

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CAROLINA GURGEL LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA INEFICIENTE
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

SOUSA
2015

CAROLINA GURGEL LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA INEFICIENTE
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2015

CAROLINA GURGEL LIMA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA INEFICIENTE
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

BANCA EXAMINADORA: DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Examinador Interno

Examinador Externo

Ao Pai Celestial, fonte inesgotável de amor, luz, força e misericórdia.

AGRADECIMENTOS

A Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, agora orientador, antes mestre e amigo, por ter sido o meu maior incentivador durante os cinco anos de jornada acadêmica e ter me levado a acreditar na minha capacidade em todos os momentos que desistir tornou-se uma opção. Agradeço também por ter sido fonte de inspiração e exemplo a motivar os meus esforços no sentido de tornar-me uma pessoa melhor e mais humana.

À minha mãe, Veluzia, o meu porto seguro, por todo amor, amparo dedicação e por ter tomado os meus sonhos para si mesma. Essa e todas as conquistas da minha vida foram e serão sempre mais dela do que minha.

A todos aqueles que percorreram esse caminho junto comigo, seja desde o início, seja um pedacinho dele, minha eterna gratidão.

"(...) a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo (...)"

José de Sousa Saramago

RESUMO

A presente pesquisa a ser desenvolvida, pretende analisar a evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, que, assim como os demais entes de direito público ou privado, pode vir a causar dano a alguém, sendo, nesse caso, responsável pela recomposição dos agravos oriundos de sua ação ou omissão. Apesar de durante muito tempo a concepção sobre a responsabilidade do estado fosse a da ideia de sua absoluta irresponsabilidade, nos dias de hoje é inegável que a legislação pátria adotou a teoria da responsabilidade objetiva do estado, conforme preceitua o artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988. De acordo com esta, o estado é obrigado a reparar os danos que causar a outrem, independente de dolo ou culpa, sendo necessário apenas o nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano. Apesar do dispositivo retro citado utilizar o termo “agentes públicos” em sentido amplo, muitas discussões surgem em relação a atribuir o caráter objetivo da responsabilidade quanto à pretensão indenizatória do Estado perante os administrados que forem vítimas da sua má atuação no desempenho das funções jurisdicionais, realizadas pelos magistrados e demais servidores do poder judiciário. Admitir que os jurisdicionados arquem com os prejuízos advindos de atos jurisdicionais defeituosos, é ir de encontro aos princípios do Estado Democrático do Direito. Ademais, indiscutivelmente, a prestação jurisdicional deve voltar-se sempre à plena concretização dos anseios e direitos dos cidadãos e se esta for ineficaz, falta ao homem à condição de plena cidadania, o que equivale a dizer que falta ao estado a razão de existir.

Palavras-chave: Responsabilidade objetiva do Estado; Função Jurisdicional; Jurisdição; Ato Jurisdicional.

ABSTRACT

The present research that will be developed, intends to analyze the evolution of the civil responsibility of the State in the Brazilian legal system, that, as the other entities of public or private law, can cause damage to somebody, being, in this case, responsible for the recomposition of the offense that resulted from its action or omission. Regardless of during many time the conception about responsibility of the state was the one of the idea of its absolute irresponsibility, nowadays it's undeniable that the national legislation adopted the theory of the objective responsibility of the state, as provided in the article 37 § 6º of the Federal Constitution of 1988. According to it, the state is forced to repair the damages that it causes to someone else, regardless of intent or guilt, being necessary only the casual link between its behavior and the damage. Regardless the article that was mentioned before uses the termination "public agents" in broad sense, many discussions arise in relation to attribute the objective character of the responsibility as for the compensatory pretension of the State in front of the administered that are victims of its bad acting in the performance of the jurisdictional functions, performed by the magistrate and the others employees of the judiciary. Admitting that the jurisdictioned assume the consequences of the loss that has occurred from defective jurisdictional acts, is barging into the principles of the Democratic State of Right. Furthermore, unquestionably, the jurisdictional provision shall turn itself always to the full materialization of the desires and rights of the citizens and if that is inefficient, the condition of full citizenship lacks to the man, which amounts to saying that to the state lacks the reason of existing.

Keywords: Objective responsibility of the State; Jurisdictional Function; Jurisdiction; Jurisdictional Act.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	15
2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	16
2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
2.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA	19
2.5 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	21
2.6 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.6.1 Estado de necessidade	23
2.6.2 Legítima defesa	24
2.6.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal	25
2.6.4 Caso fortuito e força maior	25
2.6.5 Culpa exclusiva da vítima	26
2.6.6 Fato de terceiro	27
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	28
3.1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	29
3.2 AS TEORIAS EXPLICATIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .	30
3.2.1 Teoria da irresponsabilidade estatal	31
3.2.2 Teorias civilistas da responsabilidade	32
3.2.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão	33
3.2.2.2 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva pela preposição	34
3.2.3 Teorias publicistas	34
3.2.3.1 Teoria da culpa administrativa.....	35
3.2.3.2 Teoria da falta do serviço público ou do acidente administrativo	35
3.2.3.3 Teoria do risco, do risco administrativo ou objetiva.....	36
3.2.3.4 Teoria do risco integral	38
3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL.....	39
3.3.1 Evolução normativa	40
3.3.2 Responsabilidade civil do estado no brasil em face da Constituição Federal de 1988	42
3.3.3 A responsabilidade do Estado no Código Civil	44

3.4 EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE PÚBLICA	45
3.4.1 Culpa da vítima	46
3.4.2 Culpa de terceiro	46
3.4.3 Força maior	47
4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA INEFICIENTE PRESTAÇÃO JURISDICONAL	48
4.1 A FUNÇÃO JURISDICONAL DO ESTADO E A ATIVIDADE JUDICIÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO	48
4.2 ATOS JURISDICONAIS E ATOS JUDICIÁRIOS	50
4.3 O JUIZ COMO AGENTE DO ESTADO	52
4.4 DEFEITOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE.....	55
4.4.1 Atividades jurisdicionais perfeitas e atividades jurisdicionais defeituosas	55
4.4.2 O erro judiciário.....	57
4.4.3 Denegação da justiça.....	59
4.4.4 Dolo e culpa do juiz.....	62
4.5 APRECIÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS BRASILEIROS	63
4.5.1 Constituição Federal – Artigo 37, § 6º e artigo 5º, inc. LXXV.....	63
4.5.2 Código Civil – artigo 43.....	64
4.5.3 Código de Processo Penal – artigo 130	65
4.5.4 Código de Processo Civil – artigo 133 e Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN) – artigo 49	66
4.5.5 Lei de abuso de autoridade	68
4.6 TEORIAS DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS JURISDICONAIS: FUNDAMENTOS E CRÍTICAS	68
4.6.1 A soberania do judiciário.....	69
4.6.2 A coisa julgada	70
4.6.3 Independência do magistrado no exercício da atividade judiciária.....	72
4.6.4 Falibilidade dos juízes	73
4.6.5 Exigência de texto legal expesso	74
4.6.6 Risco do serviço público assumido pelos jurisdicionados.....	75
4.6.7 Magistrados não são funcionários públicos.....	75
4.7 DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.....	76
4.7.1 Da indenização	77

4.7.2 Das condições da ação e dos pressupostos processuais	77
4.7.3 Da prescrição.....	78
4.7.4 Da ação regressiva contra o agente	78
4.7.5 Da denúncia à lide.....	80
5 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do estado em razão da ineficiente prestação jurisdicional constitui-se em tema bastante atual, vasto e que suscita muitas questões a serem discutidas e resolvidas de maneira adequada e coerente com as normas jurídicas, bem como em atenção aos princípios gerais do Direito.

Essa atualidade explica-se por que os problemas estruturais e os relativos à prestação do serviço judiciário propriamente dito refletem em um número cada vez mais crescente dos casos em que se vislumbra a necessidade de atribuir ao ente estatal o dever de reparar os prejuízos sofridos pelos jurisdicionados em razão da sua má atuação.

O Brasil por caracterizar-se como Estado Democrático de Direito, sujeita todos os seus entes, incluindo-se o poder público, aos direitos e deveres constituídos pela legislação pátria. Em outras palavras, assim como o particular, o Estado não pode deixar de cumprir os preceitos normativos que regem a sociedade. É por essa razão que se afirma que a responsabilidade do Estado é uma consequência direta do Estado democrático.

Nesse diapasão, sempre que um ente privado ou público causar dano a outrem, por atitude omissiva ou comissiva, deverá arcar com a justa reparação do mesmo. É diante dessa premissa que se constitui a responsabilidade civil. Sendo esta, portanto, um instituto democrático que objetiva reestabelecer o equilíbrio das relações civis.

A responsabilidade do Estado restou consolidada pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 ¹, que atribuiu ao ente público o dever de reparar os danos oriundos da conduta de seus agentes. Todavia, não há posição unânime na doutrina e jurisprudência quanto se questiona responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, ainda que esta seja uma subespécie do gênero responsabilidade do Estado.

Esta monografia objetiva sistematizar as divergências que envolvem tal matéria, buscando compatibilizar o preceito normativo supra referido com os princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico e, desse modo, caracterizar a

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 35. ed. Brasília: Senado. 2012

responsabilidade objetiva do Estado em razão da atividade jurisdicional danosa. Sendo imprescindível para tanto, delimitar as hipóteses em que a mencionada atividade pode vir a lesionar os jurisdicionados.

Para melhor atender a esse objetivo, desenvolveu-se a pesquisa em três momentos. O primeiro destinou-se a buscar a origem, conceito e pressupostos da responsabilidade civil através do estudo detalhado das teorias objetiva e subjetiva. Isso se fez necessário, tendo em vista que mesmo tratando-se de um instituto com raízes no direito privado, não há como entender a responsabilidade extracontratual do Estado sem conhecer os elementos basilares de tal instituto civil.

Posteriormente, enfocou-se a questão da responsabilidade civil do Estado, traçando-se a sua evolução histórica baseada na análise das várias teorias explicativas, tanto as já ultrapassadas quanto as que ainda possuem adeptos nos dias de hoje. Além disso, analisou-se como essa ideia de reparação por parte do ente estatal foi acolhida no direito positivo brasileiro ao longo do tempo, ressaltando-se ainda os atuais dispositivos legais relacionados ao tema.

Por último, buscou-se cumprir o maior intuito dessa obra, ou seja, estudar a responsabilidade do Estado em razão da prestação jurisdicional ineficiente. A atividade Jurisdicional, pela sua complexidade, exige um detalhamento com maior profundidade da responsabilidade estatal. Vislumbram-se, nesse campo, aspectos fundamentais a serem destrinchados, tais como a conceituação e limitação da função jurisdicional, a caracterização do juiz como agente do Estado, os tipos de atividades judiciárias ensejadoras de danos, as teorias pró-irresponsabilidade estatal e os argumentos que lhes refutam, a apreciação dos fundamentos legais brasileiros específicos, dentre outros.

À luz do exposto, espera-se colaborar por meio desse estudo para o aprimoramento do papel inerente ao poder Judiciário frente à coletividade. Estabelecendo-se critérios razoáveis quanto à obrigatoriedade de ressarcimento por parte do Estado frente aos prejuízos sofridos pelos administrados em decorrência da deficiência na prestação jurisdicional.

Para a elaboração do presente TCC, consultou-se várias fontes de conhecimentos (livros, artigos, pareceres e jurisprudências) selecionadas, visando oferecer suporte teórico atual, prático e sintético sobre o referido tema analisado.

A pesquisa foi feita por referência bibliográfica, ou seja, por meios de dados secundários, que consiste na discussão do assunto pesquisado.

A metodologia utilizada consiste no método investigativo e descritivo, ou seja, utilizou-se uma ampla pesquisa na doutrina pertinente a responsabilidade civil do estado oriunda da prestação jurisdicional ineficiente, bem como de decisões que envolvam o assunto na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Crê-se que a utilização desta metodologia possibilitará o resultado almejado por este trabalho, que é o de apresentar ao mundo jurídico acadêmico, um trabalho inédito, sobre os reflexos dos atos judiciais danosos.

Após a descrição dos resultados obtidos, passa-se a conclusão do trabalho e, por fim, a sua defesa.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil consiste em tema extremamente vasto e complexo. Apesar do fato de que nos últimos anos o ordenamento jurídico brasileiro buscou adequar-se a novas realidades, pondo fim a algumas das controvérsias e omissões existentes, ainda são muitas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o referido tema.

Diante disso, é notório o desafio que é escrever sobre o mesmo. Todavia, não há como tratar da responsabilidade do estado por atos jurisdicionais sem antes tecer algumas considerações sobre a responsabilidade civil propriamente dita, bem como os seus pressupostos e princípios básicos.

Portanto, o estudo nesse ponto, não visa esgotar o assunto, mas tão somente servir de base para o objeto da análise a posteriori.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde os primeiros tempos da nossa civilização, restava clara a necessidade de buscar-se o equilíbrio das relações civis, à medida que o homem sempre objetivou conquistar a paz e a harmonia social. Para atingir a mencionada conquista, foi imprescindível estabelecer uma ideia de repugnância em razão de qualquer ato lesivo que causasse prejuízos patrimoniais a outrem. É nesse contexto que surge a responsabilidade civil, como instrumento capaz de intermediar o referido equilíbrio nas relações estabelecidas entre a sociedade.

Inicialmente, a responsabilidade civil surgiu unicamente com a conotação de punição para todo aquele que desse causa à diminuição do patrimônio de outro. Essa fase ficou conhecida como a fase da vingança privada e estava baseada nas ideias contidas na pena de talião, determinando que “todo aquele que praticasse ato lesivo a outrem, deveria reparar o dano pela mesma forma que o causara, ou seja, na mesma proporção do prejuízo causado- era o ‘olho por olho, dente por dente’”.

Percebe-se assim, que a noção inicial de responsabilidade encontrava-se muito distante da que se conhece nos dias de hoje e mostrava-se ineficaz quanto ao

cumprimento do real objetivo da mesma, ou seja, a reparação do prejuízo sofrido. A ideia de responsabilidade era resumida em “punir o mal com o mal”. Não importava também qual tipo de ilícito havia sido praticado, pois inexistiam distinções entre responsabilidade civil ou penal.

Essa noção foi superada com a introdução da Lei Aquília pelo Direito Romano, que pode ser assim descrita: “todo mal causado deve corresponder uma pena pecuniária, que pelo seu pagamento ao ofendido, corresponda verdadeiramente à reparação do dano que fora causado”.

Por essa transcrição, verifica-se facilmente que desde então ficou evidenciado os pressupostos necessários para que o dano venha a ser ressarcido. Quais sejam: o dano (ou lesão da coisa), a injúria (ou ato contrário ao direito) e a culpa (como dano resultado de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa).

Justamente por ter introduzido o elemento culpa, a Lei Aquília representou um grande passo quanto ao firmamento do instituto da responsabilidade civil. Tanto é assim que até hoje o termo “responsabilidade aquiliana” é empregado ao referir-se a responsabilidade extracontratual, a qual será tratada mais adiante.

É notório, portanto, que a noção de responsabilidade civil fundamentada na culpa foi a que serviu de base para toda a legislação sobre esse assunto.

Com o decorrer dos anos e acompanhando o progresso social e econômico, a ideia de reparação introduzida pela Lei Aquília foi aperfeiçoando-se, visando atender as novas situações e anseios sociais que foram surgindo, até fundir-se no conceito de responsabilidade civil tal qual é conhecido atualmente.

Por fim, ressalte-se que embora as menções ao tema responsabilidade remontem a Roma antiga, o referido instituto só foi sedimentado de fato por meio das construções jurisprudenciais e da doutrina.

2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil talvez seja o instituto do Direito do qual os jurisdicionados mais se valem nos dias de hoje. A razão disso é o fato de serem inúmeras as situações por ele abarcadas. Todavia, isso somente é possível diante da flexibilidade que existe em torno do mesmo.

Tendo em vista a complexidade das relações sociais, adotar uma ideia única sobre a responsabilidade civil seria atribuir-lhe caráter injusto e ineficaz diante de algumas situações peculiares. Desse modo, torna-se muito difícil para os autores estabelecer um conceito certo e restrito sobre tal instituto jurídico.

Nessa tarefa, Diniz² assim leciona:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Essa autora brilhantemente descreve a responsabilidade civil de maneira a englobar as suas duas espécies, a subjetiva e a objetiva, que serão objeto de estudo posterior.

De fato, a responsabilidade civil busca restabelecer a harmonia e o equilíbrio dentro da sociedade que foram prejudicados diante de alguma situação ou ato. Nesse sentido, é clara a síntese de Dias³:

[...] o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere antes de tudo o princípio da prevenção.

À luz do exposto, pode-se conceituar de um modo geral a responsabilidade civil como o resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento em face do dever ou obrigação de reparar algum dano.

2.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina elenca alguns elementos responsáveis por caracterizar a responsabilidade civil. Todos eles extraem-se do dispositivo legal que introduz o

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. v.7: responsabilidade civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

³ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil. v. 1.** 7. ed. São Paulo: Forense, 1983. p. 35.

referido instituto no nosso ordenamento jurídico a partir da ideia de ato ilícito.

Trata-se do artigo 186 do Código Civil, que assim estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tendo em vista a determinação de tal artigo, pode-se afirmar que são quatro os elementos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão, b) culpa ou dolo, c) dano e d) nexo causal. Nesse momento, faz-se necessário um estudo breve acerca de cada um destes.

O primeiro refere-se ao ato humano de caráter comissivo ou omissivo, voluntário, atribuído ao agente ou terceiro, bem como a animal ou coisa inanimada que estejam sobre a guarda destes, que venha a acarretar dano a alguém que deva ser ressarcido.

Quanto ao segundo elemento, o dolo traduz-se na expressão “ação ou omissão voluntária”, pois este se encontra presente sempre que houver por parte do agente a intenção de violar o direito, ou seja, trata-se de violação consciente a dever jurídico. Já a culpa, é extraída dos termos “negligência ou imprudência” que constam no dispositivo legal transcrito e é bem mais abrangente que a figura do dolo, à medida que apresenta algumas variações.

De acordo com a sua gradação, pode-se classificar a culpa de três maneiras: A culpa grave aproxima-se da ideia de dolo, uma vez que há negligência extrema no fato do agente deixar de prever aquilo que o homem comum preveria; A culpa leve é identificada quando o dano pudesse ter sido evitado pela adoção de atenção e diligências; e, por fim, caracteriza-se a culpa como levíssima no caso de somente poder ser evitado o dano pelo desprendimento de atenção extraordinária ou especial habilidade.

Outra classificação importante da culpa, dentre outras, é a que a divide em “culpa *in eligendo*”, que se refere a decorrente da escolha inapropriada do preposto e “culpa *in vigilando*”, a oriunda da inexistência de fiscalização.

Em relação ao elemento subjetivo da responsabilidade, o dolo e a culpa, a doutrina divide o instituto da responsabilidade em duas, quais sejam: A subjetiva, dependente da existência destes, e a responsabilidade objetiva, aquela onde não é necessária a constatação de dolo ou culpa do agente. Diante da importância dessa distinção para o estudo do tema proposto nesse trabalho, faz-se necessário

um maior aprofundamento do assunto e, por isso, será estudado em tópico específico.

Voltando ao terceiro elemento da responsabilidade civil, o dano, este representa o objeto da responsabilidade, à medida que esta não mais é aceita em nosso ordenamento jurídico com a ideia de punição, mas sim de reparação dos prejuízos sofridos. Assim, para que haja responsabilidade civil, o dano a um bem ou a interesse jurídico deve ser certo, sendo imprescindível a sua comprovação por meios idôneos. Consoante isso, ainda que tenha ocorrido à violação de um dever jurídico (ação ou omissão) e a existência de dolo ou culpa do agente, se não houver dano não há também a responsabilidade. Lembre-se que o nosso ordenamento jurídico classifica como dano tanto as lesões de caráter moral como patrimonial.

Por fim, o nexos causal, é traduzido no artigo mencionado por meio do termo “causar”. Assim, representa a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido. Sem esse vínculo entre tais elementos, também se torna impossível pleitear indenização a título de responsabilidade civil. O nexos de causalidade é afastado diante de algumas situações as quais a doutrina denomina de “causas excludentes de responsabilidade”, que melhor serão estudadas mais adiante.

2.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Como se extrai do que ora foi mencionado, o artigo 186 do Código Civil estabelece a responsabilidade civil diante da presença de quatro elementos: Ação ou omissão, dolo ou culpa, dano e nexos causal. Na verdade, ele representa a teoria clássica da responsabilidade que a doutrina denomina de “responsabilidade subjetiva”.

Esse termo explica-se pelo fato da referida responsabilidade exigir a existência do elemento subjetivo para a sua caracterização. Esse elemento é justamente a culpa do agente diante do ato ou omissão que vieram a causar o dano. A culpa é aqui colocada em seu sentido amplo, de modo que se refere tanto a culpa propriamente dita quanto ao dolo. Assim, sendo esse pressuposto necessário para

que o dano venha a ser ressarcido, se não ficar evidenciado não há que se falar em responsabilidade civil.

É nesse sentido que Dias⁴ afirma que o nosso ordenamento jurídico adotou o “princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade”.

No entanto, a evolução econômica dos últimos tempos, associada a grande complexidade social, alargaram as causas e situações tendentes a provocar danos. O que acabou por colocar o particular em uma situação de hipossuficiência processual e econômica, pois muitas das situações ensejadoras de danos não decorrem de prática dolosa ou culposa e ainda assim reclamam pela responsabilidade civil. Além disso, mesmo nos casos em que o elemento subjetivo pode ser vislumbrado, tornou-se cada vez mais difícil para o lesado fazer a prova do mesmo.

A responsabilidade civil necessitou adequar-se a essa nova realidade, surgindo assim à ideia da responsabilidade objetiva que impõe a reparação de danos cometidos sem dolo ou culpa. De acordo com essa teoria, para fins de responsabilidade apenas são necessários dois elementos: O dano e o nexo de causalidade.

Gonçalves⁵ classifica a responsabilidade objetiva de maneira clara e inequívoca nos seguintes termos:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Assim, pode-se dizer que a culpa será prescindível, isto é, sendo ou não vislumbrada será igualmente irrelevante no que se refere à obrigação de reparar o prejuízo sofrido pelo particular. O que equivale a dizer que há uma inversão do ônus probante com o intuito de proteger mais as vítimas de determinados tipos de danos, abrangendo uma maior quantidade de casos aonde estes venham a ser recompostos.

⁴ DIAS, 1983. *op. cit.*, p. 130.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

Conforme já foi dito, a responsabilidade subjetiva impõe-se como regra diante da legislação vigente e, conseqüentemente, a responsabilidade objetiva caracteriza-se como exceção, de modo que só pode ser aplicada nos casos em que exista expressa previsão legal.

Seguindo essa linha de raciocínio é que Reale⁶ afirma que, na verdade, “essas duas responsabilidades se conjugam e se dinamizam”.

As ideias e teorias que emergem dos conceitos das responsabilidades subjetiva e objetiva serão estudadas no decorrer dessa monografia, pois em torno destas fundem-se as grandes discussões que envolvem a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais danosos.

2.5 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Outra distinção doutrinária sobre a responsabilidade que é de grande relevância para o estudo do tema proposto é a que trata da responsabilidade contratual e da extracontratual.

A primeira decorre do descumprimento ou mora na execução de uma obrigação que foi estabelecida por meio de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Por isso, trata-se de um ilícito contratual onde há violação a um dever especial imposto de acordo com a vontade das partes. É o que acontece, por exemplo, quando o inquilino deixa de efetuar o pagamento do aluguel, o comodatário não restitui a coisa emprestada, o vendedor não entrega a coisa pela qual já recebeu pagamento, e em todas as outras situações que envolvem contratos não adimplidos.

Já a responsabilidade extracontratual, também denominada de responsabilidade aquiliana, é oriunda da lesão a um direito em razão de inobservância da lei. Em outras palavras, esta relacionada à prática de um ato ilícito. Nesse caso, o agente infringe um dever legal, sem que exista qualquer relação jurídica entre ele e o lesionado.

Essas duas espécies de responsabilidade divergem em vários aspectos. O primeiro é em relação ao ônus da prova, pois na responsabilidade contratual o

⁶ REALE, Miguel. **Emendas absurdas ao Código Civil**. Em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/absncc.htm>>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2015

credor tem como atribuição apenas demonstrar o inadimplemento do contrato, cabendo ao devedor o *ônus probandi* à medida que deve provar a existência de alguma das excludentes de responsabilidade. Enquanto do outro lado, na responsabilidade extracontratual, ocorre o oposto, ou seja, o *ônus probandi* pertence ao lesionado, tendo em vista que somente terá o prejuízo ressarcido se provar a culpa do agente.

Outro aspecto de distinção é quanto às suas fontes, pois, conforme se relatou acima, enquanto a contratual origina-se de uma convenção, a extracontratual emerge da infração a um dever legal.

Por fim, elas se distinguem também quanto à capacidade do agente causador do dano. Já que, no momento de celebração de um contrato, é imprescindível que as partes sejam plenamente capazes, pois ao contrário, esse negócio jurídico será declarado nulo e, conseqüentemente, não incidirá os efeitos da responsabilidade civil. Diferente disso, a responsabilidade extracontratual admite para sua caracterização, o ilícito praticado por amentais e pessoas menores de idade em algumas situações determinadas no Código Civil.

2.6 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Após o estudo sobre os pressupostos da responsabilidade civil e algumas de suas espécies, é importante tratar das suas causas excludentes. Matéria essa de muita relevância, tendo em vista que, na maioria das vezes, é utilizada pelos réus de ações indenizatórias como meio de defesa.

São denominadas de causas excludentes de responsabilidade civil, as situações ensejadoras de rompimento do nexa causal. Nesse sentido é o conceito estabelecido por Stolze e Pamplona⁷, conforme se vê abaixo:

Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexa causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.

⁷ STOLZE, Pablo; e PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.101.

Em linhas anteriores, já foi dito que o nexu causal representa o laço, ou melhor, a relação de causa e efeito entre o fato ensejador da responsabilidade e o dano sofrido pela vítima. Assim, trate-se de responsabilidade subjetiva ou objetiva não há que se falar em indenização inexistindo a mencionada relação de causalidade.

Feitas as considerações iniciais sobre o tema, passar-se-á a explicar e comentar cada uma das causas excludentes de responsabilidade elencadas pela doutrina.

2.6.1 Estado de necessidade

O Estado de Necessidade é caracterizado como causa excludente de responsabilidade no artigo 108, inciso II do Código Civil ao determinar não constituir-se em ato ilícito “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente”.

Na verdade, trata-se de uma colisão de interesses jurídicos tutelados. Isso porque a lei permite a agressão a um desses para proteger o outro, se este for de valor igual ou inferior àquele, nas situações que envolvam um perigo iminente e não for possível o autor do dano remover o perigo de modo diverso.

O parágrafo único do dispositivo legal supramencionado estabelece ainda que a legitimidade do ato só pode ser decretada quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e não houver excessos quanto aos limites do indispensável para remoção do perigo.

Desse modo, fica claro que essa excludente não pode ser considerada em termos absolutos, e ficando constatado que houve excessos dos meios de defesa, exercício desmedido do direito reconhecido, ou ainda a avaliação equivocada do estado de necessidade, o agente poderá ser responsabilizado pelos danos causados.

Ressalte-se ainda que se a vítima do dano não for causadora da situação de perigo iminente a qual o autor deparou-se, este deverá arcar com a responsabilidade, sendo assegurado, contudo, o direito de regresso contra o

verdadeiro culpado, ou seja, a pessoa causadora do perigo. É o que se extrai dos artigos 929 e 930 do Código Civil.

Ademais, cumpre esclarecer também que a determinação legal não está limitada a situações em que o perigo ameace a vida, podendo ser reconhecido estado de necessidade quando houver ameaça a honra, a liberdade, a moral ou a um bem econômico.

Em poucas palavras, o estado de necessidade é a ofensa a direito de outrem com objetivo de remover perigo iminente, quando as circunstâncias determinarem ser assim necessário e desde que não ocorra excesso quanto aos limites do indispensável para remoção do perigo.

2.6.2 Legítima defesa

A legítima defesa enquanto causa excludente de responsabilidade civil, encontra previsão legal no mesmo artigo 188, na primeira parte do seu inciso I.

Esta consiste na situação em que uma pessoa repele agressão injusta, dirigida a si ou a outrem, com o uso dos meios moderados e necessários, quando vislumbrar-se o duplo caráter de atualidade e iminência da referida agressão.

Destaque-se que a reação à agressão injusta que a lei determina ser legítima pressupõe a proporcionalidade, ou seja, constatando-se que os meios utilizados na repulsa eram desnecessários ou imoderados, o agente deverá responder pelos prejuízos sofridos pela vítima.

Assim como no estado de necessidade, também recai a responsabilidade nos casos em que o agente utilizando da prerrogativa da legítima defesa causa dano à pessoa que não ocasionou a agressão.

Outra questão que merece ser comentada é quanto à legítima defesa putativa. É assim denominada a situação onde alguém entende estar usando da prerrogativa legal ora mencionada em face de uma agressão imaginária ou reconhecida equivocadamente. Quando isso acontecer, o agente deverá responder pelos danos causados, uma vez que essa espécie de legítima defesa não retira a ilicitude da conduta, como acontece com a legítima defesa real.

2.6.3 Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal

O artigo 188 do Código Civil, inciso I, segunda parte, exclui a responsabilidade do agente que causar dano a outrem quando do exercício regular de um direito reconhecido.

Dentre as cláusulas excludentes da responsabilidade, talvez essa seja a mais lógica, pois, conforme asseveram Stolze e Pamplona⁸, se alguém atua escudado pelo Direito, não poderá estar atuando contra esse mesmo Direito.

Em razão disso, somente haverá ilicitude se houver abuso do direito ou seu exercício irregular ou anormal e, nesse sentido, pode-se dizer que o abuso de direito é o oposto do seu exercício regular. Na verdade, ocorre abuso de direito sempre que alguém ao exercê-lo, não o faz de acordo com a sua finalidade social. Assim, para que se caracterize, não é necessária a intenção de prejudicar alguém, sendo suficiente vislumbrar-se o excesso quanto aos limites impostos por sua finalidade, pela boa-fé ou pelos costumes.

O estrito cumprimento do dever legal é ligado diretamente ao exercício regular do direito, por isso a junção de ambos nesse mesmo tópico. A razão dessa ligação é bastante clara, uma vez que se pode afirmar agir no exercício regular de um direito o agente que desempenha o estrito cumprimento do seu dever legal.

2.6.4 Caso fortuito e força maior

São muitas as divergências doutrinárias que existem em torno do Caso Fortuito e da Força maior. Todavia, é certo que os dois termos representam situações de impedimento no cumprimento de uma obrigação.

Assim, de um lado há quem não visualize diferença alguma entre os mencionados institutos, tendo em vista que as normas legais que tratam dos mesmos, em sua maioria, trazem as duas expressões de modo unificado em seus textos, sem ressaltar qualquer distinção. Já do outro lado, Diniz e Rodrigues, dentre

⁸ STOLZE; PAMPLONA, 2008.*op. cit.*, p.106.

outros doutrinadores, entendem tratar-se de institutos diferentes, ainda que comportem algumas semelhanças.

Assiste-se razão a essa segunda corrente doutrinária, pois a força maior caracteriza-se diante da inevitabilidade ainda que conhecida a sua causa, p. ex. um terremoto, enquanto o caso fortuito é determinado quando se vislumbra a imprevisibilidade.

Diniz⁹ esclarece esse assunto ao dizer que o caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento. Salientando ainda que na força maior, conhece-se a causa que dá origem ao evento, por se tratar de fato da natureza, enquanto no caso fortuito o acidente que gera o dano advém de causa desconhecida ou de fato de terceiro, sendo totalmente imprevisível com a adoção de diligências.

Em outras palavras, o caso fortuito é o acontecimento provocado por terceiro ou ainda de causa desconhecida, ou seja, que decorre assim de forças ininteligentes, ao passo que a força maior implica a existência de elemento humano ou acontecimentos externos que criem obstáculo intransponível.

À luz do exposto, é notório que nos dois casos ocorrem fatos estranhos, acontecimentos invencíveis, cujos efeitos são inevitáveis, e, portanto, não seria razoável exigir do agente o cumprimento da obrigação, o que justifica serem a força maior e o caso fortuito causas excludentes da responsabilidade civil.

2.6.5 Culpa exclusiva da vítima

O ordenamento jurídico pátrio também assegura a isenção da responsabilidade diante de ato exclusivo e culposo da vítima, pois diante deste o agente que causou de fato o dano passa a ser um mero instrumento do mesmo, o que justifica o rompimento do nexo causal.

⁹ DINIZ, 2005. *op. cit.*, p. 114.

Em linhas anteriores já se demonstrou não ser possível arguir responsabilidade diante da quebra da relação de causalidade entre o ato do agente e o dano provocado.

Todavia, ressalte-se que somente será caracterizada e excludente ora estudada se a atuação da vítima for essencialmente exclusiva. Isto posto, se ela apenas concorrer para o dano, ainda que culposamente, haverá uma bipartição dos prejuízos, ou seja, deixará de receber a indenização correspondente a parte de sua própria responsabilidade.

2.6.6 Fato de terceiro

O nexo de causalidade também é rompido na situação em que um terceiro for o verdadeiro e exclusivo responsável pelo evento danoso. Entendendo-se aqui como terceiro qualquer pessoa, exceto a vítima e o agente demandado na ação reparatória.

Portanto, o fato de terceiro, enquanto excludente da responsabilidade civil, depende da prova de que o dano originou-se do ato de terceiro. Isso porque, realizada tal prova, seria injusto exigir reparação por parte de alguém que não contribuiu para os prejuízos advindos, enquanto o verdadeiro causador do dano restaria isento de arcar com a sua responsabilidade.

É válido destacar que em algumas situações peculiares, a jurisprudência não é pacífica quanto à admissão de tal excludente. Entretanto, por entender ser um assunto de pouca relevância para o estudo do tema proposto nesse trabalho, não se adentrará nas discursões envolvendo estas divergências jurisprudenciais.

Por fim, lembre-se que todas as causas excludentes da responsabilidade civil ora estudadas, devem ser comprovadas e examinadas no seio da ação indenizatória quando arguidas. Devendo, portanto, o magistrado ter bastante cautela ao acatar alguma delas, já que implicam em isenção do ressarcimento do prejuízo sofrido.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No capítulo precedente, conceituou-se a responsabilidade civil como a obrigação de ressarcimento atribuída a alguém que causa dano de caráter patrimonial ou moral a outrem.

É certo que o grande número de serviços e atividades inerentes ao poder público com objetivo de satisfazer as necessidades e anseios da coletividade, pode, muitas vezes, ocasionar danos para esta. Em outras palavras, como todos os sujeitos de direito, o Estado pode caracterizar-se como agente causador de danos.

Em razão dessa premissa, Mello¹⁰ leciona:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Importa lembrar que enquanto pessoa jurídica e abstrata, o Estado é intangível, ou seja, é incapaz de agir por si só. Por essa razão, para que se faça presente no mundo jurídico, é imprescindível a atuação dos seus agentes. Estes são, portanto, as pessoas físicas legalmente investidas em funções públicas, cujas condutas são imputadas diretamente aquele. Em outras palavras, quando o agente age no exercício de uma função pública, considera-se que o próprio Estado esta agindo.

Daí decorre que o Estado por si mesmo não pode causar dano a ninguém e, assim sendo, o estudo da responsabilidade civil pública engloba três partes: O Estado, o agente do Estado e o lesado.

Meirelles¹¹ apresenta com maestria tal entendimento, nos seguintes termos:

Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe a fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1009.

¹¹ MEIRELLES, 2010. *op. cit.*, p 680.

Frise-se ainda que a responsabilidade do Estado configura-se como responsabilidade extracontratual, já conceituada antes, pois inexistente qualquer contrato entre a administração pública e os administrados. Na verdade, o que ocorre é que estes se sujeitam aquele em razão da sua supremacia.

É notório que tais noções sobre a responsabilidade estatal fundamentam-se no princípio da isonomia, uma vez que admitir a irresponsabilidade seria ir de encontro ao conceito de democracia, ao implicar em algumas pessoas suportarem encargos maiores que os impostos as demais em relação às atividades estatais destinadas a coletividade.

Assim, atribuir ao Estado o dever de reparar os prejuízos sofridos pelos particulares em razão do exercício de suas atribuições, é evitar que o ônus recaia mais em alguns cidadãos do que nos outros. Em síntese, com a responsabilização estatal é assegurado o equilíbrio na repartição dos encargos públicos entre os membros da sociedade.

À luz do exposto, é evidente que a responsabilidade do Estado constitui-se em imposição ou até mesmo uma consequência lógica do Estado Democrático de Direito. Ora, se é indiscutível a igualdade entre todas as pessoas que o compõe, sejam elas de Direito Privado ou Público, os deveres em face dos comportamentos causadores de danos a terceiros também devem obedecer a essa mesma ordem.

Por fim, cabe fazer uma ressalva quanto às situações em que o próprio ordenamento jurídico dá permissão ao Poder Público para investir diretamente contra o direito de um particular, a exemplo da desapropriação. Neste caso e em todos os outros em que houver autorização legal, não incidem as regras da responsabilidade do Estado que serão estudadas adiante.

3.1 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade estatal conforme foi descritas nas linhas precedentes, nem sempre foi assim entendida e aceita. Na verdade, as noções sobre esse instituto jurídico variaram bastante com o passar dos anos, de acordo com alguns fatores, tais como a época, o regime de governo adotado e o local.

A concepção mais primitiva sobre o assunto era a ideia da absoluta irresponsabilidade estatal. Posteriormente esta foi dando lugar a várias outras teorias, defendidas brilhantemente pelos seus adeptos por meio de argumentos pautados nas particularidades de seus regimes políticos e legislações, até a ascensão das noções abarcadas nos dias de hoje. Em suma, a progressão desse instituto jurídico acompanhou a evolução econômica e política da sociedade.

Meirelles¹², pautado nas ideias de Dias assim sintetiza tal processo evolutivo:

A doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o de responsabilidade com culpa, e deste para o da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade pública, em que nos encontramos.

Dito de outro modo, a responsabilidade extracontratual do Estado evoluiu da teoria da total irresponsabilidade para a responsabilidade subjetiva, com a necessidade de averiguação do elemento culpa e, posteriormente, culminou na responsabilidade objetiva, dispensando a demonstração da culpa para fins de ressarcimento.

3.2 AS TEORIAS EXPLICATIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Não há como entender a posição doutrinária dominante nos nossos dias sem que se conheça um pouco de todas as outras que a antecederam. Por essa razão, passar-se-á a analisar de forma detalhada e individual as teorias explicativas da responsabilidade civil estatal que já vigeram ao longo do tempo, ressaltando-se os seus argumentos e fundamentos legais.

¹² MEIRELLES, 2010. *op. cit.*, p. 681.

3.2.1 Teoria da irresponsabilidade estatal

Já se afirmou que nos primórdios vigorou a tese da irresponsabilidade absoluta do Estado. Assim, se o agente estatal viesse a causar danos aos administrados em razão do exercício das funções públicas, estes não poderiam exigir do Estado a reparação dos prejuízos sofridos.

Apesar de hoje visualizar-se uma notória injustiça na aplicação da mencionada teoria, ela de fato seguia a linha de raciocínio dos ideais políticos da época em que vigeu. Claramente, ela reflete o Estado absolutista, onde vigorava o princípio do “*The king can do no wrong*” (O Rei nada faz de errado) que atribuía o caráter divino e sobrenatural do poder.

Nesse tempo, inexistia uma separação entre a figura do monarca e a do Estado e era certo que ambos possuíam a mesma finalidade, qual seja: a defesa dos interesses coletivos. Diante disso é que se justificava a escusa do Estado responder civilmente perante os administrados.

Após esses esclarecimentos, podem-se elencar três premissas básicas sobre a teoria da irresponsabilidade Estatal: a) O caráter soberano do Estado não permite que este se coloque em uma situação de igualdade perante os administrados; b) Sendo o monarca o representante do Estado, representa também o Direito deste e, por isso, não pode ser caracterizado como violador desse mesmo direito; c) os atos dos agentes públicos contrários às normas legais não podiam ser tidos como atos do Estado, e, desse modo, somente poderiam ser atribuídos aqueles.

Portanto, sendo o Estado a expressão da Lei e do Direito não seria crível admiti-lo como violador da ordem cuja preservação lhe era imposta.

Contudo, considerar o Estado irresponsável não significava uma completa desproteção aos lesionados, uma vez que sempre que o ato lesivo pudesse ser imputado a comportamento pessoal do agente público no desempenho de suas funções, sobre este recairia a obrigação de ressarcir os prejuízos. Porém, essa garantia era muito limitada à medida que quase sempre o agente não dispunha de patrimônio capaz de suportar o pagamento da indenização devida, não restando à vítima alternativa a não ser conformar-se com os prejuízos.

A crescente valoração dos direitos individuais e coletivos que culminou no surgimento do Estado Democrático de Direito, justifica a extinção dessa teoria. Isso

porque as noções desta são extremamente incompatíveis com as concepções sobre a natureza desse novo modelo estatal.

A doutrina ora estudada restou-se inteiramente superada após os últimos países que a adotavam, a Inglaterra e os Estados Unidos terem-na abolido, respectivamente, nos anos de 1947 e 1946.

Nesse sentido, modernamente, os ordenamentos jurídicos de todas as nações civilizadas adotaram a tese da responsabilidade estatal em decorrência dos danos causados por seus agentes, com algumas variantes particulares de cada lugar. Todavia, o fundamento desse tipo de responsabilidade foi objeto de um longo período de evolução, conforme será exposto a seguir.

3.2.2 Teorias civilistas da responsabilidade

A difusão do ideal revolucionário Francês (“liberdade, igualdade e fraternidade”) acarretou grandes transformações nas características absolutista do Estado e culminou no advento do Estado liberal. Este, não mais admitia o exercício ilimitado do poder e, portanto, a tese de irresponsabilidade estatal tornou-se incompatível com o novo cenário político e social.

De maneira geral, a princípio a responsabilização estatal estava condicionada à natureza dos atos de seus agentes ou as condicionantes pessoais dos mesmos. Na verdade, instaurou-se a ideia de responsabilidade subjetiva que conforme já ficou demonstrado no capítulo precedente, possui o elemento culpa como seu fundamento.

Todavia, a aferição da culpa não se deu de uma maneira única. Várias foram às teorias que buscavam constata-la diante das situações ensejadoras de responsabilidade estatal, as quais passarão a ser elencadas.

3.2.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão

Essa teoria baseava-se na divisão dos atos do Estado em duas categorias: Atos de gestão e atos de império. No primeiro caso, o ente estatal assemelha-se a pessoa privada que governa seu próprio patrimônio e, dessa forma, estaria submetido ao direito comum, assim sempre que o estado agisse como mero gestor dos bens públicos deveria responder perante os prejuízos que porventura viesse a causar. De outro lado, o Estado praticava atos de império que como o próprio nome sugere, representava a manifestação do seu poder soberano, razão pela qual diante destes não poderia atribuir-se a responsabilização estatal.

Refuta-se à teoria em estudo a afirmação de que o Estado é uno e age sempre nessa qualidade. Além disso, classificar a atuação do poder público da maneira pretendida não se constituía em uma tarefa fácil e em muitos casos havia dúvidas e divergências quanto a determinados atos serem de gestão ou de império.

Esta tese também se mostrava incoerente com os anseios de justiça dos cidadãos, pois a estes não interessava a caracterização da atuação do Estado, já que sendo de um modo ou do outro o seu prejuízo existia e, portanto, desejavam que fosse reparado. Some-se ainda que mesmo quando fosse possível caracterizar o ato de gestão, recaia sobre o lesionado o ônus da prova de culpa do servidor público.

Apesar da importância dessa teoria na abertura das ideias sobre responsabilidade, por todos os motivos supramencionados, ela mostrava-se pouco aplicável e eficaz, gerando o inconformismo das vítimas da atuação danosa estatal, que acabavam quase sempre tendo que suportar os prejuízos sofridos.

Portanto, a impossibilidade da Teoria dos atos de império e de gestão satisfazer de fato a responsabilidade estatal, bem como de abarcar as modernas concepções do novo Estado, culminou aos poucos no seu abandono.

3.2.2.2 Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva pela preposição

Os adeptos da teoria da culpa civil buscavam justificar a responsabilidade estatal na caracterização dos agentes públicos como prepostos do Estado.

Diante dessa premissa, a culpa do estado poderia ser tida de duas maneiras: culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. No primeiro caso, o Estado era considerado culpado por não efetuar a vigilância necessária e permanente no desempenho das ações de seus agentes. Já a culpa *in eligendo* relaciona-se ao descuido na eleição de tais agentes.

A dificuldade enfrentada pelo lesionado ao tentar provar a existência de uma ou outra culpa foi a principal responsável pelo afastamento desta tese.

3.2.3 Teorias publicistas

Os ideais do Estado liberal atrelado aos avanços dos Direitos sociais ensejaram o surgimento das teorias publicistas. Através destas, passou-se a questão da responsabilidade do Estado para o campo do Direito público, com aferição de normas e princípios próprios, compatíveis com as peculiaridades da atuação estatal.

Sobre as teorias ora em estudo, Camargo¹³ explica:

Fixam-se as teorias publicistas, no pressuposto de que o Estado, enquanto ficção jurídica, cuja vontade autônoma por vezes se pressupõe em função da natureza das ações praticadas por seus entes políticos e jurídicos, deve reger-se por regras próprias derivadas do Direito Público e não daquelas pautadas nos princípios do Direito Civil.

Nessa esteira, surgiram as teorias da culpa administrativa, da falta do serviço público, do risco administrativo e do risco integral. Em todas estas, busca-se justificar a responsabilidade estatal por danos causados aos particulares. Todavia,

¹³ CAMARGO, Luís Antonio. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61.

há peculiaridades e argumentos específicos de cada uma que serão apontados a seguir.

3.2.3.1 Teoria da culpa administrativa

A teoria da responsabilidade por culpa administrativa foi a responsável pela transição das teorias civilistas para as publicistas. Justamente por isso, contemplava a mistura de noções de direito privado com as de direito público.

Com o advento dessa tese, o agente público deixou de ser considerado um preposto do Estado, como se entendia pelas normas civis, e passou-se a vê-lo como autoridade pública com competência legal para atuar em nome daquele.

Assim, o ente estatal enquanto representante da coletividade, deveria ressarcir os prejuízos sofridos pelos particulares vítimas de sua atuação danosa, pois esta se deu em nome do mesmo e foi praticada por um de seus agentes ou órgãos. Pode-se notar que a teoria em estudo somente difere da culpa civil quanto ao fundamento da responsabilização.

Ainda assim, a responsabilização do Estado continuava a somente ser possível nos casos em que seus representantes agissem com culpa perante os administrados. Desse modo, não existindo a prova de que agiram de forma dolosa, negligente, imprudente ou com imperícia, não incidiria a reparação em face do ente estatal.

3.2.3.2 Teoria da falta do serviço público ou do acidente administrativo

A teoria da falta do serviço público que alguns preferem denominar de teoria da culpa administrativa surgiu no seio do Conselho de Estado Francês. Essa tese isentou o particular do ônus de identificar o agente estatal causador do dano, devendo limitar-se a comprovar o mau funcionamento do serviço público.

Da prepotência do exposto, não há como entender a referida teoria sem destrinchar o real significado da expressão “mau funcionamento do serviço público”.

Entende-se que o serviço público funciona mal, todas as vezes que não funcionar, ou seja, a inexistência do serviço; e quando funcionar com atraso em relação ao que poderia ser razoavelmente exigido no momento.

A teoria ora em apreço foi consagrada pela doutrina de Duez¹⁴, *in verbis*:

[...] o que dá lugar a responsabilidade é à falta, não o fato de serviço. Distinção útil, no sentido de que a teoria não pode ser assimilada à doutrina do risco. Nem todo defeito do serviço acarreta a responsabilidade: requer-se para que esta se aperfeiçoe, o caráter de defectibilidade, cuja apreciação varia segundo o serviço, o lugar, as circunstâncias.

Todavia, apesar do progresso abarcado por tal doutrina, ela não representava a solução mais coerente e eficaz perante os lesionados. Isso porque a tese da falta do serviço continuava a exigir a comprovação do elemento subjetivo, ainda que não mais quanto à culpa do agente público, mas sim em relação ao próprio Estado, já que existia a necessidade de provar o seu mau funcionamento.

3.2.3.3 Teoria do risco, do risco administrativo ou objetiva

A evolução ao longo do tempo do instituto da responsabilidade civil, buscando satisfazer os anseios sociais e os ideais de justiça, culminou na teoria em epígrafe. De início, cumpre ressaltar que são dois os pilares que sustentam essa tese: O risco e a solidariedade social.

O primeiro desses pilares, está relacionado ao risco inerente do exercício das funções estatais. Não há dúvidas que o grande número de atividades pelas quais o Estado é responsável e o alto poder que lhe é conferido para desempenhá-las, tornam muitas delas perigosas, ou seja, propensas a lesionar os administrados.

Desse modo, justo é que ao assumir o encargo sobre os serviços públicos, o Estado assumira também a responsabilidade pelos danos que vierem a surgir do desempenho destes.

Por sua vez, a solidariedade social refere-se à igualdade entre todos os administrados em face dos ônus e encargos públicos. Por esse princípio, devem os

¹⁴ Apud DIAS, 1983. op. cit., p. 566.

cidadãos suportar de modo equitativo os benefícios e também os prejuízos oriundos das atividades estatais. Então, não seria compatível com esse raciocínio admitir que um determinado administrado suportasse sozinho o dano oriundo da ação danosa de um agente público.

Reiterando essa ideia sobre a teoria do risco administrativo, Meirelles¹⁵ escreve:

Tal teoria, como o nome esta a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário representado pela fazenda pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina.

Decorre, pois, desta teoria, que o Estado deve indenizar o dano que seu agente causar aos particulares no exercício das funções públicas, sem que se exija a comprovação da falta do serviço ou da culpa dos agentes, seja pessoal ou profissional. Em síntese, para responsabilização estatal basta apenas o nexo de causalidade entre o ato praticado por estes e o dano sofrido pelo administrado.

Portanto, é fato incontroverso que se trata da pura aplicação das regras próprias da responsabilidade objetiva, já estudada na segunda parte desta monografia.

Também é esse o entendimento de Venosa¹⁶, observe-se:

[...] surge à 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.

Nesses termos, Venosa resume com maestria a Teoria do Risco Administrativo, destacando ainda o fato de essa tese admitir a exclusão ou mitigação da responsabilidade quando constatar-se culpa da vítima. Na verdade, esse aspecto

¹⁵ MEIRELLES, 2010. *op. cit.*, p 682.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil- Parte Geral. v. 1.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.275-6.

é o que a difere da Teoria do Risco integral, como restará demonstrado mais adiante.

À luz do exposto, conclui-se que esta teoria ao eliminar a necessidade de comprovar a culpa na conduta do agente público, buscou de fato estabelecer a justiça social e atenuar as dificuldades e empecilhos antes enfrentados pelas vítimas da atuação estatal no momento de pleitear a reparação dos prejuízos sofridos.

3.2.3.4 Teoria do risco integral

A priori, cumpre esclarecer que há uma verdadeira confusão doutrinária envolvendo a Teoria do Risco Administrativo e a Teoria do Risco Integral, ademais, inclusive, tem início a partir da própria utilização dessas duas nomenclaturas. Diniz, Salazar, Cretella Júnior, dentre outros autores utilizam do termo Teoria do Risco Integral como um sinônimo da Teoria do Risco administrativo, pois tratam daquela de maneira a atribuir-lhe todas as características desta, sem fazer qualquer distinção.

Contudo, em detrimento desta posição, mais coerente é a de outros doutrinadores como Meirelles, Carvalho, Stolze e Pamplona, ao tratar das duas teorias supramencionadas de maneira individualizada, fazendo por onde evidenciar a diferença existente entre uma e outra, a qual será também perquirida a seguir.

A tese ora em epígrafe assemelha-se a anterior conquanto ambas estejam pautadas na ideia de objetividade da responsabilidade. Dito de outro modo, tanto para a Teoria do Risco Administrativo quanto para a Teoria do Risco Integral, o Estado deverá responder civilmente sempre que um agente público causar dano a particular, sem a necessidade de buscar-se a constatação do elemento culpa na conduta deste.

Todavia, elas se diferem à medida que para a tese analisada nessa seção o ente estatal deve arcar com a responsabilidade em qualquer situação. Implica-se, pois, em desprezar a incidência de qualquer das causas excludentes de responsabilidade, que são as hipóteses ensejadoras de afastar o dever reparatório em face da quebra do nexo de causalidade, conforme já demonstrado antes. O mesmo não acontece quanto à aplicação da Teoria do Risco Administrativo, tendo

em vista que nesta, se o administrado tiver contribuído total ou parcialmente para a ocorrência do dano, a responsabilidade estatal será afastada ou atenuada (conforme o grau da culpa deste), respectivamente.

Carvalho Filho¹⁷ ilustra bem essa distinção utilizando o exemplo do indivíduo que se atira deliberadamente frente a uma viatura pública, pois, para a Teoria do Risco Integral ainda assim subsistiria a responsabilidade do ente estatal, enquanto para a Teoria do Risco Administrativo, nesse caso, não haveria qualquer dever reparatório do Estado.

Por esse exemplo retro mencionado, é notório que, na verdade, essa nova ótica representa uma fórmula extremada, capaz de agredir o erário público, além de induzir ao abuso e a insegurança jurídica. Razão pela qual, diante dela, alguns visualizam o Estado como um “seguro social”, ou seja, tratando-o como verdadeiro segurador dos eventos danosos oriundos de suas atividades.

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

No Brasil nunca foi aceita de fato a tese da irresponsabilidade estatal por atos danosos de seus representantes. Na verdade, mesmo quando inexistia uma legislação específica no sentido da responsabilidade estatal, já era esse o posicionamento constante dos Tribunais nacionais.

O Direito pátrio oscilou sempre entre as teorias objetiva e subjetiva da responsabilidade civil do poder público. Inclusive, desde o período imperial, os juristas mais avançados, como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti, já defendiam a teoria da responsabilidade independente de culpa, com fundamento na teoria do risco, embora existisse grande oposição dos civilistas que adotavam a teoria da responsabilidade com culpa.

A seguir, far-se-á um breve histórico da evolução normativa da responsabilidade civil do estado no Brasil, analisando os primeiros dispositivos legais surgidos no ordenamento jurídico pátrio, e, posteriormente, a legislação

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.547.

vigente. Nessa esteira, perceber-se-á com clareza como se deu a progressão da aplicação da teoria da culpa civil estatal para a teoria do risco administrativo.

3.3.1 Evolução normativa

O artigo 82 da Constituição de 1891 e o artigo 179, inciso XXIX, da Constituição Imperial Brasileira de 1824, estabeleciam que os empregados públicos fossem estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.

O Dispositivo em comento acaba por remeter a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, já que consagra apenas a responsabilidade pessoal do agente. Todavia tal tese não era aplicada, pois mesmo na época de sua vigência, já era adotado o entendimento da solidariedade do poder público em relação aos atos de seus agentes.

Posteriormente, o Código Civil de 1916¹⁸, em seu artigo 15, tratou da responsabilidade estatal por meio dos seguintes termos:

As Pessoas Jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

É notável que embora não de modo inequívoco, o dispositivo supramencionado consagrou a teoria subjetiva, ou seja, dependente da existência de culpa, como fundamento da responsabilidade do estado.

No ano de 1934, o artigo 1º do Decreto 24.216¹⁹ pretendeu afastar da responsabilidade estatal os casos em que o seu agente agisse de maneira

¹⁸ BRASIL. **Código Civil, 1916**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 24.216, de 9 de Maio de 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24216-9-maio-1934-515151-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

criminosa, excetuando-se a hipótese em que o mantivesse no cargo após ter verificado o fato:

Art. 1º A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, salvo se neles forem mantidos após a sua verificação.

Essa norma teve uma vigência bastante curta, tendo em vista que pouco depois houve a promulgação da Constituição de 1934. Em seu artigo 171, esta cuidou de estabelecer a responsabilidade solidária dos agentes públicos com as suas respectivas fazendas públicas, ainda com o fundamento na teoria subjetiva. O mesmo dispositivo foi reproduzido no artigo 158 da Carta de 1937, que tem o seguinte teor: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, que determinava o dever reparatório frente os atos danosos de agentes públicos independente da constatação do elemento culpa, somente foi consagrada no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1946, quando o artigo 194 da Carta Magna promulgada naquele ano, trouxe a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

Indo um pouco além, o artigo em comento cuidou, em seu parágrafo único, também em estabelecer a possibilidade do regresso do Estado em face do seu agente nos casos em que houvesse culpa deste: “Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Alguns dispositivos legais sobrevieram com redação semelhante ao supracitado, são eles: o artigo 105 da Constituição de 1967 e o artigo 107 da Constituição de 1969.

As normas constitucionais posteriores a estas são as que atualmente estão em vigor e, assim sendo, merecem uma análise de modo mais cauteloso e específico, conforme será feito a seguir.

3.3.2 Responsabilidade civil do estado no Brasil em face da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988, seguindo a linha das três Constituições antecedentes, adotou a tese de responsabilidade objetiva do Estado, inovando ainda ao estendê-la as pessoas jurídicas de direito privado enquanto prestadores de serviços públicos. É o que dispõe o seu artigo 37, §6^o:

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 de 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em detrimento disso, alguns autores ainda defendem a adoção de um sistema dúplice de responsabilidade estatal, onde a teoria objetiva e a subjetiva incidem de acordo com a questão de o ato danoso ter caráter comissivo ou omissivo.

Seguindo essa linha de raciocínio, Bandeira de Mello²¹ sustenta a aplicação da responsabilidade objetiva quando o ato estatal é comissivo, seja ele lícito ou ilícito, e, de outro lado, nos casos de omissão, o Estado somente deve responder se constatada a sua culpa, ou seja, trata-se da subjetividade da responsabilidade.

Nesse sentido, esse autor assim se manifesta:

A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos, diante dos encargos públicos, em que lhe atribuindo danos anormais acima dos comuns, inerentes à vida em sociedade. (...)

A responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Senado, 2012.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 487.

funciona, ou funciona mal ou em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados.

Mello²² partilha desse mesmo entendimento no que concerne à subjetividade da responsabilidade. Defendendo que se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano e, portanto, somente caberia responsabiliza-lo se estivesse obrigado a impedir o dano, ou seja, se descumpriu dever legal que lhe impunha a obstar o evento lesivo.

Por sua vez, Aguiar²³ sustenta que existindo prejuízo para o cidadão responderá o Estado, sem a necessidade de questionamento sobre culpa, suficiente a falta do serviço. A responsabilidade estatal se estenderia aos fatos comissivos. No caso de omissão seria necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso tivesse a obrigação, é suficiente a demonstração de que o dano decorreu da falta do serviço. Na hipótese de dever, haveria a necessidade do exame da falta do serviço.

Todavia, outra parte da doutrina não entende dessa maneira, adotando de modo único e inequívoco a responsabilidade objetiva do Estado, seja em razão de ato omissivo ou comissivo, lícito ou ilícito. Esse posicionamento foi o consolidado pelo Supremo Tribunal Federal²⁴, ao estabelecer os seguintes elementos componentes da estrutura da responsabilidade objetiva estatal:

a) a alteridade do dano; b) a causa material entre o evento damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) a oficialidade da atividade causal lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independente da licitude, ou não, do comportamento funcional; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade funcional estatal.

Da prepotência disso, é inegável que o Brasil não adotou um sistema misto de responsabilidade pública, devendo o Estado responder independentemente da constatação da culpa, sempre que seus agentes vierem a lesionar os administrados em razão do exercício das funções estatais. Portanto, a responsabilidade estatal

²² MELLO, 2012. *op. cit.*, p. 1029.

²³ AGUIAR, Ruy Rosado de Júnior. **A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional** no Brasil. Porto Alegre: AJURIS, 1993. p. 44.

²⁴ RE 109615-2, DJU 02/08/1996 RTJ 140/636; RTJ55/503; RTJ 71/99; RTJ 991/377; RTJ99/1155; RTJ131/417

objetiva é a regra geral, somente adotando-se a teoria subjetiva da responsabilidade quando o Estado vier a acionar o seu agente na via regressiva, de acordo com o assegurado na parte final do parágrafo 6º retro transcrito.

Apesar do aspecto supra, não é correto afirmar que o Brasil adotou a Teoria do Risco Integral. Pois, ainda que o dever reparatório do Estado seja vislumbrado também nas hipóteses de danos oriundos de sua omissão, há a possibilidade da aludida responsabilidade ser afastada diante da ocorrência de uma das causas excludentes de responsabilidade civil, conforme bem será demonstrado em seção seguinte.

3.3.3 A responsabilidade do Estado no Código Civil

Conforme já foi dito anteriormente, o Código Civil brasileiro de 1916 acolheu a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Entretanto, essa não é uma ideia pacífica na doutrina. Isso porque a forma como foi redigido o artigo 15 do texto legal mencionado, justifica a divisão desta: Enquanto alguns entendiam que havia a exigência da comprovação da culpa civil da Administração, outros já vislumbravam nele o respaldo legal para teoria do risco, abrindo margem para a aplicação da responsabilidade independentemente de culpa em alguns casos específicos.

Assiste razão a primeira dessas correntes doutrinárias, já que o artigo supramencionado não admitia a responsabilidade objetiva em quaisquer hipóteses.

Com o advento da Constituição de 1946 e o conseqüente acolhimento da teoria objetiva do risco administrativo, o artigo 15 ora analisado passou a ficar em segundo plano, já que estabelecia o oposto do que a nova carta magna trazia.

Tendo em vista que a teoria objetiva da responsabilidade civil estatal continuou a ser adotada por todas as Constituições que sucederam aquela, o nosso Código Civil tratou dessa responsabilidade de maneira equivocada durante muitos anos, à medida que continuou a vigorar neste a ideia de responsabilidade dependente da culpa. Essa contradição entre as normas legais perdurou até o ano de 2002, quando a promulgação do novo Código Civil colocou fim a todas as

discussões que envolviam a questão, ao ressaltar em seu artigo 43²⁵ o entendimento contido na carta magna vigente, nos termos que se seguem:

As pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

É notório que o dispositivo civil é plenamente compatível com o que dispõe o artigo 37, §6º da Constituição Federal, e, desse modo, não mais há justificativa para defender-se a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado com fundamento no Código Civil.

3.4 EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE PÚBLICA

Sendo certo que o ordenamento jurídico brasileiro respaldou a responsabilidade pública na Teoria do Risco Administrativo, deixando assim de acatar a ideia ilimitada de responsabilização contida na Teoria do Risco Integral, daí decorre que diante de algumas situações o Estado pode se esquivar da obrigação indenizatória ou tê-la atenuada. Com efeito, é justamente sobre estas que esse estudo se direcionará agora.

A doutrina tem elencado quatro hipóteses capazes de determinar a exclusão total ou parcial da responsabilidade estatal: A culpa da vítima, a culpa de terceiro e a força maior.

Apesar de todas essas já terem sido objeto de análise anterior, é importante tecer algumas considerações quando aplicadas diante de um caso envolvendo a responsabilidade do Estado.

²⁵ BRASIL. **Código civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

3.4.1 Culpa da vítima

Pode acontecer de alguém estar utilizando um determinado serviço público ou até mesmo encontrar-se em um prédio público e vir a sofrer alguma lesão em decorrência de ação propriamente sua. Cite-se, por exemplo, o caso de alguém que se atira perante uma ambulância pertencente ao Estado.

Apesar de certo modo vislumbrar-se a ocorrência de realização de serviço público e lesão ao particular, a causa não é idônea, conquanto tenha este concorrido para o evento danoso.

Na verdade, há a quebra do nexo de causalidade, à medida que não se pode estabelecer a referida conexão entre a atuação comissiva ou omissiva do agente público e o dano da vítima. Assim, sendo imprescindível para caracterização da responsabilidade civil que essa relação de causa e efeito exista, não há que se falar em dever reparatório do Estado. Ressalvando-se que, logicamente, essa afirmativa só é válida se a ação da vítima não pudesse ter sido objeto de previsão ou neutralização por parte do agente.

Por fim, destaque-se que a culpa da vítima pode ser atribuída de maneira exclusiva ou não em relação ao dano, ou seja, pode este vir a acontecer unicamente em decorrência dela ou ainda em razão da culpa concorrente entre esta e o ente estatal. No primeiro caso a responsabilidade pública é completamente ilidida, enquanto no outro é atenuada de modo proporcional ao que as duas partes, a vítima e o Estado, tenham contribuído para o dano.

3.4.2 Culpa de terceiro

A responsabilidade pode também ser afastada quando o dano puder ser atribuído, ou melhor, relacionado, a atuação de um terceiro e concomitante a isso não seja possível que esta seja objeto de neutralização por parte dos entes estatais. Em se tratando de responsabilidade pública, entende-se por terceiro qualquer pessoa estranha à administração pública, ou seja, que não possua vínculos com

esta. Em síntese, o fundamento dessa excludente é similar ao analisado no tópico acima.

3.4.3 Força maior

Em momento anterior deste trabalho, já se conceituou a força maior como uma causa conhecida, mas irresistível, a exemplo dos fatos da natureza. Assim, quando uma lesão puder ser atribuída a uma situação típica de força maior, o poder público ficará exime de responder. Mais uma vez o que justifica tal exclusão é a não configuração do nexos causal entre o ato estatal e o prejuízo sofrido pelo particular.

Merece especial relevo mencionar que o mesmo não pode ser aplicado no que tange ao caso fortuito. Isso se explica, conforme já esclarecido, em razão de no caso fortuito a causa do acidente danoso ser desconhecida ou ignorada e, portanto, quando relacionado ao Estado, implica no próprio funcionamento do serviço.

Cretella Júnior²⁶ resume bem essa diferença entre uma e outra causa quando aplicadas a responsabilidade pública:

O Direito Administrativo distingue o caso fortuito, cujo exemplo típico é o acidente mecânico, da força maior, cujo exemplo típico é o fato da natureza. No caso fortuito, em que a causa permanece desconhecida, diferentemente do que sucede na força maior, inexistente a possibilidade exoneratória quando a responsabilidade é fundada no risco.

Prestados esses esclarecimentos, deve-se frisar que em todas essas hipóteses de causas excludentes não há uma fórmula única a ser aplicada quanto à incidência ou exclusão da responsabilidade. Assim, faz-se necessário o exame das características e circunstâncias de cada caso concreto para perquirir se há ou não o dever reparatório do Estado.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo. vol. 8.** Rio de Janeiro: Forense, 1970. p.103.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DA INEFICIENTE PRESTAÇÃO JURISDICONAL

Após o estudo inicial sobre o instituto da responsabilidade civil e a responsabilidade pública, adentrar-se-á na questão que envolve a responsabilidade em razão de prestação jurisdicional ineficiente, objetivo maior do presente trabalho. Apesar de esta constituir-se uma subespécie do gênero responsabilidade do Estado, há muitas particularidades e controvérsias doutrinárias sobre o tema que merecem ser apreciadas.

4.1 A FUNÇÃO JURISDICONAL DO ESTADO E A ATIVIDADE JUDICIÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO

Primordialmente, cumpre mencionar que não há como tratar da responsabilidade do Estado em razão da deficiente prestação jurisdicional sem analisar os aspectos e conceitos que envolvem a Jurisdição.

A jurisdição é um dos maiores poderes subjetivos materiais conferidos pelo Estado aos seus cidadãos. Em linhas gerais, pode-se dizer que seria a jurisdição um “poder-dever” do Estado.

Nesse momento, é útil lembrar os ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco²⁷:

[...] dizer que a jurisdição é ao mesmo tempo poder, função e atividade. Como poder é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhe compete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.129.

Pode-se concluir que os objetivos da jurisdição são, antes de tudo, impedir o exercício da autotutela dos interesses individuais e assegurar o equilíbrio da vida em sociedade. Justamente por isso, se encarrega de fazer com que as leis sejam cumpridas e obedecidas.

Desse modo, conclui-se que a jurisdição se concretiza na aplicação da lei ao caso concreto. Porém, lembre-se que a jurisdição é inerte, por isso somente é exercida mediante provocação do interessado. Assim, ela materializa-se por meio do “processo”. Este é o único instrumento pelo qual o Estado, intermediado pelo Poder Judiciário, chama para si a responsabilidade de solucionar os conflitos de interesses surgidos entre os membros da coletividade.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, assegura que: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”.

Por meio do dispositivo constitucional supracitado, fica claro que a função jurisdicional deve ser exercida de forma exclusiva pelo Poder Judiciário. Como bem destaca Di Pietro²⁸:

O direito brasileiro adotou o sistema da Jurisdição una, pelo qual o poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides que a Administração Pública seja interessada.

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que a atividade judiciária trata-se de função jurisdicional do Estado, consistente na prestação de serviço público pelos respectivos agentes legalmente investidos.

Embora a doutrina não seja unânime quanto ao conceito e caracterização do serviço público, levando-se em conta que engloba tudo aquilo que for atribuição específica do estado, atenda ao requisito da generalidade e venha a atender as necessidades coletivas, não restam dúvidas que a atividade judiciária é espécie do gênero serviço público.

Nesse sentido, leciona Pacheco²⁹:

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 492.

²⁹ PACHECO, José da Silva. *Apud*, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 145.

[...] tendo sido usada a expressão serviço público, há que concebê-la como gênero, de que o serviço administrativo seria mera espécie, compreendendo a atividade ou função jurisdicional e também a legislativa, e não somente a administrativa do Poder Executivo.

Isto posto, sendo a tutela jurisdicional obrigatória e exclusiva do Estado, à medida que o mesmo veda o exercício de justiça de mão própria, e enquanto necessária e indispensável para a coletividade, já que se constitui como o meio pelo qual esta exige o cumprimento de seus direitos, é certo que o exercício desse mister constitucional gera responsabilidade para o Estado.

Ressaltando-se ainda que por constituir a função jurisdicional exercida pelo poder judiciário, uma função estatal, é dever de o estado assegurar o seu bom funcionamento. Por isso, o mesmo é responsável por reparar os prejuízos causados aos jurisdicionados que, buscando a referida prestação, venham a sofrer danos possíveis de ser indenizados, caracterizando-se assim a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.

Cretella Júnior³⁰ é conclusivo sobre esse assunto:

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.

4.2 ATOS JURISDICIONAIS E ATOS JUDICIÁRIOS

As ideias que remontam o princípio da separação de poderes são bastante remotas entre nós. Tendo sido iniciadas por Aristóteles, John Locke e aprimoradas por Montesquieu. Este elencava três formas de poderes oriundos do Estado: O poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. De acordo com ele, a cada um de tais poderes corresponderia funções determinadas e específicas.

No Estado Moderno essa teoria rígida foi sendo aos poucos mitigada, à medida que foi sendo preconizada a necessidade de cooperação, harmonia e

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 275.

equilíbrio entre os três poderes. É nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 deixa de pregar uma separação total dos poderes, explicando o ramo de atuação de cada um, mas sem evitar que de modo excepcional um pratique atos do outro. Em outras palavras, a Carta Magna cuidou em delimitar as atividades predominantes dos órgãos de cada um dos três poderes, mas admitindo a prática, por uns, de atos característicos de outros.

É nesse contexto que o Poder Judiciário desenvolve no dia-a-dia, tanto por meio do magistrado quanto de outros servidores do judiciário, uma série de atos de caráter administrativo, decorrentes da execução, estruturação ou administração dos serviços próprios do poder Judiciário. A esse tipo de ato, a doutrina atribuiu à denominação de Ato Judiciário. Diferindo-os assim dos atos jurisdicionais, que são aqueles praticados especificadamente pelo Juiz de Direito.

Quanto a esse ponto, são bastante esclarecedoras as palavras de Araújo³¹:

[...] teremos a atividade judicial 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.

Carvalho Filho³² também se preocupa em distinguir de modo efetivo essas duas espécies de ato, nos termos que se seguem:

As expressões atos judiciais e atos judiciários suscitam algumas dúvidas quanto a seu sentido. Como regra, tem-se empregado a primeira expressão como indicando os atos jurisdicionais do juiz (aqueles relativos ao exercício específico da função do juiz). Atos judiciários é expressão que tem sido normalmente reservada aos atos administrativos de apoio praticados no Judiciário. (...) Os atos jurisdicionais, já antecipamos, são aqueles praticados pelos magistrados no exercício da respectiva função. São afinal, os atos processuais caracterizadores da função jurisdicional, como os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças.

Apesar das distinções entre esses dois tipos de atos emanados do Poder Judiciário, é certo que tanto as atividades jurisdicionais em si quanto as de caráter

³¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 87.

³² CARVALHO FILHO, 2003, loc.

administrativo, são igualmente passíveis de ocasionar danos ao jurisdicionado, gerando assim o direito desse a uma justa reparação. Em razão disso, atualmente não mais há mais que se falar em responsabilidade do Estado apenas nos casos de atos judiciais, de modo a deixar o lesado de ter efetivada a justa reparação que lhe é devida em função de ato jurisdicional danoso.

4.3 O JUIZ COMO AGENTE DO ESTADO

Até o momento da promulgação da Carta Magna de 1988, muitos doutrinadores defendiam a tese de irresponsabilidade do Estado por atos judiciais. Argumentava-se que a expressão “funcionário público” trazida no artigo 107 da Constituição de 1969 (que era resquício do artigo 105 da Constituição de 1967 e artigo 194 da de 1946), para designar os sujeitos que agiam em nome do estado e cujos atos danosos implicariam a responsabilização deste, não poderia englobar a figura do Juiz.

Entretanto, cumpre ressaltar que mesmo durante o mencionado período já existiam doutrinadores que defendiam a responsabilidade do estado por atos judiciais, por entenderem que o Juiz se enquadrava na categoria de funcionário público contida nos dispositivos supramencionados, como também pelo fato de tal categoria englobar a figura do “agente público”.

Quanto a esse ponto, é importante destacar a conceituação de Meirelles³³ sobre o funcionário público, que claramente poderia ser atribuída ao juiz, qual seja:

[...] funcionários públicos são os servidores legalmente investidos nos cargos públicos da administração direta e sujeitos à norma do estatuto da entidade estatal a que pertencem. O que caracteriza o funcionário público e o distingue dos demais servidores é a titularidade de um cargo criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da entidade estatal em cuja estrutura se enquadre (cargo público).

A Constituição Federal de 1988 colocou fim em toda a discussão que existia em torno desse assunto, ao substituir a expressão “funcionário público” por “agente

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. 3º ed. 1975. p. 366.

público”, alargando assim as hipóteses de responsabilização do estado em decorrência de danos causados por pessoas que em nome dele desempenham funções próprias do poder público.

Mello³⁴ refere-se a essa expansão, *in verbis*:

[...] trata-se de uma noção alargada de funcionário público, uma vez que abrange, além dos ocupantes de cargos da Administração direta, também os ocupantes de cargos nas autarquias e fundações de Direito Público

De fato, essas palavras traduzem bem o que se extrai do artigo 37, §6º da Constituição Federal. Pois, engloba no termo “agente público” tanto às pessoas físicas que atuam em nome do Estado quanto àquelas que manifestam as vontades das pessoas jurídicas de direito privado quando prestadoras de serviços públicos.

Todavia, limitar-se-á apenas as primeiras, tendo em vista tratar-se o presente trabalho da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais e ser a atividade jurisdicional um monopólio estatal.

De um modo geral, agente público é toda pessoa física que possui prerrogativas jurídicas, conferidas pelo estado, a partir das quais servem ao mesmo, agindo em seu nome. Ou seja, é o particular que mantém relação de dependência e trabalho com o Estado.

Uma vez traçados os conceitos e limites do termo “agente público”, cabe agora esclarecer se deve ou não o magistrado ser enquadrado nesta categoria.

Para isso, deve-se antes de tudo considerar algumas questões: a) O estado somente exerce a sua função jurisdicional, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto, por meio de pessoa física legalmente investida para desempenhá-la; b) Os magistrados são titulares do exercício de prerrogativa estatal, à medida que exercem atividade pertinente a competência privativa do estado; c) Os magistrados prestam serviço de natureza profissional e não eventual; d) A independência conferida ao magistrado esta relacionada aos aspectos técnicos relativos à apreciação do Direito que lhe é submetido, à decisão judicial, e no que diz respeito à inexistência de subordinação hierárquica em sua jurisdição; e) O juiz é dependente do estado tanto por razões de ordem econômica quanto pelo fato de ter que obedecer aos

³⁴ MELLO, 2012. *op. cit.*, p.126.

provimentos oriundos dos Tribunais para o funcionamento das respectivas comarcas, na primeira Instância.

Apesar dos aspectos supra, em razão das classificações e divisões que alguns autores têm feito sobre os agentes públicos, muitas contradições tem surgido ao definir o juiz como pertencente ao grupo.

Mello e Di Pietro³⁵ subdividem o gênero agente público em três grandes grupos: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

Por outro lado, Meirelles considera que o gênero "agentes públicos" abarca os agentes políticos, componentes do primeiro escalão do Governo, "investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais" e inclui, nesta categoria, além dos Chefes do Poder Executivo, federal, estadual e municipal, seus auxiliares diretos e, também, os membros do Legislativo, da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, bem como dos representantes diplomáticos e autoridades que atuem "com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais" que não estão hierarquizadas e são sujeitas apenas "aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição"³⁶.

Para discutir de fato a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, é de pouca utilidade adentrar nas discussões sobre as subdivisões acima mencionadas. Já que, conforme foi dito, com relação às atribuições e características do cargo de magistratura, e sendo certo que o juiz atua em nome do ente estatal, após ser legalmente investido, e em atenção aos limites juridicamente previstos, ele é um agente público, independente de a qual subgrupo pertença.

Tal entendimento foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 228977/SP, publicado no Diário de Justiça de 12 de abril do ano de 2002, ao reconhecer os magistrados, como agentes públicos³⁷.

³⁵ MELLO, 2012. *op. cit.*, p. 222.

³⁶ MEIRELLES, 2010. *op. cit.*, p. 71-74.

³⁷ "enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica."

Desse modo, não resta dúvida que, para fins de responsabilidade do Estado, o magistrado é o agente público ao qual se refere o artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988. Portanto, deve esse dispositivo ser aplicado sempre que houver danos oriundos da atividade judicante e seja verificado o nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta do juiz.

Lenz³⁸ é conclusivo sobre esse assunto, ao declarar que a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade estatal decorrente do serviço público, devendo interpretar-se o art. 37, § 6 da Constituição Federal no sentido de que é obrigação do Estado responder objetivamente pelos danos ocasionados em decorrência da atuação judicial, em razão do Poder Judiciário exercer um serviço público e ser o juiz um agente público.

4.4 DEFEITOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE

Em suas mais variadas formas de manifestação, a atividade judiciária ou jurisdicional pode vir a causar danos aos jurisdicionados. Assim, não restando dúvidas quanto à obrigação do Estado de reparar esses danos, sempre que houver o nexo causal entre o prejuízo sofrido e a conduta da Pessoa Jurídica de Direito Público, faz-se necessário o equacionamento das hipóteses em que a ação de indenização pode ser impetrada. Até porque há certa restrição quanto aos tipos de atos passíveis de reparação.

4.4.1 Atividades jurisdicionais perfeitas e atividades jurisdicionais defeituosas

Primordialmente, é de grande valia esclarecer o que se pode chamar de atividade jurisdicional normal, perfeita ou correta, quer seja de caráter penal ou civil.

³⁸ LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.210, p.156-157, out./dez. 1997.

Araújo³⁹ utiliza de alguns pressupostos para caracteriza-la. São eles: a) O processo regular, de acordo com as exigências, prazos e formalidades legais, sem vícios, nulidades ou atos tendenciosos; b) A legitimidade das partes e a competência legal do órgão judiciário, magistrado singular ou colegiado; c) Uma decisão de acordo com o Direito vigente ou aplicável, e mais que isso, com a justiça cabível ao caso concreto, para que ela seja operante e não inócua; d) Uma decisão de pleno acordo com a prova dos autos, apurada na instrução processual, e que traduza o mais possível, em termos de direito, o que realmente aconteceu e que foi trazido ao exame do judiciário pelas partes litigantes.

Por outro lado, considerando o caráter abstrato da atividade judiciária e o fato de somente ser efetivada por meio de pessoas físicas (os magistrados e demais servidores judiciais) sujeitas a falhas e erros, é certo que não são raras às vezes em que os pressupostos acima elencados deixam de ser atendidos. Desse modo, surgem os atos jurisdicionais defeituosos que empenham a responsabilidade do Estado prevista no parágrafo único do artigo 107 da Carta Magna.

Sabe-se que a função jurisdicional é exercida por meio da prática de uma série de atos encadeados que culminam no momento de prolação da sentença. Assim, em qualquer dos momentos que antecedem a sentença, pode ser vislumbrado o defeito na atividade jurisdicional que pode vir a prejudicar o jurisdicionado.

Quanto a esses defeitos, Cretella Júnior⁴⁰ esclarece que:

Em qualquer das sentenças, penal ou civil, pode haver erros. Erros in procedendo e erros in judicando, enganos de boa fé do juiz no decorrer do julgamento, mas haverá casos em que o julgador, desempenhando anormalmente suas funções, viola os deveres inerentes ao cargo, decidindo com parcialidade, auferindo lucros, perseguindo, fazendo seu o processo. Aos atos jurisdicionais culposos, relativos à hipótese de errônea aplicação da lei, opõem-se os atos jurisdicionais dolosos, que envolvem o dolo, a fraude, a intenção nítida de estar procedendo em desacordo com o direito, querendo o resultado antevisto.

Isso posto, elenca-se a seguir as principais e mais conhecidas formas de atividade judiciária danosa, bem como as suas características próprias e o modo como podem ser vislumbradas durante o processo.

³⁹ ARAÚJO, 1981. *op. cit.*, p. 93.

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, 1970. *op. cit.*, p. 230.

4.4.2 O erro judiciário

Nos dias de hoje muito se tem ouvido falar sobre “erros judiciários”, sendo comum a menção a esse termo em noticiários, jornais e revistas. Isso se deve ao fato de que, infelizmente, esses vêm se tornando cada vez mais frequentes, seja devido o grande acúmulo de demandas judiciais, falhas na máquina judiciária, falibilidade dos servidores públicos encarregados de exercer a jurisdição estatal, dentre outras circunstâncias.

Todavia, nem sempre o termo em epígrafe é utilizado de maneira correta. Pelo contrário, na maioria das vezes é utilizado de forma bastante restrita, apenas para remeter-se aos erros judiciários de caráter penal, ou seja, para fazer alusão a alguém que sofreu condenação e posteriormente constatou-se que não era o culpado, a inexistência do crime ou ainda a existência de alguma das excludentes de ilicitude.

Não há como negar que de fato o erro judiciário penal é o que gera as consequências mais gravosas para o jurisdicionado, tendo em vista que é o mais passível de lesionar os seus direitos individuais à liberdade, a vida e a honra.

Todavia, também são passíveis de erros as demandas de caráter não penal e, portanto, o erro judiciário pode ocorrer também em outros ramos do direito como, por exemplo, no processo civil, trabalhista ou eleitoral.

Desse modo, é importante estabelecer um conceito prático de erro judiciário. Aguiar Júnior⁴¹, o faz nos seguintes termos:

O erro judiciário ocorre por equivocada apreciação dos fatos ou do direito aplicável, o que leva o juiz a proferir sentença passível de revisão ou de rescisão. Pode decorrer de dolo ou de culpa do Juiz, de falha no serviço ou, até mesmo se produzir fora de qualquer falta do serviço público. É um risco inerente ao funcionamento do serviço da justiça. Apesar da diligência e da extrema atenção dos magistrados e seus auxiliares, os erros podem surgir.

Em monografia sobre o tema, Hentz⁴² partilha desse mesmo entendimento. Ele afirma que o erro judiciário ocorre todas as vezes que o juiz declara o direito de

⁴¹ AGUIAR JÚNIOR. 1993. *op. cit.*, p. 39.

⁴² HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

um caso concreto, pautado em uma falsa percepção dos fatos, de modo que a sua decisão ou sentença diverge da realidade e entra em conflito com os pressupostos da própria justiça. Para esse jurista, as principais causas do erro judiciário são: a) erro ou ignorância; b) dolo, simulação ou fraude; c) erro decorrente de culpa; d) decisão contrária à prova dos autos; e) erro provocado não imputável ao julgador; f) errada interpretação da lei; g) erro judiciário decorrente de aplicação da lei.

Por tudo que foi relatado, pode-se dizer que o erro judiciário está caracterizado sempre que em sentença penal ou civil, ocorra equívoco gerado de forma dolosa ou mesmo por ignorância do servidor público. Assim, o erro é resultado do manejo não adequado dos princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 tratou de forma expressa da responsabilidade do Estado por erro judiciário, em seu artigo 5º, inciso LXXV: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Frise-se que se optou por entender que tal dispositivo se aplica tanto para os casos de erro judiciário em matéria criminal quanto em matéria civil. Portanto, resta conclusivo que em razão dos aspectos danosos ligados ao sistema judiciário e seus agentes, se houver a constatação de erro judiciário e denexo causal entre esse e o prejuízo sofrido pelo administrado, decorrendo ou não culpa do Estado, ele deverá efetivar a justa reparação, conforme preconiza a Teoria do Risco Administrativo.

São muitas as divergências doutrinárias que surgem da apreciação do tema ora analisado. Talvez a mais delicada de ser solucionada, diga respeito à segregação cautelar do cidadão em decorrência de processo criminal eivado de erro. Por isso, julga-se ser oportuno fazer alguns esclarecimentos.

É sabido que são muitas as formas que o Estado dispõe para promover a segregação de seus administrados e, dentre estas, encontra-se a prisão preventiva. Quando esta for manifestamente ilegal, não há dúvidas quanto à possibilidade de demanda reparatoria. Entretanto, se a prisão preventiva for legal, ou seja, obedecer aos pressupostos básicos, mas posteriormente ocorrer à absolvição do acusado, somente será possível requerer reparação se a mesma for pautada em negativa do fato ou autoria e na licitude do comportamento, ou seja, não pode o cidadão buscar

indenização havendo absolvição fundada em insuficiência de provas. É esse o entendimento de Aguiar Júnior⁴³.

Já em relação à prisão temporária, tendo em vista o seu objetivo específico de auxiliar na investigação criminal, a discussão se mostra ainda mais delicada, em razão da possibilidade de não resultar em ação penal posterior. Por considerar não ser de grande importância agora adentrar nas mencionadas discussões, limitar-se-á a mencionar a posição adotada, conforme as palavras de Kraemer⁴⁴:

A eventual segregação decorrente da prisão temporária apenas pode gerar o dever de indenização pelo Estado, quando a mesma for manifestamente ilegal (prisão temporária decretada sem estarem presentes os requisitos legais ou com absoluta ausência de fundamentação e/ou existir manifesto divórcio entre a fundamentação e os fatos colecionados pela autoridade inquisitorial. Admitir a generalização da responsabilidade do Estado na hipótese de não ajuizamento de ação penal, quando precedida de prisão temporária, acarretaria a inviabilidade da atividade de investigação.

4.4.3 Denegação da justiça

Outra hipótese de Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é a denegação da justiça. Sendo essa uma expressão bastante ampla, ela acaba por remeter a uma infinidade de situações e casos que poderiam ser assim caracterizados.

Diante disso, é importante desde logo buscar conceituar o referido termo, de modo a limita-lo da forma mais clara e objetiva possível, embora a mercê da complexidade e particularidade de cada situação com a qual se depara o judiciário.

Para Di Pietro⁴⁵, atribui-se denegação de justiça em todas as hipóteses em que, pelo defeituoso funcionamento do serviço judicial ou pela deficiência no exercício da função jurisdicional, ocorra omissão ou retardamento nessa prestação por parte do Poder Judiciário.

De um modo geral, a denegação de justiça ocorre quando o magistrado age ou se omite de maneira a transgredir o dever funcional que lhe é incumbido. Assim, resta caracterizada nas seguintes hipóteses: a) O juiz nega a aplicação do Direito; b)

⁴³ AGUIAR JÚNIOR. 1993. *op. cit.*, p. 39.

⁴⁴ KRAEMER, Eduardo. **A Responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 77.

⁴⁵ DI PIETRO, 1997.

o juiz nega a execução da sentença; c) O juiz negligencia o andamento de um processo.

Quanto à primeira das hipóteses supracitadas, é válido remeter-se ao artigo 126 do Código de Processo Civil⁴⁶:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

O dispositivo transcrito reafirma o posicionamento do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916⁴⁷, e é bastante claro ao elucidar que ao receber um caso concreto onde se pleiteia a aplicação de um direito, o Juiz não pode se escusar de proferir decisão. Assim, caso ele não cumpra com a obrigação inerente ao seu cargo, caracteriza-se a denegação da justiça.

Quanto à segunda hipótese, ao negar a execução de uma sentença, o Juiz está promovendo a desconstituição do direito nela garantido, tendo em vista que a sentença apenas “declara” o direito, somente sendo esse efetivado no momento de sua execução.

A Emenda Constitucional n.º45/2004, representou um avanço importante no que diz respeito à responsabilidade do Estado por condutas que se caracterizam em denegação da justiça, ao tornar expresso, por meio do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o direito a razoável duração do processo, quer seja ele administrativo ou judicial. Assim sendo, atribuiu-se ao mesmo o status de “Direito fundamental da pessoa humana”⁴⁸. Todavia, é válido lembrar que essa razoabilidade já era preconizada entre nós desde a incorporação no ordenamento jurídico pátrio do Pacto de San José da Costa Rica, tendo em vista que esse, em seu artigo 8º⁴⁹, prevê:

⁴⁶BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015

⁴⁷ Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

⁴⁸ Art. 5º, LXXVIII, CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O descumprimento do preceito constitucional acima mencionado acarreta o direito ao ressarcimento do dano que o administrado venha a sofrer em razão disso. Portanto, cabe ao lesionado, promover ação de reparação civil contra o Estado.

Em relação a essa responsabilidade oriunda de demora na prestação jurisdicional, é importante destacar as suas principais causas. São elas: a) A falta de meios materiais necessários para solução do litígio; b) insuficiência de magistrados e servidores judiciais perante o excesso de feitos; c) a não utilização de recursos tecnológicos ou a inadequação da máquina do judiciário; d) a desídia do magistrado; e) o emprego de medidas protelatórias seja pelas partes ou pelo próprio magistrado.

Diante da situação atual de sobrecarga do judiciário brasileiro, em razão do excessivo número de demandas, alguns defendem que o estado não pode ser responsável por danos oriundos da morosidade da prestação jurisdicional. Todavia, adotar esse posicionamento seria ir de encontro a preceito constitucional e admitir a violação do direito fundamental de duração razoável do processo.

Além disso, é inegável a atribuição do estado no que se refere a buscar os meios idôneos capazes de promover à agilidade dos processos e garantir o verdadeiro acesso à justiça, tendo em vista que esse vai muito além do exercício do direito de ação. Sendo certo que, em razão do monopólio de jurisdição exercido pelo estado, é de sua incumbência assegurar que a prestação jurisdicional ocorra em tempo hábil e útil.

À luz do exposto, não se pretende exigir a oferta de uma justiça “instantânea”, mas sim a necessidade de atender-se a um prazo que possibilite ao juiz analisar de forma cautelosa as minúcias e provas do caso, de modo a formar o seu livre convencimento. Porém, sem que seja ultrapassado o limite do razoável, já que, caso contrário, ocorrendo prejuízos ao cidadão, terá o estado o dever de repará-los.

Conclui-se assim que a denegação da justiça pode acarretar lesão aos administrados, e, por isso, sempre que essa for constatada, não há que se adentrar na questão dos elementos subjetivos ensejadores de responsabilidade civil. Uma vez que, como foi dito anteriormente, essa é regida pela Teoria do Risco

Administrativo e somente faz-se necessário que se caracterize o nexo causal entre a atuação estatal e o dano sofrido pelo cidadão.

Cretella Júnior⁵⁰ reitera todo esse entendimento:

Se o estado, responde, segundo antiga e reiterada jurisprudência, pelos movimentos multitudinários, ou pelo fato das coisas do serviço público, independentemente de culpa de seus agentes, com maior razão deve responder por sua omissão ou negligência em promover eficazmente ao serviço da justiça, segundo a necessidade dos jurisdicionados, que lhe pagam impostos e taxas judiciárias específicas para serem atendidos.

4.4.4 Dolo e culpa do juiz

É certo que a falta pessoal do magistrado, poderá ou não estar atrelada aos defeitos do serviço judiciário em si. Nesse momento, é oportuno tecer algumas linhas quanto aos danos sofridos pelos jurisdicionados em virtude de ato doloso ou culposo praticado pelo magistrado.

Verifica-se a ocorrência do dolo durante a prolação de uma sentença, sempre que ficar caracterizado um erro provocado de maneira intencional pelo Juiz a fim de prejudicar o particular (dolo direto) ou ainda quando assume a possibilidade desse resultado (dolo eventual).

Considerando que, no geral, a figura do dolo caracteriza algum dos delitos tipificados no Código de Processo Penal, além das suas consequências de caráter patrimonial relativa à responsabilidade do Estado, a sentença prolatada com dolo que vier a causar prejuízos também se constitui de ilícito penal.

Por outro lado, utilizando-se das noções doutrinárias a respeito da culpa, pode-se dizer que age o juiz de maneira culposa quando deixa de empregar atenção ou diligência de que era capaz, em face das circunstâncias, deixando de prever o resultado que lhe era possível prever, ou, ainda que o prevendo, supõe que não se realizaria ou poderia evita-lo. Ressalte-se ainda que a culpa pode manifestar-se de três modos: Negligência, Imprudência e Imperícia.

Restando comprovada a conduta dolosa ou culposa do Juiz, muito se discute quanto à possibilidade dele vir a ser responsabilizado, se deve ou não ser

⁵⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p. 39.

preliminarmente acionado para fins de reparação civil e ainda quanto à ação regressiva do Estado em face do mesmo. Todavia, diante de toda a complexidade que envolve essas questões e as conseqüentes divergências doutrinárias, elas serão objeto de estudo nas linhas posteriores. Sendo, por enquanto, oportuno esclarecer apenas que os atos jurisdicionais culposos ou dolosos praticados pelo magistrado são ensejadores de responsabilidade estatal.

4.5 APRECIÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS BRASILEIROS

Apesar do Brasil nunca ter acolhido de fato a tese da irresponsabilidade do Estado, muitos foram os avanços normativos ao longo dos anos, no sentido de buscar a justiça social e garantir a justa reparação daqueles que sofrem danos oriundos da atuação estatal. Acompanhando essa evolução, a Responsabilidade do Estado pelos Atos Jurisdicionais Danosos encontra respaldo tanto nos dispositivos gerais concernentes a responsabilidade estatal, quanto em algumas normas específicas.

Nas próximas linhas, buscará demonstra-se a compatibilidade da aplicação dos preceitos legais que versam sobre a responsabilidade estatal em si, nos casos em que se requeira a justa indenização dos prejuízos sofridos em razão de atividade estatal danosa. Ademais, serão também estudados os dispositivos que surgiram trazendo expressamente referência a este tema.

4.5.1 Constituição Federal – Artigo 37, § 6º e artigo 5º, inc. LXXV

Na terceira parte desta monografia, relatou-se que, a Constituição Federal de 1988⁵¹ manteve a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado no Brasil, pautada na Teoria do Risco Administrativo. Conforme dispõe o seu artigo 37, §6º:

As Pessoas Jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. Brasília: Senado, 2012.

qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como ficou demonstrado em tópico precedente, o serviço judiciário trata-se, inegavelmente, de um serviço público. Por isso, não pode o Estado esquivar-se de sua obrigação de reparação frente aos administrados em decorrência de atividade jurisdicional danosa, nos moldes do dispositivo transcrito.

Ressalte-se ainda que a Constituição atual empregou de modo geral e adequado o termo “agente”, a fim de abranger todas as pessoas a quem incumbe a realização de algum serviço público, seja ele de caráter permanente ou transitório.

Desse modo, colocou-se um ponto final na antiga discussão, da qual já tratou-se nesse trabalho, que envolvia caracterizar o magistrado como servidor público ou agente político, com o intuito de justificar a irresponsabilidade estatal em decorrência dos atos destes.

Outra referência constitucional sobre o tema ora em estudo encontra-se no seu artigo 5º, inciso LXXV, ao ditar que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado”.

Na verdade, esse dispositivo é menos abrangente do que o anterior, à medida que trata da responsabilidade estatal de modo específico nos casos de erro judiciário. Matéria também já tratada em linhas anteriores. É válido lembrar que apesar de existir na doutrina quem defenda a aplicação desse artigo somente em matéria penal, entende-se por aplica-lo também em matéria civil, tendo em vista que o erro judiciário esta propenso a ocorrer de igual modo nesse caso.

4.5.2 Código Civil – artigo 43

Durante muito tempo o Código Civil brasileiro tratou da responsabilidade estatal de maneira contrária ao que estabelecia os dispositivos constitucionais alusivos ao assunto. Isso se explica pelo fato da legislação civil ter continuado a adotar a responsabilidade dependente de culpa, enquanto a Carta Magna já adotava a responsabilização objetiva do Estado.

Em razão disso, muitos defendiam a irresponsabilidade do Estado quando não houvesse meios de comprovar a culpa do agente público. Contudo, não mais é

possível utilizar tal argumento, à medida que o Código Civil de 2002 ratificou o posicionamento sobre o tema e passou a ser plenamente compatível com os preceitos constitucionais.

É o que se extraí do seu artigo 43⁵², *in verbis*:

As pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

4.5.3 Código de Processo Penal – artigo 130

O Capítulo VII do Código de Processo Penal brasileiro, ao tratar de questões relacionadas ao instituto da Revisão Criminal, cuida também de prestar esclarecimentos quanto à indenização pautada na ocorrência de erro judiciário penal, previsto no artigo 5º, LXXV da Constituição Federal⁵³, dispendo em seu artigo 630 que:

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

§ 1º. Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º. A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada.

Os artigos 621 e 622 daquele mesmo diploma legal facultam ao particular buscar a revisão da sentença condenatória nas hipóteses lá elencadas, sendo possível instaura-se a referida revisão a qualquer tempo, desde que atendido os requisitos específicos necessários.

⁵² BRASIL. **Código civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

⁵³ BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

Quanto a esse assunto, merece transcrição as palavras de Camargo⁵⁴:

Reforça o artigo 630 do CPP a acertada ideia de que a inocência de um condenado, não reconhecida ao longo do processo penal, faz crer não ter funcionado adequadamente o serviço judiciário, e, decorrendo sua injusta condenação de erro para o qual não tenha colaborado, outra não poderá ser a solução, senão a justa reparação pelos danos sofridos, quer sejam materiais, quer sejam morais.

Por fim, frise-se que a indenização por condenação penal dotada de erro judiciário não dependerá necessariamente do instituto da revisão criminal, pois tratam de pretensões distintas. Na revisão, o objetivo principal é a desconstituição dos efeitos da sentença, enquanto na ação de reparação é a busca pelo estado anterior ao dano sofrido. Desse modo, caso a indenização não seja requerida na revisão criminal, nada impede que o seja através de ação própria, até mesmo porque o artigo 5º, inc. LXXV, CF, não vincula a indenização a este instituto penal.

4.5.4 Código de Processo Civil – artigo 133 e Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN) – artigo 49

O artigo 133 do Código de Processo Civil⁵⁵ possui a seguinte redação:

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.

A redação do artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional é praticamente a mesma, pois a única alteração se deu pela utilização da palavra

⁵⁴ CAMARGO, 1999. *op. cit.*, p. 91.

⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015

“magistrado” ao invés de “juiz”. Razão pela qual merecem ser tratados de forma conjunta nesse tópico.

De um modo geral, tratam os dispositivos mencionados da possibilidade do juiz vir a responder perante os jurisdicionados em razão de danos que vier a lhes causar por desvio de suas funções judicantes, sempre que for constatado que ele praticou atos funcionais com dolo, fraude ou ainda culpa grave.

No primeiro inciso dos artigos ora comentados, remete-se aos casos em que o juiz age de modo a transgredir a lei conscientemente, com o escopo de causar prejuízos às partes do processo. Muito embora conste a expressão “dolo e fraude”, entende-se que o dolo já abrange a fraude, pois não há como se cometer esta sem que se vislumbre aquele. Pode-se afirmar que fraude é o que traduz a ilegalidade do ato, enquanto o dolo é o caráter subjetivo por trás deste.

Já o inciso II, ao atribuir a responsabilidade pessoal do juiz sempre que, sem justo motivo, recusa, omite ou retarda providência a ser tomada, esta na verdade tratando dos casos em que este age de maneira culposa que acaba por remeter a falta de serviço ou o seu mau funcionamento.

Em relação ao parágrafo único, a exigência que há em seu bojo é um sofisma, já que, inegavelmente, o juiz sempre deverá ser responsabilizado se comprovado dolo ou culpa em sua conduta. Assim, mesmo que o lesionado deixe de cumprir com o que estabelece o referido texto legal, a responsabilidade daquele não restará ilidida.

Em virtude do que dispõe o art. 37, § 6º da Constituição Federal, o Estado é responsável de modo objetivo e direto por danos que seus agentes venham a causar no exercício de suas atribuições. Assim, somente nos casos especificados em lei, como nos dispositivos retro mencionados, poderia o magistrado responder de maneira indireta, por meio da ação regressiva.

Voltar-se-á tratar desse assunto mais adiante, em tópico específico sobre a responsabilidade pessoal do magistrado.

4.5.5 Lei de abuso de autoridade

O artigo 5º da Lei 4.898 de 1965 determina que se denomine como autoridade, para os fins daquela lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que de caráter transitório ou sem remuneração.

Nota-se que essa definição de autoridade comporta de modo inequívoco a figura do juiz. Portanto, é possível afirmar que os magistrados são autoridades passíveis dos rigores da lei em pauta, quando praticam atos danosos aos jurisdicionados.

Nos termos da lei ora apreciada, a autoridade pública que agir com excesso ou desvio de função, de modo a ocasionar constrangimento à liberdade, violação de domicílio ou correspondência, submissão do particular a custódia vexatória, atingindo a honra e o patrimônio, sujeitar-se-á a sanções na esfera administrativa e penal, ressaltando-se inclusive o direito a reparação pecuniária.

Por fim, quanto a essa relação entre a Lei de abuso de Autoridade e o tema estudado nesse trabalho, Camargo⁵⁶ descreve do seguinte modo:

Não há dúvidas no sentido de serem perfeitamente adequados os termos da Lei de Abuso de Autoridade à sistemática introduzida pela Carta Magna vigente, objeto de estudo anterior, ficando devidamente sedimentada no âmbito da primeira a obrigação de reparação pelo Estado dos prejuízos sofridos pelos cidadãos em geral, quando decorrentes de desvio ou abuso de poder dos agentes ou funcionários públicos.

4.6 TEORIAS DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS JURISDICIONAIS: FUNDAMENTOS E CRÍTICAS

Ao traçar um esboço histórico sobre o surgimento da responsabilidade civil do Estado, no capítulo precedente, destacou-se que durante muitos anos vigorou a teoria da irresponsabilidade do Estado, como reflexo do absolutismo e da aplicação do princípio “*the King can not wrong*” (o rei não pode errar).

⁵⁶ CAMARGO, 1999. *op. cit.*, p. 98.

Em relação aos atos jurisdicionais, as noções sobre a responsabilidade do Estado nos casos em que aqueles viessem a causar prejuízos aos administrados, também seguiam a referida tese de irresponsabilidade, tendo sido muitos os argumentos utilizados por Juristas e Doutrinadores nesse sentido. No Brasil, cite-se como defensores da irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais: Amaro Cavalcanti, Ruy Barbosa, Carlos Maximiliano, Carvalho Santos, Cirne Lima, Pontes de Miranda e Lopes Meirelles.

Diante da clareza do artigo 37, §6º da nossa Constituição, ao adotar expressamente à responsabilização objetiva, é inconcebível que ainda se propague qualquer corrente que sustente a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

Todavia, embora se acredite que, no mundo moderno, as teorias pró-irresponsabilidade estão tendentes a desaparecer, é de grande valia destrincha-las e conhecer os motivos que as sustentaram ao passo que se deve também rebatê-los.

4.6.1 A soberania do judiciário

É certo que a Soberania é indispensável à formação de um Estado, pois esse somente pode ser assim considerado se reunir os três elementos essenciais: a) O povo; b) O território e c) A soberania.

Em busca por argumentos que justificassem a escusa do estado em responder por danos decorrentes de atos jurisdicionais, alguns doutrinadores passaram a propagar a ideia que tais atos são uma manifestação da soberania do Poder Judiciário e, desse modo, haveria imunidade dos atos jurisdicionais danosos. Para os adeptos dessa teoria, aceitar a responsabilidade estatal nesses casos, equivalia a desrespeitar a soberania.

Na verdade, utiliza-se do escudo da soberania interna do Estado para inibir o direito do lesionado vir a pleitear a justa reparação que lhe é devida. Admitir isso seria, inegavelmente, contrastar com as ideias e prerrogativas de um Estado Democrático de Direito, como assim caracteriza-se o nosso.

Além disso, a teoria da irresponsabilidade pautada na soberania do judiciário também não merece respaldo, pois apenas o Estado é soberano como um todo e,

por isso, os três poderes que o compõe não são por si só soberanos, ainda que exerçam suas atribuições próprias em nome do mesmo. Em outras palavras, a Soberania é qualidade única do Estado e não das suas estruturas operacionais, de seus órgãos ou conjunto de órgãos.

Por fim, admitir tal argumento em relação aos atos jurisdicionais, seria o mesmo que admitir a irresponsabilidade do estado por todos os atos que praticasse, já que não é possível a prevalência de mais de um regime de responsabilidade estatal, ou seja, deve ser um regime único.

Diante de tudo que foi exposto, resta claro que essa teoria não possui nenhuma solidez. Razão pela qual, nos dias de hoje, quase não é mais defendida ao tentar eximir o Estado da responsabilidade civil por atos judiciários.

4.6.2 A coisa julgada

A concretização de um Estado Democrático de Direito exige, dentre tantas outras coisas, que haja segurança jurídica. Silva⁵⁷ traduz bem o que representa esse tipo de segurança mencionada, nos termos que se seguem:

Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.

Nesse sentido, foi justamente com o intuito de garanti-la, que a Carta Magna declarou em seu artigo 5º, inciso XXXIV que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O dispositivo mencionado, ao utilizar o termo “coisa julgada” pretendeu assegurar aquele instituto jurídico antes referido. Sendo assim, é válido nesse momento, prestar alguns esclarecimentos sobre esta.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica**. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.17.

A maior parte da doutrina divide a coisa julgada em duas espécies: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A primeira é aplicada a uma decisão que não comporta mais a possibilidade de impetração de recurso, ou seja, onde não mais pode ser exercida a jurisdição. Já a outra, reveste a sentença de mérito, tornando impossível de rediscutir a lide decidida por meio de um processo perante o poder judiciário. Em razão dessa diferença, pode-se dizer que apenas a coisa julgada material é atribuída o status de legítima e soberana coisa julgada e, portanto, incontestável.

Portanto, sendo inegável que a coisa julgada formal admite ser contrastada, a teoria da irresponsabilidade fundada na incontestabilidade da coisa julgada não merece ser acolhida. Some-se a isso o fato de existir a possibilidade da coisa julgada vir a ser desconstituída a qualquer tempo, no âmbito penal, por meio da revisão criminal, e, na seara cível, desde que não ultrapassado o prazo prescricional, através da ação rescisória. Representam, tais institutos jurídicos, de fato, uma limitação a *res judicata*, o que nos leva a conclusão de que esta não é absoluta, como os defensores da teoria ora em questão alegam.

Outra questão que vai de encontro ao defendido por essa teoria é o fato de que existem vários tipos de atos judiciais passíveis de causar prejuízos e muitos deles não são acobertados pelo manto da coisa julgada.

Ainda assim, mesmo quanto aos atos que comportam a *res judicata*, não seria razoável que prevalecesse a ideia rígida e formal desta em detrimento da ideia de justiça quando da comprovação de uma decisão judicial errada ou ilegal. Nessa perspectiva, Cretella Júnior⁵⁸ se pronuncia:

Entretanto, elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano, ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto.

Essas palavras transcritas servem também para refutar outro argumento que os adeptos da teoria pro-irresponsabilidade em razão da coisa julgada utilizam, relacionado à presunção de verdade, legalidade e justiça que esta traz para a lide. Pois, pode-se afirmar que, inegavelmente, essa presunção é relativa, tendo em vista

⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, 1970. *op. cit.*, p. 237.

que, como já foi dito, a ação rescisória e a revisão criminal admitem a prova em contrário. Em outras palavras, podem elidir a referida presunção.

Por fim, ressalte-se ainda que a rescisão da sentença não é requisito essencial para que o prejudicado venha a impetrar ação indenizatória em face do estado, já que tratam-se de lides diversas, autônomas e independentes.

À luz do exposto, fica claro que não há razões plausíveis que justifiquem deixar os jurisdicionados a mercê dos prejuízos causados pelo Estado em função da má administração da justiça, apenas para garantir a coisa julgada, pois esta não representa um valor absoluto e intransponível.

4.6.3 Independência do magistrado no exercício da atividade judiciária

Outra corrente doutrinária prefere defender a irresponsabilidade estatal baseada na ideia de independência dos magistrados no exercício da atividade judiciária. Para tratar desta, são necessários alguns esclarecimentos iniciais quanto ao significado e características dessa independência alegada.

É certo que é assegurado ao Poder Judiciário, bem como o Legislativo e o Executivo, a sua independência, conforme o artigo 2º da Carta Magna. Nesse sentido que surge a necessidade de ter ficado estabelecido, no artigo 95 daquele diploma legal, algumas garantias institucionais sobre o mesmo, assim como as garantias funcionais que permitem aos membros do Judiciário atuar de maneira imparcial.

Em razão disso, os autores falam em dois tipos de independência quanto ao Judiciário: A independência política e a independência jurídica. Aquela é a que tem por objetivo proteger o Poder mencionado da influência dos outros, estando ligada a ideia de autogestão da magistratura. Já esta, é responsável por assegurar que o magistrado desempenhe suas funções de modo imparcial, utilizando para tanto de uma série de garantias, a exemplo da vitaliciedade irredutibilidade de vencimentos, e também de vedações.

Os adeptos da teoria ora estudada entendem que admitir a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais danosos implicaria em restrição a essas garantias constitucionais ora comentadas. Ao passo que o Juiz teria a imparcialidade de suas

decisões comprometida por saber que estas poderiam dar ensejo à futura responsabilização do Estado e até mesmo sua, no caso deste vir a exercer o direito de regresso.

Consoante a isso, não se pode atribuir independência ao magistrado de modo irrestrito e absoluto, tendo em vista ser submisso a Carta Magna e todas as outras disposições legais que compõem o ordenamento jurídico e também pelo fato de possuírem o dever moral de exercer com competência todos os encargos que lhes são destinados. Portanto, não são plausíveis os argumentos utilizados pelos adeptos dessa teoria pró-irresponsabilidade.

Diniz⁵⁹ defende esse entendimento e acrescenta ainda que:

A independência da magistratura não é argumento viável para afirmar a irresponsabilidade do Estado, pois é precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz que a independência deste estaria assegurada. Não há oposição entre a independência do juiz e a responsabilidade estatal, uma vez que esta não atinge, de modo algum, a independência funcional do magistrado.

4.6.4 Falibilidade dos juízes

Dentre as teorias surgidas para justificar a irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais, talvez essa seja a mais carente de lógica jurídica e, por isso mesmo, a mais merecedora de críticas.

Os adeptos da chamada “teoria da falibilidade contingencial dos juízes” defendem que não deve ser atribuído ao Estado o encargo de responder por prejuízos decorrentes de atividade jurisdicional danosa já que se trata o Estado de ente abstrato e, dessa forma, o serviço judiciário somente pode ser efetivado por meio da pessoa física do Juiz, ser humano sujeito a falhar.

Acrescentam ainda que apesar de todo o procedimento público de seleção de magistrados, buscando garantir que o cargo seja atribuído aqueles com maior quilate moral e intelectual, ou seja, os mais habilitados, a sua condição humana se sobrepõe e, como diz inclusive um ditado popular: “Todo mundo erra”.

⁵⁹ DINIZ, 2005. *op. cit.*, p. 646.

Resumindo, pregam que os erros dos magistrados devem ser atribuídos a seu caráter humano e não a falta funcional, não sendo assim cabível pleitear-se indenização perante o Estado.

Admitir como verdadeiros os argumentos utilizados por essa parte da doutrina, seria ir de encontro às ideias de Direito e Justiça, pois se concluiria que todos os homens, dotados de falibilidade que são, seriam irresponsáveis pelos atos que viessem a cometer.

Além disso, a defectibilidade pode ser apresentada no exercício de qualquer atividade ou função, seja ela pública ou privada. Por essa razão, acatar o defendido por esses autores, seria uma grande afronta ao princípio da igualdade entre os funcionários públicos.

Por fim, ressalte-se que não é razoável atribuir ao cidadão que busca a tutela jurisdicional, o encargo de arcar com os prejuízos para os quais não contribuiu, apenas por terem sido resultados da atividade do Juiz.

4.6.5 Exigência de texto legal expresso

Outra tese que merece ser mencionada é a da irresponsabilidade estatal em razão da imprevisão de texto legal expresso. Seus adeptos partem da premissa de que a irresponsabilidade estatal é a regra e a responsabilidade a sua exceção. Desse modo, o Estado somente poderia ser acionado para fins de reparação em decorrência de ato jurisdicional danoso quando houvesse texto legal expresso que assim determinasse.

É notável que esse argumento seja resquício da antiga ideia propagada pelos Tribunais Franceses *“il n’y a pas de responsabilité sans texte”*. Lembre-se que há muito esta premissa foi abandonada para que se adotasse a tese da responsabilidade objetiva do Estado.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, estabelecendo expressamente à regra da responsabilidade objetiva do Estado, em seu artigo 37, §6º (já comentado em linhas anteriores), e assegurando o direito à indenização nos casos de erros judiciários, no artigo 5º, inciso LXXV (também já comentado), não há mais qualquer elemento que justifique a subsistência da teoria ora estudada.

4.6.6 Risco do serviço público assumido pelos jurisdicionados

Por força dessa teoria, afirma-se que sendo os jurisdicionados os responsáveis por escolher os seus gestores, devem assumir os eventuais riscos ocorridos no desempenho das funções destes.

Camargo⁶⁰ a resume nos seguintes termos:

Vale dizer, consideram que o Estado, em sua atuação organizacional, com suas funções voltadas ao bem comum da coletividade, ainda quando representado por seu membro tripartite, o Poder Judiciário, não visa a causar dano ao administrado, pelo que eventuais falhas e vicissitudes do sistema ou da própria atividade judiciária terão que ser suportados pelo jurisdicionado, que assumiu tal risco ao anuir ao próprio funcionamento do Estado. Restaria, pois, exonerado o Estado do dever reparatorio decorrente da defectibilidade na administração da justiça.

Na verdade, propõe-se que o jurisdicionado sujeite-se a uma compensação, no sentido de que os “erros” devem ser compensados pelos “acertos”.

Não há razão para que essa teoria seja sustentada, uma vez que, como é sabido, o Estado possui características e Personalidade Jurídica próprias, sendo apto, portanto, a assumir os riscos oriundos do exercício de suas atividades, incluindo-se a atividade judiciária.

4.6.7 Magistrados não são funcionários públicos

Preleciona essa doutrina não ser possível atribuir responsabilidade ao Estado por atos judiciários danosos em virtude de não caracterizar-se o magistrado um funcionário público. Não assiste razão a tal proposição, por todos os motivos que já foram elencados no item 3 desse mesmo Capítulo, os quais Diniz⁶¹ brilhantemente sintetiza:

⁶⁰ CAMARGO, 1999. *op. cit.*, p. 98.

⁶¹ DINIZ, 2005. *op. cit.*, p. 646.

O termo 'agente', empregado no art. 37, § 6º, da nova Constituição, abrange todos os que agem em nome do Estado. [...] E, com maior razão, também os juízes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhes tiram o caráter de funcionário, lato sensu.

4.7 DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

Já foi demonstrado em momento anterior que a atividade judiciária pode vir a lesionar os jurisdicionados de várias maneiras, seja em razão de atos do próprio juiz, de outros servidores ou ainda por questões sistemáticas. Detalhadamente, também já se cuidou de esclarecer a necessidade de responder o Estado perante os prejuízos causados, de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como os preceitos legais que sustentam essa tese.

À luz do exposto, é cabível tratar da Ação de Indenização, tendo em vista que representa o instrumento que possibilita a efetiva reparação da lesão sofrida e caracteriza-se como um direito do prejudicado.

Este direito pode ser personificado de duas maneiras: a) Com natureza de processo de conhecimento, onde à necessidade de provar os fatos que constituem o direito ora alegado, perseguindo-se as fases postulatórias, instrutória e decisória; b) com natureza de Execução, nos casos que envolvam erros penais reconhecidos em sede de revisão criminal.

Ressalte-se que em nenhuma hipótese o direito de ação do lesado ficará condicionado ao prévio esgotamento das instâncias administrativas, pois não há qualquer texto legal que contenha determinação nesse sentido. Além disso, é fato incontroverso que a Constituição Federal preceitua não poder ser excluída da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

4.7.1 Da indenização

Carvalho Filho⁶², em seu Manual de Direito Administrativo, caracteriza de modo bastante claro e preciso a indenização como sendo o montante pecuniário que traduz a reparação do dano. Corresponde à compensação pelos prejuízos oriundos do ato lesivo.

É justamente por trazer a ideia de compensação que deve a indenização ser a mais ampla possível, de modo a possibilitar o retorno ao estado “quo antes”. Assim, deve ser constituída do que efetivamente a vítima perdeu (incluindo-se as despesas necessárias) e o que deixou de ganhar em decorrência direta e imediata do ato danoso.

Em outros termos, deve a indenização ser composta pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes. Devendo ainda, quando for o caso, somar-se a estes os juros de mora e a correção monetária, conforme dispõe o Código Civil brasileiro. Lembrando ainda, que o ordenamento jurídico pátrio garante a indenização por danos morais.

4.7.2 Das condições da ação e dos pressupostos processuais

A atual sistemática processual determina que são condições da ação: a) a legitimidade das partes; b) o interesse processual e c) a possibilidade jurídica do pedido. Nesse tópico, analisar-se-á cada uma delas com relação à ação de indenização por atos judiciais danosos.

Considera-se legitimado para impetrar o tipo de ação em comento, ou seja, para ser o autor desta, o próprio lesado ou seu representante, nos termos da lei, ou o sucessor, nos casos em que se admite a transmissão por morte, conforme disposto no artigo 1.526 do Código Civil. Quanto ao polo passivo da demanda, há algumas divergências doutrinárias que surgiram em razão do estabelecido no artigo 37, §6º, 2º parte, pautadas no direito de regresso do Estado em face do agente

⁶² CARVALHO FILHO, 2012. *op. cit.*, p. 572.

causador do dano. Estas serão tratadas oportunamente mais adiante, cabendo deixar claro desde agora que se entende ser legitimada a fazenda pública do nível de governo equivalente ao órgão judiciário do qual emanou o ato danoso.

No que se refere ao interesse processual, este se verifica quando o lesado não dispor de outro meio para obter a sua pretensão reparatória. Desse modo, pode ser visualizado em todos os casos relacionados ao tema estudado, já que o Poder Público reiteradamente furta-se à solução administrativa das lides em que é parte.

Por fim, subtrai-se a possibilidade jurídica do pedido do artigo 37, §6º da Carta Magna, já estudado em linhas anteriores.

4.7.3 Da prescrição

Em poucas palavras, a prescrição é a “perda do direito de ação”. Trata-se do instituto jurídico por meio do qual um ato primordialmente ilegítimo vem a torna-se legítimo em razão de ter decorrido um prazo determinado por lei.

O artigo 206, §3º, inciso V, do vigente Código Civil, estabelece o prazo prescricional de três anos para as pretensões de reparação civil, ou seja, o lesionado por ato de terceiro deve buscar a reparação do dado sofrido em até três anos, pois após esse período a pretensão indenizatória restará prescrita e, portanto, não mais poderá ser deflagrada.

O dispositivo em comento aplica-se de maneira geral à reparação civil, por isso, é aplicado tanto para as pessoas públicas quanto as de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Resta conclusivo, portanto, que a Prescrição da Ação de Indenização em face do Estado em razão de ato jurisdicional danoso é trienal.

4.7.4 Da ação regressiva contra o agente

O artigo 37, §6º da Constituição é responsável por assegurar o Direito de Regresso do Estado em face do seu agente que vier a causar dano aos

jurisdicionados, quando este tiver agido de forma dolosa ou culposa. Isto é, o Estado tem direito de dirigir contra ele a sua pretensão indenizatória.

Sendo inegável que o magistrado é um agente público, como bem se demonstrou no item 3 desse mesmo capítulo, se sujeita a essa possibilidade de ser acionado pelo Estado, em sentido regressivo, nos termos do dispositivo legal ora mencionado. Todavia, frise-se que é imprescindível para tanto que haja a comprovação de que sua conduta foi dolosa ou culposa.

É evidente que é ônus do Estado, ao impetrar a ação regressiva em face do seu agente, provar o dolo ou a culpa deste. Tanto é assim que nos casos que envolvem culpa anônima do serviço, nos quais não é possível identificar-se o agente causador do dano, mesmo o Estado sendo obrigado a repará-lo, em função da responsabilidade objetiva, é impossível vir a exercer o regresso contra qualquer dos seus agentes.

Nesse sentido, sendo imprescindível que haja individualização do agente e do caráter subjetivo do seu ato, com relação aos magistrados, não há direito de regresso em face das decisões dos Órgãos Colegiados como no caso de decisões dos Órgãos Especiais, dos de Segunda Instância e Tribunais Superiores.

Outro ponto que merece destaque envolve o momento em que nasce de fato o direito regressivo do Estado. Apesar da doutrina e da jurisprudência não serem unânimes quanto a esse aspecto, é de pouca relevância para esse estudo adentrar em tais divergências. Razão pela qual se limitará a falar da tese adotada, que defende o nascimento do direito de regresso apenas a partir do momento que o Estado paga a indenização ao particular. O que equivale a dizer que a condenação do Estado, ainda que transitada em julgado, por si só, não o legitima a impetrar o regresso. Admitir o contrário seria aceitar que o Estado poderia postular ressarcimento mesmo sem ter sofrido efetivamente prejuízo. É o que também defende Carvalho Filho⁶³.

Anote-se ainda que esse referido direito atribuído ao Estado não impossibilita que este venha a tomar medidas de caráter administrativo em face do agente, como, por exemplo, o seu afastamento, se assim for necessário para garantir a boa prestação do serviço público.

⁶³ CARVALHO FILHO, 2012. *op. cit.*, p. 578.

4.7.5 Da denunciação à lide

Dispõe o artigo 70, inciso III do Código de Processo Civil que: “É obrigatória à denunciação à lide àquele que estiver obrigada, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

É notório que o referido instituto jurídico representa uma ação condenatória secundária, ajuizada no curso de outra ação principal também condenatória. Ou seja, na verdade, duas lides serão processadas de modo simultâneo e, assim, julgadas em sentença única. Ressaltando-se que por sua característica secundária, à denunciação a lide só será apreciada se o denunciante for vencido pelo mérito na ação principal.

Conforme já se relatou no tópico acima, o artigo 37, §6º da Carta Magna deixou claro que é atribuído o Direito de Regresso ao Estado em face de seu agente que vier a provocar dano ao jurisdicionado oriundo do desempenho de suas funções, nos casos de dolo ou culpa. Diante disso, como o servidor tem o dever de indenizar o Estado se, agindo dolosamente ou culposamente, deu causa ao dano e sendo a ação de indenização procedente, alguns defendem que ele deveria ser denunciado à lide.

Outra corrente defende a ideia da existência de um litisconsórcio facultativo, por entender que se o Estado requerer a denunciação o juiz deve acolher o pedido e determinar que o agente responsável venha a integrar a lide, mas também é possível que se o Estado deixar de requerer a denunciação, posteriormente vir a demandar contra o agente em uma ação autônoma.

Mais coerente é a impossibilidade da aplicação do instituto ora estudado nas ações de indenização por ato jurisdicional danoso. Tendo em vista que o pedido do particular é fundamentado na responsabilidade objetiva do Estado e já o pedido deste em face do seu agente é baseado na verificação de dolo ou culpa, ou seja, a responsabilidade é subjetiva.

Meirelles e Mello corroboram desse mesmo entendimento. Carvalho Filho⁶⁴, por sua vez, também o defende:

⁶⁴ CARVALHO FILHO, 2012. *op. cit.*, p. 577.

[...] não teria cabimento desfazer indiretamente o benefício que a Constituição outorgou ao lesado: se foi ele dispensado de provar a culpa do agente, não teria cabimento que, no mesmo processo, fosse obrigado a aguardar o conflito entre o Estado e seu agente, fundado exatamente na culpa.

Em suma, não é cabível a denunciação à lide do agente causador do dano, pois o contrário seria introduzir um novo fundamento estranho à causa da ação principal, o dolo e a culpa.

5 CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil muito evoluiu com o passar dos anos, de modo a acompanhar as várias transformações sociais. Pode-se afirmar que caminhou sempre no sentido de promover a justa reparação dos prejuízos patrimoniais causados aos cidadãos e, posteriormente, culminou na busca pelo reestabelecimento do equilíbrio moral afetado pela atitude lesiva de alguém.

O Estado sendo um sujeito de direitos é também sujeito de obrigações e, desse modo, conforme ocorre com os particulares, deve arcar com a reparação dos danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades.

Admitir a ideia da irresponsabilidade estatal, calcada nas características do estado absolutista, seria negar o Estado Democrático de Direito, uma vez que é pressuposto desse a submissão de todos os entes que o compõe ao ordenamento jurídico que lhe é próprio.

Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, não restou dúvidas quanto à adoção da responsabilidade civil objetiva do estado fundada na teoria do risco administrativo, conforme se subtrai do seu artigo 5º, §6º. Assim, o ente público tem obrigação de promover a reparação dos prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, causem aos administrados, mas esta pode ser ilidida diante das causas excludentes de responsabilidade, razão pela qual se pode afirmar que nosso país não adotou a teoria do risco integral.

Apesar de surgirem algumas divergências quanto à aplicação do referido preceito constitucional nas hipóteses de danos oriundos da atuação jurisdicional, é certo que esta se constitui em um serviço público e, portanto, é abarcada pelo mesmo. Além disso, tanto os magistrados (apesar das prerrogativas legais que possuem) quanto os demais servidores judiciários são considerados agentes públicos, o que justifica também poder ser acionados em via regressiva de acordo com o estabelecido pela norma constitucional ora analisada.

O poder público deve reparar os prejuízos patrimoniais e morais oriundos da atuação dos agentes do poder judiciário no desempenho de suas funções, quer sejam caracterizados como típicas, ou seja, relacionadas à jurisdição propriamente dita, quanto atípicas, aquelas de caráter administrativo. Isso porque tanto de um

modo como do outro, vislumbram-se hipóteses ensejadoras de lesões aos jurisdicionados.

Nessa pesquisa, demonstrou-se que a atuação jurisdicional pode ser considerada ineficiente não somente no caso de erro judiciário em sentido estrito, mas também nos casos de erros procedimentais e nas hipóteses em que os administrados são vítimas da defectibilidade e falibilidade do serviço.

Pela aplicação da Teoria objetiva, não há a necessidade de constatar-se a culpa do servidor público, devendo o estado reparar o dano sempre que constatar-se o nexó causal entre este e a sua atuação. Cabe ao Estado, desse modo, acionar o magistrado ou outro servidor jurídico, em ação regressiva, se tiverem agido dolosamente ou culposamente.

É dever do Poder Judiciário exercer suas atividades em observância com as normas jurídicas vigentes, promovendo a justiça e o equilíbrio social. Nesse sentido, todas as vezes que desviar-se dessa missão, cabe ao Estado, enquanto mentor da ordem pública, reparar o dano sofrido pelo administrado.

Sob a ótica do Regime Democrático de Direito e tendo em vista que o serviço judiciário é espécie do gênero serviço público este deve ser desempenhado com a mesma cautela e eficiência que os outros. Não se poderia admitir que os cidadãos fossem obrigados a conformar-se com os prejuízos decorrentes da atuação jurisdicional ineficiente, pois esta não seria uma posição pautada nos ideais de justiça disseminados e defendidos durante tantas décadas.

A doutrina e a jurisprudência evoluíram bastante no reconhecimento das premissas defendidas nessa pesquisa, portanto, hoje estas se constituem em posição majoritária sobre o tema ora apreciado, diferentemente do que se dava alguns anos atrás.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional** no Brasil. Porto Alegre: AJURIS, 1993.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ARAÚJO, Francisco Monteiro de, et al. **A Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais**. Revista Acadêmica da FACECA – RAF, v. 1. n.8, pag. 42-56, jan.dez/2010. Disponível em: <<http://www.faceca.br/revista/index.php/revisiniciacao/article/view/125>>. Acesso em: 03 jan. de 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, André Luis Jardini. **Da Responsabilidade do Estado quanto ao erro judiciário na sentença penal absolutória**. 2008; 113 f; Dissertação de Mestrado; Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp068288.pdf>> Acesso em: 04 jan. de 2015.

BARROSO FILHO, José. **Responsabilidade do Estado decorrente de atos judiciais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2454>>. Acesso em: 03. jan. 2015.

BRASIL. **Código Civil, 1916**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm> Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 35. ed. Brasília: Senado. 2012

_____. **Decreto nº 24.216**, de 9 de Maio de 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24216-9-maio-1934-515151-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

_____. Lei No 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 jul. 2014.

CAMARGO, Luís Antonio de. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

COPOLA, Gina. **A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. Boletim de Direito Administrativo [recurso eletrônico], São Paulo, v. 24, n. 6, p. 689-700, jun. 2008. Disponível em: http://dspace.xmlui/bitstream/item/7269/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1> Acesso em: 03. jan 2015.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo. vol. 8.** Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CRETELLA JÚNIOR, José.. **O Estado e a obrigação de indenizar.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil. vol. 1.7.** ed. São Paulo: Forense, 1983.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. vol. 4. 6.** ed. Salvador: jusPODIVM, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. VII.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: RT, 1993.
FERRARI, Paola Nery. **A responsabilidade do estado decorrente de atos jurisdicionais como mecanismo de efetivação do Estado Democrático de Direito.** 2009; 159 f; Dissertação de Mestrado; (Programa de Pós Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em:
<<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19180/Paola.pdf;jsessionid=5A85C7CEC02FC25646942D585DD28879?sequence=1>> Acesso em: 03 jan. de 2015.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade Civil do Estado Juiz.** Curitiba: Juruá, 1995.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 3.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

KRAEMER, Eduardo. **A Responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.210, p.156-157, out./dez. 1997.

LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 823, 4 out. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7381>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. 3º edição. 1975.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Meirelles, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4º edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de Processo Civil Comentado** – versão universitária. São Paulo: Atlas, 2012.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOURA FILHO, Colemar J. de; Medeiros, Fabiana. Revista da OAB Goiás. Ano XIV. nº 50. Disponível em: <<http://www.oabgo.org.br/Revistas/50/juridico4.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**. 5. ed. Salvador: jusPODIVM, 2012.

PACHECO, José da Silva. *Apud*, GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6º edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C..In: **Indenização: erro judiciário e prisão indevida**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5642>>. Acesso em: 03. jan. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. **Emendas absurdas ao Código Civil**. Em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/absncc.htm>>. Acesso em: 10 de Janeiro de 2015

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Cristiane de Brito. **Responsabilidade Civil do Estado pelo ato judicial da antecipação da tutela**.; 2004; 58 f; Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Direito) - Universidade de Fortaleza. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=927> . Acesso em: 03 jan. de 2015.

RODRIGUES, Pedro Ivo Campos. **Responsabilidade civil do estado diante de atos judiciais que lesionam direitos dos administrados**; 2012; Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Direito) - Centro Universitário do Estado do Pará. Disponível em <<http://br.monografias.com/trabalhos3/responsabilidade-civil-atos-judiciais/responsabilidade-civil-atos-judiciais.shtml>>. Acesso em: 03 jan. de 2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. v.4**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica**. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). Horizonte: Fórum, 2004. p.17.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VASCONCELOS, Terezinha Pereira de. **Responsabilidade Civil do Estado por atos jurisdicionais**. Disponível em:

<http://www.iunib.com/revista_juridica/2014/05/07/responsabilidade-civil-do-estado-por-atos-jurisdicionais/>. Acesso em: 04 jan. 2015.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2010.