



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

LEONARDO PEREIRA DE BRITO NEVES

**A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS
JURISDICIONAIS**

**FORTALEZA
2014**

LEONARDO PEREIRA DE BRITO NEVES

**A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS
JURISDICIONAIS**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo e Constitucional

Orientadora: Profª. Dra. Cynara Monteiro Mariano

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

N513r Neves, Leonardo Pereira de Brito.
A responsabilidade extracontratual do Estado por atos jurisdicionais / Leonardo
Pereira de Brito Neves. – 2014.
84 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Administrativo.
Orientação: Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano.

1. Responsabilidade do Estado - Brasil. 2. Atos administrativos . 3. Administração
pública - Brasil. 4. Estado de Direito. I. Mariano, Cynara Monteiro (orient.). II.
Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

LEONARDO PEREIRA DE BRITO NEVES

A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS
JURISDICIONAIS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Administrativo e Constitucional

Orientadora: Profª. Dra. Cynara Monteiro Mariano

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profª. Dra. Cynara Monteiro Mariano (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profª. Dra. Beatriz Rego Xavier
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Vitor Sousa Bizerril (Mestrando)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus por ter me dado o dom da vida. Aos meus amados pais, Francisco Carlos e Fernanda, e irmãos, Carlos e Andre, que são minha maior razão de viver, meu maior apoio e exemplo de dedicação e respeito, sem os quais com certeza não teria chegado onde estou.

AGRADECIMENTOS

Sempre importante demonstrar gratidão e respeito àquelas pessoas que, pelos mais diversos meios possíveis, contribuíram para a escrita do presente estudo, bem como para a superação dos entraves que surgiram no decorrer dos últimos anos.

Primeiramente, e como haveria de ser, agradeço imensamente a Deus por tudo que ele me proporcionou ao longo de todo esse tempo, pela família que tanto amo, pelos meus amigos, pelo dom da vida, pela minha saúde e de meus familiares e pelo pão de cada dia.

A meu pai, Francisco Carlos da Cruz Neves, meu maior exemplo de pai, de homem honesto, trabalhador, íntegro e responsável. Que tudo fez e tudo faz para manter a família unida e feliz. Obrigado por ter me carregado no colo por tanto tempo, pelos puxões de orelha quando eu mereci e por ter cuidado de mim quando ficava doente. Te amo muito, pai.

A minha mãe, Fernanda Pereira de Brito Neves, meu amor, meu anjo, minha princesa, minha rainha, dona do mais apertado e caloroso abraço e beijo nas despedidas. Por mais que eu tente escrever aqui, palavras nunca serão suficientes para expressar todo o amor que tenho pela senhora, meu verdadeiro exemplo de amor materno, de filha, de irmã, de mulher e de tia. Muito obrigado por tudo que a senhora fez por mim até hoje, contribuindo para tudo que sou e serei um dia.

A “mainha Chica”, meu anjo do céu que cuidou de mim e de meus irmãos por quase vinte anos, por todo amor que nos deu nas mais simples e sinceras palavras e atitudes. Saudade não define a falta que a senhora faz aqui na nossa família.

Aos meus avós paternos, Jurandir e Anchieta, e aos maternos, Clemilda e Macário, que sempre nos receberam com muita alegria, amor, carinho e com a mesa farta em suas casas. Nunca me esquecerei das histórias que vocês me contavam quando criança e das demonstrações de imensa sabedoria ao enfrentar os problemas do cotidiano.

Aos meus irmãos, Carlos e André, minha maior razão de viver, ainda que tenhamos personalidades um tanto quanto diversas, não sei o que faria se um dia ficasse longe de vocês. Sempre serão pra mim referência de carinho, companheirismo, alegria, honestidade e bondade. Quero que saibam que este irmão briguento e que gosta de reclamar das coisas erradas sempre estará aqui disposto a ajuda-los em quaisquer problemas que venham a ter, com todo amor de um irmão, coisa que aprendemos com nossos pais.

Aos meus familiares, por serem os responsáveis pelas minhas melhores lembranças da vida, constituindo a família “Brito Neves” que tanto tenho orgulho de dizer que faço parte. Em virtude da limitação, apenas citarei os nomes de alguns deles, e desde já peço perdão se esquecer de algum: tia Fábia, tio José Alencar, tio Carlinhos, tia Anderciele, tia Clea, tio Hugo, tia Jaqueline, tio Nevinho, tia Jussara, tia Soraya, Henrique, Ítalo, José Filho, Bruno, Mariana, Rebeca, Vitor, Lara e Huguinho, Breno, Lucas e Tota.

Aos meus primos de vida e de coração, Raul Francelino, Paulo Henrique, Emilson Neto, Antonio Amorim, Allan Penaforte, Ueides “Jota”, Tomas, João Lucas e Thiago Oliveira por terem me apoiado sempre que precisei, amizade esta que tenho para mim como fundamental no meu dia a dia desde a infância e que

levarei por toda minha vida, pois juntos compartilhamos inúmeras histórias e conquistas para sempre lembradas com um sorriso de felicidade no rosto.

A todo o grupo de amigos do REC (Belancia, Caio, Carlim Sutil, Dante, Davizim, Dantas, Dudu do Monte Castelo, Zaca, Euler, Everton, Coerdeiro, Obara, Felarruda, Gabarruda, Guedim, Dj, FDP, Joel, Barreto, Solon, Pebu, Mascarado, Renan) que desde o início da faculdade me mostrou o real sentido de amizade, a qual também levarei por toda a vida. Grupo com o qual, também, compartilhei vários dos momentos mais significativos da minha existência, registrados para eternamente na minha memória.

Ainda quanto aos amigos da faculdade, não posso deixar de agradecer a Alvaro Veras, famoso “Alvim”, por toda demonstração de amizade nos últimos e difíceis tempos. Amizade esta que, a despeito de ser recente, já é de fundamental importância para mim por tudo que representou quando mais precisei.

Aos meus amigos de infância Raphael Soéjima e Kelvyn por sempre estarem presentes em minha vida, pois, mesmo com a correria diária de cada um, sempre achamos tempo de nos comunicar e manter a amizade forte, sincera e companheira de sempre.

Também não posso deixar de agradecer ao Desembargador Inácio de Alencar Cortez Neto e aos amigos que lá fiz em seu gabinete no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Ana, Dr. Cesar, Priscila, Lina, Lya, Bruno, Geraldo, Fernando, Matheus, Carla), local em que estagiei por mais de um ano e onde colhi ensinamentos essenciais ao Direito e à vida.

A Karina Macedo por toda demonstração de carinho, companheirismo e os incentivos a enfrentar as barreiras da vida, não só acadêmica, mas também pessoal, sempre estando junto a mim para comemorar as vitórias e aprender com as derrotas, mas sempre seguindo em frente.

Às minhas amigas Juliana Lemos, Renata Clares, Danielle Carvalho e Luana Andrade por terem me apoiado ao longo dos últimos cinco anos, pelas risadas mais sinceras nas aulas, pelas fotos nos momentos mais inusitados, pelos ensinamentos e revisões nas vésperas das provas. Com vocês essa trajetória que agora se encerra, há quem diga que na verdade agora é que inicia, foi muito mais prazerosa e confortável.

À minha orientadora, Profª Cynara Monteiro Mariano que, malgrado eu não tenha tido a sorte de ter sido seu aluno, mostrou-se sempre paciente, solícita e prestativa na orientação e desenvolvimento do presente trabalho monográfico.

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.” (Theodore Roosevelt)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como escopo explanar o tema da responsabilização civil do Estado por danos decorrentes de atos jurisdicionais. Nesse intuito, inicialmente, analisar-se-á a conceito de responsabilidade bem como a evolução histórica das teorias da responsabilidade civil do Estado, diferenciando ainda a contratual da extracontratual. Posteriormente, será feita uma abordagem da prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito, para caracterizá-la ou não como um serviço público. Uma vez finda essa diferenciação, mostrar-se-á também os diversos tipos de agentes públicos admitidos na doutrina brasileira e o enquadramento dos magistrados em uma de suas subdivisões, afim de que, assim procedendo, atraia a responsabilidade do Estado por seus atos, a teor da previsão constitucional insculpida no art.37, § 6º, em que está firmada a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público quando os agentes públicos causarem, nessa qualidade, prejuízos a terceiros. No entanto, malgrado essa previsão, parte da doutrina e da jurisprudência ainda resiste em não aceitar a sujeição dos magistrados a tal responsabilidade. Serão elucidadas as prerrogativas e garantias previstas em favor dos magistrados, rechaçando quaisquer argumentos contrários à reparação civil dos danos causados por tais. Derradeiramente, serão elencados os principais argumentos das correntes contra a possibilidade de responsabilizar o estado por atos dos juízes, rechaçando-os pontualmente e, por ato de consequência, posicionar-se-á irremediavelmente em favor de tal possibilidade. A metodologia utilizada para a realização deste trabalho pautou-se, essencialmente, em pesquisa bibliográfica, documental e legislativa.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Atos jurisdicionais danosos. Agente Público.

ABSTRACT

This monograph is scoped to explain the theme of the civil liability of the State for damages arising from judicial acts. In this purpose, initially, will be analyzed the concept of responsibility as well as the historical development of theories of civil liability of the state, differentiating yet the contract of off contract. Subsequently, an approach about jurisdiction in a democratic state will be made, to characterize it or not as a public service. Once this differentiation ends, will also show themselves the various types of public agents admitted in the Brazilian doctrine and the framework of the magistrates in one of its subdivisions, so that, so doing, attract state responsibility for his acts, the content of the constitutional provision in article 37, § 6, which is grounded in the objective liability of legal persons of public law and private law providing public service when officials cause in that capacity damage to third parties. However, despite this prediction, part of the doctrine and jurisprudence still resists not accept the subjection of magistrates such responsibility. The privileges and guarantees in favor of magistrates, rejecting any arguments against civil compensation for damages caused by such will be elucidated. Ultimately, will be listed the main arguments of doctrines against the possibility of blaming the state for acts of judges rejecting them punctually, and, for act of consequence, will position itself irretrievably in favor of such a possibility. The methodology used for this study was based, essentially, on search bibliographical, documentary and legislative research.

Keywords: Civil Liability of the State. Jurisdictional harmful acts. Public agent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	15
2.1 Conceito	15
2.2 A evolução histórica	18
2.2.1 Da responsabilidade civil	18
2.2.2 Da responsabilidade civil do Estado	21
2.2.2.1 Teorias subjetivistas	22
2.2.2.1.1 Teoria da culpa civilista	23
2.2.2.1.2 Teoria da culpa administrativa	23
2.2.2.1.3 Teoria da culpa anônima e da culpa presumida	24
2.2.2.1.4 Teoria da falta administrativa	25
2.2.2.2 Teorias objetivistas	25
2.2.2.2.1 Teoria do risco administrativo	26
2.2.2.2.2 Teoria do risco integral	26
2.2.2.2.3 Teoria do risco social	27
2.2.2.3 Teoria adotada no sistema jurídico brasileiro	27
2.3 A distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual	28
3 A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	31
3.1 Bases históricas.....	31
3.2 A tripartição das funções do poder.....	33
3.3 Elementos característicos do Estado democrático de direito.....	36
3.4 Estado Democrático de Direito e a função jurisdicional	37
3.5 A atividade jurisdicional e administrativa do Poder Judiciário	41
3.6 A prestação jurisdicional como serviço público	43
4 O MAGISTRADO COMO AGENTE PÚBLICO	46

4.1 Agentes públicos	46
4.1.1 Agente político	47
4.1.2 Servidores públicos	48
4.1.3 Militares	48
4.1.4 Particulares em colaboração	48
4.2 O enquadramento do magistrado como agente público	49
4.3 O regime especial a que estão submetidos os magistrados	51
4.3.1 As garantias	52
4.3.1.1 As garantias institucionais	53
4.3.1.2 As garantias funcionais	54
4.3.1.2.1 De independência	54
4.3.1.2.2 De imparcialidade	57
4.3.2 As prerrogativas	58
5 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDAR O ESTADO EM DECORRÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	61
5.1 Críticas aos fundamentos da teoria da irresponsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional	62
5.1.1 A soberania do Poder Judiciário	63
5.1.2 Independência do magistrado no exercício de suas funções	63
5.1.3 O magistrado não é servidor público	64
5.1.4 A imutabilidade da coisa julgada	65
5.1.5 A falta de previsão legal	66
5.1.6 A falibilidade dos magistrados	67
5.2 O erro judiciário cível e penal	68
5.3 A denegação de justiça	72
5.4 A morosidade na prestação da tutela jurisdicional	73
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

1 INTRODUÇÃO

Constituindo-se como um Estado Democrático de Direito, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil já previa no art.1º desta Carta Magna a submissão de todos os indivíduos, inclusive o Poder Público, às imposições de direito e deveres previstos no ordenamento jurídico pátrio, o qual é decorrente da participação democrática popular com o fito de garantir uma maior segurança jurídica à sociedade.

Sabe-se que o Estado atua por meio de 3 (três) funções estritamente públicas, quais sejam, Legislativa, Executiva e Judiciária; e, no desenvolver das atividades típicas, ou também nas atípicas, de cada uma dessas funções, poderá o Estado causar danos a terceiros, seja por atos omissivos ou comissivos, por culpa ou dolo. E, nesse âmbito, tendo-se em vista a observância à ordem jurídica vigente no Brasil, toda e qualquer atividade nociva desenvolvida pelo Estado deve ser rechaçada, constituindo aqui o instituto da responsabilidade civil do Estado.

No estudo do tema, é imprescindível mencionar o artigo 37, § 6º da Constituição Federal que dispõe sobre a responsabilidade pelos danos causados pelos agentes públicos no exercício de suas atividades. Vejamos:

Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6.º - 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No entanto, malgrado o supracitado trecho da Constituição disponha sobre a obrigação estatal de reparar os danos decorrentes da atuação de seus agentes públicos no exercício de suas funções, quando se trata de tais reparações decorrentes de atos jurisdicionais o tema é muito complexo e debatido na doutrina e jurisprudência brasileira, constituindo inclusive um dos temas mais controvertidos em sede do direito administrativo.

De um lado, posiciona-se parte crescente da doutrina que prega pela responsabilidade objetiva do Estado em face dos atos jurisdicionais causadores de danos a terceiros. Do outro lado, em que se encontra a doutrina e jurisprudência mais conservadoras, não se admite como regra a responsabilização estatal, mas apenas nos casos expressamente previstos em lei, tal como o art. 5º, inciso LXXV, da Magna Carta, o que excluiria os outros erros decorrentes da atividade jurisdicional. Além dessas duas posições, parte significativa da doutrina moderna vem se posicionando como um meio termo entre aquelas duas primeiras, entendendo que, além dos casos previstos em lei, também caberá responsabilidade estatal quando da verificação de prejuízos oriundos de dolo, culpa grave ou erro grosseiro na atividade jurisdicional.

Desse modo, tendo como base essa divergência doutrinária e jurisprudencial, a justificativa deste então estudo está pautada essencialmente em analisar os principais fundamentos da teoria da irresponsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, bem como rechaça-los em todos os seus termos com respaldo nos argumentos dos doutrinadores que admitem tal responsabilização, apesar de que não se proponha a esgotar o referido tema, face a sua indiscutível complexidade.

A referida análise se orientará pelos pressupostos que constituem o Estado Democrático de Direito, no âmbito do qual não se cogita da possibilidade de existir sujeito irresponsável pelos danos que causar, ainda que sejam sujeitos públicos na atuação jurisdicional. Portanto, serão analisados os princípios da unicidade do poder e da separação das funções estatais, bem como um estudo mais detalhado a respeito da evolução da responsabilidade civil no âmbito brasileiro, a compreensão do juiz como agente público para, assim, submeter-se à responsabilidade estatal, e, derradeiramente, apresentar os argumentos utilizados pela doutrina contra e a favor da responsabilização do Estado pelos atos oriundos do Poder Judiciário.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

É de suma importância, antes de se adentrar mais especificadamente ao tema cerne deste trabalho, abordar qual o conceito utilizado pela doutrina majoritária, delimitando-se sua abrangência para, posteriormente, elucidar como se deu o desenvolvimento histórico, uma vez que sua temática é deveras antiga, já constando inclusive na Constituição de 1824.

2.1 Conceito

Desde os tempos mais remotos, na observação do cotidiano, o ser humano buscou estabelecer regras de convivência, ainda que básicas, direcionadas para os membros da coletividade, tendo como intuito principal resguardar a paz social, os bens culturais e materiais, sejam estes públicos ou particulares.

Tendo isso em mente, sabe-se que nessa época já se tinha consciência de quais comportamentos eram reprováveis e quais eram dignos de louvor, sendo necessário o respeito a tais preceitos pela totalidade dos membros (ou quase totalidade, como se explicará adiante) daquela coletividade, eis que só assim era possível manter a convivência pacífica e duradoura entre eles. Em caso de transgressão, os membros que assim agiram estariam sujeitos a sanções a fim de restabelecer o equilíbrio social.

Isso nada mais representa do que um entendimento primário do que seja responsabilidade, conceito este que traz em seu bojo a ideia de imputação a alguém dos prejuízos que causou por seus atos ou omissões, e que, trazendo para o cotidiano, apresenta-se por meio de diversas facetas. Desse modo, a título de exemplo, podemos citar a responsabilidade criminal, quando alguém infringe regras de conduta previamente estabelecidas como ilícitos penais, bem como também a responsabilidade contábil, a administrativa, a disciplinar e a civil.

José dos Santos Carvalho Filho, no âmbito do Direito Administrativo, citando Antônio Queiroz Telles, afirma que “[...] a noção de responsabilidade implica a

ideia de resposta, termo que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere*, com o sentido de responder, replicar.¹

No presente estudo, ater-se-á mais à análise da responsabilidade civil, também chamada de responsabilidade aquiliana, patrimonial ou extracontratual, cuja origem remonta ao Direito Civil e consiste na obrigatoriedade de alguém ressarcir ou reparar outrem pelos danos, matérias ou não, decorrentes de atos ou omissões humanas.

Atualmente, no Brasil, tem-se que todas as pessoas, sejam elas privadas ou públicas, tem o dever de indenizar aqueles que tiveram algum bem jurídico abalado por atos daqueles. No âmbito do Direito Privado, sabemos que para aferir a responsabilidade, em regra devem estar presentes três requisitos, quais sejam: a ação culposa *lato sensu*, o dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre eles. Isto é, confirmando-se um dano e sendo este decorrência de uma conduta (comissiva ou omissiva) de alguém, configurado está o dever de reparar.

Contudo, no âmbito do Direito Público, as discussões são bem mais extensivas e intrigantes do que na seara privada, despertando o interesse de muitos estudiosos quanto ao tema, o que fez surgir diversas teorias ao longo dos anos, as quais sofreram influência direta da noção de Estado em cada época.

O uso da expressão Responsabilidade “do Estado” provém do fato de que o Estado atuar por meio de 3 (três) funções estritamente públicas, quais sejam, Legislativa, Executiva e Judiciária; e, no desenvolver das atividades típicas, ou também nas atípicas, de cada uma dessas funções, poderá o Estado causar danos a terceiros, seja por atos omissivos ou comissivos, por culpa ou dolo. E, nesse âmbito, tendo-se em vista a observância à ordem jurídica vigente no Brasil, toda e qualquer atividade nociva desenvolvida pelo Estado deve ser rechaçada, constituindo aqui o instituto da responsabilidade civil do Estado.

Desde já se enaltece a impropriedade do uso da expressão “responsabilidade da administração pública” que alguns estudiosos, embora sejam poucos, ainda insistem em usar. Diz-se isto pelo simples fato de que, para se poder

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 551

falar em responsabilidade, é exigência primária que haja o atributo capacidade, o que não ocorre no caso da administração pública. Sendo assim, resta mais pertinente ao caso o uso da expressão “responsabilidade do Estado”.

Para melhor compreensão do tema aqui tratado, é mister relembrar o já transscrito art.37, §6º da Constituição Federal, que traz a moderna ideia adotada pelo legislador constituinte originário quanto à responsabilidade objetiva dos agentes públicos causadores de danos no exercício de suas atividades e quanto à teoria do risco administrativo. Desse modo, é de imensurável valor comentar, ainda que brevemente, a respeito da Teoria do Órgão, afim de que se possa compreender mais profundamente o tema em análise.

Para essa teoria, também chamada de Teoria da Imputação Volitiva, quando o agente público atua não se deve considerá-lo como pessoa física, emitindo vontade própria por meio de determinada conduta, mas sim como um meio pelo qual o Estado age no meio social e se manifesta ao mundo jurídico, por isso que se fala em imputação - e não representação - do agente, enquanto pessoa natural, ao Estado, enquanto pessoa jurídica pública. Daí, portanto, é que se extrai a validade dos atos praticados pelos funcionários públicos, porque não é ato propriamente destes, mas sim ato do órgão público ao qual ele se vincula e, portanto, da Administração.

Contudo, não é qualquer ato de agente público que pode ser imputado ao Estado, deve ele estar revestido de aparência de ato jurídico genuíno e praticado por funcionário público no exercício pleno de suas legítimas atribuições enquanto tal (Teoria da Aparência).

Segundo alhures comentado, atualmente a questão da responsabilidade do Poder Público pela reparação dos danos morais ou patrimoniais sofridos por terceiros em decorrência de atos ou omissões de agentes público no exercício de suas funções se pondera em face de quesitos eminentemente objetivos, não havendo que se falar em comprovação de culpa *lato sensu* da administração pública. É essa, inclusive, a dicção que se extrai do §6 do art.37 da Carta Magna já transscrito. E, ainda segundo o mesmo dispositivo constitucional, a demonstração de culpa apenas tem importância para fins de ação regressiva do Estado em desfavor o agente causador do dano por ação ou omissão sua.

Por fim, conclui-se também que não só as pessoas jurídicas de direito público estão sob a égide da responsabilidade objetiva, mas também aquelas entidades constituídas sob o regime de direito privado que sejam prestadoras de serviços públicos por delegação (v.g., concessão e permissão).

2.2 A evolução histórica

Uma vez abordado o conceito atualmente utilizado, também se faz imprescindível elucidar quais foram as bases em que o mesmo se firmou, o que se faz a seguir a partir da análise histórica da responsabilidade civil.

2.2.1 Da responsabilidade civil

Todavia, esse entendimento majoritário hodierno relativo à obrigatoriedade do Estado indenizar aqueles que sofreram danos materiais ou morais em decorrência de atos ou omissões de agentes públicos nem sempre foi aceito pelo direito positivo. Em verdade, os estudos no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Constitucional a respeito da presente matéria tem evoluído concomitantemente à da ideia de Estado no transcorrer dos anos, vindo desde a completa irresponsabilidade do Estado até o estágio atual. Nesse pesar, tais estudos se desenvolveram pelas teorias sobre a responsabilidade do Poder Público, podendo ser divididas em três principais estruturas, quais sejam: teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas e teorias publicísticas.

Nessa esteira, para se ter uma compreensão mais profunda acerca do instituto jurídico da responsabilidade civil, primeiramente se faz necessária uma análise histórica, ainda que breve, acerca do seu desenvolvimento ao longo da história.

O doutrinador brasileiro Arnaldo Rizzato, lecionando sobre a matéria aqui em pauta, aduz que é de comum acordo entre os estudiosos que, no âmbito das primeiras comunidades, o instituto da responsabilidade era regido basicamente pela vingança privada². Ou seja, naquele período histórico, quem fosse ofendido por ato de um terceiro, tinha o direito de reagir imediatamente ao dano sofrido, buscando pelas

² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei nº 10.406 de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.33

próprias forças reaver o que lhe foi tomado ou reagir ao ato ofensivo de outrem, ante a inexistência de regras de direito e de conduta estatal repressiva.

Nessa esteira, pela pertinência que tem ao tema, não há como deixar de citar a forte influência do direito romano para o surgimento do instituto da responsabilidade, muito embora não tenham eles se preocupado em realizar uma sistematização das regras a ela pertinentes. Inclusive, essa é a observação feita pelo eminentíssimo jurista Caio Mário da Silva Pereira ao lecionar sobre a matéria em uma de suas obras: “[...] não chegou o Direito Romano a construir uma teoria da responsabilidade civil, como, aliás, nunca se deteve a elaboração teórica de nenhum instituto.³”.

Ainda nessa breve análise histórica, também é importante destacar o Código de Hamurabi, que é elencado pela maioria dos estudiosos pátrios como o primeiro exemplo de legislação penal, no qual restou adotado o princípio da equivalência entre o delito e a pena, também conhecido como Lei do Talião - do latim *lex talionis*.

Em tempos mais à frente, surgiu a chamada Lei das XII Tábuas, que para os romanos representou um avanço muito significativo pelo fato de ter representado a passagem da norma costumeiras para a escrita, vigendo no âmbito da comunidade romana por mais de 9 séculos, o que por si só demonstra a importância que tinha. Mencione-se ainda que as penas por ela imposta aos transgressores eram das mais variadas, indo da prisão até a morte e o exílio, e por diversas vezes fazia referências à Lei do Talião.

Posteriormente a essa fase, começaram a surgir as primeiras noções acerca da ideia de culpa, tomando a responsabilidade traços mais subjetivos em contramão à objetividade dominante nos tempos passados. Conhecida como *Lex Aquilia*, que vigorou entre a comunidade romana, e em princípio tratava apenas da responsabilidade penal, é considerada por muitos como a fonte direta e hodierna da noção de culpa (culpa aquiliana), razão pela qual, diga-se de passagem, é utilizada atualmente para fazer referência à responsabilidade extracontratual em contradição à

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2

contratual, conceitos estes que serão devidamente explicados e diferenciados no momento mais pertinente no deslinde deste trabalho.

Pela pertinência que tem ao tema, transcrevo a seguir os ensinamentos do respeitado estudioso brasileiro Inácio de Carvalho Neto, que assim dispõe sobre o tema:

Com a Lex Aquilia surge a ideia de culpa, daí surgindo a chamada culpa aquiliana. Os juristas romanos, entretanto, não distinguiram perfeitamente a noção de culpa da noção de injúria, que foram tratados como sinônimos. Assim, não podendo desvincular de delito, viram-se obrigados a reconhecer que o autor do dano tivesse sempre agido com culpa, pouco importando seu grau. Daí surgiu a máxima, até hoje bastante repetida: *In Lege Aquilia et lecissima culpa venit.*⁴

Todavia, necessário mencionar que não há uma consonância entre os doutrinadores quanto à afirmação acima transcrita, havendo aqueles que defendem que a noção de culpa era inherente ao instituto da responsabilidade civil, e os que argumentam em sentido contrário, aduzindo que a ideia de culpa era ausente na Lei Aquilia.

Em sequência, informa Rizzato que, ao mesmo passo em que evoluiu a responsabilidade baseada no elemento culpa, foi deixada de lado os casos de composição obrigatória. E com o advento da Revolução Industrial, a responsabilidade baseada apenas na culpa se mostrou por completa insuficiente para amparar os danos decorrentes do cenário da época, razão pela qual começou a surgir a responsabilidade objetiva:

No curso da Revolução Industrial, as injustiças sociais e a exploração do homem pelo homem levaram à inspiração de idéias de cunho social, favorecendo o aprofundamento e a expansão da teoria da responsabilidade objetiva, com vistas a atenuar os males decorrentes do trabalho e a dar maior proteção às vítimas de doenças e da soberania do capital. Realmente, pela segunda metade do Século XIX iniciou a se firmar essa responsabilidade, desenvolvendo-se sobretudo na França [...]⁵

Atualmente tem ganhado muito destaque a teoria do risco administrativo, baseada na responsabilidade objetiva, tendo em vista a ideia de que todo risco deve

⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 26/27

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil. Lei 10.406 de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, p.34

ser garantido, a fim de conferir proteção jurídica à pessoa humana contra a insegurança material, e de que todo dano deve ter um responsável.

No entanto, o cerne do presente estudo não diz respeito apenas ao tema responsabilidade civil, genericamente falando, mas principalmente responsabilidade civil do Estado, a qual também passou por uma evolução ao longo dos séculos, sofrendo influência de diversas teorias vigentes em cada época, como se verá adiante.

2.2.2 Da responsabilidade civil do Estado

Nessa toada, em meados do século XIX, quando no continente europeu coexistiam os Estados absolutistas e depósitos, a questão da responsabilidade destes por atos de seus agentes era tratada segundo o preceito da “razão do princípio”, que estabelecia a máxima segundo que “O Rei não erra, ou não pode errar” (*The king can do no wrong*, no inglês; ou *le roi ne peut mal faire*, no francês)⁶.

Naquela época, o Estado era o próprio rei, e vice-versa, logo também era o próprio Direito, e sendo infalível, não se sujeitava a cometer nenhum erro, estava livre de ser apontado como responsável por qualquer prejuízo oriundo de dano de seus agentes. Portanto, estes, enquanto representantes do Estado, é que seriam pessoalmente responsáveis quando de seus atos ou omissões decorressem danos a terceiros. A exemplo disso, aqui no Brasil, sob a égide da Constituição do Império de 1824, o seu art.99 retirava da figura do Imperador qualquer hipótese de responsabilidade, ao mesmo passo que admitia a dos Conselheiros do Estado em caso de atitudes dolosas.

Tem-se aqui, portanto, a chamada Teoria Regaliana (Regalista ou, ainda, da irresponsabilidade patrimonial) que preconizava o fato de o Estado, por defender e buscar os interesses da coletividade, não poderia ser responsabilizado pelos eventuais danos que causasse aos particulares, logo apenas os representantes do Poder Público é que responderiam pessoalmente pelos danos a que dessem causa, o que, na prática, constituía um verdadeiro embaraço para a sua reparação, eis que a indenização se limitava às posses do agente, e nunca à da Administração. Nesse diapasão, com o fito

⁶ ARAUJO, Edmir. N. . **Curso de Direito Administrativo**. 4^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 1, p.771

de sedimentar a alegação da adoção de tal teoria pela Constituição de 1824, observe-se o disposto em um dos incisos do art.179:

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

Nos ensinamentos de Di Pietro:

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousa fundamentalmente na idéia de soberania: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.⁷

Malgrado tenha tido inúmeros defensores na Itália e na Alemanha àquele tempo, essa teoria, sendo reflexo do Estado absolutista moderno, foi perdendo respaldo no mundo jurídico com o avanço das ideias liberais e decadência do absolutismo e, atualmente, não se vê mais quem lhe defensa, face a completa inconsistência de suas colocações ante o conceito de Estado.

Discorrendo sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado, com a maestria que lhe é inerente, Antônio Lago Junior assim aduz:

Jurisprudência foi responsável pela transformação deste estado de coisas, ao perceber que o Estado, nas suas diversas formas de atuação, poderia ser percebido de duas formas: ou a Administração atuava exercendo seu ‘*jus imperii*’ e, nesses casos, procedia na qualidade de Estado no exercício do seu poder soberano; ou, por outro lado, atuava na gestão de seus negócios, exercendo atos ‘*iure gestionis*’, pelo que se igualava ao indivíduo comum. A partir dessa concepção bipartida, admitia-se que, no primeiro caso, a Administração pública era imune; no segundo, atuando de igual sorte que o particular, sujeitava-se à reparação dos danos que eventualmente causasse a outrem. Era o início da responsabilização civil da Administração. Contudo, esta visão bipartida do Estado único, segundo De Page, citado por Caio Mário da Silva Pereira, não passava de uma construção teórica e que, portanto, gerava sérias dificuldades de aplicação prática, com reflexos negativos na jurisprudência.⁸

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 717

⁸ JUNIOR, Antonio Lago. **A Responsabilidade Civil Decorrente do Acidente de Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 71-2.

2.2.2.1 Teorias subjetivistas

A partir desse momento, então, uma severa e significativa transição no mundo jurídico se fez, isto é, passou-se de um cenário em que imperava a completa irresponsabilidade estatal para agora cogitar-se da responsabilidade subjetiva, a qual, para configurar-se, requer a presença do elemento culpa. Surgiram então 5 (cinco) principais teorias com o intuito de explicar esse fenômeno, quais sejam, teoria da culpa civilista, da culpa administrativa, da culpa anônima, da culpa presumida e da falta administrativa.

2.2.2.1.1 Teoria da culpa civilista

Tratando da primeira das teorias – culpa civilista -, o professor Edmir Netto de Araújo aduz que, sendo os agentes públicos tidos como prepostos do ente estatal e, assim, responsáveis pela execução dos atos deste, tendo em vista ainda a necessidade de se constatar a culpa no caso concreto, apenas os atos danosos que decorressem de imprudência, negligência ou imperícia do agente público poderiam ser utilizados para a responsabilização do Estado, eis que, caso fossem decorrentes de atos dolosos, imputar-se-iam diretamente ao funcionário.

Discorrendo sobre o tema, Ricardo Hoyos Duque assim dispõe:

Em primeiro lugar, a responsabilidade baseia-se sobre a culpa do amo ou patrono; no caso, a responsabilidade pública seria do Estado na eleição ou vigilância de seus criados ou dependentes (culpa ‘in eligendo’ ou ‘in vigilando’), isto é, que o Estado deve realizar, com respeito a seus funcionários, uma cuidadosa eleição e permanente vigilância, se não quer ver comprometida sua responsabilidade. Em segundo lugar, esta responsabilidade teria o caráter de indireta, na medida em que ao Estado, como pessoa jurídica, não lhe é dado agir ilicitamente.⁹

No entanto, aos poucos essa teoria foi entrando em total desuso, pois seus preceitos davam margem a uma série de hipóteses de total irresponsabilidade, eis que ao particular era muito dispendioso comprovar a existência do elemento anímico do Estado em cada caso concreto.

⁹ DUQUE, Ricardo Hoyos. **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.** Bogotá:Temis, 1984, p. 9-22.

2.2.2.1.2 Teoria da culpa administrativa

Passou-se então para uma fase intermediária entre a responsabilidade civil baseada na culpa e a objetivação desta, sendo chamada pelos estudiosos de teoria da culpa administrativa. Em seu âmbito, não mais se enxergava o agente público como preposto do Estado, mas sim como verdadeiro integrante da estrutura da própria Administração Pública, razão pela qual daí iria advir a obrigação de indenizar quando dos atos daqueles decorressem danos, tendo em vista que é dela apenas um instrumento.

Segundo esta teoria, para que se logre a configuração da responsabilidade do ente estatal, basta que se comprove o dano, a atitude comissiva ou omissiva e o nexo de causalidade entre ambos, uma vez que, conforme acima dito, aqui agente público atua em nome e por conta do próprio Estado, isto é, o ato daquele é percebido como ato próprio deste.

Ao tratar da teoria da culpa administrativa, imperioso mencionar o famoso caso *Blanco*, que teve primordial influência na construção dos preceitos desta teoria. Em breve resumo, pode-se assim relatar o referido caso ocorrido na França, meados do século XIX: ao atravessar a rua, a jovem francesa Agnès Blanco foi atingida por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Inconformado com o ocorrido, seu pai ingressou com ação indenizatória contra o estado francês, requerendo reparação dos danos sofridos perante os tribunais civil. Combatendo o pleito, foi instaurado conflito de atribuições, quando então o Tribunal de Conflitos decidiu pelo julgamento perante o Tribunal Administrativo, oportunidade na qual afirmou que a responsabilidade que se possa imputar ao Estado em virtude da culpa de seus agentes não é aquela regida pelos princípios norteadores do Código Civil para as relações entre particulares, porque é preciso ter em mente que, em tais situações, exigem-se regras especiais que variam conforme as modalidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os dos particulares.

2.2.2.1.3 Teoria da culpa anônima e da culpa presumida

Com efeito, apesar de a ideia de responsabilidade civil do Estado na culpa administrativa ser direta, por diversas vezes, mostrou-se praticamente impossível apontar, especificadamente, quem fora o agente público responsável pela prática do ato danoso, o que terminou por enfraquecer a paulatinamente, ao passo em que foi ganhando espaço na doutrina e jurisprudência a chamada teoria da culpa anônima. Esta, ao contrário daquela, requer, com fito de configurar a responsabilização civil do Estado, tão somente a certeza de que o dano foi oriundo de alguma atividade da Administração, sendo totalmente irrelevante individualizar o agente responsável por tal.

Assemelhando-se bastante com a culpa anônima, razão pela qual se pode até afirmar tratar-se de uma vertente dela, surgiu a teoria da culpa presumida, que apenas se diferencia daquela pelo fato de que, adotando o instituto da inversão do ônus probatório, havia a presunção *juris tantum* da culpa da própria Administração.

2.2.2.1.4. Teoria da falta administrativa

Como quinta e última teoria subjetivista a ser tratada, tem-se a falta administrativa. Discorrendo sobre o assunto, a doutrinado Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a culpa do Estado ocorre com o não funcionamento do serviço público (inexistência), com o seu funcionamento atrasado (retardamento) ou, ainda, quando funciona mal (mau funcionamento). Percebe-se, portanto, que, ocorrendo qualquer desses três casos, ter-se-á configurada a culpa do serviço, não havendo que se inquirir a respeito do elemento volitivo do funcionário público, mas somente a falta do serviço em si mesmo.

Assim sendo, o que se deve levar em conta na adoção desta teoria, é o fato de que, além dos três elementos basilares para a caracterização da responsabilidade civil, tem-se que comprovar também o dever de agir do Estado, demonstrando que, caso não houvesse se omitido em determinada situação, o dano seria muito difícil de ocorrer.

2.2.2.2 Teorias objetivistas

Malgrado não se possa negar que, por muitas vezes, a determinação da inversão do ônus da prova concorreu positivamente para a responsabilização civil do Estado, não foi possível à Administração esquivar-se da tendência mundial quanto ao assunto, qual seja, responsabilidade sem culpa. Foi, portanto, nesse sentido em que 3 (três) principais teorias foram formuladas, a saber: do risco administrativo, do risco integral e do risco social.

2.2.2.2.1 Teoria do risco administrativo

Desde logo, no que tange ao estudo da teoria do risco administrativo, imperioso se faz mencionar a exposição do doutrinador Sílvio Venosa:

Surge a obrigação de indenizar o dano, como decorrência tão só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige falta do serviço, nem culpa dos agentes. Na culpa administrativa exige-se a falta do serviço, enquanto no risco administrativo é suficiente o mero fato do serviço. A demonstração da culpa da vítima exclui a responsabilidade civil da Administração. A culpa concorrente, do agente e do particular, autoriza uma indenização mitigada ou proporcional ao grau de culpa.¹⁰

Assim, é fácil concluir pela exegese do trecho acima transscrito que a ideia norteadora da teoria do risco administrativo diz respeito ao fato de que, em seu âmbito, não se deve perquirir a respeito de culpa ou falta do serviço, para que surja o obrigação de indenizar, mas apenas na mera ocorrência do dano.

2.2.2.2.2 Teoria do risco integral

Além disso, alguns estudiosos mais radicais sugeriram então a adoção de ideias bem mais radicais do que todas já vistas, elevando a ideia de responsabilidade civil do Estado para os parâmetros mais extremos imagináveis. É assim que ficou conhecida a teoria do risco integral, que defende que todo e qualquer dano, desde que presentes os três elementos essenciais, faça surgir a responsabilidade civil e seja suportado pelo ente público, o que termina por desconsiderar por completo todos os possíveis excludentes de responsabilidade. Pelo menos em regra, não foi esta a teoria

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil — Parte Geral**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001, v. 1, p. 275-6

mais aceita pela doutrina majoritária, tendo em vista que seus preceitos principais dão grande margem à ocorrência de desvios e abusos.

Nesse diapasão, Ana Cecília Rosário Ribeiro discorre sobre um breve equívoco no direito brasileiro, em que se percebe uma confusão terminológica entre as teorias do risco integral e do risco administrativo. Veja-se:

Zanella atesta esta mistura entre as nomenclaturas trazendo que: ‘... a maior parte da doutrina não faz distinção, considerando as duas expressões — risco integral e risco administrativo — como sinônimas ou falando em risco administrativo como correspondendo ao acidente administrativo. Mesmo os autores que falam em teoria do risco integral admitem as causas excludentes de responsabilidade’ (Maria Sylvia Zanella di Pietro, ob. cit., p. 412). Trazemos o posicionamento de Caio Mário Pereira, para ilustrar a divergência doutrinária, acerca das duas teorias. Para ele, o direito positivo brasileiro adota a teoria do risco integral ou do risco administrativo, trazendo as duas distintas teorias como sinônimas. Logo em seguida, afirma que as causas excludentes de responsabilidade podem ser aplicadas no que couber, admitindo as elidentes na teoria do risco integral.¹¹

2.2.2.2.3 Teoria do risco social

Por derradeiro, vale lembrar ainda a chamada teoria do risco social. Esta, ao contrário das outras, baseia-se no argumento de que, sendo o Estado responsável pela harmonia social, é obrigação deste então reparar qualquer dano ocorrido em razão da quebra desta harmonia. Assim, segundo ela, então seria prescindível o vínculo da conduta humana atribuível ao Estado para surgir a responsabilidade civil.

Aqui, conforme aduzem os autores mais consagrados no direito brasileiro, tem-se o último estágio da responsabilidade civil do Estado, que no entanto não obteve muita adesão no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Nesse pesar, observe-se a pertinência das palavras de Saulo Casali Bahia quanto ao tema: “seu advento é muito mais anunciado do que acontecido¹²”.

2.2.2.3 Teoria adotada no sistema jurídico brasileiro

¹¹ ROSÁRIO RIBEIRO, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 2003, p. 30.

¹² BAHIA, Saulo José Casali Bahia. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 92.

Diante de todo o exposto, há que se relatar a existência de certa discussão doutrinária quanto a qual teoria teria sido contemplada pela Constituição Federal de 1988. Militando em favor da tese minoritária, que preceitua ter sido a teoria da culpa presumida a recepcionada em sede constitucional, tem-se Arnaldo Marmitt, que assim escreve:

Importa colocar tais postulados nos seus devidos termos, arredando o radicalismo e buscando o verdadeiro alcance da norma constitucional. Esta traduz mero risco administrativo, estabelecendo simples inversão do ônus probatório. É uma exceção à regra de inexistência de resarcimento sem prévia comprovação de culpa. Proposta a ação reparatória contra a entidade pública, a ela competirá provar que seu funcionário não agiu culposamente, mas sim a vítima. Inverte-se, assim, a posição: não o autor, mas o réu, deve comprovar. Se a administração deixar de 283/544 produzir essa prova, responderá pelas perdas e danos, cumprindo ao lesado apenas positivar o prejuízo e sua relação causal com o fato.¹³

No entanto, essa corrente não há que prevalecer, e de fato não o faz, sendo amplamente majoritária aquela que, analisando o já transcrito art.37, § 6º da Constituição vigente, posiciona-se no sentido de que a responsabilidade civil adotada pelo texto constitucional é objetiva, logo não há que se perquirir a respeito de culpa para fins de indenização. Contudo, isso não implica afirmar que foi adotada a teoria do risco integral ou risco social, mas sim a teoria do risco administrativo, tendo em vista que é admitido no âmbito brasileiro a quebra do nexo causal, por meio da constatação de uma das causas de exclusão da responsabilidade, tais como a culpa da vítima ou força maior.

Diz-se que é adotada em regra a teoria do risco administrativo pela afirmação de grande parte da doutrina de que há casos peculiares contidos na legislação brasileira que dão margem à aplicação da teoria do risco integral para fins de responsabilização da administração pública. Tais casos seriam quando ocorresse dano ambiental, consoante dispõe o art.14 da lei 6.938/81 e o art.225, § 3º da Constituição

¹³ MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 258

Federal¹⁴, ou dano nuclear, nos termos do art.21, XXIII, alínea “d” da mesma Carta Política¹⁵.

2.3 A distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual

Estabelecidos essas breves considerações, mostra-se salutar ao bom desenvolvimento do presente estudo abordar, ainda que brevemente, a distinção existente entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

De modo sucinto, tem-se que, na responsabilidade contratual, a razão jurídica que a embasa decorre de um acordo previamente firmado, em que somente uma das partes contratantes pode infringi-lo. Nesse sentido, aduz Silvio Rodrigues “[...] na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplemento e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção”¹⁶

De outra banda, a responsabilidade extracontratual, também chamada de patrimonial ou aquiliana, apresenta como fundamento jurídico uma violação direta de uma obrigação legal, em que qualquer pessoa pode ser responsabilizada, bastando para tanto que viole qualquer dos comandos legais vigentes, perturbando assim a paz social. Também discorrendo sobre o tema, o eminentíssimo jurista acima destacado afirma: “Na hipótese de responsabilidade aquiliana, nenhum vínculo jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar”¹⁷.

Corroborando o exposto, Pablo Stolze assim entende:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo

¹⁴ Art. 225 § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹⁵ Art. 21. Compete à União: [...] XXIII d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 4v, p. 9

¹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 4v, p. 10

que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.¹⁸

É forçoso concluir, então, que é a natureza jurídica da norma violada a diferença principal entre tais responsabilidade. Caso o transgressor infringir um comando legal, o dever de retornar ao “*statu quo ante*” se baseará na responsabilidade extracontratual, disposta nos art. 186 a 188 e 927 e seguintes do Código Civil Brasileiro¹⁹; de outra banda, se já havia um liame contratual previamente estabelecido entre as partes, vinculando-as, e o prejuízo decorre justamente do descumprimento de um dessas estipulações constantes do contrato, será o caso da responsabilidade contratual, regida pelos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes do mesmo diploma legal²⁰.

Por fim, no que se refere à responsabilidade aquiliana, que é o verdadeiro objeto do presente estudo, cumpre asseverar que nela se adota a responsabilidade subjetiva, excepcionando-se para a responsabilidade objetiva no caso de haver previsão legal, bem como no caso de a natureza da atividade desenvolvida implicar por si própria risco para os direitos de outrem.²¹

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil.** 10 ed. São Paulo:Saraiva, 2012, p. 64.

¹⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁰ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil.** 10 ed. São Paulo:Saraiva, 2012, p.17.

3 A PRESTAÇÃO JURISDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dando prosseguimento aos estudos, e antes de tratar especificamente da responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, faz-se imperioso analisar o ambiente em que tal situação se desvenda, isto é, os preceitos básicos que influíram e serviram de base para o hodierno Estado Democrático de Direito, bem como quais são as implicações de suas características na prestação jurisdicional no âmbito brasileiro.

3.1 Bases históricas

O Estado Liberal, institucionalizado pela Revolução francesa de 1789, no final do século XVIII, caracterizou-se pelo absenteísmo e pela restrição de suas atribuições, sendo sua interferência na ordem econômica e social de um todo indesejada e reprimida. Entretanto, esse cenário característico do Estado mínimo fez surgir diversas insatisfações na sociedade, justamente em razão desta sua qualidade.

Desse modo, a partir do século XIX, passaram a ganhar relevância alguns princípios liberais e econômicos. O absenteísmo e o individualismo corporificados pelo

Estado Liberal resultaram na omissão deste frente aos problemas econômicos e sociais da época, o que conduziu a sociedade a um capitalismo que fez surgir diversos problemas em seu meio. As novas constituições que surgiram a partir da Primeira Guerra Mundial consagraram então a preocupação com a estrutura política do Estado, frisando também o dever e o direito do Estado em resguardar uma nova estrutura em sintonia com a vontade da sociedade.

Agora, então, preocupado com a nova ordem social, as exigências formuladas pela sociedade passaram a se contrapor aos direitos absolutos estabelecidos pela Declaração de 1789. Ampliou-se assim o conteúdo dos direitos fundamentais, havendo uma consagração dos direitos sociais nas Constituições modernas.

Foi nesse cenário que surgiu o Estado Social, sendo este entendido como uma fórmula que, por meio de um reajuste do sistema anterior, evitasse os defeitos do Estado abstencionista liberal e, principalmente, do individualismo que lhe serviu de respaldo. O termo “social”, ora utilizado, pode por isso ser compreendido como resultado de um maior conteúdo e extensão da ação estatal na sociedade, em oposição ao Estado Liberal.

No entanto, malgrado a evolução representada pelo surgimento do Estado Social, este passou a não mais corresponder aos anseios da sociedade, mostrando-se insuficiente ante o desenvolvimento dos ideais democráticos que aos poucos foram surgindo.

Discorrendo sobre o tema, José Afonso da Silva assim preceitua:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito Democrático da República Portuguesa (art. 2º) e o de Estado Social e Democrático da Constituição Espanhola (art. 10)²²

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.112

De fato, o atual desenvolvimento político, social e jurídico somente se fez com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que se funda na ideia de justiça social, cuja origem decorre do século XIX. Para que um Estado seja tido como Democrático de Direito, imprescindível assegurar e declarar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional, bem como para o exercício do poder estatal em suas 3 (três) dimensões, seja em face de seu fundamento formal ou material. Portanto, em seu âmbito, estão assegurados os direitos fundamentais, direitos subjetivos da pessoa que materializam a liberdade concreta, dialeticamente tornando existente a essência do Direito. No mais, tem-se que este conceito de Estado transcende à mera garantia formal das liberdades individuais, incorporando os postulados do Estado Social, que nem sempre foi democrático, com o propósito de assegurar não só um Estado que fosse submetido ao império da lei, mas também preocupado em garantir o desenvolvimento das potencialidades do cidadão e sua participação no cenário político.

Conforme acima retratadas, de modo sucinto, eis que o referido tema será explanado logo em seguida, as características do Estado Democrático de Direito, atual situação em que o Brasil se insere, convergem no sentido de afirmar a sujeição tanto dos particulares pertencentes à sociedade quanto do próprio Estado aos ditames estabelecidos nos diplomas jurídicos vigentes. Com isso, mostrar-se-á que, sendo os magistrados agentes públicos, ainda que em regime especial, e seus atos representando legítima manifestação estatal, devem velar pelo respeito ao ordenamento jurídico pátrio, responsáveis portanto pelos prejuízos que causar.

Em tempos idos, a manutenção do poder nas mãos de uma só pessoa, ou de um único ente da administração pública, mostrou-se por completo prejudicial às garantias e liberdades dos demais indivíduos que compunham o meio social, especialmente aqueles que não dispunham de muito poder econômico, que por diversas vezes viam seus direitos limitados ou até mesmo totalmente elididos. Dessa situação resultou forte insatisfação do meio social, que se encontrava por completo inseguro ante a imprevisibilidade da atuação do detentor do poder, surgindo então a necessidade de estabelecer meios de gerir o seu “uso” e a sua “distribuição”.

3.2 A tripartição das funções do poder

Foi nesse contexto então em que surgiram as ideias que deram origem à teoria da tripartição das funções do poder (ressalte-se que, apesar de ainda ser usada por diversos autores na atualidade, conforme exposição adiante, o uso da expressão “separação dos poderes” se mostra imprópria), como meio de evitar a atuação estatal desarrazoada. Os principais teóricos que contribuíram para tal teoria foram, respectivamente: Montesquieu, Aristóteles e John Locke em suas obras “O Espírito das Leis”, “A Política” e “Dois tratados sobre o governo”.

Indiscutivelmente os três nomes acima citados tiveram importância imensurável no desenvolvimento das ideias aqui expostas, contudo foi o Barão de Montesquieu, como também era conhecido, quem mais se sobressaiu em seus acertos.

Montesquieu, cujo pensamento é deveras pragmático e técnico, ao empreender uma análise do sistema inglês à época, passou a observar que as garantias de liberdade conferidas por lei aos indivíduos daquela época destoavam por completo das ingerências imotivadas do então detentor do poder.

Percebeu então que todo aquele que detém o Poder tende a dele abusar e que o Poder vai até onde encontra limites. Tendo como aceitas tais proposições, haveria apenas uma solução para o desafio de tentar controlar o Poder. Ora, se o Poder vai até onde encontra limites, e se ele é que se impõe, o único que pode deter o Poder é ele próprio. Desse modo, é preciso que seja fracionado, para que suas parcelas se contenham reciprocamente. Portanto, cumpre que aquele responsável por fazer as leis não as execute nem julgue; aquele que julga não as faça nem as execute; e, por fim, aquele que executa as leis não as faça nem julgue.

Com tais premissas, Montesquieu propôs a ideia da tripartição do exercício do Poder - uma sistematização dos poderes do Estado -, pois, segundo ele, há 3 (três) meios diferentes de exercer o poder, os quais dispunham de órgãos autônomos, distintos e independentes entre si²³. Foi ai então que surgiu o conhecido “sistema de freios e contrapesos” (checks and balances), em que cada um deles é

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2001, 353/354.

autônomo e exerce determina função, porém, ao mesmo tempo, é controlado pelos demais, sendo por isso independentes e harmônicos entre si.

Nesse contexto, Zulmar Fachin observou que “Esses seriam o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, tendo cada um a função de administrar, legislar e julgar, nessa ordem.”²⁴

No entanto, essa teoria da divisão das funções do poder estatal não foi incorporada em sua integralidade, mas sim foi minorada pelos Estados Contemporâneos. Isso se deve ao fato de que hodiernamente não se prega mais que cada um desses “poderes” atuem com caráter de exclusividade em determinada área²⁵, pois é latente a ideia de que cada um deles possua, concomitantemente, uma função típica (inerente à sua própria natureza) e uma atípica (pertencente aos demais órgãos).

Nesse ímpeto, conforme preleciona o jurista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello, o que de fato os distingue seria que:

(...) o próprio da função legislativa seria não apenas a generalidade e abstração, pois sua especificidade adviria de possuir o predicado de inovar inicialmente na ordem jurídica, com fundamento tão só na Constituição; o próprio da função administrativa seria, conforme nos parece, a de se desenvolver mediante comandos “infralegais” e excepcionalmente “infraconstitucionais”, expedidos na intimidade de uma estrutura hierárquica; o próprio da função jurisdicional seria resolver controvérsias com a força jurídica da definitividade.²⁶

Inclusive, o próprio texto constitucional pátrio se posiciona no sentido acima exposto, mais precisamente em seu artigo segundo, que assim dispõe: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Retornando às lições de Fachin, ele ressalta a confusão que muitos fazem ao se defrontar com a presente matéria, devendo por isso diferenciar o verdadeiro conceito de poder e função, pois tem ideias divergentes:

O que tem ocorrido, na verdade, é uma confusão entre duas expressões – poder e função – que traduzem idéias diferentes. Muitas vezes, o que

²⁴ FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51/54.

²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2001, p. 355.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p.33.

se designa como poder, em verdade é função. Em outras palavras, o poder estatal não se subdivide em poderes menores (Executivo, Legislativo e Judiciário), que seriam no máximo subpoderes, poderes de graduação inferior: ele remanesce único, variando tão-só as funções que ele se exterioriza. Essa variação corresponde em substância ao princípio da divisão do trabalho aplicado ao organismo estatal, pelo qual este se apresta a exercer separadamente atribuições de essência diversa com o fito de desempenhar com mais eficiência suas tarefas.²⁷

Assim, o poder exercido pelo Estado é único e não comporta a clássica subdivisão em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, impera no âmbito nacional a unicidade do poder público. Por isso é que, segundo aludido anteriormente, o uso da expressão “separação dos poderes”, tecnicamente falando, é imprópria, malgrado ainda seja usual por ser mais didática. Tendo isso em mente, todo e qualquer ato praticado pelo Estado, por meio dos diversos órgãos que integram as referidas funções, dever-se-á ser compreendido como legítima expressão do Poder Estatal.

Por fim, ao se debruçar sobre o tema, Fachin²⁸ defende que há 2 (duas) principais consequências decorrentes da unicidade do poder levando em consideração a responsabilização civil do Estado pelos danos causados a terceiros por atos jurisdicionais, quais sejam: a superação das teorias que preconizavam a irresponsabilidade estatal pelos danos causados pela atividade jurisdicional, e o dever da Administração de arcar com os prejuízos causados a terceiros pelos atos jurisdicionais, devendo por isso prestar indenização como meio de reparação.

3.3 Elementos característicos do Estado democrático de direito

Feitas as considerações acima, passa-se agora a discorrer sobre o atual conceito de Estado em que o Brasil se insere. No próprio texto constitucional, logo no primeiro artigo, o constituinte originário dispôs que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e [...]”

Segundo assevera em seus ensinamentos, o constitucionalista brasileiro Jose Afonso da Silva expõe que, para se chegar à correta compreensão do que seja a

²⁷ FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65/69.

²⁸ FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65/69.

referida expressão, imprescindível primeiramente analisar as características e elementos que o compõem. Nessa toada, assim prescreve:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana), é conceito mais abrangente de que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. (...) O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.²⁹

O conceito de Estado Democrático de Direito surgiu em decorrência da superação do Estado Liberal e do Estado Social, que não mais correspondiam aos anseios da sociedade. Dessa forma, conforme mencionado alhures, diferentemente destes dois últimos, aquele se baseia no princípio da soberania popular, o qual, por sua vez, apresenta como escopo fazer valer o princípio democrático a fim de assegurar a realização e o respeito aos princípios fundamentais e da pessoa humana. Frise-se apenas, por pertinente, que o referido princípio é previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no parágrafo único do artigo primeiro: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Nessa mesma orientação se posiciona o constitucionalista português Jose Joaquim Gomes Canotilho, que, tratando do “Estado constitucional moderno” como “Estado de direito democrático”, assim escreve:

O Estado constitucional é “mais” do que Estado de direito. (...) Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.³⁰

Malgrado o doutrinador português faça uso da expressão “Estado de direito democrático”, a qual também consta na Constituição nacional daquele país, ao

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.112.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.100.

passo que no Brasil a expressão utilizada seja “Estado democrático de direito”, José Afonso da Silva anota que tal diferença terminológica é meramente formal, cujo conteúdo e significado de ambas são os mesmos. Destaca, por fim, que o uso da expressão “Estado democrático de direito” se mostra de melhor técnica em despeito da outra, pois o termo “democrático” serviria de adjetivo para o Estado, propagando os valores democráticos sobre todos os elementos constitutivos do Estado, bem como sobre a sua ordem jurídica.³¹

3.4 Estado Democrático de Direito e a função jurisdicional

Feitas as considerações acima a respeito do que se comprehende do conceito Estado Democrático de Direito, para a melhor explanação do tema em destaque, há que se mencionar quais as suas interferências perante a função jurisdicional, o que se faz a seguir.

Conforme outrora afirmado, na Constituição brasileira em vigor há a previsão da unicidade do Poder, de onde, consequentemente, infere-se a unicidade de jurisdição, monopólio do Estado, que nada mais representa o poder-dever do exercício da jurisdição de competência exclusiva do Estado. Era de se esperar, contudo, que, assim como o conceito de Estado sofreu diversas mudanças no decorrer do tempo, com a noção acima disposta não seria diferente, fato este que somente veio à tona quando da formação do Estado de Direito. Nesse esteio, os processualistas brasileiros Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini explanam:

[...] com o desenvolvimento e consolidação da noção de Estado e, consequentemente, com o nascimento das primeiras idéias a respeito daquilo que seria, bem mais tarde, o Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar os conflitos (por conflito entenda-se aquela ‘parcela’ deste levado ao Judiciário, ou seja, a lide) entre as pessoas foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o Direito e, mais tarde, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário, dotados de independência estrutural diante dos demais órgãos de gestão das atividades estatais.³²

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.119

³² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Corrêa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 10. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v1, p. 44.

Ainda que haja outras formas de composição de conflitos, tais como a arbitragem e conciliação, estas são tidas como exceção à regra, pois se observa que incumbe ao Judiciário o dever de buscar a paz social, aplicando as normas legais aos conflitos que lhe são apresentados, o que nada mais é do que a jurisdição exercida pelos juízes que, ao atuar no processo, não o fazem em nome próprio, mas sim como órgão do Estado.

No que diz respeito ao tema em debate, a professora Ada Pelegrini Grinover apresenta importante e respeitado conceito da ideia de jurisdição, ao expor que:

[...] é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser解决ado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forcada)³³.

A função jurisdicional é, portanto, essencialmente, um dos elementos integrantes da soberania do Estado, função essa própria e exclusiva do Poder Judiciário, aplicando contenciosamente a lei aos casos ocorrentes, resguardando a ordem jurídica e o império da lei.³⁴

Segundo os ensinamentos de Edmir Netto de Araújo, ao se debruçar sobre a função jurisdicional:

Concluindo, conceitua-se a jurisdição como atividade secundária e substitutiva da vontade das partes, diferença da atividade administrativa em geral. Seu conteúdo é a existência de um conflito de relevância jurídica suscetível de adquirir autoridade de coisa julgada, pois sem esta e sua consequente coercibilidade não há jurisdição. Sua finalidade é a tutela jurisdicional, a qual, em suma, significa garantir que o direito objetivo material seja cumprido, satisfazendo os interesses individuais protegidos e, ao final, o interesse do Estado como coletividade.³⁵

³³ Cintra, Antonio Carlos Araujo; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p.149.

³⁴ NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. 5:^a ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.840.

³⁵ NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. 5:^a ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.841.

No entanto, no contexto do Estado Democrático de Direito, é errôneo pensar que o princípio da supremacia da lei deve ser absoluto. Primeiramente, porque é cediço que não há nenhum princípio que seja absoluto em detrimento dos demais, devendo-se realizar um sopesamento, avaliando no caso concreto qual deve prevalecer, o que afasta então a aplicação do outro princípio, mas não o exclui do mundo jurídico. Além disso, a lei deve estar em plena consonância com as normas constitucionais, de onde retira seu fundamento, e com os direitos fundamentais.

A tutela jurisdicional, acima aludida, demonstra-se de 3 (três) formas principais: por medidas cautelares – seja ela preventiva ou cautelar -, ocasião na qual são determinados atos com o escopo de prevenir um dano ou perecimento do direito de alguém, ainda que antes da decisão na lide; por meio da decisão *stricto sensu*, em que o juiz declara qual a vontade da lei; e, derradeiramente, pela execução, ocasião em que o comando existente na decisão será coativamente cumprido quando o vencido não obedecer voluntariamente.

Na realização da atividade jurisdicional, o Poder Público pode, não muito raramente, causar danos a uma das partes do litígio, ou até mesmo a um terceiro, atingindo de forma severa a sua honra e o patrimônio material. Além disso, desse forte poder das determinações judiciais podem resultar situações verdadeiramente irreversíveis, fato este que exige maiores estudos a respeito da responsabilidade estatal em tais casos, que ainda é motivo de muitas discussões no âmbito jurídico.

Assim, tendo em vista o poder decisório que os juízes tem na destinação dos casos a eles submetidos, nada mais justo que também sejam responsabilizados pelos atos que proferir, caso contrário se estaria diante de uma perigosa situação de insegurança pelas ingerências e negligências dos magistrados, sendo a sociedade a que mais sofreria com a situação. Alertando sobre isso, Capelletti afirma que “um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia” e que “um poder sem responsabilidade é incompatível com um sistema democrático”³⁶.

³⁶ CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

Não é difícil concluir, por tudo o exposto, que a atividade jurisdicional é justamente a função típica do Judiciário. No entanto, como anteriormente alertado, a teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu hoje é entendida de forma temperada, uma vez que não há um campo de atuação exclusiva para determinado Poder. Desse modo, cada poder estatal terá sempre uma função preponderante (típica), bem como outras funções secundárias, mais comuns aos outros poderes (atípica).

Veja-se, por oportuno ao tema, o que escreve Ada Pellegrini Grinover:

Tudo que ficou dito demonstra a inaceitabilidade do critério orgânico, isoladamente, para distinguir a jurisdição; esta seria, segundo tal critério, a função cometida ao Poder Judiciário. Tal proposta, além de trazer em si o vício da petição de princípio (o Poder Judiciário é encarregado de exercer a função jurisdicional: a função jurisdicional é aquela que cabe ao Poder Judiciário), mostra-se duplamente falsa: há funções jurisdicionais exercidas por outros órgãos (Const., art. 52, inc. i); e há funções absolutamente não-jurisdicionais, que os órgãos judiciários exercem (Const., art. 96).³⁷

A peculiaridade de tratamento oferecida ao presente tema decorre justamente do sistema em que está inserido, com as condições próprias de trabalho do juiz, devendo este atuar como verdadeiro representante do Estado Democrático de Direito, sob pena de infringir os preceitos em que esse sistema político se baseia.

3.5 A atividade jurisdicional e administrativa do Poder Judiciário

No presente trabalho, conforme já afirmado, o que interessa é analisar a responsabilidade estatal pelos atos dos juízes quando atuem no âmbito de sua função típica –função jurisdicional–, que é monopólio do Estado, tema este que ainda comporta inúmeras discussões na atualidade, ao passo que já é consenso na doutrina e na jurisprudência brasileiras que a atuação daqueles agentes no exercício das funções atípicas admite a responsabilidade estatal.

A tripartição das funções do Poder não se dá de forma estanque, mas apenas delimita uma área de atividade predominante de cada um dos órgãos públicos

³⁷ Cintra, Antonio Carlos Araujo; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p.155.

– chamada de função típica –, nada impedindo que um deles pratique atos essencialmente característicos dos demais.

Logo, o exercício do Poder Judiciário no meio social não se restringe apenas ao desempenho da sua função típica (função jurisdicional), que, em suma, corresponde à aplicação das normas legais ao caso concreto, mas compreende também a função atípica, que são atos característicos da competência do Executivo e do Legislativo, tais como os atos de administração de seus serviços.

Com efeito, para se ter uma delimitação mais concreta do que representa a atividade judicial, dever-se-á primeiramente considerar que tudo que for oriundo do Poder Judiciário seja conceituado como atividade judicial, sem perquirir a respeito de sua natureza.

Nesse espeque, a atividade judicial (judiciária) é tida como gênero, correspondendo a todos os atos provenientes do Poder Judiciário e independente de sua essência, específicos ou não. Consequentemente, a atividade jurisdicional é espécie aquela, fazendo referência aos atos específicos de competência do juiz na atuação quanto tal aos casos concretos a ele apresentados.

O professor Edmir Netto de Araújo, lecionando sobre o assunto em pauta, escreve que:

Portanto, teremos a atividade judiciária como gênero, do qual decorrem duas espécies: a atividade contenciosa (aplicação contenciosa da lei ao caso concreto), que é a atividade jurisdicional, básica e específica, “atividade-fim” do Poder Judiciário; e a de natureza voluntária, graciosa (não contenciosa), qualificada em termos gerais como administrativa, exercida também intensamente pelo Poder Judiciário, mas como “atividade-meio”, e por isso, secundária e anespecífica.³⁸

A exemplo do que seja a atuação administrativa do Poder Judiciário, é possível afirmar que ela ocorre quando o juiz (muitas vezes como diretor do fórum) ou o tribunal (na figura de seu presidente), exercem atos como se fossem agentes da Administração, tal como nos casos em que realiza a contratação da prestação de serviços de limpeza, segurança e transporte, compra de equipamentos para o modernização as instalações judiciárias ou, ainda, na abertura de concurso para provimento de cargos. Nesses casos, ter-se-á a submissão ao regime comum de

³⁸ NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo.** 5:^a ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p.835

responsabilidade do Estado, promovendo inclusive a ação regressiva contra o agente nos casos de dolo ou culpa, desde que, é lógico, também estejam presentes os pressupostos de sua configuração. Neste âmbito, não há maiores discussões doutrinárias, sendo pacífica e acolhida tal afirmação.

Já a atividade jurisdicional, compreendida como a atividade-fim do Judiciário, sendo por isso o esforço intelectual do juiz em extrair os comandos normativos contidos na legislação vigente para serem aplicados aos casos concretos quando as partes encontram uma pretensão resistida, poderá ser repartida em dois principais ramos, quanto à matéria, quais sejam: atividade jurisdicional penal e civil.

O objeto desta última, que é o verdadeiro enfoque deste trabalho, consiste na resolução das causas judiciais de essência não penal, independentemente de serem enquadradas como de direito público ou privado, pessoas físicas ou jurídicas ou os sujeitos de direito público ou privado. Segundo se sabe, esta atividade jurisdicional civil compreende não só o *decisum* proferido ao término do processo de conhecimento, bem como os diversos atos judiciais tendentes à efetivação desta medida.

3.6 A prestação jurisdicional como serviço público

Há algumas atividades que, em face de seu caráter de satisfação e prestação à sociedade em geral, o Estado chama para si o dever de assumi-las, ainda que às vezes sem exclusividade, evitando que fiquem soltamente nas mãos da livre iniciativa e sob a fiscalização e controle dos particulares.

Pela importância que ditas atividades representam, o Estado passa a submetê-las a um regime disciplinar diferenciado, naturalmente correspondente a ele mesmo, com vistas a resguardar os interesses nelas compreendidos. Tem-se aqui, assim, o chamado serviço público, que, por sua vez, é submetido à disciplina do Direito Público.

No entanto, dito conceito que se tem de serviço público não é estanque, pois oscila no tempo e no espaço, sofrendo influência direta do ordenamento jurídico de cada País, das necessidades políticas, dos costumes e do conceito de Estado que lá se tenha. Desse modo, poderá uma atividade ser considerada serviço público em

determinada nação e não ser em outra, ou ainda ser elevada a tal condição durante algum tempo e, posteriormente, deixar de ser arrolada enquanto tal.

Nesse sentido entende a professora Dinorá Grotti ao lecionar que:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo o histórico”.³⁹

Em face disso, há concreta discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do que seria de fato o conceito serviço público. Nesse meio, a maioria dos estudiosos conclamam por duas conceituações principais, uma em sentido estrito e outra em sentido amplo.

O primeiro desses conceitos, ou seja, em sentido estrito, estabelece que serviço público é todo aquele que o Estado, por meio da Administração, exerce direta ou indiretamente para a realização de seus propósitos, sob normas de ordem pública e para a satisfação dos anseios da coletividade, ainda que secundários, ou simplesmente pela mera conveniência do Estado. Devendo-se excluir de seu âmbito as funções típicas do Poder Legislativo e Judiciário, quais sejam, a atividade legislativa e jurisdicional respectivamente.

Todavia, a maior parte dos doutrinadores, a exemplo de Léon Duguit e José Cretella Jr., firma-se no sentido de adotar o conceito amplo de serviço público, tendo em vista o seu caráter mais abrangente e genericamente possível. Assim, entendem estes que toda atividade exercida pelo Estado, por meio de seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização direta ou indireta de suas finalidades deve ser conceituada como serviço público.

Em virtude de tudo o supraexposto, é imperioso alocar a prestação jurisdicional no Brasil como sendo legitimamente um serviço público, caracterização esta que está em completa sintonia com a definição dada pela doutrina majoritária. Veja-se, a título exemplificativo, o disposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade.⁴⁰

De fato, desde que o Estado passou a não mais aceitar a autotutela no meio social, ou seja, o exercício da justiça pelas próprias mãos, trouxe para si a tutela dos direitos violados ou que estejam prestes a ser. Por isso, inclusive, é que a justiça é desempenhada apenas pelo Estado, preferencialmente pela Administração Direta, sem haver espaço para qualquer tipo de delegação. Além disso, sendo indispensável à coletividade, uma vez que é por seu intermédio que se vela pelo respeito aos direitos, coletivos ou individuais, não se deve dar espaço para dúvidas quanto à responsabilidade estatal decorrente dos danos que tal exercício possa causar.

É justamente isso que se conclui ao apreciar o art.5, inciso XXXV da Constituição Federal, que preceitua “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Está aqui então o fundamento do princípio da unicidade da jurisdição, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, pelo qual se entende que o monopólio da função jurisdicional é detido por aquele Poder estatal, o que lhe confere o poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça a direitos, ainda que seja o próprio Poder Público o autor destas.

Segundo preconiza Cretella Junior:

Não há razão que justifique excluir, como exceção, a espécie serviço público judiciário do gênero serviço público geral. A responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público, porque o ato judicial é antes de tudo, ato jurídico público, ato de pessoa que exerce serviço público judiciário.⁴¹

Fica demonstrada dessa forma a verdadeira natureza da atividade jurisdicional como sendo legítima expressão do gênero serviço público estatal, fato este que faz gerar por si só a obrigação de responder perante terceiros quando lhes causem danos. No entanto, malgrado este seja o entendimento majoritário atualmente, ainda há

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.56.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 275

aqueles que se posicionam em sentido contrário, assunto este a ser tratado posteriormente.

4 O MAGISTRADO COMO AGENTE PÚBLICO

No desempenhar das funções que lhe são incumbidas e perseguindo os fins almejados, conforme disposto nas normas constitucionais, o Estado, enquanto pessoa jurídica, dotado de uma complexa estrutura política-administrativa, encontra-se subdividido em diversos órgãos a fim de melhor executar as suas atividades, sendo estes compostos por agentes públicos (pessoas físicas) responsáveis pelos atos mera representação da vontade do Estado.

4.1 Agentes públicos

É preciso, de antemão, lembrar que no âmbito do direito administrativo brasileiro, vigora em sua completude a chamada Teoria do Órgão. Segundo ela, presume-se que a pessoa jurídica expressa sua vontade por meio dos órgãos, que são

partes integrantes da própria estrutura da pessoa jurídica, de forma que, quando os agentes – pessoa física - que atuam nestes órgãos manifestam sua vontade, dever-se-á considerar como manifestada pelo próprio Estado.

Assim é compreendida a teoria que serve de base para admitir a responsabilidade objetiva da Administração, partindo-se da afirmação de que a pessoa jurídica do Estado não tem vontade nem ação própria, portanto, não pode agir diretamente, mas apenas por intermédio de seus agentes, que ao desempenharem suas atividades, desempenham a atividade da própria pessoa jurídica como se os dois fossem um só devido a uma peculiar relação orgânica.

Tratando do tema, e posicionando-se no mesmo sentido, Oswaldo de Aranha Bandeira de Mello preceitua que:

[...] a atividade funcional do Estado, como ser abstrato, realidade acidental, formada de relações de seres substanciais, os seres humanos, se efetiva mediante a ação destes, pessoas físicas, seus agentes, mas no seu nome e por sua conta, como centro de atribuições e operações. A cada um desses agentes corresponde um círculo de atribuições, para ser objeto do exercício de poderes e cumprimento de deveres, que exteriorizam a personalidade do Estado, como ser capaz de direitos e obrigações. Dada a complexidade e amplitude das atribuições do Estado, em razão das suas altas funções, é impossível o exercício delas por um só agente, mas se impõe seja por uma pluralidade deles. A manifestação das vontades de ditos agentes, segundo as respectivas atribuições, forma a vontade unitária da pessoa jurídica, Estado sociedade, pois são a eles imputadas como sua vontade.⁴²

De fato, é noção já há muito sedimentada na doutrina que todo aquele que, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha atividade considerada pelo Estado como pertinente à sua condição e prerrogativa de Poder Público, será, enquanto a desempenhar, um Agente Público.⁴³

Também Celso Antonio Bandeira de Mello, lecionando sobre o tema agentes públicos, caracteriza-os como toda pessoa que, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha atividade que seja considerada pelo Estado como de natureza pública enquanto a exercita. É justamente por isso que o mesmo autor

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, Vol. II, p. 77

⁴³ NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.831.

defende que dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela.⁴⁴

No entanto, é importante asseverar que o termo agente público é o termo mais amplo e genérico para designar aqueles que servem ao Poder Público, ainda que ocasionalmente, como instrumento de manifestação de sua vontade. Assim é que, a despeito das divergências doutrinárias quanto ao tema, levando em consideração o disposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tem-se que o termo agente público é gênero e comporta quatro categorias em sua acepção, quais sejam: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o serviço público.⁴⁵

4.1.1 Agente político

Não há uma uniformidade na doutrina quanto à definição do que seja agente político, alguns defendem um conceito mais amplo ao passo que outros, e a estes aqui se filia, pregam por um conceito mais restrito, tal como defendido por Celso Antonio Bandeira de Mello. Tendo isso em mente, agentes políticos são compreendidos como os titulares dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, por isso, o esquema fundamental do poder, sejam eleitos ou nomeados em comissão, em termos transitórios. Como exemplos, pode-se citar o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos, os Ministros e Secretários, bem como os Senadores, Deputados e Vereadores. Portanto, resta evidente que a ideia que se tem de agente político se filia à de função pública e de governo, as quais perpassam um caráter objetivo, de atividade, e um subjetivo, de órgão, respectivamente.

4.1.2 Servidores públicos

Os servidores públicos, amplamente falando, são conceituados como aqueles que, enquanto pessoas físicas, prestam serviços às entidades integrantes da Administração Indireta e ao Estado, mantendo um vínculo empregatício e percebendo

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.249

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zazella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 596.

remuneração dos cofres públicos. Compreende em seu âmbito três subdivisões, quais sejam: servidores estatutários, que exercem cargos públicos e estão sujeitos ao regime estatutário; empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e exercem empregos públicos; e, por fim, servidores temporários, sendo estes os que, por excepcional interesse público, são contratados por tempo predefinido para exercer função, sem elo com cargo ou emprego público, nos ditames do art.37, IX, da Constituição.⁴⁶

4.1.3 Militares

Já os militares são as pessoas físicas que integram o quadro de servidores das Forças Armadas – Exército, Marinha e Aeronáutica -, bem como da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiro, apresentando nesses casos um vínculo estatutário submetido a um regime próprio.

4.1.4 Particulares em colaboração

Por último, no conceito pertinente aos particulares em colaboração com a administração, estão inseridos aqueles cuja relação com a Administração não decorre de um vínculo empregatício, independentemente da percepção de remuneração, podendo efetuar-se sob diversos títulos, tal como a delegação do Poder Público ou também por requisição ou designação para o exercício de funções públicas relevantes.

4.2 O enquadramento do magistrado como agente público

Após essa breve explanação, cabe agora analisar a figura do magistrado pode ser inserida em alguma dessas classes, isto é, se pode ser tido como agente público.

Ora, como outrora aludido neste estudo, a função jurisdicional, tida como inerente ao serviço desempenhado pelo juiz, é atualmente considerada pelos sistemas jurídicos como uma atividade de incumbência privativa do próprio Estado, a si pertinente. Logo, ao exercer sua função, isto é, o magistrado ao aplicar

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zazella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 596

contenciosamente a lei aos casos concretos a ele apresentados, estará claramente desempenhando atividade de competência privativa do Estado, razão pela qual só esse fato já seria suficiente para qualificá-lo como agente público.

Todavia isso não é só, eis que ainda é possível afirmar que os serviços ora prestados pelos juízes são de natureza profissional e não eventual, bem como o seu elo com o Estado é de dependência econômica. Ademais, para que se candidatar ao cargo de magistrado, deverá primeiramente ser habilitado, por meio de diploma de bacharel em Direito, bem como ter conhecimentos amplos e específicos acerca de diversos temas jurídicos aferidos por meio de concurso público.

O magistrado, na legislação em vigência e em consonância com os ditames constitucionais, será titular de um cargo público, que só pode ser criado por lei (art.48, X e 96,II, b, da CF/88⁴⁷), investindo-se em tal situação por meio de concurso público, e exercendo o cargo em caráter permanente e não eventual, sujeitando-se não a um regime contratual, mas sim estatutário, ainda que especial, pois pode ser alterado unilateralmente pelo Estado, dentro das regras constitucionais, independente da convivência dos juízes, individualmente considerados, mas inegavelmente estatutário.

É perfeito o entendimento, com fundamento nos argumentos acima delineados, que o magistrado não pode ser enquadrado como agente político, apesar de ser esta a posição de alguns, pois lhe falta o caráter de transitoriedade no exercício do cargo, que é inerente a este. Assim, nos dizeres de Edmir Netto de Araújo, evidente que podemos considerar o juiz é agente público, defendendo que ele se enquadra na espécie de servidor público em sentido estrito.

Portanto, segundo o professor Edmir Netto de Araújo:

Assim, para fins de responsabilidade civil do Estado, o magistrado será também o agente a que se refere o art.43 do Código Civil brasileiro, e o agente da pessoa jurídica de direito público a que se refere o art.37, § 6º, da Constituição Federal.⁴⁸

⁴⁷ Art. 96. Compete privativamente: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: [...] b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

⁴⁸ NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.834

Hely Lopes Meirelles, entendendo de forma contrária, aduz que a expressão “agente público”, nos termos do artigo acima aludido, trata apenas dos agentes administrativos, estando excluídos de seu âmbito os magistrados. Defende assim que estes seriam agentes políticos, razão pela qual seria caso do uso da responsabilidade subjetiva, carecendo de comprovação de dolo ou culpa.⁴⁹

No entanto, não é este o pensamento aqui defendido. Com efeito, importante transcrever, respectivamente, os ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho e Ruy Rosado de Aguiar Junior, que preconizam o fato de a expressão “agentes públicos” foi prevista no sentido genérico, incluindo todas as espécies. Veja-se:

Cabe repetir que a noção de agente público deve ser entendida de forma ampla. Agente público para os efeitos de responsabilidade é toda pessoa física ou jurídica, investida em função pública, independente do vínculo que ostenta. (...). São abrangidas, assim, todas aquelas pessoas que tomam decisões ou realizam atividades de alcada, em virtude do desempenho de um mister público, ressalta-se, em qualquer escalão.⁵⁰

A Carta de 1988 superou o impasse ao mencionar os “agentes” das pessoas jurídicas de direito público, compreendendo todos aqueles que exercem legitimamente função estatal. O Judiciário presta um serviço público, isso é inegável, e o Juiz é o seu principal agente. A existência de um estatuto próprio para a magistratura põe à mostra, apenas, a especialidade da categoria, dentro da estrutura estatal, mas não exclui o Juiz do conceito mais amplo de agente do Poder Público.⁵¹

Por todo os argumentos acima expostos, em plena consonância com a doutrina majoritária, não há como conferir aos magistrados a qualidade de agentes políticos, mas sim agentes públicos em sentido estrito e, ainda, submetido a um regime especial, apesar da resistência de parte da doutrina em assim também considerar.

4.3 O regime especial a que estão submetidos os magistrados

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.656

⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil da administração público: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 330/331

⁵¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função Jurisdicional no Brasil**. In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 9, n. 44, ago. 2007, p. 5

Defende-se essa especialidade da categoria dos magistrados, como se discorrerá a seguir, uma vez observadas as prerrogativas do regime a que estão sujeitos – Lei Orgânica da Magistratura -, como também as diversas garantias conferidas pelo regime constitucional aos juízes, dentre as quais se pode elencar as autonomias funcional, administrativa, financeira e institucional; organizadas a fim de possibilitar a independência e imparcialidade necessárias ao correto exercício de suas funções, não estando subordinado a nada nem a ninguém, salvo à própria lei.

Com efeito, pode-se defender a existência dessa categoria especial de servidores públicos, na qual o magistrado está inserido juntamente com os membros do Ministério Público, por exemplo, em virtude do exercício de funções de imensurável relevância no contexto das funções do Estado, como é o caso da busca pela pacificação social, um dos fins almejados pela função jurisdicional a cargo dos juízes.

Do que se conclui desde logo que o magistrado é um agente do Estado, um agente público que exerce atividade específica própria e monopolizada pelo Estado, tal como afirma Mário Moacyr Porto:

O juiz é um agente do Poder Público, um funcionário público em sentido lato, mas um funcionário de categoria especial, não só porque um dos poderes do Estado se exterioriza através da sua atividade judicante, como pelas peculiaridades e prerrogativas das suas funções, o que o distingue das demais categorias de funcionários da Administração Pública.⁵²

Os membros do Poder Judiciário, como já aludido no presente trabalho, são os responsáveis por empreender a função jurisdicional estatal, tentando fazer valer o ordenamento jurídico aos casos submetidos ao seu crivo, ainda que mesmo coercitivamente e em desfavor de interesses alheios.

E para o exercício de tais relevantes e imprescindíveis tarefas no meio social, é essencial a existência de certas prerrogativas e garantias que possibilitem aos magistrados desempenhá-las com segurança, conferindo-lhes também independência e imparcialidade no exercício da jurisdição e proteção contra pressões que possam advir de integrantes do Poder Legislativo, Executivo, do próprio Judiciário, ou de particulares interessados em determinada causa.

⁵² PORTO, Mário Moacyr. **Temas de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 1989, p.146

4.3.1 As garantias

Assim, uma vez que desempenha suas atividades no interesse geral e com o objetivo de manter a sua independência e de exercer a função jurisdicional de modo imparcial e digno, a Constituição Federal de 1988 conferiu em favor dos magistrados, com respaldo no princípio no princípio da sabedoria do povo e na forma republicana de governo, garantias de independência – irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e vitaliciedade – e de imparcialidade dos órgãos judiciários.

Quanto ao assunto, todavia, importante a observação procedida pelo professor Hely Lopes Meirelles:

As prerrogativas e garantias são atribuições do órgão ou do agente público, inerentes ao cargo ou a função que desempenha na estrutura do Governo, na organização administrativa ou na carreira a que pertence. São privilégios funcionais, normalmente conferidos aos agentes políticos ou mesmo aos altos funcionários, para a correta execução de atribuições legais. As prerrogativas funcionais erigem-se em direito subjetivo de seu titular, passível de proteção por via judicial, quando negadas ou desrespeitadas por qualquer outra autoridade.⁵³

Assim surgiu no âmbito da Constituição Federal de 1988, insculpidas no art.95, garantias assegurando aos membros atuantes no Poder Judiciário condições para um julgamento correto. Segundo o constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, buscam elas manter a independência dos juízes, para que estes possam exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade.⁵⁴

Na mesma sentido continua o pensamento de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, ao preceituar que:

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, destinam-se a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudo e Pareceres de Direito Público**. Vol VII. São Paulo: RT, 1983, p125.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 590.

Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas.⁵⁵

Logo, é fácil perceber que o escopo primordial dessas garantias consiste em assegurar a máxima imparcialidade e independência dos agentes que exercem a função jurisdicional, bem como zelar pela perpetuidade da separação de Poderes, e assim manter o equilíbrio do atual Estado Democrático de Direito.

Segundo a melhor doutrina, encabeçada pelo constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, as garantias constitucionalmente previstas ao Poder Judiciário podem ser alocadas em duas espécies: garantias institucionais e garantias funcionais⁵⁶.

4.3.1.1 As garantias institucionais

As primeiras têm, conforme aludido pelo professor Paulo Bonavides, o intuito de proteger o Judiciário enquanto instituição. Veja-se:

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, [...] preservando invariavelmente o mínimo de substancialidade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.⁵⁷

As mesmas podem ainda ser divididas em mais duas subespécies, quais sejam, garantias de autonomia orgânico-administrativa e garantias de autonomia financeira. Em suma, pode-se afirmar que estas correspondem à capacidade disposta ao Poder Judiciário de elaborar o seu próprio orçamento, conforme está autorizado pelo art.99 da Lei Fundamental⁵⁸. Já aquelas dizem respeito ao poder de se estruturar e promover o correto funcionamento de seus próprios órgãos, sem que haja qualquer tipo de interferência externa, nos ditames estabelecidos no art.96 da Constituição.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.869 e 870.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 588

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 542

⁵⁸ Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

4.3.1.2 As garantias funcionais

No que concerne às garantias funcionais, estas têm a função precípua de resguardar a imparcialidade e independência do Poder Judiciário e, tal como as institucionais, também estão segmentadas em garantias de independência – art.95 da Constituição - e de imparcialidade dos órgãos judiciários – parágrafo único do art.95 da carta constitucional, bem como no art.36 da Lei Complementar 35/1979.

4.3.1.2.1 De independência

Pela pertinência que lhe é inerente ao estudo do presente tema, imprescindível transcrever o acima citado art.95 da Lei Fundamental, veja-se:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

- I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;
- II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;
- III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

É fácil perceber assim que a Constituição Federal trouxe em seu bojo a chamada tríplice garantia, quais sejam, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, institutos explicitados a seguir, o que correspondem às chamadas garantias de independência dos órgãos do judiciário.

A vitaliciedade é a garantia constitucional prevista no inciso I do art.95 que confere ao magistrado a vinculação em ânimo definitivo deste ao seu cargo e só poderá ser adquirida no primeiro grau após dois anos de estágio probatório. Durante este período, o magistrado só será punido com a perda do cargo por proposta oriunda do Tribunal ou Órgão Especial a que estiver vinculado e sendo a mesma acolhida pelo voto da maioria absoluta de seus membros efetivos, conforme preceitua o art. 21 da Resolução Nº 135, de 13 de julho de 2011 do CNJ⁵⁹.

⁵⁹ Art. 21. A punição ao magistrado somente será imposta pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial.

Ultrapassado este interregno, o juiz se tornará vitalício e só poderá perder o cargo em caso de aposentadoria voluntária ou compulsória aos setenta anos, de exoneração ou por sentença judicial transitada em julgado. Saliente-se apenas que, quanto àqueles que ingressarem na magistratura pelo quinto constitucional, não haverá que se falar em estágio probatório, eis que a vitaliciedade no caso é imediata.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes, “o fato de os magistrados serem vitalícios permite-lhes certa liberdade de preocupações a respeito da aprovação pública, permitindo uma atuação mais técnica.⁶⁰”

Ainda a respeito da garantia da vitaliciedade Pontes de Miranda asseverava que:

Temporário tem de ser o membro do Poder Legislativo, que requer o contato com a opinião pública, a indicação sempre renovada, segundo exigência de cada momento e das correntes preponderantes que representa. Vitalício, ou, pelo menos de longa duração, precisa ser o membro do Poder Judiciário, para que se lhe assegure a independência e se lhe aproveitem as experiências na arte de julgar. 59.⁶¹

Já quanto à garantia da inamovibilidade, ao se debruçar sobre o tema, Gilmar Mendes preceitua de forma clara e direta ao afirmar que ela garante ao juiz a não remoção do cargo *ex officio*. Não se permite, igualmente, que, mediante qualquer mecanismo ou estratagema institucional, seja o mesmo afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo. A ordem constitucional contempla uma única exceção dessa garantia que é a possibilidade de se efetivar a remoção do juiz – bem como a decretação de sua disponibilidade ou aposentadoria –, por interesse público, mediante decisão da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 93, VIII).⁶²

Novamente Pontes de Miranda apresentava importante consideração sobre a referida garantia ao aduzir que:

A inamovibilidade prende-se à divisão dos Poderes e à independência do Poder Judiciário. Se um dos outros Poderes pudesse remover os juízes, não teriam esses a independência que se pretende necessária.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1303.

⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 568.

⁶² Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p.869 e 870.

Inamovíveis e vitalícios, ficam os juízes a coberto de prejuízos materiais e morais, que lhes infligiriam os dirigentes e os legisladores. O princípio constitucional tem por fito obstar assim os golpes do Poder Executivo como os golpes do Poder Legislativo.⁶³

Ademais, alguns doutrinadores, como é o caso de Vinícius de Toledo Piza Peluso e José Wilson Gonçalves, salientam que a garantia da inamovibilidade é intimamente ligada à da vitaliciedade, na medida em que de nada adiantaria o juiz somente ser excluído da Magistratura Nacional por força de sentença judicial transitada em julgado se, contra sua própria vontade, pudesse ser discricionariamente removido do cargo.⁶⁴

A irredutibilidade de subsídios, antigamente exclusiva dos magistrados e atualmente estendida aos servidores públicos em geral, é a terceira das garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário cuja previsão encontra-se no artigo 95, inciso III da Constituição. Por tal medida, resta afastada a possibilidade de qualquer medida legislativa, mesmo que de cunho geral, com o intuito de afetar negativamente os subsídios percebidos, respeitando-se é claro os limites máximos constitucionalmente previstos no artigo 37, incisos X e XI, bem como no artigo 39, § 4º.

Com efeito, a previsão de tal garantia tem importância fundamental no sentido que pela mera hipótese de o magistrado sofrer redução em seu salário em razão de qualquer ato implicaria em motivo de inibição no exercício da sua função enquanto magistrado. É tanto que Pontes de Miranda afirma que a vitaliciedade sem irredutibilidade de subsídios de nada valeria, na medida em que seria talhada a independência econômica, elemento extremamente importante para a independência funcional.⁶⁵

4.3.1.2.2 De imparcialidade

Ao lado das garantias acima informadas, o mesmo dispositivo constitucional traz em seu bojo um série de vedações específicas aos magistrados, as

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 570

⁶⁴ GONÇALVES, José Wilson; PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **Comentários à lei orgânica da magistratura nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.83

⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p.573.

quais, em uma análise mais detida, ao contrário do que possa parecer, acabam também por servir de instrumento a fim de resguardar a independência e a imparcialidade deles. No âmbito da classificação procedida por José Afonso da Silva, como outrora aludida, tais correspondem às garantias de imparcialidade dos órgãos do judiciário e estão previstas no parágrafo único do art.95 da Constituição de 88. Veja-se:

Art. 95.Omissis.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- III - dedicar-se à atividade político-partidária.
- IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Este rol acima delineado não é exemplificativo, mas sim taxativo, não havendo outras hipóteses no âmbito constitucional com o intuito de impor restrições aos magistrados. Apenas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/1979) é que se poderá encontrar outros exemplos, tal como se percebe pela leitura do respectivo art.36:

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

- I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;
- II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;
- III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Pela exegese das transcrições legais aqui realizadas, fica claro que a Constituição Federal é bem rígida ao tratar da remuneração percebida pelos membros da magistratura, ainda que quando oriunda do exercício de outra atividade remunerada. Desse modo, salvo o exercício de uma função de magistério (art.95, parágrafo único, I,

da CF), vedado-lhe expressamente está qualquer outra atividade. Isso tudo se apresenta com o objetivo primordial de resguardar, institucionalmente, as condições objetivas de imparcialidade do magistrado.

Malgrado a lista de restrições seja de certa forma extensa, tal se mostra de extrema valia ante a necessidade de se buscar a conduta ideal de um juiz no exercício de sua função, e pela importância que esta tem no meio social, razão pela qual se justifica essa rigidez tanto da lei complementar quanto do texto constitucional.

Afora tudo o já exposto, importante reforçar o entendimento de que a independência do Poder Judiciário, tido como instituição, não se confunde com a do juiz. Ao passo que esta tem correspondência direta com a atividade jurisdicional, aquela se refere à relação entre os poderes da República.

4.3.2 As prerrogativas

No mesmo passo, malgrado alguns doutrinadores ainda confundam as garantias com as prerrogativas, ambos os conceitos dizem respeito a institutos diversos com implicações destoantes, razão pela qual urge diferenciá-los. Para tanto, Indalécio Gomes Neto apresenta claramente essa distinção terminológica:

É preciso não confundir as garantias constitucionais da magistratura com as prerrogativas do magistrado. As primeiras destinam-se a amparar e possibilitar o exercício da função, enquanto as segundas visam proteger o próprio magistrado. As garantias têm origem na Constituição, ao passo que as prerrogativas na Lei Complementar.⁶⁶

Logo, as garantias estão previstas no art.95 do texto constitucional, enquanto as prerrogativas do juiz o estão no art.33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979), e se apresentam com o objetivo de oferecer proteção à figura do juiz enquanto funcionário público estatal e pessoa física. Observe-se:

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

- I - ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior;

⁶⁶ GOMES NETO, Indalécio. **Independência entre os poderes e garantias da magistratura.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 63, p. 56, 1994.

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;

V - portar arma de defesa pessoal.

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

O magistrado, particularmente considerado, ante a essência da função que desempenha, deve ser interna e externamente independente. No âmbito interno, o juiz não deverá se preocupar quanto à possibilidade de as sentenças que proferir serem ou não corroboradas pelos membros do tribunal a que estiver vinculado, ou quanto às repercussões que seus atos poderão ter. Se internamente ele deve pautar suas condutas por uma atitude autônoma, com mais razão ainda deve se manter rígido e imune às influências externas ao Poder Judiciário que tentem desvirtuá-lo da devida e correta execução de sua função.

É cediço todavia que não adianta um leque de garantias, por mais extenso que seja, a fim de assegurar a lisura da atividade jurisdicional se não houver a devida correspondência no aspecto moral da formação do juiz que tem o condão de deixá-lo livre de ingerências indevidas. Agindo corretamente, em consonância com as normas legais e com os princípios do Direito, desempenhando sua função social, assim poderá legitimar a si mesmo e Judiciário; constituindo sua atuação imparcial e independente requisito fundamental para a legitimação da função jurisdicional.

Atuar com independência e imparcialidade não significa que o juiz não responda pelos seus atos. Sendo já certo que o juiz está compreendido entre os servidores públicos, estritamente considerados, e a atividade jurisdicional que desempenha encontra base na legalidade, qualquer atuação divergente das legalmente previstas implicará sua responsabilidade, bem como a do próprio Estado, ante a sua condição de agente deste, tal como estabelecido pelo art.37, § 6º da Constituição.

Ora, ficou perfeitamente demonstrado que o magistrado é um agente (servidor) público e, quando atua, o faz não em seu próprio nome, mas sim na qualidade de representante do Poder Público, estão portanto todos seus atos danosos sujeitos ao regime jurídico de responsabilidade objetiva, estatuída constitucionalmente.

Ademais, mostradas as previsões legais das garantias e prerrogativas dos magistrados, que se dispõem a fim de resguardar a imparcialidade e independência em seus atos, eis que lhes livram de quaisquer influências externas ou até mesmo internas a fim de deturpar sua correta atuação, cai por terra um dos argumentos invocados por parte da doutrina que defende a teoria da irresponsabilidade do Estado, qual seja, o de que os juízes teriam sua liberdade de apreciação dos casos mitigada, uma vez que a tomada de decisões judiciais, não muito raramente, podem contrariar fortes interesses político-econômicos e, assim, sofrerem retaliações.

5 DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDAR O ESTADO EM DECORRÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Como é perceptível no cotidiano, malgrado o Poder Judiciário sempre vise à realização de sua atividade jurisdicional de forma lisa e correta, como há de ser, por diversas vezes é possível observar a ocorrência de diversas lesões ou prejuízos a uma das partes envolvidas no litígio ou até mesmo a terceiros, tendo em vista, por exemplo, os riscos inerentes a tal atividade. Em tais situações, como aqui defendido, deve haver a responsabilização estatal, cabendo ao Poder Público a reparação dos danos aos prejudicados, a teor do art. 37, § 6º da Constituição, bem como a devida ação regressiva contra os aqueles, no caso de se constatar dolo ou culpa.

A atividade jurisdicional desempenhada pelos magistrados, contudo, não diz respeito apenas a um único ato, mas sim a uma série deles que se harmonizam em uma conjuntura que chega ao seu momento principal que é a sentença, ou o acórdão quando proferido por um colegiado no Tribunal. Portanto, em qualquer desses momentos, e não só na sentença, poderão ocorrer defeitos da atividade, os quais poderão originar o dano injusto.

Pois bem, como já tratado nesse presente estudo, os atos administrativos praticados pelo magistrados, como agentes públicos que são, ensejam a responsabilidade objetiva da Administração pelos danos eventualmente decorrentes, sendo tal posicionamento uníssono na doutrina e jurisprudência pátria.

A discussão se torna mais calorosa a respeito da possibilidade de responsabilizar o Estado pelos danos decorrentes da atividade jurisdicional, típica e exclusiva dos magistrados, quando estes atuem com dolo, culpa, ignorância ou erro.

De forma prática e breve, eis que não se tem aqui a pretensão de esgotar o assunto, pode-se conceituar o dolo como o erro intencionalmente provocado pelo magistrado, que atua com o fito direto de prejudicar alguém ou até mesmo assumindo a possibilidade de tanto, sendo neste caso o chamado dolo eventual.

A culpa *stricto sensu* tem como elemento fundamental de caracterização a previsibilidade do dano decorrente do ato, ou seja, somente quando é possível prever um fato nas condições e circunstâncias em que se desenvola a ação é que o indivíduo poderá ser responsabilizado pelo prejuízo. Ela se exterioriza por três diferentes meios: negligência, imprudência e imperícia. A primeira supõe um comportamento de inércia, de passividade diante da situação, em que o agente público deve tomar certos cuidados para atuar, mas por desídia não o faz. Já a imprudência se perfaz quando alguém age sem o devido cuidado, de forma insensata e, por isso, acaba por causar danos a outrem. Por último, a imperícia consiste na falta dos conhecimentos específicos para o desempenho de determinada atividade, ou seja, falta-lhe habilidade para o cargo ou função que desempenha.

No que diz respeito ao erro e ignorância, apesar da distinção tênue, doutrinariamente é cediço que o erro, bem como a ignorância, pode ser quanto ao fato ou quanto ao direito, e regra geral o erro de fato aproveita, ou seja, não prejudica a

quem erra, ao passo que o erro de direito, regra geral, não aproveita, isto é, prejudica a quem erra. Enquanto o erro é a noção falsa, é saber mal; a ignorância é a falta de noção, é não saber.

5.1 Críticas aos fundamentos da teoria da irresponsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional

Parte da doutrina clássica e da jurisprudência ainda pregam a teoria da irresponsabilidade estatal pelos danos advindos da atividade jurisdicional e, para tanto, baseiam seu fundamento em 6 (seis) argumentos principais: soberania do Poder Judiciário; independência dos magistrados no exercício das suas funções; o magistrado não é servidor público; a indenização por dano decorrente de decisão judicial desrespeitaria a regra da imutabilidade da coisa julgada; ausência de expressa previsão legal que lhe atribua responsabilidade; falibilidade contingencial dos juízes.

Agora, passar-se-á a um estudo criterioso quanto ao substrato teórico de cada uma desses fundamentos a fim de que sejam elucidadas as críticas que rechaçam completamente a teoria da irresponsabilidade, em defesa da que admite a responsabilização do Estado, conforme preconizam os autores e a jurisprudência mais moderna, tais como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Edmir Netto de Araújo e Mauro Cappelletti.

5.1.1 A soberania do Poder Judiciário

Com respeito ao argumento da soberania, este soa como uma construção firmada sob bases frágeis. Segundo ele, os atos jurisdicionais são manifestações da soberania do Poder Judiciário, posto inclusive acima das normas jurídicas para fins de responsabilidade e, consequentemente, colocá-lo-ia em posição hierárquica acima do Executivo e do Legislativo. Na verdade, todavia, é cediço que a qualidade de soberano é pertencente ao Estado de forma una e indivisível, e não a cada uma das suas funções ou órgãos. Chega tal argumento a ser contraditório, uma vez que, caso fosse considerado, os Poderes Executivos e Legislativos também seriam soberanos e,

consequentemente, os atos de seus agentes não ensejariam jamais a responsabilidade do Estado.

Nessas circunstâncias, recorre-se ao ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação à soberania, o argumento seria o mesmo para os demais Poderes; a soberania é do Estado e significa a inexistência de outro poder acima dele; ela é una, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados. Os três Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - não são soberanos, porque devem obediência à lei, em especial à Constituição. Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade.⁶⁷

5.1.2 Independência do magistrado no exercício de suas funções

Já a ideia de independência do magistrado no exercício de suas funções também não mais encontra respaldo na doutrina majoritária a fim de eximir da responsabilidade estatal. Segundo os que a defendem, para o correto e desejável desempenho da sua função e a imparcialidade das decisões, é necessária a garantia da autonomia e independência dos magistrados.

No entanto, três contra-argumentos a refutam totalmente. Primeiramente, há que se ter em mente que independência é uma qualidade inerente a todos as funções do Poder, e não apenas do Judiciário. Ademais, a responsabilização não priva o julgador da livre apreciação das provas, pois, ainda assim, há plena liberdade na escolha do conteúdo das suas decisões, desde que motivada e amparada nos limites do ordenamento jurídico vigente. Por derradeiro, como já salientado no capítulo anterior, a ordem jurídica brasileira, em especial o art.95 da Constituição e o art.33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979), estabelecem um sistema de garantias e prerrogativas que pretendem justamente assegurar, institucionalmente, em benefício da Justiça, as condições objetivas de imparcialidade e independência do magistrado e do Poder Judiciário.

Quanto ao tema, Dergint faz a seguinte observação:

O valor da independência do juiz, certamente, é fundamental, porém não absoluto. Não deve ser considerado isolado de outros princípios e valores com os quais deve coadunar – entre eles o princípio da

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 735.

responsabilidade democrática dos titulares do poder público perante os cidadãos. Há que se conciliar ambos os princípios; um limita, mas não anula o outro. A irresponsabilidade judicial não pode constituir o preço a ser pago pela coletividade em troca da independência de seus juízes.⁶⁸

Portanto, por tudo isso, tem-se que esse argumento da independência dos magistrados também não encontra guarida, uma vez a existência desse sistema de garantias e prerrogativas que se apresentam justamente com esse intuito.

5.1.3 O magistrado não é servidor público

O terceiro argumento utilizado pelos defensores da teoria da irresponsabilidade diz respeito a afirmar, sem razão alguma, diga-se desde logo, que o magistrado não é um servidor público e, portanto, não está abrangido pelo termo “agente” delimitado no art. 37, § 6º da Lei Fundamental.

Esse ponto já fora amplamente debatido em momento anterior deste estudo, em que ficou perfeitamente comprovado que a doutrina pátria apresenta, de forma não unânime, subdivisões do gênero agente público. E, malgrado essa divergência quanto às espécies desse gênero, fato que não mais suscita dúvida é quanto à caracterização do magistrado como agente público, segundo o entendimento aqui adotado, preceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, situado na categoria de servidores públicos ocupantes de cargos sob o regime estatutário.

Segundo Di Pietro, independente de qual seja a classificação adotada, ainda mesmo que se considere como um agente político, é abrangido pela norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo “agente” para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado.

5.1.4 A imutabilidade da coisa julgada

Outro fundamento por meio do qual se busca sustentar, ainda hoje, a irresponsabilidade do Estado em decorrência de atos jurisdicionais causadores de

⁶⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.152.

danos repousa na imutabilidade da coisa julgada. Aqui, trata-se de um argumento deveras mais substancial que o anterior, todavia igualmente não suficiente para justificar a imunidade do Estado ao se deparar com um prejuízo sofrido por alguém oriundo de um ato jurisdicional.

Seus defensores preconizam que as partes têm a possibilidade de manejar recursos para questionar eventuais defeitos existentes na sentença e, uma vez transitado em julgado, tornar-se imutável, sendo portanto inadmissível um resarcimento pelo Estado de eventuais danos, uma vez que, caso assim se permitisse, estar-se-ia infringindo a regra da imutabilidade da coisa julgada e reconhecendo que a sentença fora proferida em desconformidade com a lei.

A despeito do peso desse argumento, no entanto, esquecem eles que a própria imutabilidade da coisa julgada no ordenamento jurídico vigente sofre restrição à sua perpetuação ante os institutos da revisão criminal e da ação rescisória civil.

Deparando-se com uma das hipóteses da admissibilidade da ação rescisória cível, prevista no art.485 do CPC⁶⁹, a sentença transitada em julgado poderá ser desconstituída, desde que dentro do prazo prescricional de 2 (dois) anos estabelecidos pelo art.495 do CPC. Já na seara penal, em que se tem o instituto da revisão criminal, a sentença poderá ser rescindida a qualquer tempo, promovendo a devida ação indenizatória se for o caso.

É de bom grado observar também que o mero ajuizamento de uma ação reparatória de danos em desfavor do Poder Público não implica ofensa à coisa julgada, eis que, ainda assim, a decisão ora proferida pelo magistrado continuaria imutável mesmo diante do pedido de responsabilização perante os prejuízos ocorridos.

Assim, uma coisa é admitir a inalterabilidade da coisa julgada, e outra bem diversa é conceber tal atributo como fundamento para eximir o Estado da sua obrigação reparatória. Nos dizeres de José Cretella Júnior:

Entretanto, elevar a res judicata à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento

⁶⁹ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]

humano ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto.⁷⁰

Não militam a favor da irresponsabilidade do Estado, por atos judiciais, nem o argumento da soberania, nem o da incontrastabilidade da coisa julgada, em primeiro lugar porque soberano é o Estado, em segundo lugar porque a coisa julgada pode ser atacada no cível pela rescisória, ou pela revisão do crime.⁷¹

Logo, mesmo reconhecendo a força que esse argumento possui, correto é o entendimento acima exposto no sentido de não erigi-lo ao ponto de se transformar em uma barreira intransponível para fins de responsabilização estatal.

5.1.5 A falta de previsão legal

Impõe-se ainda, como argumento contrário ao reconhecimento da responsabilidade, a suposta falta de texto legal expresso nesse sentido. Porém, tanto quanto todos os outros pontos acima discorridos, também não merece respaldo algum, uma vez verificado que a própria Constituição vigente consagrou a responsabilidade civil estatal como regra.

Mas, mesmo que assim não fosse, não se há de negar direitos por falha ou ausência de previsão legal. Assim, negar hoje a responsabilidade do Poder Público em virtude de ato jurisdicional danoso significa uma verdadeira fuga da realidade e esquecimento dos evidentes avanços na dogmática jurídica, que a sociedade moderna impõe, ante a dinâmica do Direito, incumbindo-lhe acompanhar a evolução das relações sociais e seus clamores, de modo que, caso a lei não os acompanhe, cabe ao intérprete adequá-las às novas situações.

5.1.6 A falibilidade dos magistrados

Por último, mas tão falho quanto todos as outras, há a justificativa da imunidade estatal em face da falibilidade contingencial dos juízes. Assim, segundo tal

⁷⁰ CRETTELLA JÚNIOR, Jose. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 249

⁷¹ CRETTELLA JUNIOR, Jose. **O Estado e a Obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980, p.277

posição, eles, tal como todos os outros seres humanos, estão fadados a cometer algum erro em algum momento da vida, eis que a falibilidade é inerente à condição humana.

Todavia, inquestionável o fato que todos os agentes públicos, independentemente de suas funções, são igualmente predispostos a erros. Assim embora os juízes não estejam imunes aos erros em virtude da sua condição profissional, também não se tornam irresponsáveis por seus atos decorrentes do Poder Judiciário. Invocar a ausência de responsabilidade por esse motivo seria desconfigurar qualquer hipótese de responsabilidade do Estado, o que é inadmissível pelo sistema jurídico.⁷²

De tudo quanto até aqui se expôs, constata-se que as vertentes da irresponsabilidade do Estado aduzidas pela doutrina minoritária podem ser juridicamente rebatidas, o que afasta o mito de que não lhe cabe ressarcir os prejuízos que foram causados pelos atos dos seus agentes – magistrados – no desempenho de suas funções.

Saliente-se ainda que essa disposição constitucional da responsabilidade objetiva do Estado, instituída pelo art. 37, §6º da CF/88, não exclui a possibilidade de imputar pessoalmente ao juiz a devida responsabilidade por seus atos, quando este atuar com dolo ou culpa, segundo estabelecido pelo art.133 do Código de Processo Civil:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

- I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
- II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Segundo parte da doutrina moderna, mesmo nesses casos de responsabilidade pessoal do magistrado, ainda assim poderá o Estado ser demandado em eventual ação indenizatória, tendo em vista sua obrigação constitucionalmente prevista de responder pelos danos causados pelos seus agentes, podendo, caso condenado, pleitear regressivamente indenização diretamente do juiz.

⁷² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168

5.2 O erro judiciário cível e penal

Embora se perceba a evolução doutrinária e jurisprudencial no sentido de se atribuir responsabilidade objetiva do Poder Público pelos atos jurisdicionais, o enfrentamento do tema pela doutrina não vem sendo feito de maneira uniforme no caso de erro judiciário penal e civil, uma vez que há entendimentos consideráveis de que somente naquela hipótese, em vista de previsão legal, seria devida a indenização pelo Estado. Sobre o presente tema, veja-se a lição exarada por Augusto do Amaral Dergint:

No direito brasileiro, percebe-se um dualismo de soluções em matéria de responsabilidade por erro judiciário. Enquanto a vítima de um erro judiciário penal encontra na lei a previsão da reparação, pelo Estado, do dano por ele causado, a vítima de um erro judiciário civil se depara com a irresponsabilidade estatal, que decorre da ultrapassada elaboração doutrinária e, principalmente, jurisprudencial. As situações materialmente idênticas, pois, não se oferece o mesmo remédio jurídico, com evidente contrariedade à sistemática constitucional.⁷³

Primeiramente, antes de entrar especificamente no tema em debate, é preciso ter em mente que não é qualquer erro judiciário que tem o condão de ensejar imediatamente a responsabilidade estatal. Apesar de previsto constitucionalmente, não pode ser tido como panaceia, de modo a justificar o reconhecimento de reparação pela só atuação do Estado-juiz, quando a decisão não agrade a parte ou simplesmente lhe seja desfavorável. Ter-se-á, portanto, que comprovar não só a relação do ato jurisdicional com o dano ocorrido, mas efetivamente também a gravidade e injustiça do mesmo em desfavor do administrado.

Adiante, em vista do contido no art. 5º, LXXV, da Constituição, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”, errônea é a interpretação que afirma essa previsão ser referente apenas ao erro judiciário penal. A verdade é que, sendo una a jurisdição, não há nada que justifique a diversidade de tratamento com a seara civil, cabendo certamente uma interpretação extensiva no caso.

⁷³ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 165 e 166.

O erro judiciário na seara penal foi a primeira hipótese aceita tanto pela jurisprudência como pela doutrina para fins de responsabilização estatal por atos jurisdicionais, estando devidamente previsto no art.630 do CPP⁷⁴ e no art. 5º, LXXV da Constituição⁷⁵.

Sem dúvida, tal posicionamento é harmônico no direito brasileiro, podendo ser fundamentado, inclusive, no fato de que, constituindo-se o Brasil em um Estado Democrático de Direito, em que se impõe ampla garantia dos direitos fundamentais, deparando-se com uma condenação injusta, direitos individuais certamente serão violados, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito de ir e vir, o patrimônio, a família e a liberdade do condenado. Diante desse cenário, portanto, urge-se que se faça valer a responsabilidade do Poder Público pelos danos causados.

Como já aludido anteriormente, a revisão criminal, estatuída no art.621 a 631 do Código de Processo Penal, é um importante instituto conexo ao erro judiciário nesta seara. Por seu intermédio, afastando a coisa julgada material, é possível atacar a qualquer tempo eventual erro com sentença transitada em julgado.

Não é condição *sine qua non*, todavia, para o pleito de reparação civil frente ao Estado a desconstituição da sentença penal eivada de vício por meio da revisão criminal. Isso porque se trata de direito que almeja o respeito ao direito fundamental de o administrado prejudicado ser indenizado em virtude de erro judiciário, e não que visa à desconstituição da sentença condenatória. Ademais, como já visto, pelo estabelecido no art.37, § 6º, caso o dano for decorrente de dolo ou culpa do agente (magistrado), caberá contra este ação regressiva por parte do Estado.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao se debruçar sobre o assunto, afirma existirem outras hipóteses abrangidas pelo erro judiciário penal além das acima mencionadas. Podem-se ser elencadas, portanto, o fato de recebimento da denúncia, na decretação da prisão cautelar, no arresto e na busca e apreensão, na pronúncia do réu, na não concessão do relaxamento do flagrante, na recusa de

⁷⁴ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

⁷⁵ Art. 5º [...] LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

liberdade provisória, entre outras. Essa ampliação decorreria do art. 37, § 6º da Constituição de 1988, que consagra o princípio de que o Estado possui o dever de reparar os danos causados a outrem decorrentes das suas funções públicas. Em todos esses casos, podem ocorrer prejuízos irreparáveis, desde a privação da liberdade e de bens materiais até da própria vida, em virtude do mau funcionamento da Justiça.

Quanto ao erro judiciário civil, visíveis e contundentes são as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de responsabilizar ou não o Estado.

Sem razão alguma, aqueles que pregam pela irresponsabilidade se valem do argumento que, caso assim se admita, estar-se-ia pondo em risco a segurança jurídica trazida da ideia da coisa julgada material. Tal argumento, contudo, como já defendido anteriormente, não prevalece.

Em contraponto, parte crescente da doutrina defende o tratamento igualitário entre as esferas penais e civis, uma vez que a jurisdição é una e não há diferenças quanto à natureza das atividades desempenhadas naquelas áreas capazes de respaldar tal desigualdade de tratamento, além do fato inequívoco de que ambas são passíveis de provocar o dever de indenização do Estado.

Importante fazer menção à possibilidade de ataque à coisa julgada civil eivada de erro por meio do instituto da ação rescisória, regulamentada pelos art.485 a 495 do Código de Processo Civil vigente, que é o correspondente civil da revisão criminal, com a qual apresenta uma diferença fundamental, que é o prazo de decadência. Isso porque, como visto, a ação na seara penal poderá ser proposta a qualquer tempo, ao passo que a referida ação civil deverá ser intentada dentro dos dois anos contados do trânsito em julgado da decisão, a teor do art.495 do CPC⁷⁶.

De tal modo, uma vez admitida a desconstituição da coisa julgada material por meio da competente ação rescisória, conclusão certa também é a que admite que tal decisão também possa ter causado prejuízos indevidos ao administrado, surgindo por isso o dever legal de reparação do Estado.

Mesmo dentro do grupo que defende o tratamento igualitário no âmbito civil e penal, divergem seus defensores quanto à possibilidade de intentar a devida

⁷⁶ “Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.”

ação indenizatória em face do Estado antes mesmo de ocorrer a desconstituição da sentença por meio da ação rescisória. Em oposição a tal possibilidade, encontra-se a corrente defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Ruy Rosado de Aguiar Junior, segundo a qual se não for previamente rescindida a sentença, incabível é a condenação do Estado por erro civil. Em seu favor, valem-se da garantia da presunção de verdade da sentença passada em julgado (imutabilidade da decisão judicial) e da segurança jurídica.

A outra corrente, tendo como maiores nomes Edmir Netto de Araújo e Zulmar Fachin, posicionando-se em sentido contrário àquela, preceituam a viabilidade de intentar uma ação de reparação de danos contra o Estado independentemente da desconstituição ou não da sentença por via de ação rescisória. Isso ocorre uma vez que se está diante de duas relações jurídicas distintas, com objetos, partes e causa de pedir diversas. Isto é, enquanto a ação rescisória se faz entre os particulares, a ação de indenização se perfaz entre o Estado e o particular lesado.

Veja-se, por pertinente, o que Edmir Netto de Araújo escreve sobre o tema:

Em conclusão, o erro judiciário civil, reconhecido pela sentença rescisória, poderá, ao exame das circunstâncias de cada caso, acarretar a responsabilidade do Poder Público pela sentença defeituosa, podendo ainda determinar (em caso de dolo ou culpa) a ação regressiva contra o magistrado causador do dano. Todavia, frente ao art.37, § 6º, da Constituição Federal, entendemos que possa ocorrer hipótese na qual não tenha sido proposta ação rescisória (por motivo de prescrição, p.ex.,), e que, mesmo assim, determine a responsabilidade objetiva do Estado por ato jurisdicional.⁷⁷

Desse modo, dúvidas não restam quanto à possibilidade de, havendo dano sofrido pelo particular decorrente da atuação jurisdicional do Estado, seja no âmbito civil ou penal, ser ingressada a devida ação de reparação civil, podendo ainda ingressar regressivamente contra o magistrado caso se comprove a atuação dolosa ou culposa.

Por fim, há que se asseverar que a ocorrência de danos ensejadores de responsabilidade não deriva somente da atuação positiva (comissiva) da Administração

⁷⁷ NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.851 e 852.

Pública. É plenamente possível, e por vezes até mais reprovável, que também a sua atuação negativa (omissiva) ou ainda a sua atuação defeituosa no meio social também causem prejuízos aos administrados.

5.3 A denegação de justiça

Com efeito, o acesso ao Poder Judiciário é uma garantia constitucionalmente prevista, insculpida no art. 5º, inciso XXXV⁷⁸. Ao passo que é um dever do Estado a sua prestação, ainda mais quando ele mesmo se incumbiu do monopólio da atividade jurisdicional, é um direito do cidadão exigir-la, logo o juiz não pode negá-la.

Contudo, esse não é o cenário que se vivencia na prática forense. Não muito raro se tem conhecimento de casos de denegação de justiça praticada por magistrados, constituindo essa uma das mais graves atividades prejudiciais, uma vez que o particular ficará sem o seu direito previsto nas normas constitucionais de obter, pela via do acesso ao Judiciário, a tutela aos direitos lesionados ou ameaçados.⁷⁹

As hipóteses, assim, em que incorreriam a aludida denegação de justiça, seriam quando houvesse a negativa de aplicação do direito ou na execução de uma sentença e na negligência no andamento de algum processo, ou ainda na recusa de acesso ao Judiciário. Ou seja, amplamente falando, é quando ocorre defeito na organização ou no exercício da atividade jurisdicional, que aponte numa falha do Estado, e, estritamente, quando o Estado-Juiz não preste a devida proteção aos direitos assegurados aos particulares pela ordem jurídica vigente.

Portanto, haverá a responsabilização civil do Estado pela denegação da justiça, tendo em vista que cabe ao Estado fornecer aos seus cidadãos os meios mais eficazes para a satisfação das tutelas pretendidas, em tese, sem o direito de regresso contra o agente causador do dano, uma vez que se trata de falha do serviço público.⁸⁰

⁷⁸ Art.5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. In: Revista de Direito Administrativo, p. 94.

⁸⁰ NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 812

5.4 A morosidade na prestação da tutela jurisdicional

Sendo reflexo, hodiernamente, do aumento substancial de demandas judiciais, bem como da falta de agentes e de infraestrutura adequada, a morosidade da prestação da tutela jurisdicional se tornou situação recorrente no âmbito jurídico, comprometendo diversos direitos constitucionalmente previstos aos cidadãos, tais como a celeridade, a efetividade da prestação jurisdicional e o direito fundamental à razoável duração do processo, a teor do art. 5º, LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004⁸¹.

Em virtude desses fatores, essa demora se tornou um dos principais entraves para a efetiva garantia dos direitos pleiteados, uma vez que, não muito raramente, a justiça tardia proporciona a ocorrência de danos irreversíveis à parte ou mesmo à sociedade.

Frise-se, inclusive, que, além da previsão constitucional do referido direito, o mesmo também se faz presente em diversos documentos internacionais – Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969 e Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assinado em 1966 – prevendo que os atos processuais devem ser efetivados em período razoável de tempo, a fim de que, assim procedendo, lesões a bens jurídicos dos particulares sejam evitadas.

Ao se debruçar sobre o assunto, o jurista José Augusto Delgado preceitua que a morosidade na prestação da tutela jurisdicional está relacionada ao conceito de serviço público imperfeito, tanto por indolência do juiz, como pelo fato do Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da justiça.⁸² Nessa toada, sendo cediço que cabe ao Estado o monopólio da prestação jurisdicional, não é plausível que a sociedade arque com os prejuízos decorrentes do ônus estatal.

No entanto, a doutrina dominante entende que, sendo caso de omissão genérica deverá incidir a responsabilidade subjetiva, com fulcro na teoria da falta de

⁸¹ “Art. 5º LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁸² DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 40, 1985, p. 151-152

serviço público; de outra banda, sendo caso de omissão específica, entende-se pela aplicação da responsabilidade objetiva.

Logo, o Estado apenas responde se for constatado que o serviço público não funcionou, quando deveria funcionar; funcionou atrasado; ou funcionou mal; de modo que a responsabilização estatal somente será possível se a vítima comprovar a falta de serviço da Administração (responsabilidade subjetiva). Não sendo necessário, nessa situação, perquirir a respeito de quem foi o agente público responsável pela omissão. Nesse sentido, posicionando-se favoravelmente à aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos de conduta omissiva estatal, Celso Antonio Bandeira de Mello, precursor dessa tese na doutrina pátria, assevera que:

Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligencia, imprudência ou imperícia (culpa)⁸³

Diversamente, sendo o caso de omissão específica, é admitida a aplicação da responsabilidade objetiva. Tal presunção ocorre quando o Poder Público, que atua por meio de seus agentes, tinha o dever de agir e de impedir a ocorrência de um dano, mas, por inércia, não o fez.

No âmbito jurídico, tal omissão específica ocorre, por exemplo, quando houver desrespeito a dispositivos legais que fixem prazos para o desenvolvimento regular do processo. Nesse sentido, se a demora decorrer da inobservância pelos agentes públicos, dentre os quais se insere os magistrados, de quaisquer prazos processuais fixados pelo Código de Processo Civil, seja para realização de diligências, atos ou decisões, o Estado responderá objetivamente. A esse respeito:

A violação dos prazos processuais fixados aos agentes públicos, incluindo servidores e magistrados do Poder Judiciário, prática comum que pode ser comprovada por meio da tramitação processual, afronta o Princípio do Devido Processo Legal declarado como garantia

⁸³ Bandeira de Mello, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed, rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.1029.

fundamental e deve ser enfrentada e combatida, defendendo-se a necessidade de responsabilização do Estado.⁸⁴

É preciso estar ciente de que a atuação jurisdicional, para que seja injusta e causadora de danos ao administrado, não requer, necessariamente, que esteja maculada de vícios ou de ter o juiz proferido sua decisão de modo fraudulento, doloso ou culposo. Por muitas vezes, o próprio não julgamento da questão ou a demora exagerada deste também tem o condão de qualificar a prestação como injusta ou deficiente. É tanto que muitos consideram o atraso demasiado próximo da injustiça, tendo em vista que assim agindo não estará assegurado ao titular o direito previsto no ordenamento jurídico no momento necessário, quando se faz imprescindível a atuação estatal.

Todavia, ainda é grande a resistência dos diversos tribunais pátrios em se aceitar a aplicação da responsabilidade objetiva, principalmente nos casos de morosidade, fato este que comumente transmite um sentimento de insatisfação da sociedade que, ao mesmo tempo em que vivencia a demora da prestação jurisdicional, assiste a irresponsabilidade da Administração.

Importante mudança de rumo ocorrida quanto ao presente tema foi dado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando proferiu o julgamento do Habeas Corpus 103.854 PE, reconhecendo a necessidade de responsabilização objetiva do Estado pela demora processual quando tal for decorrência do descumprimento dos prazos legais pelo magistrado, provocando portanto uma demora exacerbada e injusta no deslinde processual. Veja-se:

A inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF refletiu o anseio de toda a sociedade de obter resposta para a solução dos conflitos de forma célere, pois a demora na prestação jurisdicional constitui verdadeira negação de justiça.

Comungando das mesmas preocupações com a demora no andamento do processo, Luiz Guilherme Marinoni lembra ainda outra consequência da morosidade processual, na medida em que passa a ser verdadeiro inibidor de acesso à justiça, levando o cidadão a desacreditar no papel do Judiciário [...].

Ocorre, porém, que o cidadão não pode ficar indefinidamente à espera da resposta estatal. [...]

⁸⁴ RESENDE, Patrícia Newley Kopke. **A responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da morosidade na prestação jurisdicional**. Dissertação Mestrado Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012, p.106

Nesse contexto, a despeito dos problemas operacionais e burocráticos que assolam não somente o Superior Tribunal de Justiça, mas, de modo geral, todo o Poder Judiciário, a morosidade no processamento e no julgamento de qualquer feito não pode ser institucionalmente assumida como um ônus a ser suportado por todos aqueles que estejam envolvidos em uma ação judicial.⁸⁵

Por último, não custa nada relembrar, saliente-se que, apesar de responder de forma objetiva, o Estado tem assegurado constitucionalmente a sua garantia de intentar uma ação regressiva em face agente público, dentre eles o magistrado, que tenha sido verdadeiramente o responsável causador do dano ao particular, desde que se comprove a atuação dolosa ou culposa, a teor do art.37, §6º da Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitui a supremacia da lei no Estado Democrático de Direito, atual situação política por qual passa o País, consagrando os pilares e o funcionamento do Estado, a organização de seus órgãos, bem como os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Tal garantia corresponde ao principal meio de resguardo da efetiva tutela da justiça tanto nas relações entre particulares, quanto naquelas entre Estado e cidadão.

⁸⁵ STF - HC: 103854 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 16/11/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-230 DIVULG 29-11-2010 PUBLIC 30-11-2010 EMENT VOL-02441-01 PP-00186

Assim sendo é que, após um longo período evolutivo na ordem jurídica brasileira, desde a primeira previsão na Constituição de 1946 e, hodiernamente, no art. 37, § 6º, da CRFB/88, houve a consagração do instituto da responsabilidade civil do Estado, com fulcro na teoria do risco administrativo, em face da atuação dos agentes públicos que, agindo nessa qualidade, causem danos a terceiros. No mesmo preceito constitucional, restou firmada ainda a possibilidade de o Estado intentar uma ação regressiva contra o causador do dano quando este tiver agido com dolo ou culpa, a teor da responsabilidade subjetiva.

No entanto, mesmo com todo o que foi evidenciado durante o presente estudo, boa parte da jurisprudência e, em menor grau, da doutrina moderna ainda resiste à possibilidade de responsabilização estatal por atos jurisdicionais, pregando por isso pela teoria da irresponsabilidade. Para tanto, fundamentam tal posicionamento em diversos argumentos que, conforme já aludidos, são infundados e não se prestam a eximir o Poder Público da sua responsabilidade; pode-se citar, por exemplo, a soberania do Poder Judiciário, a independência do juiz, a falibilidade humana e a inexistência de lei específica e a autoridade da coisa julgada. Ainda segundo essa jurisprudência, apenas nas hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico vigente (art. 5º, LXXV da Constituição Federal de 1988, e art. 630 do Código de Processo Penal), e de modo excepcional, é que surgiria a responsabilidade do Estado.

Com efeito, em consonância com o preconizado pela doutrina dominante, que defende a responsabilidade civil do Estado por atos danosos dos magistrados em sua atividade jurisdicional, esta não pode ser afastada pelos argumentos acima elencados, uma vez que, sucintamente, a expressão “agente público” constitucionalmente revista no 37, § 6º abrange, sem sombra de dúvidas, os magistrados; desconsiderar tal posicionamento significa verdadeira afronta aos princípios do Estado Democrático de Direito e à ordem jurídica vigente; é cediço que a qualidade de soberano é pertencente ao Estado de forma uma e indivisível, e não a cada uma das suas funções ou órgãos, logo não é o Poder Judiciário que é soberano, e sim o Estado; os institutos da ação rescisória no âmbito cível e da ação revisional servem para atacar a coisa julgada material, não sendo lícito erigir tal qualidade para fins de eximir o Estado de reparar os danos ora causados por seus agentes; a

Constituição vigente consagrou a responsabilidade civil como regra, conforme o artigo acima elencado; por fim, quanto à falibilidade do juiz, inquestionável o fato que todos os agentes públicos, independentemente de suas funções, são igualmente predispostos a erros e invocar a ausência de responsabilidade por esse motivo seria desconfigurar qualquer hipótese de responsabilidade do Estado, o que é inadmissível pelo sistema jurídico.

Tendo tudo isso em mente, portanto, questiona-se veementemente o tradicional posicionamento da jurisprudência brasileira, que defende a teoria da irresponsabilidade por danos oriundos da prestação jurisdicional como regra e, apenas em caráter excepcional, aceita a responsabilidade do Estado. Isso porque o preceito constitucional insculpido no art. 37, § 6º não dispõe acerca de nenhuma ressalva quanto aos prejuízos provocados pela atividade jurisdicional e, caso se permita tal orientação, as garantias do cidadão estariam fragilizadas perante a Administração.

Saliente-se ainda que, sendo o Estado detentor do monopólio da atividade jurisdicional, não se mostra crível nem aconselhável cogitar a possibilidade de o Estado ser irresponsável pelos prejuízos que seus agentes, dentre eles se inserem os magistrados, agindo nessa qualidade, possam causar aos administrados ou até mesmo à sociedade, uma vez que daria margem ao surgimento de grande insegurança jurídica no meio social.

Logo, rechaça-se plenamente a irresponsabilidade do Estado outrora defendida pela doutrina majoritária para, atualmente, defender a viabilidade do dever de indenizar o particular que tenha sofrido injustamente dano decorrente da atuação jurisdicional – responsabilidade objetiva -, utilizando-se ainda da possibilidade de o Estado intentar ação regressiva contra o agente causador quando houver agido com dolo ou culpa – responsabilidade subjetiva.

Assim, vale assegurar que não deve ser todo e qualquer dano ou discordância com a decisão proferida pelo juiz que enseje o dever de reparação. Com efeito, mesmo se tratando da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, aqui defendida, nos ditames do art.37, § 6º da Constituição⁸⁶, requer-se a presença de seus

⁸⁶ Art.37 da CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade,

pressupostos básicos, quais sejam: o dano, a conduta e o nexo de causalidade entre eles.

Nessa mesma toada, não se mostra razoável a diferença de tratamento dispensada por parte da doutrina e jurisprudência pátrias quanto aos erros na seara criminal e cível. De fato, como devidamente demonstrado anteriormente, a jurisdição é una, indivisível e a cargo unicamente do Estado, que age por meio de seus agentes, ensejando por isso o dever de responsabilidade pelos danos causados independentemente da área que for.

Ante a atual situação do desenvolvimento da sociedade e do Direito, a extinção da teoria da irresponsabilidade estatal por atos provenientes da atividade jurisdicional, ou de qualquer resquício seu, faz-se imprescindível a uma plena e justa prestação jurisdicional, malgrado a posição resistente de parte da doutrina e da jurisprudência. Com efeito, admitir a responsabilização estatal é inegável nos atuais sistemas jurídicos regidos pelo direito público; assim sendo, por fim, percebe-se que a tendência majoritária e moderna, de modo acertado, convergem no sentido de o Estado acatar a responsabilidade civil pelos prejuízos causados aos particulares oriundos do exercício da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função Jurisdicional no Brasil.** In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 9, n. 44, ago. 2007.

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

ARAUJO, Edmir. N. . **Curso de Direito Administrativo.** 4^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 1.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Responsabilidade civil da administração público: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileira.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHIA, Saulo José Casali Bahia. **Responsabilidade civil do estado.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 30 edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. II.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 22 ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil. Lei n° 10406, de 10 de janeiro de 2002 Brasília, DF:Senado.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis.** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 40, 1985.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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

_____. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 198, 1994

DUQUE, Ricardo Hoyos. **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública**. Bogotá: Temis, 1984.

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES NETO, Indalécio. **Independência entre os poderes e garantias da magistratura.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 63, 1994.

GONÇALVES, José Wilson; PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **Comentários à lei orgânica da magistratura nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003.

JUNIOR, Antonio Lago. **A Responsabilidade Civil Decorrente do Acidente de Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos.** Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Estudo e Pareceres de Direito Público.** Vol VII. São Paulo: RT, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo.** 5:^a ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de Responsabilidade Civil.** São Paulo: RT, 1989.

RESENDE, Patrícia Newley Kopke. **A responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da morosidade na prestação jurisdicional.** Dissertação Mestrado Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil. Lei 10.406 de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** vol 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSÁRIO RIBEIRO, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais.** São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil — Parte Geral.** v.1. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Corrêa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** vol. 1. 10. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.