente público de arcar com indenizações desta natureza, admitiu-se que as gravíssimas violações à dignidade dos detentos fossem utilizadas como instrumento para compensar os danos sofridos.

A lógica utilizada foi a de que a violação à dignidade humana para essa categoria de pessoas é admitida, desde que não perdure muito no tempo e, mais, foi reconhecido que o Estado pode dela se valer para compensar o dano à integridade psíquica dos detentos por ele mesmo causado:

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados em analogia ao art. 126 da LEP, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento (BRASIL, 2015, p.45-46).

Nesse ponto específico do trabalho é importante retomarmos a ideia desenvolvida no capítulo anterior de que é preciso termos a consciência de que a compreensão do Direito está afetada pelo caráter moderno/colonial, que se vale do discurso da universalização para não reconhecer a multiplicidade de contextos, e, em decorrência disso, sempre encobrir um contingente de sujeitos de direitos. É nesse sentido que Ricardo Sanín Restrepo (2014, p. 21-32) aponta que o Estado, ao garantir que as desigualdades sejam encobertas pelo Direito sob o manto da regulação e garantias dos direitos fundamentais, acaba por assumir uma posição sádica⁹⁴ em relação aos cidadãos. No julgamento do RE n. 580.252/MS esse sadismo do

⁹⁴ A figura do pai na psicanálise é a figura da lei, do poder. Ricardo Sanín Restrepo associa a figura do pai, detentor do poder e da lei, com a posição que o Estado moderno ocupa em relação ao Direito. O Estado é o garante do Direito. É pelo Estado que o Direito se apresenta como indispensável para organizar as relações sociais. É também por meio do Estado que o Direito define o sujeito pela linguagem da norma e da interpretação da norma. Contudo, para o autor, o sadismo do Estado se apresenta na medida em que, ao mesmo tempo que o Estado, como um pai, guarda o cidadão, ele o controla. Esse controle, entretanto, apesar de revestir-se da aparência de mero regulador de comportamentos, na verdade, habilita quem são os indivíduos que merecem ser considerados sujeitos de direito e em quais condições e situações esses selecionados sujeitos de direito irão atuar.

Estado pode ser identificado no fato de que, a despeito de aparentar que está garantindo aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, as soluções apresentadas os deixam descobertos de qualquer proteção estatal. Tem-se que, ao invés do texto constitucional determinar que os direitos fundamentais são limites à atividade do Estado, foi o argumento econômico que estabeleceu os limites dentro dos quais seria aceitável o exercício dos direitos fundamentais.

Além de evidenciar a ilusão do universalismo dos direitos fundamentais, tal julgamento evidenciou como o discurso da responsabilidade civil da Administração Pública prevista no art. 37, §6º da CF/88, enunciada como promotora de segurança, justiça e solidariedade social, tem sido utilizado para respaldar um regime no qual a responsabilidade estatal, apesar de produzir efeitos quantitativos, verificados com as inúmeras e rotineiras condenações do Estado, não se presta, na prática, a concretizar tais finalidades. É possível desvelar em tal decisão a preocupação maior em fazer do art. 37, §6º da CF/88 um instrumento de garantia de legitimação do Estado Democrático de Direito, construindo-se uma falsa representação da realidade de que temos um Estado plenamente responsável pelos seus atos. A afirmação da solidariedade social, fica restrita ao discurso jurídico, pois pela aplicação prática do art. 37, §6º da CF/88, não se verifica o reconhecimento dos cidadãos que se encontram encarcerados, como merecedores da mediação do Estado, assim como qualquer outro cidadão.

O caso concreto aqui exposto nos faz perceber ainda que a aplicação prática do art. 37, §6º da CF/88, não se dá exclusivamente pela identificação e categorização dos elementos da responsabilidade estatal identificados pela doutrina. Em verdade, a responsabilidade civil estatal advém da narrativa que se faz dela e não da análise objetiva e descritiva dos seus elementos.

Aplicando-se um raciocínio dedutivo lógico-formal de verificação das condições necessárias para a responsabilidade estatal descritas pela doutrina, teríamos como certa a responsabilização estatal no caso concreto do RE n. 580.252/MS pois, em todas as decisões proferidas no processo, desde a primeira instância até os votos já proferidos no STF, tem-se por incontroversa a comprovação de todos os elementos ensejadores da responsabilidade⁹⁵, inclusive naquelas decisões que afastaram o dever estatal de indenizar.

⁹⁵ No caso, os pressupostos ou elementos definidores ou condições indispensáveis à configuração da responsabilidade são: o sujeito responsável, que é o Estado do Mato Grosso do Sul; foi fixada a tese de que se aplica ao caso a teoria da responsabilidade objetiva, amparada pela teoria do risco administrativo e, portanto, bastava a comprovação do dano e do nexa causal com a conduta estatal; a conduta estatal comprovada foi a de que o Estado, mesmo ciente das péssimas condições de detenção, envia pessoas a cárceres lotados e insalubres,

Entretanto, quando a responsabilidade é contextualizada, passando-se a identificar o sujeito de direito ao qual o reconhecimento da conduta estatal lesiva se destina, o tipo de dano a ser indenizado e o impacto financeiro que o reconhecimento dessa responsabilidade estatal pode trazer aos cofres públicos, percebemos que o preenchimento dos elementos descritos pela doutrina, na verdade, não é o que define a responsabilidade estatal.

O dano ensejador da responsabilidade, neste caso, consistiu na explícita violação aos direitos fundamentais de proibição da tortura previsto no art. 5º, III, de proibição de sanções cruéis prevista no art. 5º, inciso XLVII e da reiterada escolha pública de fechar os olhos aos deveres de assistência previstos nos arts. 10 e 11 da LEP, lei esta que existe desde 1984 e que há anos vem sendo descumprida. Tão notória a inafastabilidade do dano que, a quase totalidade dos votos condutores do julgamento, os ministros do STF se valeram reiteradamente de dados estatísticos produzidos pelo próprio Estado, por meio do CNJ e do Departamento Penitenciário Nacional, que dão conta de que para se acabar com déficit do sistema seria preciso praticamente dobrar a sua capacidade atual, bem como apontam que a taxa de óbitos na população carcerária é três vezes maior que a taxa de pessoas mortas na população em geral.

O fato de o Estado, reiteradamente, fechar os olhos ao direitos fundamentais dos presos promove uma verdadeira naturalização das condições indignas em que vivem tais pessoas. Ocorre, contudo, que o simples reconhecimento judicial de uma condenação no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) não afasta o fato de que no sistema de responsabilização pública vigente, não há um verdadeiro comprometimento com o cidadão e com sua dignidade, em razão do fato de que para excluir o direito universaliza.

Essa operação jurídica de exclusão pela universalização é desvelada no RE 580.252, na medida em que o reconhecimento de indenização aos presos cria a aparência de que o Estado respeita indistintamente a dignidade de todos os cidadãos. Já a exclusão é desvelada quando nos deparamos com a injustificável constatação de que o Judiciário defere indenizações muito superiores aos R\$2.000 (dois mil reais), fixados em favor dos detentos que sofreram gravíssimas violações a sua integridade física e moral e, defere em valores consideravelmente superiores a outras situações de menor afronta à dignidade, como o cancelamento de voos, ou nos casos de penhora on line indevida.

assumindo assim a posição de garante em relação aos presos; foi estabelecido o nexo causal entre a insuficiência das políticas públicas prisionais adotadas e o dano causado ao demandante em razão da violação da sua dignidade.

E, para além disso, na medida em que se verifica que, as iniquidades presentes no trajeto de responsabilização, consistentes nas teses da irresponsabilidade a seguir expostas neste trabalho, não garantiram uma efetiva e qualitativa concretização ao direito reconhecido aos presos.

Quando compreendemos que essa decisão é uma narrativa que apresenta a responsabilidade pública a nós, desvelamos que a aplicação do art. 37, §6º não decorre simplesmente de uma operação racional de preenchimento dos elementos configuradores da responsabilidade de forma descritiva. Tal compreensão, no contexto do trabalho, abre um caminho possível para que a responsabilidade estatal seja orientada, efetivamente, para o reconhecimento do sujeito real de direito, entendido este como o cidadão que deseja que assim como ele, todos os outros indivíduos considerados na relação (eu/tu/terceiro) gozem da mediação do Estado.

Tomemos agora como exemplo outro julgamento havido no STF envolvendo o debate travado em torno da responsabilidade objetiva das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos em relação aos usuários e aos não usuários do serviço. Até o julgamento do RE n. 262.651/SP⁹⁶, de 11 de novembro de 2005, o STF não havia enfrentado a questão se as entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos somente se responsabilizariam objetivamente pelos danos causados aos usuários dos serviços ou também a terceiros não usuários.

Tratou-se o referido caso de recurso extraordinário interposto por uma concessionária de transporte coletivo urbano de São Paulo que havia sido condenada a indenizar, nos termos do art. 37, §6º da CF/88, o proprietário de um veículo particular abalroado por ônibus da entidade concessionária afetado ao serviço concedido. A sentença havia sido desfavorável à vítima, ao fundamento de que o art. 37, §6º da CF/88 não abrangia vítima que não ostentava a condição de usuária do serviço prestado. Entretanto, o Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo reformou a sentença para aplicar a teoria da responsabilidade objetiva e reconhecer à vítima o direito à indenização. Em face desse acórdão foram interpostos recurso especial e recurso extraordinário, sendo que ambos tiveram seguimento negado na origem. Para garantir o seguimento do recurso extraordinário foram interpostos perante o STF agravo de instrumento e agravo regimental. Em razão de provimento deste último recurso, a questão foi submetida ao crivo do STF, tendo como relator o Ministro Carlos Velloso.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 262.651/SP. Relator: Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 16 nov. 2005.

O referido Ministro Relator votou pelo provimento do RE n. 262.651/SP, determinando o restabelecimento da sentença que havia excluído a tese da responsabilidade objetiva da prestadora de serviço público relativamente a não usuários do serviço. Foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes (BRASIL, 2005, p. 462-472) e Ellen Gracie (BRASIL, 2005, p. 473).

Para fixar a tese de que a responsabilidade objetiva dos concessionários de serviços públicos não se estende aos não usuários do serviço, o Ministro Carlos Velloso afirmou que, após extensa pesquisa doutrinária, verificou que os doutrinadores ou não cuidaram da questão ou não fizeram a distinção entre usuário e não usuário (BRASIL, 2005, p. 434). Em razão disso, para formar seu entendimento acerca da questão, o Ministro informou ter dirigido uma carta a Celso Antônio Bandeira de Mello, pedindo o seu pronunciamento a respeito. Em resposta à solicitação do Ministro, o administrativista fixou sua posição no sentido de que o texto constitucional nada exigiu quanto à qualificação da vítima do dano, exigindo apenas dois requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público:

[...] Quando o Texto Constitucional, no §6º do art. 37, diz que as pessoas ‘de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros’, de fora parte a indispensável causação do dano, nada mais exige senão dois requisitos para que se firme dita responsabilidade: (1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (b) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano. [...] (Celso Antônio Bandeira de Mello citado por BRASIL, 2005, p. 437).

Essa, contudo, na visão do Ministro Carlos Velloso, não lhe pareceu a melhor interpretação do termo “terceiros” abrigado pelo art. 37, §6º da CF/88. Assim, buscou na doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho a tese de que, em se tratando de concessão de serviços públicos, existem duas relações jurídicas diversas: a existente entre o poder concedente e o concessionário, regida pelas regras do contrato de concessão; e a que interessa em matéria de responsabilidade civil, existente entre o concessionário e o usuário do serviço público. Nesta última relação, segundo o Ministro Carlos Velloso, calcado na doutrina de Bacellar Filho, há incidência de responsabilidade objetiva, porque “o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública, mesmo sendo esse serviço prestado por terceiros que não o Estado” (BRASIL, 2005, p. 438-439).

Consignou em seu voto que estender a não usuário do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva seria ir além da *ratio legis* do art. 37, §6º da CF/88, uma vez que, na sua visão a *ratio* do dispositivo constitucional, era a proteção do serviço público ideal (BRASIL, 2005, p. 441).

Após o voto do relator, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos para um exame mais acurado da controvérsia, apresentando, em seguida, voto divergente. Inicialmente, apresentou um fundamento de ordem geral, denominado por ele próprio de um fundamento “atinentes à gênese da própria noção de responsabilidade do Estado” (BRASIL, 2005, p. 448).

Segundo o Ministro, os sistemas de responsabilidade estatal podem ser divididos, de acordo com o Direito Comparado, em três: sistema da responsabilidade subjetiva, baseado na culpa *stricto sensu*; sistema da responsabilidade objetiva, fundado no risco administrativo e no princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, e sistema misto, com elementos dos dois sistemas precedentes. O Brasil adotou como regra o regime da responsabilidade objetiva, no qual se exige apenas a demonstração da relação de causa e efeito entre o dano causado ao particular e a ação da Administração ou de quem lhe faça as vezes. Firmou o Ministro Joaquim Barbosa a posição de que este tipo de responsabilidade se caracteriza por ser mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas prestadoras de serviços públicos.

Aliado ao fundamento relativo ao tipo do sistema adotado no Brasil, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou que, em se tratando do art. 37, §6º da CF/88, devemos sempre ter em mente que a responsabilidade objetiva repousa em dois fundamentos irretocáveis. O primeiro deles é que, ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração Pública submete os cidadãos a inúmeros riscos, que são da essência da atividade administrativa, pois indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade. O segundo fundamento repousa na igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos, pois o dever de indenizar decorre não só de um risco criado pela atividade estatal, mas também do princípio da solidariedade social, “solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo”. (BRASIL, 2005, p. 449-450).

Além desses fundamentos que ressaltam que a responsabilidade estatal se traduz na ideia de que as atividades administrativas são levadas a efeito em benefício de todos, o Ministro Joaquim Barbosa rechaça a exclusão da responsabilidade objetiva aos não usuários do serviço público com mais dois fundamentos específicos. O primeiro diz respeito ao fato de

quando o Estado, mediante contrato administrativo, transfere ao particular uma parcela das suas múltiplas atividades, não ocorre uma transformação na natureza dessas atividades, ou seja, o serviço público, quando delegado ao particular, não deixa de ser público, pois a Administração continua a deter sua titularidade e o seu controle. O segundo fundamento utilizado foi o de que, nas mesmas circunstâncias em que produzido o dano, caso estivesse envolvida não uma concessionária, mas sim a própria Administração Pública, a vítima estaria legitimada a receber a indenização. Esse segundo fundamento reforça o primeiro no sentido de que o dever de indenizar é imperativo e decorre do fato de que a atividade causadora do dano é exercida em prol da coletividade, não importando o fato de a prestação do serviço ser transferida temporariamente a uma empresa privada concessionária.

O Ministro Joaquim Barbosa concluiu o seu voto afirmando ser incabível a distinção entre usuário e não usuário em matéria de responsabilidade civil estatal e que introduzir essa distinção significaria “um perigoso enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance o constituinte de 1988 quis o mais amplo possível”. (BRASIL, 2005, p. 454/455)

Ocorre, contudo, que os fundamentos expostos pelo Ministro não prevaleceram e, durante quase cinco anos, o STF adotou o entendimento de que a responsabilidade seria objetiva se o dano fosse causado pela pessoa jurídica de direito privado ao usuário de serviço público, ficando o não usuário sujeito à responsabilidade subjetiva.

Tal orientação foi alterada somente em 26 de agosto de 2009 com o julgamento do RE n. 591.874/MS⁹⁷, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A controvérsia originária era semelhante ao caso julgado no RE n. 262.651/SP e tratava de ação de indenização decorrente da morte de ciclista, terceiro não usuário do serviço de transporte coletivo. Concluiu-se, diversamente, que a pessoa jurídica concessionária do serviço público deveria responder objetivamente, nos termos do art. 37, §6º da CF/88. O voto do Ministro Relator (BRASIL, 2009, p. 1825-1833) foi acompanhado pela maioria dos ministros⁹⁸, inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2009, p. 1863- 1865) que havia se posicionado de forma diversa no RE n. 262.651/SP.

O primeiro fundamento utilizado para alterar a jurisprudência foi o de que não se pode interpretar restritivamente o alcance do art. 37, §6º da CF/88 porque o referido dispositivo interpretado à luz do princípio da isonomia não permite que se faça qualquer distinção entre

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591.874/MS. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 ago. 2009.

⁹⁸ O Ministro Marco Aurélio foi o único que não acompanhou o voto do relator por divergir quanto à configuração do nexa causal no caso concreto.

usuários e não usuários do serviço público, uma vez que todos, de igual modo, podem sofrer danos em razão da atuação administrativa, seja ela prestada diretamente, seja por meio de concessionária ou permissionária (BRASIL, 2009, p. 1831). O segundo fundamento foi o de que distinguir usuário de não usuário contrapõe-se à própria natureza do serviço público que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da atuação da Administração Pública (BRASIL, 2009, p. 1832).

Pelo menos duas reflexões devem ser feitas acerca da orientação fixada pelo RE n. 262.651/SP e depois modificada pelo RE n. 591.874/MS. A primeira é que o RE n. 262.651/SP, ao fazer uma restrição benéfica às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, deixou claro que não existe uma dimensão universal no art. 37, §6º da CF/88, no sentido de que a responsabilidade estatal se volta, indistintamente, a todos os cidadãos. A segunda é que, a despeito da configuração de todos os elementos caracterizadores da responsabilidade, sempre será possível uma interpretação que poderá ser utilizada como barreira ou “subterfúgio teórico” para a configuração da responsabilidade civil da Administração Pública, a despeito do preenchimento de todos os seus requisitos configuradores. Mesmo que se invoque essa ou aquela teoria acerca dos elementos da responsabilidade estatal como base argumentativa, o que define mesmo a responsabilidade é o subjetivismo do julgador, que é naturalmente influenciado pelo contexto social, político e econômico.

O discurso doutrinário acerca do art. 37, §6º, entretanto, não dialoga com essa realidade pois, ao se fechar em uma forma de exposição analítica do tema, não consegue evidenciar que a caracterização da responsabilidade estatal, muito além de possuir elementos definidores previamente arrolados pelo art. 37, §6º da CF/88, concretiza-se ou não pelo contexto social, político e econômico no qual ela está inserida.

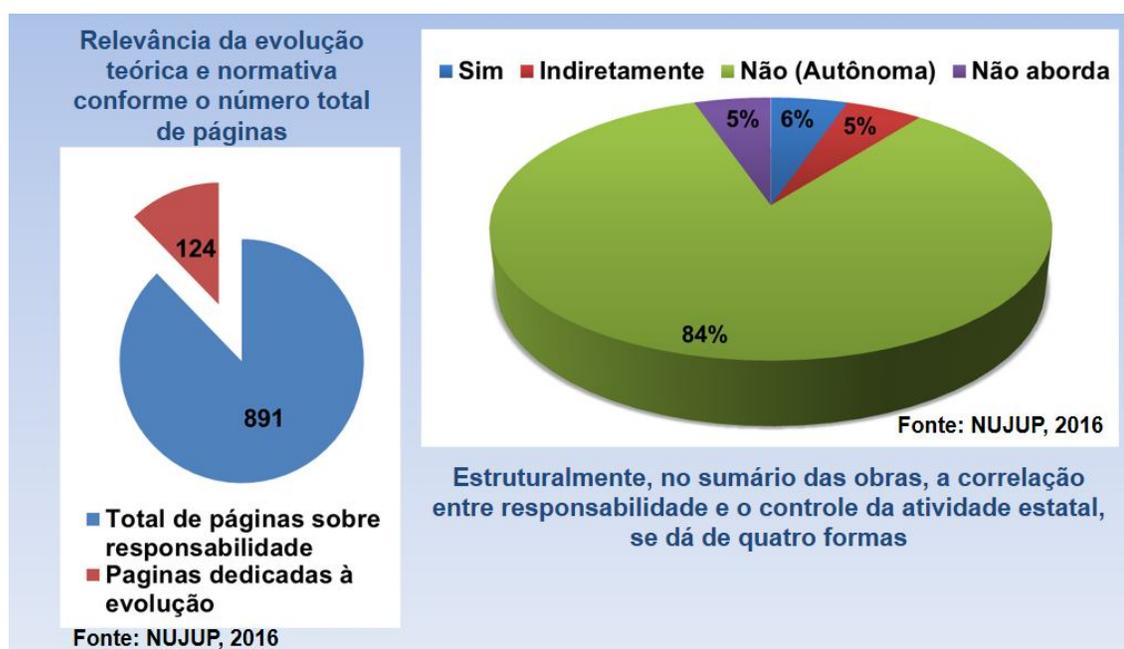
4.2 Da irresponsabilidade civil da Administração Pública *narrada*

Uma reflexão acerca do comprometimento da Administração Pública com a efetivação do art. 37, §6º da CF/88 passa pela necessidade de se contextualizar tal norma constitucional com algumas iniquidades presentes na realidade do trajeto da responsabilização estatal: *i)* a necessidade de a própria Administração Pública reconhecer-se diretamente responsável pelos seus atos, sem a necessidade de intervenção do judiciário, *ii)* a tradicional resistência da Administração Pública em exercer o direito de regresso em face dos agentes públicos e *iii)* o

fato de que o tratamento jurisprudencial dado ao regime de pagamentos de indenizações por precatórios reforça a histórica procrastinação dos entes políticos em cumprir com as condenações judiciais, ao tempo e modo determinados no texto constitucional.

Tais iniquidades, conforme se verá a seguir, foram extraídas a partir de premissas estabelecidas pela própria doutrina administrativista⁹⁹.

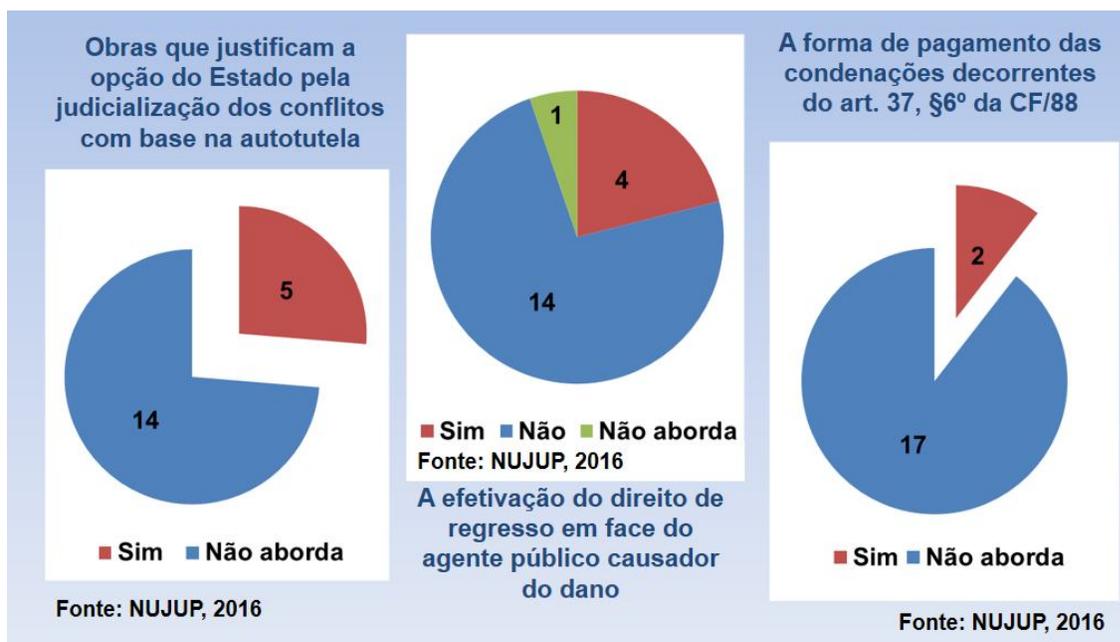
A relevância dada à evolução histórica e normativa do tema, foi analisada a partir da comparação do número de páginas dedicados a essa evolução dentro do universo temático da responsabilidade, sendo possível desvelar que há uma ideia cogente de que o instituto evoluiu no sentido de resguardar cada vez mais direitos aos cidadãos. A partir da análise da forma como a responsabilidade é situada, estruturalmente, no sumário dos manuais, foi possível desvelar que, em que pese a doutrina sustentar que a responsabilidade não é um fim nela mesma, em termos de conteúdo, não se tem uma visão articulada da responsabilidade como sendo uma manifestação do controle da Administração.



A partir da análise da forma como os manuais tratam as vias existentes para o reconhecimento da responsabilidade, desvelou-se que a tradicional opção pela via judicial,

⁹⁹ Por meio do Grupo de Pesquisa NUJUP Observa Responsabilidade, foram pesquisados 19 (dezenove) manuais de direito administrativo, os quais, considerados conjuntamente, acabam por construir o discurso jurídico acerca do tema no Brasil, pois são referências para a formação de opinião de estudantes e aplicadores do direito administrativo em geral, estando presentes nos planos de ensino das principais faculdades de direito

nos dá a sensação de que o tema está exaurido. Não há um questionamento sobre quais são as implicações, no âmbito de efetividade do art. 37, §6º, da recusa da via administrativa. Não há, igualmente, uma problematização sobre a resistência da Administração em efetivar o direito de regresso. Por fim, a análise realizada desvelou que a grande maioria dos manuais não explicita que o pagamento das indenizações decorrentes do art. 37, §6º se faz na forma do art. 100 da CF, por meio de RPV ou precatórios, e que a forma como a Administração se encontra comprometida com o art. 100, interfere na efetividade da responsabilidade.



Assim, a partir de agora, partindo das premissas estabelecidas pela doutrina, formularemos teses da irresponsabilidade da Administração Pública¹⁰⁰ que se prestam a ser um ponto de partida para o debate sobre a inefetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88 e para a reflexão acerca da necessidade de se pensar a responsabilidade estatal de uma forma mais abrangente, a ela se atribuindo a dimensão ética da alteridade desenvolvida no primeiro capítulo deste trabalho.

¹⁰⁰ Essas teses não têm a pretensão de teorizar ainda mais o estudo da responsabilidade. Elas devem ser entendidas em uma perspectiva dialética, pois pretendem desenvolver premissas para despertar reflexões.

4.2.1. A transferência da efetivação do art. 37, §6º da CF/88 ao poder judiciário

Não raramente os manuais de direito administrativo¹⁰¹ trazem o ensinamento de que a via mais comum para o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública é a via judicial, não obstante registrarem que a reparação do dano pode ser também feita no âmbito administrativo, desde que a Administração reconheça diretamente a sua responsabilidade.

Todavia, mais do que simplesmente ser pontuado como um fato, a tradicional opção administrativa de eleger o poder judiciário como a seara mais adequada para a solução das demandas que envolvam o reconhecimento da sua responsabilidade deve ser debatida como um problema que compromete a efetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88.

Neste contexto, podemos formular algumas teses. A *primeira tese* é a de que a transferência da efetivação do art. 37, §6º da CF/88 ao poder judiciário quebra a confiança gerada no cidadão de que a Administração Pública está comprometida com a correção dos seus comportamentos.

A concepção teórica acerca do desenvolvimento da responsabilidade civil pública no Estado Democrático de Direito parte da ideia de que a Administração Pública não é um valor em si mesma, mas sim volta-se à realização dos direitos fundamentais. Parte ainda da ideia de que o princípio da responsabilidade nos faz deduzir que não é o Estado que se curva ao indivíduo, nem o indivíduo que se sobrepõe ao Estado, mas que a promoção do interesse comum surge da associação de ambos.

Nesse contexto, advém do art. 5º, §1º da CF/88, o dever ao qual a Administração Pública se submete de assegurar a efetividade direta e imediata dos direitos fundamentais. No caso do art. 37, §6º da CF/88, o cumprimento desse dever constitucional pode ser vislumbrado com a criação de vias administrativas capazes de apurar a legitimidade da conduta administrativa eventualmente causadora de danos aos cidadãos e efetivar a necessária e integral reparação.

¹⁰¹ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, 2015, P. 601; DI PIETRO, 2015, p. 807; MAZZA, 2014, p. 282; MARINELA, 2015, p. 974. Cabe pontuar que Marçal Justen Filho (2014, p.1359), dentre os manuais pesquisados, foi o que mais se chegou perto de problematizar a questão, no tópico “Dever de liquidar espontaneamente a indenização” no qual o autor afirma que, uma vez configurados os pressupostos da responsabilização, a remessa do interessado à via judicial configurará uma segunda infração do Estado. A primeira infração se consumou quando o Estado deu oportunidade à concretização do dano e a segunda ocorre quando se recusa a arcar com a responsabilização daí derivada. Entretanto, o autor não relaciona tal problema à efetividade qualitativa do art. 37, §6º nos termos aqui propostos.

Entretanto, a criação de tais vias são exceções na nossa realidade administrativa, o que propicia a “explosão do contencioso judicial”¹⁰² envolvendo demandas que buscam a responsabilização da Administração Pública com base no art. 37, §6º da CF/88. Essa excessiva judicialização deve ser entendida, todavia, como um risco à concretização do próprio sistema de responsabilidade pública.

Raquel Melo Urbano de Carvalho (2012, p. 298) aponta que, se atualmente não cabe sustentar a imunidade de controle quanto aos atos administrativos, é igualmente intolerável um sistema que termine por transferir ao judiciário a integralidade do controle relativo a setores fundamentais da atividade administrativa. Como o art. 37, §6º da CF/88 se refere à responsabilização das pessoas jurídicas de direito público (e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público), o controle acerca da sua aplicação deve ser considerado um controle fundamental à atividade administrativa, sobre o qual a Administração Pública deveria exercer ativamente o seu controle interno. A opção da Administração em não exercer tal controle revela, em última instância, a ausência de comprometimento da Administração com o próprio conteúdo do art. 37, §6º da CF/88.

A *segunda tese* é a de que a transferência da efetivação do art. 37, §6º da CF/88 ao poder judiciário se apresenta como entrave prático à busca por reparação. Como efeito prático dessa ausência de controle interno de apurar a legitimidade da conduta administrativa eventualmente causadora de danos aos cidadãos, podemos observar a seletividade dos casos nos quais a responsabilidade estatal será de fato reconhecida em substituição ao objetivo externado pelo instituto de promoção de justiça social.

E isso porque é preciso lembrar que, a despeito do inegável incremento dos meios de acesso ao judiciário nos últimos anos, ainda são poucos os cidadãos que a ele têm acesso qualificado, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os altos custos do processo judicial (CARVALHO, 2012, p. 303). Já o reconhecimento do art. 37, §6º na via administrativa diminuiria o risco de promover essa restrição.

A *terceira tese* é a de que a transferência da efetivação do art. 37, §6º da CF/88 ao poder judiciário impede que o reconhecimento pela via do controle interno colabore para o incremento da qualidade no planejamento da atividade administrativa. O efeito prático decorrente da ausência de controle interno na apuração da conduta administrativa é a impossibilidade de se realizar um adequado planejamento das políticas públicas que envolvam serviços públicos.

¹⁰² Raquel Melo Urbano de Carvalho (2012, p. 291) é quem utiliza a expressão “explosão do contencioso judicial” identificando-a como uma realidade da Administração Pública do século XXI.

Como já dissemos, o art. 37, §6º da CF/88 é uma consequência da prestação dos serviços públicos. A excessiva judicialização das demandas que envolvam a responsabilização em decorrência da prestação de serviços públicos impede que a Administração tenha uma visão ampla e não fragmentada da adequada execução desses serviços. A multiplicação e pulverização das demandas judiciais que envolvam a qualidade da prestação de serviços públicos dificulta que a Administração Pública identifique quais os serviços ensejam maior número de pedidos indenizatórios e que, portanto, requerem correção e aperfeiçoamento da conduta pública.

Isso tem como consequência inevitável a incapacidade ou insuficiência de planejar e executar de forma integrada a função executiva, nela compreendida a função governamental de tomada de decisões políticas e a função administrativa de execução dessas decisões políticas. Sendo o planejamento a ferramenta que a Administração Pública se vale para chegar ao bem comum, evidentemente, a sua ausência ou insuficiência afetará a face democrática da atuação estatal (ARAÚJO; AZEVEDO, 2013, p. 170).

A *quarta tese* é a de que a transferência da efetivação do art. 37, §6º da CF/88 ao poder judiciário reafirma a supremacia *a priori* do interesse público em contraponto à conformação dos interesses públicos e privados que teria o condão de conferir maior legitimidade às decisões administrativas. O dever constitucional de responder pelos danos decorrentes das condutas públicas (art. 37, §6º da CF/88) traz implícito um duplo dever: primeiro o de que as condutas da Administração Pública devem visar à consecução do interesse público e; segundo o de que a Administração deve se responsabilizar pelo modo que se desincumbiu de concretizar tal interesse.

Em um Estado de Direito que se instituiu democrático, plural e participativo como o nosso, a construção do interesse público deve se dar pela conformação com o interesse privado. Apesar de ter uma natureza diversa do interesse privado, o interesse público encontra-se ligado diretamente à legitimação do cidadão (ARAÚJO; ALMEIDA, 2014, p. 47/48). A resistência da Administração Pública em viabilizar administrativamente vias para que os cidadãos possam apresentar seus interesses decorrentes do art. 37, §6º - colocando o poder judiciário sempre entre a Administração Pública e o cidadão - ao invés de reforçar a conformação do interesse público com o privado, acaba promovendo o afastamento entre o Estado e o cidadão, pois reforça a ideia de que o Estado e o cidadão devem ocupar posições antagônicas.

Essa postura administrativa acaba colocando o interesse público, *a priori*, em uma posição de supremacia em relação ao interesse do cidadão. A doutrina administrativista,

entretanto, afirma que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser considerado aprioristicamente, mas somente se justifica de forma contextualizada.¹⁰³

Relacionando o afastamento entre Administração Pública e o cidadão e a supremacia do interesse público utilizada como um reforço de autoridade de um Estado com feições liberais, Marinella Araújo e Alessandra Almeida destacam:

O afastamento entre Estado e sociedade civil o qual o princípio da supremacia promove tem sentido se pensarmos em um Estado de feições liberais – aquele que só age de forma negativa, e, por esse motivo, precisa se afirmar perante os cidadãos. Nesse cenário liberal, o Estado precisa de um instrumento que reforce a sua autoridade, daí o fundamento do princípio da supremacia do interesse público. (ARAÚJO; ALMEIDA, 2014, p. 47).

Assim, a viabilização pela Administração Pública de vias para o reconhecimento administrativo dos direitos decorrentes do art. 37, §6º da CF/88 têm o condão de reconhecer que os cidadãos estão na origem da atividade administrativa e, conseqüentemente, tal postura administrativa teria também o condão de promover maior adesão social às decisões administrativas, garantindo a ela maior legitimidade. Uma vez exposto que a opção administrativa de judicializar as demandas nas quais se discutam a responsabilização estatal compromete a efetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88, cabe-nos agora exemplificar algumas experiências de entes políticos que instituíram via administrativa própria para a análise de pedidos de indenizações. Ressalvamos, desde já, que essas experiências, da forma

¹⁰³ Descortinou-se na doutrina administrativista um debate acerca da necessidade de redefinição do próprio princípio da supremacia do interesse público. Humberto Ávila (2001, p. 13) faz uma análise crítica ao modo como a doutrina administrativista descreve o princípio da supremacia do interesse público concluindo que a atividade administrativa e a interpretação das normas de direito público não podem ser exercidas sob o influxo desse princípio e, ainda, o interesse público pode até possuir significado jurídico, mas não pode ser descrito como prevalente relativamente aos interesses dos particulares. Baseia-se na indeterminabilidade empírica do conceito de interesse público e na sua contrariedade à segurança jurídica para afastar o rótulo de princípio constitucional imanente à supremacia do interesse público, atribuindo-lhe a condição de mera regra abstrata de preferência no caso de colisão em favor do interesse público. Deixa claro ainda que a supremacia do interesse público não poderia ser também uma condição para explicação do ordenamento jurídico administrativo brasileiro. Afirma que Celso Antônio Bandeira de Mello, ao definir tal princípio como condição de existência do direito administrativo, o define não como um postulado normativo, mas sim como um “postulado ético-político”, como “uma necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer positividade” (ÁVILA, 2001, p. 23). Tais críticas geraram inúmeras respostas doutrinárias na defesa do princípio da supremacia do interesse público, a exemplo de Emerson Gabardo (2009, p. 287 e 295) que, fazendo referência expressa às críticas de Humberto Ávila, afirma que o elemento a adquirir supremacia é o “interesse público” e não o princípio da supremacia do interesse público, como alguns autores têm asseverado. Defende ainda o fato de que a indeterminabilidade do conceito de interesse público é “um falso problema”, pois o fato de o conceito de interesse público ser vago não retira sua possibilidade de significação que se dá a partir da sua contextualização ao caso concreto.

como se apresentam, também não têm se mostrado adequadas à finalidade de efetivar plenamente o art. 37, §6º da CF/88.

Trata-se das Juntas Administrativas de Indenizações – JAI – que têm sido criadas e vêm funcionando junto às administrações de alguns municípios¹⁰⁴ brasileiros com o intuito de solucionar extrajudicialmente conflitos decorrentes de danos causados pela Administração Pública a terceiros.

Considerando o pioneirismo de Porto Alegre na instituição de tal via administrativa, o presente trabalho tomará, inicialmente, o caso deste município como exemplo para apresentar a definição, o objetivo e definir de forma sucinta o procedimento de atuação da JAI¹⁰⁵.

De acordo com o Decreto n. 12.619, de 28 de dezembro de 1999, no município de Porto Alegre, a JAI é um órgão colegiado que funciona junto à Procuradoria Geral do Município e seu objetivo é analisar administrativamente pedidos de indenizações decorrentes de danos causados pelo Município, nos termos do §6º, art. 37 da CF/88. De acordo com o Regimento Interno da JAI¹⁰⁶, em cumprimento ao art. 4º do já citado Decreto n. 12.619/99, o procedimento administrativo inicia-se com o protocolo do requerimento de indenização pelo interessado, acompanhado dos documentos que embasam a sua pretensão. Recebido o requerimento administrativo de indenização, o processo é distribuído a um relator que, no prazo de até 30 (trinta) dias, deverá fazer um exame preliminar da demanda e determinar providências necessárias à instrução, tais como a requisição de informações aos órgãos municipais e a oitiva de servidores.

Uma vez concluídas as providências necessárias à instrução, o processo é incluído em pauta para a realização da audiência de instrução, sendo o cidadão interessado intimado para comparecer à audiência na qual será a ele oportunizado prestar depoimento pessoal. Na mesma oportunidade serão também ouvidas as testemunhas indicadas pelo interessado, bem

¹⁰⁴ O Município de São Paulo/SP, apesar de não ter criado um órgão denominado JAI, instituiu o procedimento próprio para o pagamento administrativo de indenizações através do Decreto n. 53.066, de 04 de abril de 2012. Já o município de Belo Horizonte/MG instituiu propriamente a JAI mediante o Decreto n. 14.971, de 06 de agosto de 2012.

¹⁰⁵ A instituição da JAI no município de Porto Alegre foi inscrita na VII Edição do Prêmio *Innovare*, ano 2010. Tal prêmio tem por objetivo “*identificar, premiar e disseminar práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público estadual e federal, defensores públicos e advogados públicos e privados de todo Brasil, que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a modernização da Justiça Brasileira*” Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/>>. A descrição da JAI de Porto Alegre foi objeto de análise de Raquel Melo Urbano de Carvalho (2012, p. 314-317), em artigo que trata da autotutela como instrumento de aperfeiçoamento administrativo. Sobre o tema, também se dedicou Marina França Santos (2013, p. 341-372)

¹⁰⁶ O Regimento Interno da JAI encontra-se disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000029722.DOCN.&l=20&u=%2Fnethtml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>, acesso em 12 de agosto de 2014>.

como os servidores públicos eventualmente convocados pelo relator na fase de exame preliminar acima mencionada. Caso a prova documental apresentada pelo interessado seja incontroversa, a realização da referida audiência pode ser dispensada.

Encerrada a fase procedimental de produção de provas em audiência ou, após ter sido a audiência dispensada em razão da existência de prova documental incontroversa, os membros da JAI formalizarão o seu convencimento acerca da existência da responsabilização do Município mediante parecer, no qual constarão o voto e a respectiva fundamentação de cada um dos membros. Em seguida, tal parecer é submetido ao Procurador Geral do Município que poderá requerer nova diligência ou reexame de ofício à JAI ou, ainda, proferir desde já decisão sobre a pretensão indenizatória. Em caso de deferimento de requerimento de indenização em valor superior a R\$10.000,00 (dez mil reais), o Regimento Interno da JAI prevê que a decisão do Procurador Geral deverá ser submetida a reexame necessário pelo Prefeito Municipal.

Depois de proferida a decisão, o interessado é notificado do seu conteúdo para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar pedido de reconsideração, demonstrando a existência de manifesta ilegalidade na decisão ou a existência de prova ou fato novo capaz de ensejar a sua reforma. Uma vez julgado o recurso, caso tenha sido reconhecido o direito à indenização, é encaminhado um expediente para a Secretaria Municipal de Finanças para a realização do pagamento da indenização, que terá seu valor corrigido monetariamente. Na ocasião do pagamento, o interessado que teve seu pleito indenizatório reconhecido pela JAI deve firmar um termo de quitação e renúncia a qualquer direito de indenização decorrente do mesmo fato, objeto daquela indenização administrativa¹⁰⁷.

Com procedimento bastante semelhante ao do município de Porto Alegre, passados treze anos da utilização desse instrumento pelo município rio-grandense, o município de Belo Horizonte também instituiu a JAI por meio do Decreto n. 14.971/2012. Já no preâmbulo do referido instrumento normativo, a criação da JAI foi justificada na capital mineira pela necessidade de (i) atender ao preceito constitucional que cria a responsabilidade objetiva para as Pessoas Jurídicas de Direito Público pelos danos causados a terceiros por seus agentes, a teor do disposto no art. 37, § 6º da Constituição da República; (ii) estabelecer procedimentos

¹⁰⁷ Segundo a descrição da prática, conforme inscrita na VII Edição do Prêmio *Innovare*, “a desburocratização ao acesso à justiça alcançada com a instalação da JAI, leva à rapidez esperada pelo cidadão na recomposição dos danos injustamente sofridos, uma vez que o processo administrativo de indenizações demora, da sua protocolização até o pagamento, em média 90 (noventa) dias, prazo este em muito inferior ao que seria experimentado em demandas clássicas encaminhadas ao Poder Judiciário”. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/>

uniformes e ágeis no exame dos pedidos administrativos de indenização por danos causados a particulares em decorrência de ações do Poder Público Municipal; (iii) que o exame de pedidos indenizatórios por um órgão colegiado proporciona maior transparência e segurança jurídica nas decisões administrativas; (iv) que a apuração da responsabilidade com celeridade facilita o ajuizamento de ações de regresso, além de atuar como instrumento de melhoria na qualidade do serviço público.

Contudo, alguns dispositivos do referido decreto municipal chamam a atenção pelo aparente descompasso entre a intenção manifestada no preâmbulo do decreto instituidor do órgão e as regras de seu efetivo funcionamento.

A primeira delas é o limite de valor instituído pelo art. 1º, §1º que prevê que “a competência da JAI se limita ao deferimento de pedidos indenizatórios inferiores a R\$ 15.000,00” (BELO HORIZONTE, 2012). A segunda é trazida pelo art. 23 que veda “à Junta o reconhecimento de indenização pelo dano moral em razão da dificuldade de definição do *quantum* devido pela Administração Pública” (BELO HORIZONTE, 2012). Já o art. 25 prevê que “o Procurador-Geral poderá, a pedido do Presidente da Junta Administrativa de Indenizações, suspender o recebimento de novos pedidos indenizatórios em razão de eventual acúmulo de processos administrativos pendentes de decisão” (BELO HORIZONTE, 2012).

Condicionar o acesso à JAI a limite de valor das indenizações, à exclusão de apreciação do dano moral e à possibilidade discricionária de suspender o recebimento de novos pedidos, ao nosso ver, deturpa a finalidade de efetivação de direitos constitucionais de forma próxima ao cidadão. Afastar a reparação do dano moral, por exemplo, viola o princípio da reparação integral do dano, que tem acento constitucional nos art. 5º, inciso X e 37, §6º. O limite de valor, além de violar o princípio da reparação integral, demonstra a opção da Administração Pública de permitir o acesso do cidadão à JAI apenas nos casos em que o alto custo operacional de eventual demanda no judiciário “compensar” a indenização administrativa. A manutenção desses obstáculos, portanto, conduz à tradicional opção pela judicialização da apuração do direito à indenização decorrente do art. 37, §6º da CF/88.

4.2.2 A resistência da Administração Pública em efetivar o direito de regresso: a competência administrativa dissociada da responsabilização

Quem detém a competência para determinada decisão, detém, em tese, a responsabilidade para os atos que com ela se relacionem. Partindo dessa afirmação, Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 272 - 273) lembra que, no campo da gestão pública, há muito se

estabeleceu o discurso de que sem um corpo de agentes adequadamente profissionalizados e comprometidos com o exercício da função pública será muito difícil a qualquer Estado executar o interesse público. Entretanto, alerta a autora que, embora se trate de um lugar comum, a tal discurso não corresponde uma reflexão jurídica igualmente amadurecida.

Neste campo, *podemos formular a tese* segundo a qual mostra-se imprescindível associar a competência decisória à responsabilização. A ampliação do centro de imputação da responsabilidade é importante instrumento de aprimoramento da função administrativa, na medida em que garante que os servidores busquem constante profissionalização e comprometimento com o exercício da função administrativa.

Contudo, não é esse o ponto considerado tormentoso pela doutrina envolvendo o direito de regresso. Grande destaque é dado nos debates doutrinários à questão consistente em saber se a Administração Pública deve ou pode denunciar da lide o agente público que provocou o dano (CARVALHO FILHO, 2016, p. 612-613; DI PIETRO, 2015, p. 808; NOHARA, 2016, p. 842-843; MAZZA, 2014, p. 298; ALEXANDRINO, 2014, p.842-843)

O debate pode ser sintetizado da seguinte forma: como o art. 70, inciso III do antigo CPC estabelecia ser obrigatória a denúncia da lide para aqueles que estivessem obrigados por lei a indenizar, em ação regressiva, alguns doutrinadores, à exemplo de Diógenes Gasparini, citado por José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 612), entendiam que a denúncia da lide era obrigatória. Outros, a exemplo de Vicente Greco, também citado por José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 613), consideravam-no facultativo. Se o cidadão lesado não quisesse denunciar da lide o agente público, ainda assim poderia demanda-lo em ação autônoma.

Com o novo CPC tal questão foi dirimida no art. 125, inciso II que, ao utilizar a expressão “admissível” deixou clara que, na relação cidadão lesado e agente público causador do dano, a denúncia da lide é facultativa. Já em relação à possibilidade de o Estado, demandado pelo cidadão lesado, denunciar da lide ao agente causador do dano, a divergência persiste, ao argumento de que as disposições do CPC se aplicam às relações no âmbito privado, mas não à responsabilidade pública, que tem previsão própria no art. 37, §6º da CF/88.

De acordo com Irene Patrícia Nohara (2016, p. 842), Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo são contrários à denúncia por entenderem que misturar os elementos da responsabilidade subjetiva (relação Estado-agente) com os da objetiva (relação Estado- cidadão) seria um complicador processual. Já Yussef Said Cahali e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, também segundo a referida autora, defendem que a denúncia da lide é

possível se houver arguição na inicial, concomitantemente de culpa ou dolo do agente público.

A nossa narrativa aqui produzida pretende, entretanto, jogar luz na questão da resistência da Administração Pública em efetivar o direito de regresso como capaz de comprometer a efetividade do art. 37, §6º da CF/88.¹⁰⁸

De acordo com José Roberto Pimenta de Oliveira (2010, p. 1123) entende-se por direito de regresso a previsão constitucional direta da competência, titularizada por qualquer pessoa jurídica que exerça função administrativa, de determinar, frente aos agentes públicos causadores de danos, a recomposição dos prejuízos, reconhecidos pelo Poder Judiciário, no controle jurisdicional de legalidade dos atos ou omissões da Administração Pública.

Para que haja essa recomposição da pessoa de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público contra o agente causador do dano a doutrina elenca dois requisitos: que a pessoa de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público tenha sido condenada a indenizar terceiro por ato lesivo do agente; e que o agente causador do dano tenha se comportado com dolo ou culpa (MELLO, 2015, p. 1062)¹⁰⁹.

Mais do que um direito assegurado pelo texto constitucional, o direito de regresso se apresenta como uma competência irrevogável, justificada na tutela do interesse público, sob vários aspectos. O direito de regresso é entendido como densificação especializada da soberania popular (art. 1º, parágrafo único da CF/88), pois todas as competências públicas são alocadas no plano normativo como instrumento de realização de interesses públicos, cuja titularidade material é do cidadão. Assim, exigir a recomposição patrimonial dos prejuízos causados pelo agente que não agiu de acordo com a sua competência, é uma repercussão

¹⁰⁸ No contexto deste trabalho, quando se afirma a resistência da Administração Pública em efetivar o direito de regresso não se está negando a existência de casos concretos em que o direito de regresso é, de fato, exercido. Durante a sessão de defesa desta dissertação, foi levantado pela banca examinadora o exemplo das ações de regresso exercidas pelo Estado de Minas Gerais em face de policiais militares que tenham agido com conduta abusiva, como no caso do julgamento pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais da Apelação Cível 1.0026.12.005591-3/001, Relator(a): Des.(a) Judimar Biber, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/07/2014. Consigna-se, todavia, que o presente trabalho não nega a existência de casos concretos de direito de regresso. Trata-se, sim, de desvelar que a doutrina não problematiza o fato de que tal direito de regresso se efetiva de forma seletiva. É preciso analisar qual tipo de conduta está sendo objeto de regresso pelo Estado e em face de quais agentes ele se opera. Parte-se do pressuposto de que o art. 37, §6º da CF/88 produz sim efeitos, mas essa produção de efeitos prescinde ainda da dimensão ética de alteridade, o que o torna uma norma qualitativamente inefetiva ou simbólica.

¹⁰⁹ Interessante notar que o reconhecimento prévio dos prejuízos pelo Poder Judiciário é indicado no conceito doutrinário de direito de regresso (especificamente na sua parte final) e também como requisito para o exercício do mesmo direito de regresso, o que merece crítica. Tais formulações sequer contemplam a possibilidade de regresso em razão de reconhecimento na via administrativa da responsabilidade estatal. Logicamente, óbice algum existe ao exercício do direito de regresso em face do agente público que tenha atuado com dolo ou culpa, nos casos em que a responsabilidade e o prejuízo causado à Administração Pública tenham sido reconhecidos administrativamente.

direta da soberania popular. É também o direito de regresso a concretização do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput* da CF/88), na medida em que parte da concepção ética de que o agente público, atuando no interesse público, se causar por dolo ou culpa prejuízos a outrem, não pode se furtar dos efeitos da ilicitude praticada. Amolda-se ainda o direito de regresso ao princípio da igualdade (art. 5º, inciso I da CF/88), pois o seu exercício garante um tratamento isonômico funcional na apuração da conduta dos agentes que tenham lesado a esfera jurídica patrimonial estatal. No mesmo sentido, o direito de regresso constitui ilação do princípio da impessoalidade, que determina o agir isento e imparcial da Administração Pública. (OLIVEIRA, 2010, p. 1124-1126)

Apesar da irrenunciabilidade do direito de regresso, a realidade administrativa brasileira é marcada pela resistência de postulação da ação regressiva em face do agente público que agiu com dolo ou culpa em razão de fatores como corporativismo, a omissão decorrente da participação ou conveniência de agentes em posição hierárquica superior, corrupção, e a própria situação gerada pela necessidade de defender-se contra terceiro lesado e de acusar o agente responsável. Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) assim descreve a situação:

[...] É que o Poder Público dificilmente moverá a ação regressiva, como, aliás, os fatos o comprovam de sobejo. Tirante casos de regresso contra motoristas oficiais – praticamente os únicos fustigados por esta via de retorno – não se vê o Estado regredir contra seus funcionários. Diversas razões ocorrem para isto. De fora parte o sentimento de classe ou solidariedade com o subalterno (já de si conducente a contenção estatal na matéria), assaz de vezes o funcionário causador do dano age incorretamente com respaldo do superior, quando não em conluio com ele ou, pelo menos, sob sua complacência. É lógico, portanto, que este não tem interesse em estimular a ação regressiva que poria a nu sua responsabilidade conjunta.

Demais disso, ao ser acionado, o Estado sistematicamente se defende – e é esta mesma sua natural defesa – alegando não ter existido a causalidade invocada e haver sido absolutamente regular a conduta increpada, por isenta de qualquer falha, imperfeição ou culpa. Diante disto, é evidente que, ao depois, em eventual ação de regresso, enfrentará situação profundamente constrangedora e carente de qualquer credibilidade, pois terá de desdizer -se às completas, de renegar tudo o que dantes disse e proclamar exatamente o oposto do que afincadamente alegara.

A consequência é a impunidade do funcionário, seja porque depois de o Estado haver assentado uma dada posição na ação de responsabilidade fica impedido de mover a ação de regresso, seja porque, se o fizer, topará com o que havia previamente estabelecido e que agora milita contra si próprio e em prol do funcionário, convertendo-se em robusta defesa deste último, de tal sorte que o Poder Público no pleito anterior prepara de antemão sua derrota na lide sucessiva. [...] (MELLO, 2015, p. 1068 - 1069)

Na nossa visão, essa realidade verificada na prática administrativa brasileira, que fecha os olhos para a conduta ética do agente, evidencia que, no plano prático, a competência

decisória não está associada à responsabilização. E isso ocorre porque, na prática, há a concentração, exclusivamente na pessoa jurídica de direito público, do centro de imputação da responsabilidade, impedindo que o art. 37, §6º seja um importante instrumento de aprimoramento da função administrativa, na medida em que garante que servidores descomprometidos com a função pública permaneçam impunes, reforçando a ineficiência administrativa.¹¹⁰

4.2.3 O contingenciamento da responsabilidade pública pelo tratamento jurisprudencial conferido ao regime de pagamento por precatórios: o acolhimento da tese da incapacidade financeira dos entes políticos como limite para a efetivação do art. 37, §6º da CF/88¹¹¹

O direito previsto no art. 37, §6º da CF/88 assegurado ao cidadão de ser indenizado pelas condutas lesivas decorrentes da atuação administrativa é um direito que se concretiza, assim como se concretiza qualquer outro crédito reconhecido judicialmente, mediante o regime de pagamento por precatórios previsto no art. 100 do texto constitucional. Tal dispositivo prevê como regra geral¹¹² que

os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas, em virtude de sentença judicial, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (BRASIL, 1988, art. 100, *caput*).

De acordo o §5º do referido art. 100, os entes políticos têm até o final do exercício de cada ano para efetuar o pagamento dos precatórios apresentados até 1º de julho do ano anterior.

¹¹⁰ A partir de uma crítica desenvolvida pela banca examinadora, é preciso esclarecer que, no contexto deste trabalho, não se ignora que pela teoria da vontade do agente público, este não possui vontade pessoal e autônoma, uma vez que toda manifestação de vontade do agente, em última análise, deve ser considerada a manifestação de vontade da própria lei. Sustenta-se, todavia, que essa dimensão subjetiva da vontade do agente deve ser levada em conta quando se tem como proposta uma responsabilidade pública com viés ético da alteridade.

¹¹¹ As ideias expostas neste tópico foram objeto de artigo apresentado e publicado no CONPEDI intitulado “A efetividade da responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir da interpretação do STF sobre o regime de pagamentos por precatórios” (CARVALHAIS, 2015, p. 44-61).

¹¹² Excepciona-se o pagamento dos precatórios em única vez e de acordo com a ordem cronológica a preferências dos créditos alimentícios (§1º, art. 100 da CF/88), incluindo-se os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 anos de idade ou mais na data da expedição do precatório, ou sejam portadores de doenças graves (§2º do art. 100 da CF/88) e os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor (§3º do art. 100 da CF/88).

Contudo, a falta de comprometimento com a citada norma constitucional não é novidade na realidade brasileira, o que nos permite *formular a tese segundo a qual* as reiteradas reformas constitucionais que instituíram regimes de parcelamento e/ou prorrogação de prazos para quitação de precatórios judiciais, aliadas à jurisprudência do STF (condescendente na aplicação das sanções aos entes públicos pelo não cumprimento do regramento vigente) gera irrazoável contingenciamento do pagamento das condenações, vulnerando a efetividade da responsabilidade da Administração Pública reconhecida pela via judicial.

É reiterada a conduta dos entes políticos que se recusam a acatar as decisões judiciais que lhes ordenam o pagamento de precatórios no prazo fixado pela Constituição¹¹³. Relacionando essa falta de comprometimento do poder executivo estadual e municipal com a concretização do art. 37, §6º da CF/88, Celso Antônio Bandeira de Mello fazia¹¹⁴ a seguinte denúncia:

[...] o Poder Público frequentemente nem ao menos obedece a esta exigência constitucional. Deixa ultrapassar os prazos sem lhes dar atendimento. É claro que seria caso de intervenção federal nos Estados, estadual nos Municípios (a teor dos arts. 34, V, “a”, ou 35, D), ou impeachment do Presidente da República (art. 85, VII). Só que nada disso acontece. Há centenas de pedidos de intervenção federal em Estados e Municípios, sem que sejam atendidos. Com isto, a responsabilidade do Estado no âmbito de inúmeros Estados e Municípios possui um duvidoso caráter de “ficção”. Ou seja: sua existência em muitas partes do país tem uma realidade próxima àquela que se supõe seja a de um saci, de uma iara, de um gnomo ou de uma fada. Sem embargo, as pessoas do mundo jurídico escrevem sobre o tema – como eu mesmo venho fazendo – tal como se estivessem perante de uma realidade. Se alguém duvida desta assertiva, basta verificar a documentação existente na Comissão de Precatórios da OAB de São Paulo, ou da Bahia, ou de Santa Catarina, ou do Rio Grande do Sul, para tomar apenas alguns exemplos. Precatórios trabalhistas do Ceará não são pagos há 20 anos. (MELLO, 2009, p. 1037)

A crítica acima se volta contra o descumprimento dos prazos de pagamento dos precatórios pelos entes políticos. O problema que pretendemos apontar, apesar de se relacionar com esse, é outro.

Pretendemos chamar a atenção para o fato de que a periodicidade com que o sistema de regime de precatórios tem sido reformado pelo poder constituinte brasileiro conta com a condescendência do STF, que se vale de argumentos pragmáticos relacionados à insuficiência

¹¹³ O texto de Isabel Vaz (2005, p.166 - 178) intitulado “O Estado de Direito e a questão dos precatórios” dedica-se a denunciar a falta de comprometimento dos poderes executivos municipais e estaduais com o cumprimento do prazo previsto no §5º do art. 100.

¹¹⁴ O verbo foi colocado no passado porque tal crítica não aparece na edição mais recente da obra do autor, 32ª edição do Curso de Direito Administrativo de Bandeira de Mello (2015, p. 1073-1076), que traz tão somente no tópico denominado “forma de efetivação da responsabilidade do Estado”, uma crítica dirigida ao poder legislativo em relação à edição da EC 62/09.

financeira do Estado em detrimento da concretização de um rol de direitos e garantias individuais, tais como as garantias da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, §1º e inciso XXXV da CF/88), o respeito à coisa julgada (5º, XXXVI da CF/88), à razoável duração do processo (5º, LXXVIII da CF/88), em última análise, impedindo a concretização do art. 37, §6º da CF/88, que é tido como garantia de um rol infindável de outros direitos e garantias fundamentais. Uma análise da jurisprudência do STF sobre o regime jurídico de pagamentos por precatórios é essencial para se entender o papel que o poder judiciário tem exercido na perpetuação e manutenção dessa histórica incapacidade dos estados e municípios de honrarem seus débitos decorrentes de condenações judiciais.

Para tanto, desenvolver-se-á, a partir de agora, uma análise comparativa de algumas destacadas decisões do STF acerca do regime de precatórios, iniciando-se por uma decisão envolvendo o art. 33 do ADCT (RE n. 155.981¹¹⁵), passando pela discussão travada em torno da constitucionalidade do art. 78, também do texto constitucional transitório, introduzido pela EC 30/00 (ADIMC n. 2.356¹¹⁶ e ADI n. 2.362¹¹⁷), para se chegar até a posição atual do STF em relação à constitucionalidade do regime especial de pagamento inaugurado pelo art. 97, instituído pela EC 62/09 (ADI n. 4.425¹¹⁸ e ADI n. 4.357¹¹⁹).

4.2.3.1 Art. 33 do ADCT: parcelamento em oito anos dos precatórios não pagos até a promulgação da CF/88

Já nos primeiros anos de vigência da CF/88 o STF foi instado a se posicionar sobre controvérsias¹²⁰ envolvendo o pagamento de precatórios referente à norma contida no art. 33 do ADCT cuja redação previa que, “ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da CF/88, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderiam ser pagos em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a contar de 1º de junho de 1989” (ADCT, 1988).

¹¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 155.981. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 23 fev 2001

¹¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.356. Relator: Min. Néri da Silveira. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 25 nov 2010.

¹¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.362. Relator: Celso de Melo. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 25 nov 2010.

¹¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425. Relator: Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 19 dez. 2013.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.357. Relator: Ayres Brito. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 26 nov 2015.

¹²⁰ Além da controvérsia tratada no presente trabalho, citamos o RE n. 148.272 que tratou da análise incidental de constitucionalidade do art. 33 do ADCT, tendo como debate central a possibilidade de pagamento parcelado de precatórios nos casos de indenizações decorrentes de desapropriação.

No julgamento do RE n. 155.981/SP¹²¹, que se tratava, na origem, de ação de desapropriação, debateu-se sobre a possibilidade de incidência de juros de mora ou apenas de atualização monetária no momento do pagamento das parcelas previstas no art. 33 do ADCT.

Firmou-se o entendimento de que somente seriam cabíveis juros de mora na hipótese de atraso no pagamento de cada uma das parcelas. Não havendo atraso, após a promulgação da CF/88, uma vez consolidado o débito pendente, apenas a atualização monetária seria devida até o pagamento integral. No voto condutor de tal julgamento, o Ministro relator Marco Aurélio consignou expressamente que o objetivo buscado com a norma do art. 33 do ADCT foi o de “estimular a adoção de um divisor de obrigações, dando-se ao Estado a faculdade de satisfazer os débitos pendentes de precatórios de modo parcelado, com a indispensável atualização” (BRASIL, 2001, p. 187). No mesmo voto, afirmou-se que o art. 33 do ADCT “abriu margem à real satisfação dos débitos e o fez introduzindo, no cenário jurídico-constitucional, norma a partir de um certo estado de fato, cuja incidência ocorreu face à mora do Estado na satisfação dos precatórios, infundáveis na suplantada visão” (BRASIL, 2001, p. 188).

Divergindo do posicionamento do relator, interessante foi o posicionamento adotado pelo Ministro Carlos Velloso que não deu provimento ao recurso interposto pelo poder público por entender que a não incidência de juros moratórios no parcelamento previsto no art. 33 do ADCT contrariaria o “espírito da Constituição”. Nesse sentido foi o voto divergente

Sr. Presidente, não posso admitir que a Constituição dê com uma mão e tire com a outra – esta afirmativa, aliás, é de Rui Barbosa. A Constituição que assegura, solenemente, pagamento de preço justo, tratando-se de desapropriação, no art. 5º, inciso XXIV, não vem depois, nas disposições transitórias, retirar o que concedeu. Penso que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao mandar incluir, na atualização do preço, os juros, procedeu de acordo com o espírito da Constituição. Recusando-se a caminhar com a interpretação literal, gramatical, do art. 33 do ADCT, o Tribunal a quo decidiu de conformidade com o contexto constitucional (BRASIL, 2001, p. 191).

Com a ressalva desse voto divergente, o STF valeu-se expressamente da situação fática da mora da Administração Pública para fazer uma interpretação contrária ao direito do credor da Fazenda Pública, utilizando o método de interpretação literal do art. 33 do ADCT.

4.2.3.2 Art. 78 do ADCT: EC 30/00 que instituiu o parcelamento em dez anos

¹²¹ Tathiane Piscitelli aponta que o STF foi instado inúmeras vezes a se manifestar sobre o assunto, v.g., RE n. 193.210. (PISCITELLI, 2012, p. 194).

Passados dez anos da promulgação da CF/88, outro debate acerca do pagamento dos precatórios judiciais surgiu com a EC 30/00 que introduziu o art. 78 ao ADCT. De acordo com a nova norma, todos os precatórios pendentes de pagamento até a data da promulgação da EC 30/00 (o que ocorreu em 13 de setembro de 2000), bem como todos aqueles que seriam formados em razão de ações judiciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, poderiam ser liquidados, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos¹²².

A inconstitucionalidade de tal artigo foi arguida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.362-DF e na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIMC) n. 2.356-DF. O argumento sustentado para a declaração da inconstitucionalidade foi a incompatibilidade do art. 78 com as garantias constitucionais da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, §1º e inciso XXXV), ofensa à coisa julgada, ao direito adquirido e à segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), além de ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*).

Em torno dessas alegações questionou-se a constitucionalidade do art. 78 na parte introduzida pelo art. 2º da EC 30/00, em face da cláusula pétrea do art. 60, §4º, inciso IV, segundo o qual não podem ser objeto de deliberação as propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

O julgamento de tais ações foi iniciado em fevereiro de 2002, quando STF deferiu medida cautelar para suspender, até o julgamento final da ação, a vigência do art. 2º da EC 30/00, sendo retomado em 2010. Em termos práticos, o referido julgamento suspendeu o regime de pagamento parcelado instituído pelo art. 78 do ADCT por considerar que a alteração pretendida pela EC 30/00, na parte em que determinou o parcelamento em até dez anos dos precatórios pendentes de pagamento à época da edição da EC e dos futuros precatórios, ainda não expedidos, mas que decorressem de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999, feria não só o direito adquirido resultante da norma constitucional do art. 100 e §1º em sua redação original, mas também e, imediatamente, afrontaria o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em que pese o STF ter entendido liminarmente pela inconstitucionalidade desse sistema de parcelamento de precatórios – tanto dos precatórios pendentes de pagamento, como dos futuros precatórios decorrentes de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 - é

¹²² Ficaram excluídos desse regime os créditos de natureza alimentar, os disciplinados no art. 33 do ADCT e aqueles que já tivessem tido os recursos para pagamentos liberados ou depositados em juízo. (PISCITELLI, 2012, p. 196)

importante ressaltar que tal julgamento gerou debates acirrados na corte constitucional e a suspensão do art. 2º da EC 30/00 não se deu de forma tranquila¹²³.

Exemplo disso foi o voto da Ministra Ellen Gracie que acatou tão somente a tese de inconstitucionalidade em relação aos precatórios ainda não expedidos decorrentes de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999. Um dos argumentos por ela utilizados para justificar a constitucionalidade da possibilidade de parcelamento dos precatórios já expedidos e ainda pendentes de pagamento na data da edição da referida emenda constitucional foi a realidade de insuficiência financeira do Estado

Vivenciada, lamentavelmente, uma nova e ainda mais grave situação de inadimplência do Estado para com os cidadãos, gerada pelo déficit entre os recursos públicos disponíveis e a estratosférica dívida judicial acumulada, entendo não ser vedado ao Poder constituído reformador – sensível a esta dramática circunstância – decidir, com razoabilidade, por um excepcional parcelamento dos precatórios ainda não atendidos [...] (BRASIL, 2010b, p. 98).

Muito representativo dos debates travados naquela oportunidade é o texto escrito especificamente sobre o tema pelo hoje Ministro do STF, Teori Zavascki, quando ainda atuava no STJ. Valendo-se também do argumento pragmático da incapacidade econômica dos entes políticos, o atual Ministro da Corte Constitucional chegou a defender que, mesmo violando a coisa julgada, o art. 78 do ADCT não poderia ser visto como uma ofensa à cláusula pétrea do art. 60, §4º, inciso IV, uma vez que o poder constituinte reformador tem a função de adequar o texto constitucional à realidade social, não podendo as cláusulas pétreas serem invocadas para engessar a constituição

O exemplo do art. 78 do ADCT é paradigmático: diante da absoluta incapacidade econômica de muitos Estados e Municípios de cumprir as sentenças judiciais no modo como estabelecido no art. 100 da Constituição, ou não se cumpre a Constituição, como não se está cumprindo (o que leva a seu descrédito e, a rigor, ao fim do estado de direito), ou se modifica a Constituição, de modo a tentar ajustá-la à realidade social. Entre as duas alternativas, a segunda ainda parece ser a que melhor opera para a salvaguarda do sistema. (ZAVASCKI, 2005, p. 45)

Ao concluir o referido texto, o Ministro Teori Zavascki afirma

[...] o art. 78 do ADCT, inserido pela EC n. 30/00, ao estabelecer moratória sobre precatórios judiciais pendentes de pagamento, mesmo afetando a coisa julgada,

¹²³ Votaram liminarmente pela inconstitucionalidade do regime especial dos precatórios ajuizados até 31/12/1999: Néri da Silveira, Ellen Gracie, Carlos Ayres Brito, Cezar Pelluso, Carmen Lúcia e Marco Aurélio. Já pela inconstitucionalidade do regime especial dos precatórios pendentes de pagamento à época da edição da EC n. 30/00: Néri da Silveira, Carlos Ayres Brito, Cezar Pelluso, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. (PISCITELLI, 2012, p. 198)

não violou cláusula pétreia do art. 60, §4º, IV, combinado com o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. Não houve abuso do poder constituinte reformador. (ZAVASCKI, 2005, p. 46)

Dois aspectos chamam a atenção em relação ao julgamento do STF acerca da inconstitucionalidade do art. 78 do ADCT. O primeiro é o longo período de tempo que as ações (ADI n. 2362-DF e ADIMC n. 2356-DF) tramitam na corte constitucional sem uma solução definitiva, o que é incompatível com a importância e o impacto social do conteúdo discutido. Indubitavelmente, essa demora irrazoável no julgamento dificulta sobremaneira o processo de concretização das normas constitucionais.

Além disso, o julgamento acirrado da cautelar demonstra que, assim como ocorreu no julgamento da constitucionalidade do art. 33 do ADCT, o argumento pragmático da incapacidade econômica dos entes políticos de honrarem seus precatórios continua a pautar, em grande medida, a interpretação constitucional do STF, haja vista a existência de votos contrários à suspensão do art. 2º da EC 30/00 que nele se pautaram.

4.2.3.3 Art. 97 do ADCT introduzido pela EC 62/09: regime especial de pagamentos de precatórios em quinze anos

Decorridos menos de dez anos da edição da EC 30/00 e, como visto, sem mesmo ter havido um pronunciamento final sobre a constitucionalidade do regime de parcelamento por ela estabelecido, o sistema brasileiro de pagamento por precatórios sofreu nova alteração promovida pela EC 62/09, que alterou substancialmente o art. 100 da Constituição e acrescentou o art. 97 ao ADCT. Mais uma vez a reforma teve o claro objetivo postergar o recebimento de créditos reconhecidos judicialmente.

Esse objetivo foi materializado pela criação de um regime especial de pagamento de precatórios pendentes dos Estados, Municípios e Distrito Federal, que excepcionou a regra geral de pagamento em uma única vez e de acordo com a ordem cronológica de apresentação prevista no caput do art. 100 da CF/88. Tal regime especial englobou os precatórios pendentes de pagamento à época da edição da EC 62/09, aqueles que viessem a ser expedidos durante a vigência desse regime especial, bem como englobou os precatórios parcelados nos moldes dos art. 33 e art. 78 do ADCT que ainda não haviam sido pagos.

Mediante a edição de lei complementar específica (§15 do art. 100 da CF/88), os Estados, Municípios e o Distrito Federal foram autorizados a optar entre dois regimes transitórios de pagamento de precatórios parcelados em quinze anos, que conviveriam com o

regime permanente do art. 100. Um regime mensal, previsto no §2º do art. 97 do ADCT, no qual o ente político depositaria mensalmente um determinado percentual de sua receita corrente líquida, calculado sobre 1/12 (um doze avos) dessa mesma receita apurada no segundo mês anterior ao mês do depósito. Outro regime anual, previsto no §1º, inciso II do mesmo art. 97, no qual o percentual depositado deveria corresponder, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos.

A adoção de um ou outro regime teve por finalidade, em tese, constituir uma reserva para o pagamento de precatórios. Dessa reserva, 50% (cinquenta por cento) dos recursos seriam destinados ao pagamento de precatórios no regime permanente do art. 100 (§ 6º do art. 97 do ADCT). A outra metade poderia ser destinada pelo Poder Executivo para i) pagamento via leilão, ii) pagamento à vista de precatórios não quitados na forma do §6º do art. 97 do ADCT ou não pagos via leilão e iii) pagamento via acordo direto com os credores¹²⁴.

Entretanto, como já era de se esperar, não demorou muito para que tal regime especial de pagamento de precatórios tivesse a sua constitucionalidade questionada¹²⁵. Em março de 2013, as ADIs n. 4.357 e 4.425 propostas, respectivamente, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional da Indústria foram julgadas parcialmente procedentes e houve a declaração de inconstitucionalidade de vários pontos da EC 62/09, dentre os quais interessa ao presente trabalho tão somente a inconstitucionalidade material do regime especial.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade do regime especial foi fundamentado no fato de que a prorrogação por quinze anos da execução das sentenças judiciais transitadas em julgado implicaria desrespeito às garantias do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88), do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88). Argumentou-se, ainda, que além de representar afronta a autoridade das decisões judiciais, o regime especial afrontou a própria divisão de poderes, tendo em vista que fragmentar em até 15 (quinze) anos o pagamento das condenações judiciais tornaria a Administração Pública praticamente imune aos comandos do poder judiciário, “além de transformar o adimplemento dos precatórios em mera escolha política dos governantes”¹²⁶ (BRASIL, 2013, p. 52).

¹²⁴ Para um entendimento detalhado das alterações, confira-se os comentários ao art. 100 da CF/88 feitos por Fernando Facury Scaff e Luma Cavaleiro de Macedo Scaff. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L., 2013, p. 1339-1345). Confira-se ainda, de uma forma bem esquematizada, o manual de direito financeiro de Tathiane Piscitelli. (PISCITELLI, 2012, p. 182-191)

¹²⁵ Nesse sentido: ADIs n. 4.558, 4.465, 4.425, 4.357, 4.372 e 4.400.

¹²⁶ Os argumentos que embasaram o pedido de declaração de inconstitucionalidade do regime especial foram assim sintetizados no voto do Min. Ayres Brito no julgamento da ADI n. 4357 (BRASIL, 2013, p. 52).

Acatando todos os argumentos expostos no pedido inicial, o voto do Ministro Carlos Ayres Brito, que conduziu o julgamento da ADI n. 4357, ressaltou que o regime especial introduzido pelo art. 97 do ADCT subverteu os valores atinentes ao Estado Democrático de Direito:

[...]Tenho que ambos os “modelos” de regime especial de pagamento de precatórios, instituídos pelo art. 97 do ADCT, foram concebidos com menosprezo à própria ideia central do Estado Democrático de Direito como um regime que faz residir numa normativa superior à do Estado o fundamento da submissão dele, Estado, a deveres e finalidades. E essa vontade normativa superior é a Constituição originária, consagradora, dentre outras cláusulas pétreas, do direito subjetivo de acesso a uma jurisdição eficaz (inciso XXXV do art. 5º). É o que sinonimiza “Estado Democrático de Direito” e “Estado Constitucional”, porque, antes desse Estado Constitucional, o fundamento da submissão do Estado a deveres era a própria vontade normativa dele, Estado. O que significava um precário estado de segurança jurídica para os atores sociais privados e a coletividade como um todo, pois aquele que se autolimita discricionariamente também discricionariamente se atodeslimita a qualquer momento. [...] Daqui se desata a ilação de que o art. 97 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional n. 62/2009, acabou por subverter esses valores (Estado de Direito, devido processo legal, livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário, razoável duração do processo). [...] (BRASIL, 2013, p. 52-53)

Contudo, mesmo diante da flagrante inconstitucionalidade do regime especial reconhecida pelo STF, somente após decorridos dois anos da declaração de inconstitucionalidade é que seus efeitos foram modulados.

Mais uma vez, acolhendo o argumento de insuficiência financeira dos entes políticos, em 25 de março de 2015 foi julgada a Questão de Ordem na ADI n. 4.425, na qual ficou decidido que o regime especial de pagamento de precatórios ainda terá vigência por mais cinco exercícios financeiros a contar de 1º de janeiro de 2016, o que equivale dizer que o regime especial, mesmo tendo sido declarado inconstitucional, valerá até 2020 (§15 do art. 100 da CF/88 e art. 97 do ADCT). Com relação aos leilões, o STF decidiu que aqueles realizados até a data da modulação dos efeitos (25/03/2015) são válidos, vedando a realização de novos leilões a partir de tal data. Já no que tange à vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (§2º do art. 97 do ADCT), foi mantida tal vinculação até 2020.

Esse julgamento do STF, principalmente em relação à modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da EC 62/09, e todos os outros aqui analisados, evidenciam a fragilidade da concretização das condenações judiciais em face do Estado brasileiro. As interpretações dadas às sucessivas reformas constitucionais que têm como objeto o regime de precatórios servem como álibi da incompetência do Estado em promover reformas estruturais que garantam o cumprimento do texto constitucional.

Com isso, ficamos apenas com a ilusão de um Estado responsável pelos seus atos pois, sem que se garanta ao cidadão um meio efetivo de reparar as lesões de seus direitos perpetradas pela própria Administração Pública, a responsabilidade estatal prevista no art. 37, §6º da CF/88 não passa de uma norma simbólica.

4.2.4 A irresponsabilidade decorrente da inefetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88

Como já apontado no segundo capítulo deste trabalho, partimos da premissa de que a dimensão ética da responsabilidade civil da Administração Pública não está restrita ao deslocamento da culpa para o risco, da responsabilidade subjetiva para a objetiva. A objetivação da responsabilidade, ao nosso ver, não é o que garante que o instituto seja um instrumento de promoção de justiça e solidariedade social e de efetivação de direitos fundamentais. O cumprimento dessas finalidades está no modo pelo qual a Administração Pública, efetivamente, se apresenta como responsável pelas suas condutas.

O conceito de efetividade aqui trabalhado parte da distinção feita por Marcelo Neves (2011, p. 47-48) entre efetividade e eficácia jurídica no contexto do fenômeno da “constitucionalização simbólica”.

Segundo Marcelo Neves (2011, p. 100-101) “fala-se em constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional”. Os alicerces do sistema jurídico constitucional são os institutos previstos abrangentemente no texto constitucional: os direitos fundamentais, a separação de poderes, a eleição democrática e a igualdade perante a lei.

Na prática do processo concretizador das normas, entretanto, tais institutos são bloqueados ou deturpados, à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas, tais como os de natureza política e econômica. Nesse aspecto reside a hipertrofia da função político-simbólica da norma em detrimento da sua função normativo-jurídica

Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na prática dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população. Mas sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, o qual implica a generalização do código “lícito/ilícito”, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, caracterizar-se-á de forma

mais clara a constitucionalização simbólica. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do direito que decorreria do princípio da igualdade, proclamando simbólico-ideologicamente na Constituição, a “realidade constitucional” é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente incluyente contrapõe-se a realidade constitucional excluyente (NEVES, 2011, 102-103).

Marcelo Neves (2011, p. 35-41), fundamenta-se na elaboração de Kindermann sobre “legislação simbólica”¹²⁷, para constatar que o simbolismo de uma norma jurídica decorre da possibilidade da sua finalidade manifesta, vinculada ao discurso denotativo, não corresponder a sua finalidade latente, vinculada a uma dimensão política. Essa ausência de correspondência, segundo aponta Marinella Machado Araújo (2010b, p.70), tem como razão o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, na medida em que o segundo se sobrepõe ao primeiro.

Em que pese Marcelo Neves identificar três formas básicas¹ de manifestação da “constitucionalização simbólica”, o autor restringe o fenômeno por ele trabalhado à “constitucionalização álibi”, caracterizada pelos “casos em que a atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álibi para os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores do poder não integrados formalmente na organização estatal” (NEVES, 2011, p.101-103).

A atribuição de efeitos simbólicos a uma determinada norma está condicionada, além da ausência de correspondência entre as suas finalidades manifestas e latentes, à análise da sua ineficácia normativa (NEVES, 2011, p. 51). No contexto da “constitucionalização simbólica”, a eficácia é entendida como a concretização normativa do texto legal. Esse sentido de eficácia é deduzido a partir da distinção entre eficácia no sentido jurídico-dogmático da eficácia em sentido sociológico. Na primeira acepção, a eficácia refere-se à possibilidade jurídica de aplicação da norma, que é verificada a partir do preenchimento das condições intra-sistêmicas para a produção dos seus efeitos. Já a eficácia em sentido sociológico, que é o aspecto que importa para o autor, diz respeito à conformidade das

¹²⁷ A legislação simbólica possui a seguinte tipologia, segundo Kindermann, citado por Marcelo Neves: (i) confirmação de valores sociais: a norma surge a partir de conflitos de grupos sociais, mas serve para confirmar um determinado valor ou interesse em disputa (NEVES, 2011, p. 35); (ii) legislação álibi: a norma é criada para dar uma resposta a uma demanda que tenha gerado clamor social, sem que haja, contudo, condições estruturais de efetivação. (NEVES, 2011, p. 36-37); (iii) legislação como fórmula de compromisso dilatatório: o ato serve para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios, ou seja, o texto da lei é aprovado sem que tenha um significado prático e social. Aprova-se uma lei, mas transfere-se a sua eficácia para um momento futuro. (NEVES, 2011, p. 41).

condutas do destinatário da norma, e é verificada a partir do questionamento se a norma foi realmente aplicada. (NEVES, 2011, p. 46)

A efetividade, diversamente, é entendida como a realização da finalidade da norma. Uma determinada norma jurídica, na visão do autor, pode ser efetiva, inefetiva ou antiefetiva. O exemplo dado por Neves (2011, p. 48) para explicar as possíveis manifestações da efetividade jurídica é o de uma lei destinada a combater a inflação. Tal lei será efetiva se a inflação for reduzida por força da sua aplicação. Entretanto, se mesmo sendo aplicada, ou seja, se mesmo tendo eficácia, tal lei não gerar nenhuma modificação significativa no aumento dos preços, verificar-se-á a sua inefetividade. A antiefetividade, por sua vez, ocorre na hipótese da legislação anti-inflacionária, mesmo sendo intensamente eficaz, provocar uma relevante alta dos preços.

Marcelo Neves (2011, p. 51) afirma que, sendo uma norma eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não realização dos fins), não cabe falar em legislação simbólica. Ampliando a leitura do significado de constitucionalização simbólica, Marinella Machado Araújo e Beatriz Lima Souza (2015, p. 463) apontam que excluir da constitucionalização simbólica as normas que produzem efeitos jurídicos, mas carecem de efetividade, prejudica uma análise mais completa do tema. Segundo as autoras é possível que comandos constitucionais tenham uma certa efetividade no sistema jurídico, mas, ainda assim, sejam simbólicos, uma vez que produzem grande parte de seus efeitos no sistema político-econômico. Além de fixar um novo alcance para o efeito simbólico, tal interpretação concebe a efetividade sob o aspecto qualitativo:

O objetivo do comando simbólico é atingir fins diversos que o jurídico, mas isso não significa que a norma constitucional não possa produzir efeitos jurídicos. A questão está em observar quais efeitos são produzidos e se estes realmente efetivam algum direito ou se apenas servem como alibi para a garantia de algum interesse político ou econômico. (ARAÚJO; SOUZA, 2015, p. 463)

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que o art. 37, §6º da CF/88 tem força simbólica decorrente da sua inefetividade qualitativa. Podemos identificar que a referida norma constitucional se efetiva, em certa medida, a partir do momento em que verificamos as inúmeras decisões judiciais condenando a Administração Pública a indenizar os danos causados por sua conduta.

Contudo, a produção de efeitos decorrentes da aplicação do art. 37, §6º não é suficiente para que ele cumpra as suas finalidades manifestas, a saber: reparar o dano causado

e garantir que o cidadão seja reconhecido como um *sujeito real de direito*. Reconhecer o cidadão como um *sujeito real de direito* implica que o Estado assumira a posição de meio necessário para concretizar direitos fundamentais e garantir justiça social. Uma das formas disso se concretizar é a plena assunção de responsabilidade por suas condutas.

Ocorre, contudo, que a concretização das finalidades do art. 37, §6º da CF/88 é obstada por objetivos políticos e econômicos, não especificamente normativo-jurídicos, como, por exemplo, a prevalência do interesse público *a priori* sobre a conformação entre o interesse público e privado; o corporativismo que afasta da prática administrativa o exercício do direito de regresso; e o argumento da incapacidade financeira dos entes políticos. O art. 37, §6º da CF/88 acaba por funcionar como um alibi para que o Estado não seja responsabilizado por suas condutas, na medida em que a realidade político-administrativa não comporta a concretização normativa do texto.

5 CONCLUSÃO

Para sermos coerentes com a ideia central de narratividade sustentada neste trabalho, precisamos iniciar esta conclusão ressaltando que esta dissertação consiste na nossa narrativa acerca da responsabilidade civil da Administração Pública prevista no art. 37, §6º da CF/88. Por maior que tenha sido o esforço em fazer um estudo recapitulativo visando demonstrar como a doutrina administrativista se dedica a expor o tema, não há como negar que a nossa narrativa acerca dessa exposição está afetada pelas nossas vivências e pela forma como interpretamos todo o material pesquisado. Da mesma forma, ressaltamos que as diversas ideias utilizadas neste trabalho como nosso referencial teórico, também foram narradas a partir daquilo que apreendemos com a nossa interpretação.

Assim, certos de que a nossa narrativa é apenas uma dentre as infindáveis narrativas possíveis acerca do tema, este trabalho pretendeu incitar o debate e chamar a atenção para a possibilidade de inversão do olhar no que tange ao estudo da responsabilidade civil da Administração Pública. Ao invés de focarmos no fundamento ideológico de que a responsabilidade é uma consequência lógica e inevitável de um Estado de Direito e, a partir de tal ponto, descrevermos as condições necessárias para a responsabilização da Administração pública, optamos por voltar o nosso olhar para a forma como a Administração Pública assume essa responsabilidade.

O problema ou o recorte direcionador da pesquisa consistiu em investigar se o desenvolvimento teórico acerca da responsabilidade estatal se mostra alinhado com a forma como a responsabilidade prevista no art. 37, §6º da CF/88 e art. 43 do CC é concretizada, ou em outras palavras, se o discurso doutrinário dialoga com a forma como a Administração Pública se apresenta, no plano prático, comprometida com as suas condutas.

A hipótese sustentada na dissertação, enunciada através de ‘teses da irresponsabilidade’ extraídas de algumas iniquidades presentes no trajeto do reconhecimento da responsabilidade, é a de que nós não temos uma Administração Pública efetivamente responsável por suas condutas, na medida em que o art. 37, §6º da CF/88 não se efetiva de forma qualitativa.

Não se trata de negar a existência de responsabilidade estatal no plano teórico, normativo e nem jurisprudencial. Não se trata, da mesma forma, de negar que o art. 37, §6º não produza efeitos quando concretamente aplicado. Trata-se, sim, de explicitar que os efeitos decorrentes de sua aplicação não são suficientes para que ele cumpra as suas finalidades manifestas, que são a reparação do dano, a de ser um instrumento concretizador da tutela e

garantia dos direitos fundamentais e de promover solidariedade social, o que o torna uma norma constitucional com força simbólica.

No contexto do trabalho, partiu-se da premissa de que a inefetividade ou o simbolismo da responsabilidade estatal não é um problema de lógica jurídica, mas sim uma questão de política jurídica (de modo de ser do Direito), onde o que realmente determina e guia a interpretação do ordenamento jurídico não é a sua coerência analítica interna, mas sim o jogo de poder econômico, político e social.

Nesse sentido, sustenta-se que, em que pese o discurso jurídico dominante afirmar que a responsabilidade civil da Administração Pública é uma consequência lógica e inevitável do paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade humana como valor maior, na práxis do processo concretizador do art. 37, §6º da CF, é possível identificar que métodos interpretativos, que se valem da linguagem técnico- jurídica, funcionam como verdadeiros instrumentos de ocultação do cidadão, na medida em que neutralizam a possibilidade de o art. 37, §6º realizar as suas finalidades. Cria-se com isso um verdadeiro simulacro de que temos um Estado responsável pelos seus atos gerado pela utilização da linguagem jurídica como instrumento de encriptação.

A pesquisa desenvolvida abordou esse processo de ocultação do cidadão promovido pela encriptação do art. 37, §6º, presente na forma de concretização do sistema de responsabilidade estatal sob dois recortes.

O primeiro recorte foi além do direito administrativo para buscar nas ideias de Paul Ricoeur a compreensão de que a ideia de justiça na responsabilidade estatal não pode ser orientada, estritamente, pela noção de segurança jurídica. A ela deve-se atribuir a dimensão ética de alteridade, no sentido de que a Administração deve ser efetivamente responsável pelos danos que causar aos cidadãos porque, muito antes de ser responsável por tais danos (economicamente considerados), a Administração atua em nome da coletividade, constituída por cidadãos que têm um dever recíproco de cuidado com o outro. Disso decorre o fato de que o cidadão conta com a capacidade da Administração de ser responsável por suas condutas e quando essa confiança é frustrada, há a ocultação do cidadão, considerado como sujeito real de direito.

O segundo recorte buscou na dualidade estabelecida por François Ost entre direito analisado e narrado, arrimo para sustentar que a responsabilidade estatal não existe sem uma narrativa que a contextualize e a atribua significado. O art. 37, §6º deve sempre ser situado dentro de um discurso. Ocorre, contudo, que a tradicional opção da doutrina administrativista é a de situar o art. 37, §6º no discurso de legitimação do Estado que se submete às suas

próprias leis, e no discurso de que essa submissão se dá a partir da descrição dos requisitos autorizadores da responsabilidade inferidos a partir do texto do art. 37, §6, quais sejam: a ação ou omissão, o dano e o nexo causal.

Quando extrapolamos a dimensão analisada (meramente descritiva) do direito, e voltamos nosso olhar para a aplicação concreta do art. 37, §6º percebemos que a linguagem técnico-jurídica é capaz de criar inúmeros subterfúgios para perpetuar a irresponsabilidade pública, fazendo com que o art. 37, §6º se efetive de forma meramente quantitativa.

Assim, em busca de uma dimensão narrada da responsabilidade, que permitisse refletir sobre o fato de que a concretização das finalidades do art. 37, §6º da CF/88 é obstada por objetivos políticos e econômicos, não especificamente normativo-jurídicos, foram formuladas teses acerca da irresponsabilidade.

A primeira tese sustenta que a transferência da efetivação do art. 37, §6º da CF/88 ao poder judiciário quebra a confiança gerada no cidadão de que a Administração Pública está comprometida com a correção dos seus comportamentos, uma vez que i) apresenta-se como entrave prático à busca por reparação; ii) seleciona os casos nos quais a responsabilidade estatal pode ser reconhecida; iii) impede que o reconhecimento das condutas lesivas pela via do controle interno colabore para o planejamento da atividade administrativa; iv) reafirma a supremacia *a priori* do interesse público em contraponto à conformação dos interesses públicos e privados que teria o condão de conferir maior legitimidade às decisões administrativas.

Já a segunda tese sustenta que a resistência da Administração Pública em efetivar o direito de regresso em face do agente causador do dano, que tenha agido com dolo ou culpa, contribui para a perpetuação da irresponsabilidade estatal porque privilegia a competência decisória dissociada da responsabilização. Sob esse prisma, a ampliação do centro de imputação da responsabilidade é um importante instrumento de aprimoramento da função administrativa, na medida em que garante que os servidores busquem constante profissionalização e comprometimento com o exercício da função administrativa.

Por fim, a terceira tese sustenta que as reiteradas reformas constitucionais que instituíram regimes de parcelamento e/ou prorrogação de prazos para quitação de precatórios judiciais, aliadas à jurisprudência do STF (condescendente na aplicação das sanções aos entes públicos pelo não cumprimento do regramento vigente) gera irrazoável contingenciamento do pagamento das condenações, vulnerando a efetividade da responsabilidade da Administração Pública reconhecida pela via judicial.

Sob o aspecto metodológico, tais teses foram elaboradas a partir da pesquisa de manuais de direito administrativo, os quais, considerados conjuntamente, acabam por construir o discurso jurídico acerca do tema no Brasil, pois são referências para a formação de opinião de estudantes e aplicadores do direito administrativo em geral, estando presentes nos planos de ensino das principais faculdades de direito.

A relevância dada à evolução histórica e normativa do tema, foi analisada a partir da comparação do número de páginas dedicados a essa evolução dentro do universo temático da responsabilidade, sendo possível desvelar que há uma ideia cogente de que o instituto evoluiu no sentido de resguardar cada vez mais direitos aos cidadãos. A partir da análise da forma como a responsabilidade é situada, estruturalmente, no sumário dos manuais, foi possível desvelar que, em que pese a doutrina sustentar que a responsabilidade não é um fim nela mesma, em termos de conteúdo, não se tem uma visão articulada da responsabilidade como sendo uma manifestação do controle da Administração.

A partir da análise da forma como os manuais tratam as vias existentes para o reconhecimento da responsabilidade, desvelou-se que a tradicional opção pela via judicial, nos dá a sensação de que o tema está exaurido. Não há um questionamento sobre quais são as implicações, no âmbito de efetividade do art. 37, §6º, da recusa da via administrativa. Não há, igualmente, uma problematização sobre a resistência da Administração em efetivar o direito de regresso. Por fim, a análise realizada desvelou que a grande maioria dos manuais não explicita que o pagamento das indenizações decorrentes do art. 37, §6º se faz na forma do art. 100 da CF, por meio de RPV ou precatórios, e que a forma como a Administração se encontra comprometida com o art. 100, interfere na efetividade da responsabilidade.

Essas três teses fixam o sentido que queremos dar à ‘irresponsabilidade da Administração Pública’ sustentada neste trabalho, valendo ressaltar que tais teses se prestam a ser um ponto de partida para o debate sobre a efetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88, devendo ser entendidas em uma perspectiva dialética, pois pretendem desenvolver premissas para despertar reflexões.

Ainda sob o ponto de vista metodológico, para exemplificar como este processo de irresponsabilidade ou de ausência de efetividade qualitativa do art. 37, §6º se dá foram analisados dois julgados na dissertação. O primeiro refere-se ao recente julgamento do RE n. 580.252/MS, que discutiu o reconhecimento de responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos presos em decorrência da superlotação e do encarceramento em condições degradantes. O segundo tratou do julgamento do STF envolvendo o debate travado em torno da responsabilidade objetiva das entidades de direito privado prestadoras de serviços

públicos em relação aos usuários e aos não usuários do serviço, RE n. 262.651/SP, de 11 de novembro de 2005. Tais julgados nos fizeram refletir sobre a inexistência de uma abrangência universal do art. 37, §6º da CF/88, no sentido de que a responsabilidade estatal não se volta, indistintamente, a todos os cidadãos e que, despeito da configuração de todos os elementos caracterizadores da responsabilidade, sempre será possível uma interpretação que poderá ser utilizada como barreira ou “subterfúgio teórico” para a configuração da responsabilidade civil da Administração Pública.

Dessa forma, como decorrência de tudo o que foi desenvolvido neste trabalho sustentamos que o fechamento analítico do estudo do tema, acaba por restringir o espaço do debate acerca da efetividade qualitativa do art. 37, §6º da CF/88. Isso faz com que o sistema de responsabilidade estatal, considerado como um dos pilares do Estado de Direito, ao invés de ser um instrumento de garantia de concretização de direitos fundamentais, seja utilizado como um meio de encobrir o *sujeito real de direito*, que deveria ser seu fundamento último.

Como costumeiramente ocorre com o estudo jurídico, a doutrina administrativista produziu um emaranhado de teorias e categorizações que, embora tenham importância para sistematizar o estudo do tema, acabam por desviar a nossa atenção dos problemas reais da responsabilidade pública, notadamente a ausência de sua efetividade qualitativa.

A expressão “o direito perdido em um emaranhado de teorias” é utilizada por Luiz Fernando Coelho (2010, p. 20-21) que compara a situação atual do direito constitucional com algumas parábolas. Uma das parábolas utilizadas pelo autor é a parábola do Minotauro, o monstro com corpo de homem e cabeça de touro, encerrado no labirinto da ilha de Creta, construído por Dédalo por ordem do rei Minos, e que aterrorizava os atenienses. Conta-se que ele foi morto por Teseu, que logrou escapar do labirinto guiado por um fio que lhe fora fornecido por Ariadne, filha de Minos, que se apaixonara pelo herói. O problema de interpretação da Constituição, para o autor, nos evoca o fio de Ariadne. O constitucionalismo estaria preso a um labirinto formado pelo emaranhado de teses, teorias e doutrinas elaboradas em torno do conceito de constituição ideal.

Valemo-nos da comparação feita por Luiz Fernando Coelho para nos posicionarmos no sentido de que o direito administrativo, especificamente com relação à forma como nos é apresentado o estudo da responsabilidade civil da Administração Pública, está também preso a um labirinto formado pelo emaranhado de teorias e categorizações¹²⁸ elaboradas em torno do

¹²⁸ Para exemplificar esse emaranhado de teorias podemos citar as seguintes utilizadas neste trabalho para explicar a responsabilidade estatal: teoria subjetiva, da qual decorrem as teorias da culpa pessoal do agente, da culpa administrativa, da culpa anônima, da culpa do serviço; teoria objetiva, da qual decorrem as teorias do risco,

fundamento ideológico do Estado de Direito¹²⁹ que desviam a nossa atenção e, de uma certa maneira, neutralizam os problemas reais identificados na prática político-administrativa brasileira.

Se é preciso descobrir caminhos para sair desse labirinto, propomos fazer uma leitura da responsabilidade civil da Administração Pública na perspectiva do *direito narrado*, contextualizando-a com os problemas reais presentes no trajeto da responsabilização estatal.

do risco administrativo, do risco integral, do risco proveito, do risco social. Há ainda as teorias acerca do nexos causal: teoria da equivalência das condições, teoria da causa próxima e da causa direta, teoria da causalidade eficiente e teoria da causalidade adequada, também chamada de teoria do dano direto ou imediato ou teoria da interrupção do nexos causal. Como por exemplo, as categorias de sujeitos responsáveis, as categorias de danos indenizáveis.

¹²⁹ “Se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável”.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo, Paulo, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22. Ed. São Paulo: Método. 2014.
- ALMEIDA, Alessandra Bagno; ARAUJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. In: CARVALHO, Valdênia Geralda de; REZENDE, Élcio Nacur (Org.). **Direito sustentável e desenvolvimento sustentável: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2013, p. 11-52.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo** 2ª.ed.- v. –(Manuais universitários) 2ºv.: Coimbra: Edições Almedina, SA. 2013.p. 671 – 742.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo** 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense, 2013.p. 1055 – 1094.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ARAÚJO, M.M. ; ALMEIDA, A.B.F.R. de. A efetividade do direito à boa administração: o papel da sustentabilidade. In: Adriano Stanley Rocha Souza; Marinella Machado Araujo. (Org.). **Estudos avançados de sustentabilidade urbano-ambiental**. 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, v. 1, p. 37-64.
- ARAÚJO, M.M.; AZEVEDO, Eder Marques . Administração Pública gerencial e planejamento integrado. O orçamento público e as novas estratégias à superação dos custos dos direitos. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP**, v. 6, p. 157-176, 2013.
- ARAUJO, Marinella Machado. Fundamentação Jurídico-legal e Financiamento da Cooperação Interinstitucional: construindo administrações públicas dialógicas. In: Erika de Castro e Maciej John Wojciechowski. (Org.). **Inclusão, colaboração e governança urbana. Perspectivas brasileiras**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010, v. 1, p. 141-154.
- ARAUJO, Marinella Machado. Políticas Públicas de Inclusão: A função estratégica da política de desenvolvimento urbano e a efetividade de direitos sociais. In: BERNARDES, Wilba Lúcia Maia; CHAVES, Glenda Rose Gonçalves; MOREIRA, Diego Luna (Coord.). **Direito Público: perspectivas e atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010b, p. 69-82.

ARAUJO, Marinella Machado; SOUZA, Beatriz Lima. Justa indenização na desapropriação e seu significado simbólico: uma análise para além da eficácia constitucional. In: **Direito e sustentabilidade** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Rosângela Lunardelli Cavallazzi– Florianópolis: CONPEDI, 2015, Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 446-467.

AUSTIN, Jonh Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fev. de 2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293 – 336.

BARBOSA, Rogério Monteiro. A narração e a descrição: uma análise do positivismo e do pós-positivismo a partir da literatura. **Dissertação de Mestrado**, Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

BELO HORIZONTE. Decreto n. 14. 971, de 06 de agosto de 2012. **Diário Oficial do Município**. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1085463>>. Acesso em: 10 de ago. de 2014.

BONAVIDES, Paulo. As bases principiológicas da responsabilidade do Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. ISSN 1138-4824, núm. 16, Madrid (2012). p. 61-67 Disponível em: <www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs>. Acesso em 17 nov. 2016.

BORGES, Alice Gonzalez. A Responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17 – 36.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.744, de 9 de outubro de 2003. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. **Diário Eletrônico de Justiça**. Brasília, 03 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 155.981. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 fev 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+155979.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+155979.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bhtqs93>>. Acesso em 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 262.651/SP. Relator: Carlos Velloso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 nov. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931>>. Acesso em 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591.874/MS. Relator: Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.362. Relator: Celso de Melo. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 nov 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2362.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2362.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bahgfy5>>. Acesso em 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ação Direta de Inconstitucionalidade 2.356. Relator: Min. Néri da Silveira. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 nov 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2356.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2356.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alhjdah>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580252/MS. Relator: Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>> Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4425&classe=A DI-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20 nov.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580252/MS. Relator: Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>> Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.252/MS. Relator: Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>> Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.357. Relator: Ayres Brito. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 nov 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+4357.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+4357.ACMS.%29&base=baseAcordao s&url=http://tinyurl.com/b52bw3b>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 832.581. Relator: Roberto Barroso, **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28832581%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/g33s49>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no agravo em Recurso Especial n. 418.875/RJ. Relator João Otávio de Noronha, **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=418875&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 841.526/RS. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 mar. 2016. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em 17 nov. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHAIS, Fernanda Vieira Souza. A efetividade da responsabilidade civil extracontratual do Estado: reflexões a partir da interpretação do STF sobre o regime de pagamentos por precatórios. In: Denise Bittencourt Freidrich; Giovani da Silva Corralo; Rogério Gesta Leal. (Org.). **CONPEDI**, 25ed. Florianópolis, 2015, v. II, p. 44-61.

CARVALHAIS, Fernanda Vieira Souza. O direito administrativo como engrenagem da democracia: uma análise a partir da teoria crítica constitucional de Ricardo Sanín Restrepo. In: Emilio Peluso Neder Meyer; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Maria Fernanda Salcedo Repoles. (Org.). **CONPEDI**, 25 ed. Florianópolis, 2015, p. 454-471.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. A autotutela como instrumento de aperfeiçoamento administrativo. In: PIRES, Maria Coeli Simões; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha (Coord.). **Paulo Neves de Carvalho: suas lições por seus discípulos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 279-327.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam. Kafka, Shakespeare e Graciliano: tramando o direito. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas**, 1º sem/2007, v. 10, n. 19. p. 119-133.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade Civil. Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 20015. p. 473-603.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta: Incursões Jurídicas e Filosóficas sobre as teorias da justiça**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; FERREIRA, Bernardo Augusto. **Além do Positivismo Jurídico**. 1ª ed. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WIKROTA, Leonardo Martins. Nos corredores do direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coordenador). **(O) outro (e) (o) Direito**. v.1, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** 28.ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 785 – 811.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ESTEVES, Julio César dos Santos Esteves. **Responsabilidade Civil do Estado por ato legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-94, p. 559-616.

FIGUEIRA, João Batista Linck. Junta Administrativa de Indenizações - justiça célere no Município de Porto Alegre. **Instituto Innovare**. Ed. VII, Porto Alegre – RS: 2010. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/junta-administrativa-de-indenizacoes-justica-celere-no-municipio-de-porto-alegre/>>. Acesso em: 10 de ago. de 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 278 - 303.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso De Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. *In*: FREITAS, Juarez (organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento Gomes. Comentário ao parágrafo 6º, do artigo 37. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19-56, 153-191. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502617322/>>. Acesso em 12 abr. 2016.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Márcia de Sá Cavalcanti. 2ª Ed. Petropolis, Vozes, 2014.

HINCAPIÉ, Gabriel Méndez y RESTREPO, Ricardo Sanín. La Constitución Encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derecho Humanos y Estudios Sociales**. Ano IV No. 8 Julio-Diciembre 2012, p. 97-120.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *In*: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO; Gustavo (coord). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporaneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 797-825.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 1321- 1365.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 2ª ed. Tradução e notas de Fernando Costa Matos. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. (2009) 4ª tiragem (2014) Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco.** v. 105 Jan/dez 2010; p. 1223-1234

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 953-987.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 282 – 314.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 415-425.

MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: Teoría Constitucional y giro decolonial.** San Luis Potosí: USLP, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 737 - 751.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Teoria Geral da Reponsabilidade Civil. Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Primeira parte, p. 21-402. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502628519/cfi/0!/0>, acesso em 17 jun. 2016.

MIRANDA, Roberta Drehmer de Miranda. François Ost e a hermenêutica jurídica – um estudo de Contar a lei. **Revista Direito & Justiça da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.37, n.1 , p. 30-35, jan/jun. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9093> Acesso em: 30 de maio de 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.37-69.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p. 576-581.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso do Estado decorrente de reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.) PIRES, Luis Manuel Fonseca (Coord.). BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 1122-1154

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo** 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: MÉTODO 2014.p. 687 – 727.

OST, François. **Contar a lei : as fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005. (Coleção Dike).

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

PORTO ALEGRE. Decreto n. 12.619, de 28 de dezembro de 1999. **Diário Oficial do Município**. Prefeitura Municipal de Porto Alegre, 1999. Disponível em <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000023712.DOCN.&l=20&u=/netahtml/sirel/simples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: 10 de agosto de 2014.

REALE, Giovanni & ANTISERI, Dario. **História da Filosofia. Filosofia pagã antiga**. v. I, 3ª ed., Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Ed. Paulus, 2007.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Filosofia pagã antiga**. v.IV.; 3 ed., tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2007.

RESTREPO, Ricardo Sanín. Cinco Tesis desde el Pueblo Oculto. **Oxímora Revista Internacional de Ética y Política**, n. 1, Barcelona, 2012. Disponível em <http://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/5245>. Acesso em 14 de março de 2015.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional: La democracia a la enésima potencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Marina França. O dever da administração pública de promover a justiça: eficiência, moralidade e juridicidade na solução dos conflitos. **Revista da Advocacia Geral da União**, Brasília, Centro de Estudos Victor Nunes Leal. v. 12, n. 38, out/dez, 2013, p. 341-372.

SÃO PAULO. Decreto n. 53.066, de 04 de abril de 2012. **Diário Oficial do Município**. Disponível em:
<http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=05042012D%20530660000>. Acesso em: 10 de agosto de 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131-209.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VAZ, Orlando. **Precatórios: problemas e soluções**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VILLELA, João Baptista. Direito, **Coerção & Responsabilidade: Por uma Ordem Social Não-Violenta**. Belo Horizonte: Fac. Direito UFMG, 1982.

ZAVASCKI, Teori Albino. Parcelamento de precatórios judiciais (artigo 78 do ADCT): abuso do poder constituinte derivado. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, RS, v. 6, n. 31, p. 39-46, maio./jun. 2005.