

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAOLA NERY FERRARI

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS
JURISDICIONAIS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CURITIBA

2009

PAOLA NERY FERRARI

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS
JURISDICIONAIS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito,
como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre, área de concentração em
Direito do Estado, da Universidade Federal
do Paraná.**

**Orientador:
Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

PAOLA NERY FERRARI

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DECORRENTE DE ATOS JURISDICIONAIS
COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração de em Direitos do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2009.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pela paciência interminável.

Ao meu marido, pela compreensão cega.

Ao meu orientador, pela generosidade absoluta.

*A todos os amigos, que, em certo momento,
deste trabalho, ainda que sem vontade, viram-se
envolvidos e não me negaram atenção.*

RESUMO

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que lhe dá a obrigação de respeitar as normas vigentes no ordenamento jurídico, fruto do processo democrático. Nesta condição, Ordenamento Jurídico Pátrio disciplina o dever de responsabilização objetiva do Estado quando seus agentes causarem prejuízos a particulares. Em que pese o art. 37, § 6.º, da Carta Fundamental referir-se a agentes públicos de modo lato, o Supremo Tribunal Federal têm afirmado em seus julgamentos que os Magistrados não estão subsumidos à Teoria da Responsabilidade Objetiva, pairando sobre eles a regra da Irresponsabilidade (RE 32.518/RS, 228.977/SP, 12.4.2002, 111.609/AM, 219.117/PR, RE 216.020/SP). Os juízes ao desempenharem a função jurisdicional podem causar prejuízos a particular, dano que, eventualmente, deve ser reparado pelo Estado, quando restar estabelecido o nexo de causalidade entre o prejuízo e a atuação do agente público. Embora se aplique o raciocínio da responsabilidade objetiva aos danos decorrentes da função jurisdicional, alguns cuidados são necessários, uma vez que uma demanda ao ser apreciada pelo Judiciário sempre terá uma parte sucumbente, o que não necessariamente lhe autorizará a solicitar reparação Estatal. Negar o dever de o Estado se responsabilizar pelos prejuízos decorrentes da atuação jurisdicional acaba por desconstituir a forma de Estado Democrático de Direito assumida pelo Brasil.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Função jurisdicional. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

Brazil is a Democratic State of Law. As such, it is obliged to respect the current standards from the legal planning, which are the result of the democratic process. In this condition, the Brazilian legal planning disciplines the duty of charging the State strict liability when a public servant causes damages to private persons. Despite the article 37, 6th paragraph, of the Fundamental Law, that refers to public servants *lato sensu*, the Supreme Court has stated in its trials that magistrates are not to be ruled by the Theory of The Strict Liability, being applied to them the Irresponsibility Rule instead. In the exercise of the judicial function, judges may cause damages to private persons. These damages shall eventually be repaired by the State, but only when the causality between the damage and the professional performance of the public server is established. Although the reasoning of the strict liability is applied to damages arising from the jurisdictional function, some cares are needed since in any legal action, when analyzed by the Judiciary power, will always have someone impaired by the decision, which is not necessarily enough to authorize that person to appeal the State for reparation. Exonerating the State of any responsibility for the damages arising from the judicial function, is also disqualifying the character of the Democratic State of Law embraced by Brazil.

Key-words: Democratic state of law. Judicial function. Liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I - A FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
1 A QUALIFICAÇÃO DO ESTADO COMO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS NA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO	12
1.1 TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO	22
1.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL	28
1.3 REFLEXOS DO IDEAL DEMOCRÁTICO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	34
1.3.1 Ativismo Judicial	41
1.3.2 Jurisdição Constitucional	42
1.3.3 Autolimitação	48
PARTE II ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	58
2.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	65
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	69
2.2.1 Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade Civil do Estado	76
2.2.2 Agente Público	79
PARTE III - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS	
3 FUNDAMENTOS DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL	85
3.1 SOBERANIA DO PODER JUDICIÁRIO	85
3.2 INDEPENDÊNCIAS DO MAGISTRADO OU INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA	87
3.3 FALIBILIDADES DOS JUÍZES	88

3.4	EXIGÊNCIA DE TEXTO LEGAL EXPRESSO	89
3.5	RISCO ASSUMIDO PELO JURISDICIONADO	91
4	COISA JULGADA	93
4.1	EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DA COISA JULGADA	96
4.2	COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	98
4.2.1	Declaração de Inconstitucionalidade Posterior ao Julgamento	101
4.2.2	Inconstitucionalidade Previamente Declarada	104
5	ATIVIDADE JUDICIÁRIA DANOSA	107
5.1	DEVIDO PROCESSO LEGAL	107
5.2	ERRO JUDICIÁRIO	110
5.3	DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA	114
6	APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	122
6.1	DIREITO DE REGRESSO	126
	CONCLUSÃO	133
	REFERÊNCIAS	138
	ANEXO - ACÓRDÃOS STF	145

INTRODUÇÃO

A caracterização de um Estado como de Direito depende, do respeito ao princípio da legalidade, e todas as relações, sejam elas estabelecidas entre particulares ou entre estes e o Estado, devem estar pautadas nas prescrições normativas¹.

Dessa forma, o Brasil, ao se declarar Estado Democrático de Direito, faz com que todos os seus indivíduos, inclusive o Poder Público, submetam-se às imposições de direitos e deveres constantes no ordenamento jurídico vigente, garantindo, assim, uma segurança maior aos membros componentes da sociedade.

Se não existem sujeitos fora do Direito, ou seja, se nenhum particular, nem mesmo o Estado pode deixar de observar a lei, devendo respeitar os direitos e as obrigações impostos pelos diplomas legais, não há sujeitos que possam ser considerados irresponsáveis.²

Diante de tal obrigação, todas as atividades (omissivas ou comissivas) causadoras de danos à pessoa devem ser coibidas, surgindo para o sujeito ativo o dever de reparação dos prejuízos indevidamente causados.

Para Alice Gonzáles Borges, a responsabilidade civil do Estado é consequência lógica e inevitável do Estado de Direito, sendo, portanto, um dos seus fundamentos³.

Corolário do exposto é que prevê o Código Civil Pátrio, editado em 2002, no seu artigo 927:

¹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.71.

² ZOCKUN, op. cit., p.72.

³ BORGES, Alice Gonzales. A responsabilidade civil do estado à luz do código civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.19.

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

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

Porém, no que se refere aos danos causados pelo exercício de funções do Estado, a matéria deve observar dispositivo específico, qual seja, o artigo 37 § 6.º da Constituição Federal:

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.

Muito embora a previsão constitucional determine a obrigatoriedade de o Estado reparar os prejuízos causados pelos sujeitos ali elencados, o tema torna-se enormemente controvertido quando se põe em discussão estar ou não a cargo do Estado o pagamento da prestação indenizatória, na hipótese de os prejuízos serem decorrentes do exercício da atividade jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal⁴ e o Superior Tribunal de Justiça⁵, ao se debruçarem sobre a temática, têm, na maior parte de seus julgados, admitido a responsabilidade do Estado apenas nas situações que envolvem erro cometido no

⁴ Apenas à guisa de exemplo do entendimento registrado, traz-se a colação a decisão prolatada no curso do RE 505393 – Pernambuco, Julgamento Realizado em 26/06/2007, Ministro Relator Sepúlveda Pertence.

⁵ Apenas à guisa de exemplo do entendimento registrado, traz-se a colação a decisão prolatada no curso do RESP 457558 – São Paulo, Julgamento Realizado em 16/08/2007, Ministro Relator Castro Meira; AGRESP 723035 – Rio Grande do Sul, Julgamento Realizado em 03/08/2006, Ministro Humberto Martins.

curso de demandas da esfera criminal, nos moldes estabelecidos pelo art. 5.º, inciso LXXV, da Constituição Federal⁶.

Ante a impossibilidade de o Estado Democrático de Direito conformar-se com a existência de sujeitos irresponsáveis pelos danos que causarem a terceiros é que encontra utilidade o presente estudo.

O objeto do presente trabalho é a delimitação das situações que devem obrigar ao Estado a restituir a pessoa vítima, dano proveniente de ato jurisdicional.

A pesquisa desenvolvida foi dividida em três partes principais, a primeira destinada ao estudo do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na atuação jurisdicional, compreendendo a análise do que representa, propriamente, um Estado conformar-se a tal qualificação, bem como quais são as implicações que isso traz ao desempenho da Função Judicial. Neste primeiro momento buscou-se também estabelecer a íntima relação da caracterização do Estado Democrático de Direito com o dever de responsabilidade a ele atribuído.

Na segunda parte desenvolveu-se estudo específico sobre o instituto da Responsabilidade do Estado, sua evolução histórica, análise dos dispositivos existentes nas diversas Cartas constitucionais brasileiras e a conformação dos elementos existentes na Constituição promulgada no Brasil em 1988.

A terceira etapa destina-se, especificamente, à verificação dos limites da obrigação do Estado de se responsabilizar pelos danos decorrentes do desempenho da função jurisdicional. Para tanto, debruçou-se sobre: a) as diversas teorias que buscam justificar a irresponsabilidade estatal; b) características e reflexos da coisa julgada; c) atividades jurisdicionais potencialmente danosas; e c) aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos de dano decorrente da Função Judiciária.

⁶ LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2008.

PARTE I

A FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1 A QUALIFICAÇÃO DO ESTADO COMO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS NA ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

Tratar do instituto da responsabilidade estatal implica diretamente a necessidade de realização de estudo acerca da forma e do conteúdo do Estado Democrático de Direito.

Almejar que o Estado seja responsável pelos atos decisórios emitidos pelos magistrados, independentemente de serem singulares ou colegiados, representa debruçar sobre a obrigação em se submeter às normas jurídicas por ele mesmo estabelecidas.

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema organizado e hierarquizado, cujo ápice de suas disposições está consignado na Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988.

O Poder Constituinte originário, redator do texto fundamental pátrio, fez questão de registrar, no seu art. 1.º, que o Estado Brasileiro constitui-se em Estado Democrático de Direito.⁷

O termo "Estado Democrático de Direito" não possui fácil delimitação conceitual, de modo que acarretou a sua inserção em discussão doutrinária.

José Afonso da Silva registra, ao tratar do assunto, que

[...] O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁸

⁷ Art. 1 Constituição Federal 1988 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.112.

Nesse mesmo sentido é que Celso Bastos comenta não serem os componentes de tal qualificação meros termos com finalidade tautológica, já que "democrático" e "de direito" têm sentido próprio e não devem ser dissociados um do outro.⁹

Assim, "o Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de Direito; O Estado Democrático é estado de direito e sendo-o é que é Democrático", de modo que a ligação entre os elementos do conceito não impede sua consideração específica, mas, quando juntos, o sentido de um não pode deixar de ser condicionado e qualificado em função do outro.¹⁰

Romeu Felipe Bacellar Filho questiona o que representa a inserção do elemento democrático no Estado de Direito e considera que sua importância reside em "acentuar o aspecto sintetizador do sentido da democracia no Estado de Direito", de tal modo que, a partir das ponderações de Diogo Figueiredo Moreira Neto e Carlos Ari Sundfeld, extrai o ponto de partida para compreensão do sentido da expressão "democrático". Aceitar falar em Estado Democrático de Direito, para o autor, significa dizer que um Estado não absorve a sociedade, mas que tampouco com ela se confunde, sendo este "o princípio norteador do poder político legítimo" e, também, pressuposto para efetivação da participação popular. Considera que na democracia não existe um poder personalizado, "porque o poder sobre os cidadãos não é propriedade de ninguém"¹¹.

Como se vê, para alcançar o real significado da previsão constitucional, é imperioso, inicialmente, proceder ao estudo dos institutos separadamente, de modo que, ao final, seja possível compreender qual é o elemento revolucionário de transformação, sugerido por José Afonso da Silva.

⁹ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1. p.419/420.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.73.

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo:Max Limonad, 1998. p.126-129.

A origem do termo Estado de Direito é comumente questionada, sendo sua criação disputada por alemães e franceses.¹² Independentemente da nacionalidade do seu idealizador, o Estado de Direito surge como contraponto ao modelo de Estado Absolutista, uma vez que, por seu intermédio, foi possível limitar a atuação estatal às prescrições legais por ele próprio criadas.

Já no fim do século XVIII e início do XIX, quando se trata de Estado de Direito, faz-se referência a dois elementos fundamentais: a idéia de legalidade da atividade estatal e a de realização de justiça.

Fazer com que o Estado se submeta ao contingente normativo existente não significa necessariamente que a justiça social tenha sido alcançada, pois, como afirma Jaques Derrida, a justiça é a experiência daquilo que não se pode experimentar, o que representa uma aporia necessária para alcançar apenas um apelo de justiça. Dessa forma, quando se diz que o direito foi respeitado, não se pode ter certeza de que a justiça o foi.¹³

A instituição, ao longo da história, foi objeto de desenvolvimento e aperfeiçoamento, sendo inicialmente denominada liberal, representando a imposição de restrições à atuação estatal por meio de lei, reflexo da vontade geral e consagradora da concepção de Direito.¹⁴

¹² A respeito do assunto, ver Curso de Direito Constitucional, autor: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.41/42.

¹³ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.30.

¹⁴ Importante observar que a lei limitadora da atuação estatal, nesse momento, é peculiar, pois necessariamente reflete a vontade geral e respeita o ideal de direito. Tal distinção é pertinente na medida em que os Estados Absolutos também possuíam leis que eram respeitadas pelo Estado, no entanto essas refletiam unicamente a vontade do soberano que em hipótese alguma poderia ser desconsiderada.

A obediência do Estado às leis por ele criadas foi uma conquista da Revolução Francesa. No entanto, a burguesia, que com este movimento ascendeu ao poder, somente tratou de fazer constar, nas disposições normativas, o respeito à propriedade privada, aos interesses individuais, bem como ao sistema econômico capitalista.¹⁵

É possível perceber que o Estado de Direito Liberal Burguês apenas servia aos interesses de uma classe, sendo assim, o Estado e o Direito eram canalizados para a efetivação, exclusivamente, da ideologia liberal.

O individualismo e o abstencionismo do Estado liberal provocaram injustiças, e os movimentos sociais demonstraram a insuficiência das liberdades burguesas e deflagraram a consciência da necessidade da justiça social.¹⁶

Diante do imperativo da justiça social e não mais da consecução dos interesses individuais, dá-se início à segunda fase evolutiva do Estado de Direito, principalmente após o término da Segunda Guerra Mundial.

Mais uma vez, a tentativa de implementação de um Estado de Direito não atingiu aos fins a que haviam sido propostos. O objetivo de realizar a justiça social também não foi alcançado; as desigualdades sociais e econômicas subsistiram e, mais uma vez, fez-se necessário superar a realidade e os paradigmas adotados.

¹⁵ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – Art. 1.º, 1.ª Parte – "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.

Art. 5 - "Toda soberania reside essencialmente na nação".

Art. 6 - A lei é a expressão da vontade geral.

Art. 16 - proclama que a existência de uma Constituição pressupõem a garantia dos direitos e a separação dos poderes.

Art. 17 - a propriedade "é um direito inviolável e sagrado", sendo possível a sua privação apenas nos casos de necessidade pública legalmente comprovada e sob a condição do pagamento de indenização, prévia e justa.

¹⁶ SILVA, **Curso de direito...**, p.115.

Karl Loewenstein, acerca da limitação à atuação estatal imposta pelo direito, assevera:

*Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo. Un acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, se há mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores.*¹⁷

Emerge, nesse momento, a terceira fase de evolução da concepção de Estado de Direito, recebendo o conceito, agora, mais um elemento, qual seja, o Democrático.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco assinalam que no âmbito do Estado Democrático de Direito deveriam ser atendidas todas as exigências econômicas, políticas e sociais da pessoa concreta, que não conseguiram ser implementadas sequer nos Estados Sociais.

No Brasil, como se viu, a Constituição Federal atribuiu o caráter democrático ao Estado, ao contrário do que consagrou a Constituição Portuguesa que qualificou o Direito como Democrático¹⁸.

José Afonso da Silva, a respeito dessa diferença entre as duas cartas fundamentais, ensina que "a nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o 'democrático' qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica."¹⁹

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976. p.29.

¹⁸ Constituição Portuguesa - **Artigo 2.º (Estado de direito democrático)** - "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa."

¹⁹ SILVA, **Curso de direito...**, p.119.

Tendo em vista a instauração do regime democrático e os seus reflexos sobre todos os elementos do Estado, é necessário passar à análise do que se deve compreender por democracia e quais os seus reflexos sobre o desempenho da função jurisdicional.

Democracia, na maioria das vezes, é relacionada à idéia de povo, sendo necessário, no entanto, delimitar que se refere ao povo dotado de liberdade e igualdade de condições para participar da política, tendo na idéia de maioria o modo de delimitação da vontade decisória.

Tocqueville, ao se debruçar sobre a questão da "Democracia na América", afirma que a liberdade não é suficiente para explicar a democracia, pois esta surge como a negação da aristocracia e dos privilégios que dela decorrem, de modo que se deve somar ao livre-arbítrio a característica da igualdade.

Assim, para o desenvolvimento real de uma democracia, o povo democrático clama pela "igualdade na liberdade".²⁰

A Constituição Federal Brasileira promulgada em 1988, por diversas vezes, fez menção ao regime democrático, o que dá a certeza de que esta foi a opção escolhida pelo Constituinte Originário.²¹

²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Lisboa: Relógio d'Água, 2008. p.97.

²¹ **Preâmbulo** - Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado **Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1.º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado **Democrático** de Direito e tem como fundamentos:

Art. 5.º - XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado **Democrático**;

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime **democrático**, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

Art. 34. inciso VII, a) forma republicana, sistema representativo e regime **democrático**;

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet

Branco entendem que:

considera-se democrático aquele Estado de Direito que se desempenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas, também, e, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.²²

Derrida ressalta que "a violência de uma injustiça começa quando todos os parceiros de uma comunidade não compartilham o mesmo idioma".²³ Se existem problemas que dificultam a comunicação entre os indivíduos de uma mesma sociedade, resta claro que nem todos os membros estarão inseridos dentre os possuidores de direito, sendo afastados, portanto, da possibilidade de participação no processo democrático.

Um regime político depende de um conjunto de práticas que moldam a disputa pelo poder e limitam o seu exercício, sendo o regime democrático aquele que proporciona: competição entre indivíduos e grupos pela ocupação da direção política; participação na escolha dos representantes não podendo nenhum grupo ser excluído das eleições e do debate político; e restrições impostas pela sociedade ao exercício do poder pelas autoridades.²⁴

Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do **Estado democrático**, e dele participam como membros natos:

IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado **democrático**;

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do **regime democrático** e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 194. VII - caráter **democrático** e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

²² MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p.149.

²³ DERRIDA, op. cit., p.33.

²⁴ COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Como as democracias controlam as polícias: os mecanismos institucionais de controle da atividade policial. *Novos Estudos*. **CEBRAP**, v.70, n.3, p.65-78, 2004.

Impossível, quando se fala do presente tema, deixar de mencionar a célebre frase de Abraham Lincoln, pronunciada durante o discurso de Gettysburg: a democracia é "o governo do povo, pelo povo e para o povo".²⁵

No entanto, é preciso diferenciar a existência de dispositivos no ordenamento jurídico que declaram a opção pelo regime democrático e a efetiva realização deste modelo.

Estado formalmente democrático é aquele que tem registrado em sua Carta Constitucional um plexo de institutos, cuja finalidade são os resultados democráticos, os quais nem sempre se realizam efetivamente, por não serem o reflexo de aspirações do povo, pois decorrem, simplesmente, da importação de institutos de países mais desenvolvidos, o que demonstra a falta de consciência política do povo.²⁶

Pondera Karl Loewenstein, ao tratar da necessária correspondência entre instituições e ideologias, que aquelas, quando desenvolvidas em um determinado ambiente ideológico, perdem a sua identidade funcional se transplantadas mecanicamente para um sistema político de diferente ideologia.²⁷

Por materialmente democrático deve-se compreender o espaço de livre afirmação dos direitos do ser humano.²⁸ Desse modo, insuficiente a existência de leis que declarem direitos dos cidadãos, pois o maior problema que se identifica reside, especificamente, na equivocada aplicação dos dispositivos legais.

A partir do momento em que ocorreu a institucionalização do político, o exercício do poder deixou de ser realizado de modo personalizado, sendo necessária

²⁵ LINCOLN, Abraham. El discurso de Gettysburg y outros escritos sobre la unión. Madrid: Tecnos, 2005. p.254, apud OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. v.1. p.257.

²⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello explica que "em razão da sobredita fluidez dos conceitos implicados na noção de democracia – é conveniente distinguir entre Estados formalmente democráticos e Estados substancialmente democráticos, além de Estados em transição para a democracia". (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador – Bahia, n.9, mar./abr./maio 2007).

²⁷ LOEWENSTEIN, op. cit., p.31.

²⁸ OTERO, **Instituições...**, p.265.

a escolha daquele que exercerá o poder, o que inicialmente era feito por meio da participação direta dos cidadãos, pois as sociedades eram de pequeno porte.

O seu desenvolvimento culminou na formação do Estado do século XX, o que impossibilitou a tomada de decisões diretamente, em assembleias populares, momento em que se lançou mão da representatividade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que existem basicamente dois tipos de democracia, a direta, em que as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembleia, e a indireta, na qual o povo se governa por meio de representantes, que, escolhidos por ele, tomam em seu nome e no seu interesse as decisões de governo.²⁹

Katya Kozicki relata que

O governo de Atenas era baseado na participação direta e ativa dos cidadãos. Esta participação era vista não somente como um direito, mas também como um dever, dentro de uma concepção de liberdade positiva. Na base do funcionamento do sistema estava a reunião dos cidadãos em assembleias, onde cada um poderia se manifestar e apresentar propostas.³⁰

O gigantismo estatal, além de fazer surgir a necessidade da representação política, também deu ensejo ao questionamento da legitimidade desses representantes, que, por vezes, não reproduzem os interesses da sociedade.

A igualdade de condições do cidadão, em expressar vontades pautadas na liberdade, não pode ser simplesmente reduzida ao exercício do sufrágio universal, pois o voto legitima, somente e em caráter precário, a representação do povo pelos membros do Legislativo e do Executivo, ao passo que fica à margem de legitimação popular a atuação dos membros do Poder Judiciário.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.83/85.

³⁰ KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v.41, p.44, 2005.

Como ensina Friedrich Müller, "onde funcionários públicos e juízes não são eleitos pelo povo, a concretização de leis não basta para torná-los representantes deste mesmo povo".³¹

A precariedade da legitimação pelo sufrágio universal reside no fato de eventuais limitações de participação. Historicamente o direito de voto esteve restrito apenas a parcela da sociedade, sendo eventualmente vedado a mulheres, índios, pobres, excluídos do exercício da manifestação da vontade.

Meirelles Teixeira assinala que existe a necessidade de certas ficções, como pressupostos do regime representativo: a primeira, de que o cidadão e seus representantes são isentos de interesses particulares e independentes de influência para atender aos interesses da coletividade; a segunda é a de que a vontade do representante é sempre idêntica à dos seus representados. Entretanto, é patente a necessidade de representação pela impossibilidade da ação direta do povo e pelo teor das questões e dos problemas do Estado, o que não impede, nos dias atuais, a adoção de certos traços da democracia direta.³²

Diante do até aqui exposto, já é possível afirmar que democracia não é sinônimo de eleição dos representantes do Poder Legislativo e Executivo mediante o critério da maioria de votos, na medida em que existem outros meios diretos de consulta popular: o referendo³³ e o plebiscito³⁴.

³¹ MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. **Revista Jurídica da Casa Civil da Presidência da República**. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/598/>. Acesso em: 15 dez. 2007.

³² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p.486 e segs.

³³ José Afonso da Silva entende "o referendo popular que se caracteriza no fato de que projetos de lei, aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo número de eleitores, de certo número de parlamentares ou do próprio chefe do executivo, de sorte que o projeto se terá por aprovado apenas se receber votação favorável do corpo eleitoral, do contrário, reputar-se-á rejeitado". (SILVA, **Curso de direito...**, p.142).

³⁴ Zulmar Fachin delimita que "plebiscito é uma consulta formulada ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Tal consulta deve ser feita antes de o ato ser praticado, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou rejeitar a matéria submetida à sua apreciação (Lei n.º 9.709, de 10 de novembro de 1998, art. 2.º, § 1.º)." (FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008. p.337).

A Constituição Federal brasileira consagrou, além dos institutos acima citados, diversos outros instrumentos de consulta da população: audiência pública³⁵, realização de controle social, dentre outras.

No entanto, no que se refere ao Poder Judiciário poucas são as situações identificadas como garantidoras e realizadoras de procedimento democrático, motivo pelo qual, a seguir, serão analisadas.

1.1 TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO

O Estado constituído pelo advento de uma Constituição realiza os seus objetivos mediante a efetivação de atividades de características diversificadas.³⁶

Zulmar Fachin observa que "a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de apenas um órgão tem-se revelado maléfica. O poder absolutizado, em vez de servir aos governados, passa a se constituir em ameaça, que pende sobre os seus direitos e sua liberdade."³⁷

Em uma sociedade pluralista, como a encontrada nos Estados da modernidade que se qualificam como Democráticos de Direito, é de se pressupor a existência de um sistema equilibrado na forma do exercício do Poder, pois isso representa a garantia da observância da legalidade e, conseqüentemente, do respeito aos direitos do homem.³⁸

³⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto conclui que "em suma, o instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatoria, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação conceitual". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.204).

³⁶ FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p.17.

³⁷ FACHIN, op. cit., p.181.

³⁸ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.11.

A vinculação do constitucionalismo à tripartição das funções do Estado ocorreu com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem, datada de 1789. Estabelecia tal Declaração, em seu artigo 16: "A sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de Constituição."

Não fugindo à regra dos demais Estados contemporâneos, o ordenamento jurídico brasileiro aderiu, pela primeira vez, à teoria tripartite na Constituição de 1824, sendo reproduzida pelas subseqüentes, em que pese admitir, naquela época, o Poder Moderador a cargo do Imperador como um quarto poder.

Na Constituição Brasileira promulgada em 1988, mais uma vez, reafirmou-se a adoção da separação das funções, nos moldes narrados pelo Poder Constituinte Originário, no artigo 2.º: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

É da essência do Estado Democrático de Direito a limitação do poder com vistas à consecução da justiça social.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, ao se debruçarem sobre o tema, ressaltam a necessidade de diferenciar "função" de "poder" e afirmam que é equivocado o termo "tripartição dos poderes estatais", pois "[...] o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais."³⁹ Já "as funções são como moldes jurídicos dentro dos quais deverão ser cumpridas as finalidades estatais. Elas são relativamente fixas e destinadas a vigorar em todo e qualquer Estado, independentemente dos objetivos que persigam".⁴⁰

A preocupação atinente ao emprego do termo "poder" foi, também, objeto de estudo de Carré de Malberg, que a respeito concluiu: "*en la terminologia vulgar, y*

³⁹ BASTOS; MARTINS, op. cit., p.430/431.

⁴⁰ BASTOS; MARTINS, op. cit., p.431.

hasta en los tratados de derecho público, se emplea indistintamente la palabra 'poder' para designar a la vez, sea el mismo poder, o sus funciones, o sus órganos."⁴¹

Como se vê, a atuação estatal é o modo de o Estado se manifestar, podendo ocorrer de maneiras diversas, e atribuídas a órgãos diferentes, sendo que o exercício das funções do Estado por órgãos distintos é o melhor instrumento de controle do exercício de tais atividades.⁴²

A concepção inicial da separação do exercício das funções do Estado remonta às construções teóricas de Aristóteles (385 a.C. a 322 a.C.), John Locke (1632 a 1704) e Montesquieu (1689 a 1755), ressalvadas as distinções significativas existentes entre elas.

Aristóteles falava das mesmas funções conhecidas na atualidade, com linguagem diferente. Mencionava uma função consultiva que deveria se manifestar sobre a guerra, sobre a paz e acerca das leis; uma função judiciária; e de um magistrado incumbido dos restantes assuntos da administração.⁴³

A teoria de Aristóteles foi, posteriormente, retomada por John Locke e Montesquieu, acrescida da idéia de que a realização das funções identificadas (Executiva, Legislativa e Judiciária) seria efetuada por órgãos distintos e independentes entre si, para assegurar a liberdade dos indivíduos integrantes de uma sociedade.

Corolário dos anseios sociais surge a clássica Teoria da Tripartição das Funções do Estado de Montesquieu, a qual prevê a existência de um Estado cujo

⁴¹ MALBERG, R. Carre de. **Teoria General del Estado**. Trad. José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p.249.

⁴² José Afonso da Silva adverte que "a distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem, quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgão especializado para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poder consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções [...]" (SILVA, **Curso de direito...**, p. 108/109).

⁴³ BASTOS; MARTINS, op. cit., p.163.

poder é uno, porém com sua manifestação devendo ocorrer de três formas distintas, de acordo com a função que está a ser exercida: legislação, administração e jurisdição.

Afirmou, em seu *Espírito das Leis*, que "Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou se um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três Poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes e demandas dos particulares."⁴⁴

Assim, previu, também, o filósofo francês, que as funções estatais deveriam ser desempenhadas por órgãos diferentes, autônomos entre si, com funções típicas exclusivas e com mecanismos de auto-regulação para ser assegurada a liberdade individual.

Só existe liberdade política em governos moderados, ou seja, naqueles onde não existe abuso de poder: "para que não se possa abusar do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder detenha o poder".⁴⁵

Modernamente, surge a necessidade de se acrescentar à teoria clássica o dever de cooperação entre os órgãos que exercem as funções do Estado, uma vez que, na prática, resultou impossível uma divisão absoluta.⁴⁶

Assim, a "teoria da tripartição dos poderes" foi adotada, nos Estados modernos, com peculiaridades que atenuaram a perspectiva da separação absoluta, isto é, permitindo uma maior interpenetração entre os poderes.

Dessa forma, além de funções típicas, inerentes à sua natureza, os órgãos exercem também funções atípicas, possibilidade que representa a efetivação do controle do poder pelo próprio poder.

⁴⁴ MONTESQUIEU. *Espírito das leis*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2007. v.1. p.164-167.

⁴⁵ *Espírito das Leis*, Capítulo XI.

⁴⁶ Nesse sentido discorreu Celso Ribeiro Bastos: "a introdução de uma certa coordenação entre eles, visando a harmonizá-los e contê-los dentro de uma cadeia de fins aos quais devem servir, por serem fins do próprio Estado de quem são simples instrumentos..." (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.343)

A esse modo de agir, o Constitucionalismo Inglês se referiu como sistema de "*cheks and control, cheks and balances*"⁴⁷, um sistema de controles recíprocos com vista a obter o equilíbrio dos poderes.

Para Juan Carlos Cassagne:

*El valor actual de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren. Por lo tanto, sin apartarse del objetivo esencial de la concepción (que es evitar la concentración indebida de poder en un solo órgano) ella puede ajustarse a las exigências históricas graduando la competencia asignada a cada órgano en función a los requerimientos de colaboración, control y especialización funcional.*⁴⁸

É importante lembrar que o poder estatal dirigido a atingir fins sociais se apresenta como um dever para as pessoas encarregadas da sua atuação. Assim, as funções estatais devem ser exercidas segundo o ordenamento jurídico, tendo em vista a consecução do interesse coletivo, de modo a alcançar o bem comum.

Do ponto de vista jurídico, Renato Alessi afirma que a legislação é a emanção de atos de produção jurídica primários, porque fundados diretamente no poder soberano, "do que constituem direto e primário exercício." A lei é uma inovação primária da ordem jurídica, mediante a qual o Estado regula relações, mantendo-se acima e à margem delas. A função da administração é a emanção de atos de produção jurídica complementares na aplicação do ato de produção jurídica primária e abstrata, contida na norma. Neste caso o órgão estatal é parte da relação jurídica à qual o ato se refere.⁴⁹

O autor considera que a jurisdição consiste na emanção de atos de produção jurídica subsidiários, com o fim de concreção e atuação coativa dos atos primários, nos quais o órgão estatal, também, permanece acima e à margem das relações às quais o ato se refere.

⁴⁷ TEIXEIRA, op. cit., p.581.

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977. Tomo I. p.43.

⁴⁹ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1990. Tomo I. p.7 e 8.

Paolo Biscaretti di Ruffia considera que as funções do Estado podem ser classificadas a partir de diversos pontos de vista, o que importa em, pelo menos, três classificações embasadas em diferentes critérios: I – material ou objetivo; II) orgânico ou subjetivo e III) formal⁵⁰, que é, também, o jurídico apresentado por Alessi.

A classificação material ou objetiva parte do conteúdo da atividade realizada e, assim, a função legislativa é aquela na qual o Estado estabelece as normas do ordenamento jurídico, que são prescrições abstratas inovadoras do direito vigente.

Sob o aspecto material, quando se trata da função executiva, vê-se que ela não se restringe em executar leis, mas indica uma "complexa e multiforme ação desenvolvida sem interrupções para alcançar os fins imediatos e concretos do Estado". Tais atividades devem se exercitar dentro dos limites traçados pelas normas jurídicas emanadas da função legislativa.

Biscaretti, como Alessi, diferencia a função administrativa da função política ou de governo, a qual implica uma atividade de ordem superior⁵¹, que, segundo Alessi, se refere à

direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras atividades e a coordenar o exercício das outras funções, buscando a unidade de orientação que corresponde à fundamental unidade da soberania estatal⁵²

em que pese considerar que os caracteres e os limites da função política não estão, todavia, totalmente definidos pela doutrina.

Ainda, segundo o critério material, à função jurisdicional compete fazer valer, concretamente nos casos particulares, o ordenamento jurídico estatal.

⁵⁰ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho Constitucional**. Trad. Pablo Lucas Verdu. Madrid: Tecnos, 1973. p.212.

⁵¹ DI RUFFIA, op. cit., p.213/214.

⁵² ALESSI, op. cit., p.9.

Segundo a classificação orgânica ou subjetiva, as funções estatais, identificadas a partir do critério material, são desenvolvidas pelos diversos órgãos do Estado, seguindo, assim, a teoria apresentada por Montesquieu, que defendia que o bom funcionamento do organismo estatal e a garantia da liberdade dos cidadãos só estariam assegurados quando, a cada órgão, fosse delegada competência para o exercício de determinada atividade típica.

Conforme Lúcia Valle Figueiredo, independentemente do critério adotado para identificar as funções estatais, a divisão destas entre os órgãos responsáveis pelos seus desempenhos não é absoluta, só havendo uma regra de preponderância.

Diante das funções do Estado, cabe a análise dos aspectos da atividade jurisdicional, já que é um dos pontos centrais deste estudo.

1.2 FUNÇÃO JURISDICIONAL

Desde os primeiros tempos da civilização, fez-se necessário estabelecer o modo pelos quais os conflitos de interesses deveriam ser solucionados, sendo, em um primeiro momento, admitida a autotutela, seguida pela arbitragem facultativa e arbitragem obrigatória, até que se chegasse à solução adotada atualmente pelo ordenamento jurídico pátrio, que confere, predominantemente, tal desiderato à atividade jurisdicional estatal.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Corrêa de Almeida e Eduardo Talamini explicam que apenas

o desenvolvimento da noção de Estado e, conseqüentemente, com o nascimento das primeiras idéias a respeito daquilo que seria, mais tarde, o Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar os conflitos entre as partes foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o Direito e, mais tarde, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário, dotados de independência estrutural diante dos demais órgãos de gestão das atividades estatais.⁵³

⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Corrêa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.36.

Note-se que os instrumentos relacionados, capazes de pôr fim a um conflito intersubjetivo, não foram historicamente utilizados de modo estanque, convivendo temporalmente, assim como ocorre contemporaneamente, visto que, mesmo sendo no Brasil a atividade jurisdicional monopólio do Estado, outras formas de resolver lides são admitidas em lei.

Essa possibilidade pode ser vislumbrada na Lei n.º 9.307/96, que assegura o uso da arbitragem naquelas situações em que o litígio verse sobre direitos patrimoniais disponíveis⁵⁴ e no § 1.º do art.1210 do Código Civil Brasileiro que resguarda a possibilidade de se lançar mão da autotutela no caso de possuidor turbado ou esbulhado da sua posse.⁵⁵

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco asseguram que, nos casos não-penais, os preceitos legais são cumpridos pelas pessoas de modo voluntário, sem que seja necessária qualquer intervenção dos órgãos da jurisdição, sendo a patologia do modo habitual de agir o questionamento das disposições normativas. Nesta situação poderá o Estado, quando provocado por pessoa titular do direito de ação, exercer sua jurisdição, mediante o curso do processo.⁵⁶

Desde a Revolução Francesa, datada de 1789, muito se discutiu a respeito da função jurisdicional. Questionava-se o fato de o Poder Judiciário, em vista de ter como atribuição básica a aplicação da lei (produto da atuação do Poder Legislativo) ao caso concreto, não ser um terceiro poder, como comumente é referenciado, mas, simplesmente, um modo diferenciado de atuação do Poder Executivo.

⁵⁴ Art. 1.º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

⁵⁵ Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.
§ 1.º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.39.

Carré de Malberg atenta a respeito da postura partidária da existência de apenas duas funções desenvolvidas pelo Estado, que

*los autores antes citados sostienen que la jurisdicción, tomada en sí e considerada en sus caracteres específicos, no es en realidad, lo mismo que la administración, sino una función de ejecución de las leyes, e infieren de ello que, en principio, solo existen en el Estado dos poderes primordiales.*⁵⁷

Muito embora a consideração feita, tal constatação leva em conta apenas o critério funcional, identificador das funções do Estado, o que é insuficiente para a delimitação pretendida, necessitando ser conjugado com o critério formal.⁵⁸

Compete ao Poder Judiciário, notadamente, o exercício da função pública da jurisdição, a qual consiste na solução de conflitos concretos entre sujeitos que solicitam a resolução da controvérsia, o que se dá pela aplicação do Direito vigente que, para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, é o ordenamento jurídico atual, aquele que existe no momento presente "o conjunto de normas que rege, aqui e agora, a conduta dos indivíduos na sociedade".⁵⁹

Clémerson Merlin Clève assegura que

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o Poder Judiciário. Concedeu, afinal, a esse Poder o monopólio da função jurisdicional [...] Por isso que o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial obteve, com o novo Pacto Fundamental, uma carga semântica reforçada.⁶⁰

⁵⁷ MALBERG, op. cit., p.630.

⁵⁸ Mais uma vez, apresenta-se a respeito a consideração de Carre de Malberg "*En otros términos, para que la jurisdicción así como para las demás funciones, y junto al punto de vista material, hay que tener en cuenta el punto de vista formal.*" (op. cit., p.630).

⁵⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.51.

⁶⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p.36.

Assim, o objeto da função jurisdicional é a pacificação de litígios, ou seja, a de uma discussão entre partes que sustentam pretensões contrárias.

O Código de Processo Civil, depois de determinar em seu art. 1.º que "A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece", disciplina, em seu artigo 2.º, "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requer, nos casos e forma legais", e mais no artigo 463, que "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional..."

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renati Correia de Almeida e Eduardo Talamini entendem por função jurisdicional a

[...] função que consiste, primordialmente, em resolver os conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas (e também pelos entes despersonalizados, tais como o espólio, a massa falida e o condomínio), em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo ordenamento jurídico [...].⁶¹

Sendo, conforme a doutrina apresentada, a atividade judiciária aquela que diz o direito nos casos que lhes são submetidos, deve-se ressaltar que, por meio de um ato judicial, serão decididas, definitivamente, as demandas.

No Estado Democrático de Direito a solução dos conflitos tem como finalidade, para além da solução da controvérsia a efetivação dos direitos fundamentais, materiais e processuais, realizando, assim, a justiça do caso concreto.⁶²

Desse modo, é possível afirmar que a jurisdição possui três características principais: a lide, a inércia e a definitividade.

⁶¹ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, op. cit., p.38.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.95.

Sinteticamente, pode-se depreender a respeito de tais características, dos ensinamentos de Antonio Carlos Cintra do Amaral, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que:

[...] é sempre uma insatisfação que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.) vem a juízo pedir a prolação de um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação; e com isso vence a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais [...].⁶³

E não se pode olvidar que compete, também, em caráter exclusivo, ao Poder Judiciário, tendo em vista a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro do sistema judicial, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

O Poder Judiciário tem sob sua responsabilidade o exercício da atividade jurisdicional como sua conduta típica. Quer isto dizer que a solução das controvérsias entre os mais diversos sujeitos deve se dar, com força de coisa julgada, exclusivamente pelo Judiciário.⁶⁴

André Ramos Tavares entende que a jurisdição é a atividade pela qual órgãos pronunciam, em caráter cogente, sobre a aplicação do Direito, por meio da obediência a um procedimento previamente determinado, ao final do qual se alcança uma decisão imutável; vale dizer, que faz coisa julgada entre as partes.⁶⁵

No entanto, ao lado da prerrogativa constitucionalmente garantida de independência funcional e livre convencimento do juiz, são conferidas, em contrapartida, algumas atividades que fogem das suas funções típicas, as quais são denominadas funções atípicas.

⁶³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p.135.

⁶⁴ O art.5.º da inciso XXXVI determina que: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; O art. 6 § 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil reza: chama-se coisa julgada o caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. Este tema será motivo de análise mais detalhada no decorrer deste trabalho

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1031.

Registra Uadi Lamêgo Bulos que o Judiciário não só julga, "esta é a sua função típica, imediata, primária, ou própria, certamente ele exerce outras tarefas, chamadas atípicas, secundárias ou impróprias, como decorrência do princípio da separação de poderes (CF, art. 2.º)."⁶⁶

Em uma primeira análise, o desempenho de atividades estranhas à função jurisdicional decorre da impossibilidade fática da absoluta independência entre as funções desenvolvidas pelo Estado; e não se pode falar que tal interpenetração das funções represente ingerência de um Poder no outro, pois o desempenho das atividades atípicas somente pode ser realizado nos estritos moldes constitucionalmente determinados. Cabe, assim, ao Judiciário atipicamente o desempenho da função administrativa e legislativa.

Sempre que desempenha sua capacidade de auto-administração e auto-administração financeira, por exemplo, quando concede férias a um serventário, imputa-lhe sanção administrativa, está colocando em marcha conduta própria da função administrativa, e proferindo, para tanto, atos meramente administrativos.⁶⁷

Como se vê, a materialização dessas formas de agir ocorrem pela emissão de atos administrativos, dotados de natureza distinta dos proferidos em decorrência

⁶⁶ BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.1042.

⁶⁷ Constituição Federal: Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

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

da jurisdição, não estando, via de consequência, garantidos pelas excepcionalidades àqueles conferidas, equiparando-se, portanto, a um ato administrativo, pronunciado pela administração pública.

Além da função administrativa, pode, também, ainda em situação atípica, desempenhar atividade de natureza legislativa, pois a Constituição Brasileira, em seu artigo 96, inciso II, "a", lhe assegura a possibilidade de elaborar os regimentos internos dos Tribunais.⁶⁸

Como o objeto deste estudo não tem por escopo os atos meramente administrativos ou os de natureza legislativa proferidos pelo Judiciário, estes não serão motivo de reflexões mais aprofundadas.

De outro modo, serão objeto de maiores considerações os atos decorrentes do exercício da jurisdição, monopólio do Estado, denominados jurisdicionais, quando for analisada a responsabilidade do Estado decorrente de tal atuação.

1.3 REFLEXOS DO IDEAL DEMOCRÁTICO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Como se viu, a submissão do Estado ao princípio da juridicidade é, independentemente da fase de evolução do Estado de Direito, sua principal característica.

Nos moldes atuais, por legalidade não se deve compreender unicamente a observância dos dispositivos prescritos em lei, mas o respeito a todas as determinações inseridas no Ordenamento Jurídico. O Estado brasileiro, na esteira da tendência

⁶⁸ Constituição Federal de 1988: II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41, 19.12.2003)
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

mundial, deve agir de acordo com o princípio da juridicidade, mais abrangente do que propriamente o da legalidade.

Ademais, forçoso observar que tais imposições normativas, imperativas ao cidadão comum e às autoridades estatais na mesma intensidade, deve ser fruto do processo democrático.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a independência do Judiciário, com órgãos que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo, é uma necessidade da liberdade individual, sendo condição para a proteção dos direitos humanos.⁶⁹

Nesse cenário, o Poder Judiciário assume posição de extrema relevância, pois é o responsável por garantir que não haja qualquer proceder, seja ele público ou privado, contrário ao que prescreve o ordenamento jurídico.

Alexandre de Moraes assegura que "não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça a sua função de guardião de leis [...]".⁷⁰ Porém, compete ao Judiciário assegurar a autoridade do Estado de Direito e, também, respeitar o princípio da juridicidade no curso de sua atuação, bem como garantir que seja realizada de modo democrático.

No que tange ao desempenho democrático da função jurisdicional, a partir das previsões constitucionais de 1988, não se identificam muitas menções aos instrumentos de participação popular no curso da jurisdição.

O mais flagrante modo pelo qual a população externa o seu entendimento acerca de um fato, ainda que por amostragem, como é comum nos Estados do século XXI, é pela sua participação na composição do corpo de jurados, quando, em ações penais, o julgamento é realizado pelo Tribunal do Júri.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, op. cit., p.249.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p.1276.

Outros mecanismos democráticos podem ser pontuados na atuação do Poder Judiciário; vale dizer: o direito ao contraditório⁷¹; a apreciação e análise pelo Judiciário de qualquer temática⁷², o seu livre acesso pelas pessoas, independentemente de possuírem qualquer adjetivação.

Modernamente, estudiosos do direito processual civil⁷³ têm atentado para a relevância das ações de índole coletiva – leiam-se ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, arguição de inconstitucionalidade, mandado de injunção coletivo e ações previstas no Código de Defesa do Consumidor, como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, sendo, dessa forma, consectárias do Estado Democrático de Direito.

Dito de outra maneira, as ações de índole coletiva são “*vocacionadas a tutelar interesses da sociedade como um todo*”⁷⁴, contribuindo, assim, para a realização de um processo mais social, inclusivo, representando propriamente a realização do interesse público.

Nagib Slaibi Filho ensina que "a decisão jurisdicional nunca é ato isolado do juiz; sua essência está no caráter dialético entre os interessados e entre o juiz e os interessados visando a partilha do poder de dirimir o conflito".⁷⁵

⁷¹ Constituição Federal – art. 5.º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁷² Constituição Federal – art. 5.º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷³ Sobre as ações coletivas como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, vide VENTURI, Elton. **A suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.4; MOREIRA, José Carlos. Ação popular como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: **Temas de direito processual**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v.1

⁷⁴ VENTURI, op. cit., p.265.

⁷⁵ SLAIBI FILHO, Nagib. Os meios de controle do poder judiciário. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coords.). **Direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.184/185.

E complementa, ressaltando que o processo democrático se realiza, efetivamente, pela participação no poder, como direito de cidadania, o que, perante a atividade jurisdicional, traduz-se pela constitucionalização do princípio do devido processo legal.⁷⁶

A sugestão referida, do uso da dialética⁷⁷ como método viabilizador da emissão de uma decisão justa, representa, no exercício da função jurisdicional, a utilização de instrumento de caráter democrático.

Além de tais veículos de realização democrática, o ingresso na carreira de juiz é tema bastante questionado, por conta de um suposto déficit democrático, uma vez que independe de processo eleitoral e legitimação pelo voto universal, dependendo unicamente de concurso público de provas e títulos.⁷⁸

⁷⁶ SLAIBI FILHO, op. cit., p.185/186.

⁷⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel foi o idealizador do processo dialético, que em linhas gerais representa um procedimento em que a contradição é o instrumento pelo qual deve ser feito o pensamento, ou seja, este somente ocorre na medida em que contradições são superadas, cada movimento surge como solução das contrariedades inerentes ao movimento anterior.

Contemporaneamente a dialética hegeliana é desmembrada em categorias, com finalidade eminentemente pedagógica, são elas:

- tese – apresentada uma proposição afirmativa ou dada como verdadeira; WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática. 2007. v.2. p.103/148.
- antítese – proposição que nega o conteúdo ou o significado da primeira;
- síntese – nova proposição enriquecida pelas duas vertentes que lhe precederam, representa uma mediação entre a tese e a antítese.

⁷⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

Clémerson Merlin Clève pontua que dos três Poderes da República, o Judiciário é o único composto por agentes cuja investidura independe da vontade popular⁷⁹ e firma posição no sentido de que a investidura dos membros do Judiciário não deve depender de eleições, pois o juiz eleito não será, necessariamente, independente.⁸⁰

Alexandre de Moraes reproduz o posicionamento de Otto Bachof quando registra que

não tem muito mais força a afirmação de que o poder judicial é antidemocrático. A alusão à falta de imediatez de sua comissão pelo povo não constitui argumento convincente perante o fato que também o Governo, o Presidente os funcionários [...] contam somente com um mandato indireto do povo; e mesmo o Parlamento não pode ser considerado como diretamente comissionado, sem que haja um aspecto muito relativo, pois sua composição está de fato muito ligada aos partidos políticos.⁸¹

Em que pese a reticência acima aventada, o ingresso de uma pessoa no exercício da função jurisdicional típica não possui déficit democrático, na medida em que a norma constitucional que assim o prescreveu, foi redigida com vistas à efetivação de uma administração pública burocrática, pautada, portanto no desempenho da jurisdição por aqueles que tecnicamente habilitados comprovarem tal aptidão no procedimento de concurso público.

A respeito do assunto, discorreu Adriana da Costa Ricardo Schier: "neste contexto, com a intenção de criar um Estado com atuação limitada pela lei, fez-se necessária a adoção de um específico modelo de gestão: o burocrático."⁸²

⁷⁹ CLÈVE, op. cit., p.42.

⁸⁰ CLÈVE, op. cit., p.42.'

⁸¹ BACHOF, Otto. Jueces e constitución. Madrid: Civitas, 1987. p.59. Reimpressão, apud MORAES, op. cit., p.1277.

⁸² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.24.

Na concepção weberiana de burocracia a idéia de superioridade técnica é a que deve orientar a atuação da administração pública⁸³.

Desse modo, a legitimação da atuação dos membros do Poder Judiciário não decorre de processo eleitoral em que o povo participa diretamente da seleção daquele que irá atuar como juiz, mas sim na concepção de Estado Burocrático, pautado na boa qualificação técnica dos agentes públicos realizadores das funções estatais.

Clémerson Merlin Clève registra:

o sistema de investidura adotado pelo Brasil, combinando concurso público para o ingresso na carreira e nomeação, observados os requisitos impostos pelo Constituinte, para os cargos dos Tribunais Superiores e alguns daqueles dos Tribunais de Segunda Instância (o famoso quinto constitucional: art. 94 da CF), constitui modelo que desmerece crítica. Está perfeitamente ajustado à realidade brasileira.⁸⁴

A população participa, apenas e tão-somente, indiretamente da escolha dos membros dos Tribunais Superiores, uma vez que sua indicação é atribuição do Presidente da República submetida à aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal – estes sim escolhidos por meio de processo popular.

Conclui Clémerson Merlin Clève que "a legitimidade da ação jurisdicional repousa basicamente sobre a racionalidade e a justiça da decisão."⁸⁵

Analisada a questão democrática, cabe verificar a submissão da atuação jurisdicional às concepções de Estado de Direito, ou seja, se além de garantir o respeito da ordem jurídica, a esta ele, também, se submete.

Inequivocamente o Poder Judiciário, quando desempenha a sua atuação típica, pacifica conflitos interpessoais, mediante a substituição imparcial do juiz e aplicação do direito ao caso concreto, efetivamente age de acordo com o preceito do Estado Democrático de Direito.

⁸³ SCHIER, op. cit., p.24.

⁸⁴ CLÈVE, op. cit., p.42.

⁸⁵ CLÈVE, op. cit., p.44.

Porém, em que pese o juiz ser uma pessoa comprovadamente capacitada em termos técnicos para o exercício da sua função, pode, por meio de suas decisões, acarretar prejuízos excessivos a uma das partes, e, neste caso, cabe perguntar: seria o Estado responsável por reparar tal dano?

É postulado fundamental do Estado Democrático de Direito o reconhecimento de que toda pessoa que gerar um dano à outra deve, por este, ser responsabilizada.

Arthur T. M. Costa explica:

A consolidação do Estado de Direito implica a observância do princípio de *accountability*, segundo o qual as ações dos agentes estatais, eleitos ou não, devem ser controladas e avaliadas pelos cidadãos. O conceito de *accountability*, acarreta as noções de responsabilidade, controle e transparência. Assim, os agentes estatais serão responsabilizados jurídica, política e administrativamente pelas decisões de que são encarregados; suas ações estarão sujeitas ao controle e à fiscalização por parte dos órgãos competentes, bem como da sociedade civil; por fim, isso implica que todos os atos desses agentes seguirão procedimentos transparentes.⁸⁶

A responsabilidade do Estado é elemento indispensável à consecução da dignidade da pessoa humana e, dessa forma, necessita de uma análise crítica, quando se considera que a função jurisdicional, na qualidade de função estatal, pode violar direitos fundamentais.

Para tanto, é preciso considerar o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito e o modo de superação da crise de paradigmas no Estado Brasileiro, no que diz respeito aos padrões estabelecidos pela dogmática jurídica. Isso tudo, sem desconstituir a importância do Judiciário e das práticas jurídicas, na tarefa de socializar e concretizar o Direito.

A efetividade dos direitos fundamentais é o objetivo da responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes de atos praticados por seus agentes. Ora, dentre estes, estão inseridos, também, os magistrados, considerando que a expressão abraça aqueles que guardam com o Poder Público uma relação de trabalho profissional, com vínculo de dependência econômica.

⁸⁶ COSTA, op. cit., p.65-77.

Como se pode ver, muito embora os juizes não ingressem na carreira por meio de uma eleição, não havendo, portanto, qualquer participação da população, não há como eximi-los da observância do princípio de *accountability*.

1.3.1 Ativismo Judicial

O constitucionalismo deve ser compreendido como uma noção superadora do Estado de Direito, em que a lei, tida como principal fonte do direito, é suplantada pela Constituição, sendo esta a origem mediata e imediata dos demais diplomas legais, o que justifica a existência de um sistema de controle para verificar a constitucionalidade das leis.⁸⁷

A teoria da interpretação, a partir da constitucionalização, não é mais aquela dada às leis, pois a inserção na Carta Fundamental de normas do tipo princípio fez surgir uma nova forma de raciocínio jurídico, que se pode denominar ponderação.

Inicialmente, o constitucionalismo foi identificado pela existência de uma Constituição escrita, na qual estavam dispostos mecanismos de dominação a serem aplicados com racionalidade.

A partir do momento em que a problemática do controle da atividade do legislador se sobressai, no século XX, o constitucionalismo aproxima o ordenamento jurídico do Estado e consolida a idéia de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Lenio Luiz Streck, é a Constituição que determina a autoridade que o povo atribui a seu governo, e, ao fazê-lo, estabelece limites. Qualquer exercício de autoridade que não os observe, passa a ser um exercício de 'poder ilegítimo', e o Estado que não observe a distinção entre a Constituição e governo não possui verdadeira Constituição. O governo fica desprovido de controle, de modo que, na realidade, se está diante de um Estado Despótico.⁸⁸

⁸⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.97.

A Constituição escrita, a partir do momento em que passa a ser fruto da vontade do povo, a ter seu conteúdo harmonizado com os anseios sociais, a estabelecer limites à atuação do governo e a garantir direitos ao cidadão, representa uma conquista, o que caracteriza o Constitucionalismo Contemporâneo.

1.3.2 Jurisdição Constitucional

Teori Albino Zavascki, ao tratar da eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, relata:

A força normativa da constituição a todos vincula e a todos submete. Joram cumprir e fazer cumprir a Constituição as autoridades do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas o dever de seguir fielmente os seus preceitos é também das pessoas e entidades privadas.⁸⁹

Como se pode ver, a Constituição deve ser observada por todos, mas ao institucionalizar a separação dos Poderes e estabelecer limitações aos governos, confere apenas ao Judiciário a atribuição de revisar eventuais excessos, verificados no exercício das demais atividades típicas existentes.

Ademais, é insuficiente ter uma norma fundamental, é preciso que instrumentos garantam a aplicação das prescrições nela contidas. Assim, a efetivação dos valores constitucionais e a verificação da conformidade de uma Lei com a Carta é atribuição da jurisdição constitucional, atividade que não se restringe ao controle da constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, pois congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais.⁹⁰

⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.13.

⁹⁰ ZAVASCKI, op. cit., p.14.

As Constituições democráticas, caracteristicamente, dirigem os Poderes Públicos e condicionam os particulares, de modo a que os valores nela inseridos, sejam, efetivamente, observados.

A verificação da constitucionalidade formulada sobre um ato, conduta ou norma, ocorre, em um primeiro momento, quanto à forma, ou seja, haverá inconstitucionalidade quando o elemento confrontado com a Constituição com esta não se harmoniza por transgredir a forma prescrita, mas, de outro modo, haverá inconstitucionalidade material quando a matéria versada contradiz o dispositivo da norma fundamental.

Quando o Poder Público desempenha uma atividade em desacordo com as previsões constitucionais, incorre em inconstitucionalidade por ação, ao passo que se permanece inerte perante uma obrigação constitucionalmente prevista, a contrariedade é motivada pela omissão.⁹¹

⁹¹ Adi 1484 / Df - Distrito Federal
Ação Direta De Inconstitucionalidade
Relator(A)Min. Celso De Mello
Partes Reqte.: Partido Democrático Trabalhista - PDT
Reqte.: Partido Dos Trabalhadores - PT
Reqdo.: Presidente Da República
Reqdo.: Congresso Nacional
Julgamento: 21/08/2001
Publicação: DJ 28/08/2001 P - 00030

Despacho

Ementa: Ação Direta. Inconstitucionalidade Por Omissão Parcial. Descumprimento, Pelo Poder Público, De Imposição Constitucional Legiferante. Efeito Da Decisão Que Reconhece O Estado De Mora Constitucional. Superveniência De Lei Que Vem A Colmatar As Omissões Normativas Apontadas. Prejudicialidade. Extinção Do Processo. A Transgressão Da Ordem Constitucional Pode Consumar-Se Mediante Ação (Violação Positiva) Ou Mediante Omissão (Violação Negativa). - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

Considerando o momento em que ocorre a verificação da constitucionalidade, este controle pode ser denominado:

- a) Preventivo – quando a análise é realizada antes mesmo do projeto de lei ou do ato normativo disciplinar condutas e ser inserido no ordenamento jurídico, o que é feito de modo sucessivo pelo Poder Legislativo e Executivo.
- b) Posterior – quando o controle da constitucionalidade, proferido após a inserção do dispositivo no ordenamento, está a cargo do Poder Judiciário.

O Brasil, por adotar o sistema jurisdicional, atribui ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, papel de destaque na jurisdição constitucional, pois a ele confere a guarda da Constituição, nos termos do art. 102, do texto promulgado em 1988.

Detém o Supremo Tribunal competência originária para fazer o controle de constitucionalidade, de modo concentrado, por meio das ações típicas (ADIN, ADC, ADPF), e mediante competência recursal, a qual se efetiva após a manifestação de qualquer juízo ou Tribunal, por via do Recurso Extraordinário, quando é questionada a constitucionalidade, incidentalmente, no caso concreto.

Neste momento, é imperioso questionar, nos moldes propostos por Lenio Streck: como é possível que juízes, não eleitos pelo povo, possam fiscalizar a conformidade das leis com a Constituição, sendo fruto do Poder Legislativo e aplicadas pelo Poder Executivo, ambos eleitos democraticamente?

O Estado Democrático de Direito não consegue funcionar se nele não estiver institucionalizado um sistema de justiça constitucional, pois as normas hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico possuem eficácia, ainda que tenham conteúdo programático.

Os fundamentos legitimadores da Jurisdição Constitucional, atualmente, são: a supremacia da Constituição e a preferência da maioria das vontades incorporadas na Lei Fundamental, em detrimento da vontade do poder constituído no momento.

Sempre que uma das funções do Estado for extrapolada, de modo a violar os preceitos fundamentais, caberá ao Poder Judiciário formular o Controle da Constitucionalidade, o que também encontrará limitações expressas de atuação na Carta Magna.

O juiz, dotado de competência para realizar a jurisdição constitucional, aplica o direito e ao mesmo tempo formula juízo subjetivo, permeado de valorações e, por isso, é importante definir o sistema de controle de constitucionalidade adotado.

Caso seja escolhido o sistema de controle denominado político, a Jurisdição constitucional fica a cargo de um órgão não integrante do Poder Judiciário, ao passo que se escolhido o Sistema Judicial haverá a delegação da atribuição a um órgão, ou, ainda, ao Poder Judiciário.

Para o constitucionalismo contemporâneo, é necessário que haja a coexistência do regime democrático e a realização dos direitos fundamentais. Assim, a tensão é estabelecida do seguinte modo: de um lado, existe um texto constitucional que determina a realização dos direitos fundamentais nele registrados, de outro lado, a anuência, dos Poderes Legislativo e Executivo (cujos membros foram legitimamente selecionados) em se submeter ao controle realizado pelo Judiciário, composto por membros não escolhidos pelo povo.

A Constituição, além de fazer a ponte entre o direito e a política, é também um remédio contra as maiorias, somente podendo ter seu núcleo político alterado, por uma ruptura institucional.

O Estado Democrático de Direito é realidade instituída após a Segunda Guerra Mundial, sem a qual não é possível compreender como as condutas seriam disciplinadas, de modo que, antecipadamente, é conferida legitimidade a um órgão dotado de capacidade para proteger os seus fundamentos, quais sejam: os direitos fundamentais e a democracia.

Esse órgão dotado de competência para a proteção dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, geralmente é identificado como o responsável pela Justiça Constitucional.

Como se pode ver, o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito traz, de forma marcante, a força normativa da Constituição, ou ainda, o seu caráter dirigente, o que dá ensejo ao ativismo judicial, diante da pouca efetividade dos direitos fundamentais sociais, motivo que tem sido apontado como responsável pelo fim do constitucionalismo dirigente.

Cada Estado possui uma Constituição, na qual estão registradas as características inerentes à nacionalidade; portanto, não é diferente com a Carta Constitucional brasileira que, apesar de apresentar elementos peculiares, possui, também, alguns comuns aos textos dos diplomas constitucionais próprios dos Estados de Direito.

A qualidade de dirigente, atribuída a uma Constituição, significa que o legislador infraconstitucional está materialmente obrigado a respeitar as prescrições nela consignadas, na medida em que o direito é o veículo existente para programar políticas públicas.

É certo que no mundo globalizado se fala de pós-modernidade, no entanto, o Brasil é um dos países em que o modelo social ainda não foi concretizado, o que torna impossível pensar na redução da soberania e da autonomia na escolha de políticas públicas, em face do cenário internacional quando propõe uma supranacionalidade.

Diante do exposto, é claro que na República Federativa do Brasil a Constituição há de ser preservada, como aquela capaz de dar efetividade aos direitos sociais registrados em seus dispositivos, fazendo, assim, com que o Estado Social seja aperfeiçoado.

O Professor Lenio Luiz Streck, quando estuda a jurisdição constitucional, registra que o importante é a utilização, pelo cidadão, dos mecanismos constitucionais postos à sua disposição e que as instituições sejam utilizadas, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo descumprimento sistemático daquilo que é mais importante.⁹²

⁹² STRECK, op. cit., p.116.

A força normativa da Constituição Brasileira, bem como o seu caráter dirigente, não será protegida, unicamente, pela atuação do Poder Judiciário, é necessário que movimentos sociais busquem a efetivação dos valores inseridos no Texto, principalmente os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

A inadequação de uma lei, segundo a concepção processualista, pode ser revista, simplesmente, por meio da aplicação de um procedimento, mas, mesmo para a sua realização, será imprescindível a formulação de um juízo substantivo, sendo necessário, portanto, que os responsáveis pelo processo democrático entendam esta revisão, caso contrário haverá a instauração de um regime não-democrático.

O conceito substancial de bem comum é algo a ser criado pela sociedade ao longo da história e está na base de qualquer direito ou processo.

O Poder Judiciário, na medida em que é responsável pela justiça constitucional, pode intervir nos demais poderes constituídos, para além do que está legitimado pelo sistema de freios e contra pesos, pois, eventualmente, ao atuar pode declarar maior relevância aos valores consagrados constitucionalmente, em detrimento de dispositivos legais, em que pese serem estes fruto da maioria democraticamente escolhida.

Na medida em que o positivismo é mitigado, a lei passa a ter de obedecer não só a um procedimento, mas também deve observar a substância material registrada na Constituição. Assim, a postura do juiz é igualmente alterada, pois deve, primeiramente, se sujeitar ao Texto Constitucional, inclusive, no que tange ao dever de formular críticas às leis inválidas, como a execução da jurisdição constitucional.

A Constituição é composta por normas formais e materiais, aquelas estabelecem a organização dos Poderes Públicos, enquanto estas estabelecem os princípios e os direitos fundamentais, que garantem dimensão material à democracia.

Se os valores mais caros para uma sociedade estão relacionados na Constituição, e que por este motivo são normatizados, então devem ter a sua aplicação perseguida, tanto jurídica como politicamente.

Deve, portanto, a justiça constitucional assumir postura intervencionista, ou seja, nos casos em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo falharem, ou se omitirem, na execução de uma política pública prevista para a consecução dos objetivos sociais relacionados, cabe ao Poder Judiciário tomar medida retificadora da conduta.

A determinação judicial, que versa a respeito da efetivação dos direitos fundamentais sociais, está limitada pela divisão da competência administrativa, bem como à possibilidade financeira do Estado. No entanto, a restrição mencionada está obrigada a se sujeitar à técnica interpretativa da ponderação.

O Estado tem a obrigação positiva de realizar todos os direitos fundamentais e sociais, contudo, a prática tem demonstrado que, mesmo diante da ausência de efetividade, o Poder Judiciário ainda titubeia em aceitar postura uniforme, ante o não-cumprimento dos direitos prestacionais.

1.3.3 Autolimitação

Quando se diz que as leis brasileiras são de baixa qualidade, significa que, embora submetidas ao controle preventivo, realizado, inicialmente pelo Poder Legislativo e posteriormente pelo Poder Executivo, muitas vezes são declaradas inconstitucionais quando apreciadas pelo Judiciário, seja na via de defesa ou na via de ação direta.⁹³

Na via de defesa, a inconstitucionalidade é alegada incidentalmente, no curso de um processo comum, e visa proteger ou subtrair o interessado da incidência da norma viciada. A pronúncia da inconstitucionalidade não é objeto principal da lide, mas questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Na via de ação, a pretensão diz respeito ao restabelecimento da harmonia da totalidade do sistema jurídico, já que tem o condão de expelir, deste contexto, a lei ou ato inconstitucional.

⁹³ BASTOS, **Curso de direito...**, p.640-642.

A inconstitucionalidade identificada, pelo controle posterior, tem levado o Poder Judiciário a realizar, de modo mais atuante, a interpretação das Leis e da própria Constituição.

Comumente, nos países em que não foram alcançados graus satisfatórios de efetividade dos direitos sociais, há um clamor por uma postura mais ativa da justiça constitucional, a fim de que sejam melhor implementados.⁹⁴

Na esteira da experiência norte-americana, o Supremo Tribunal Federal têm se valido da sua competência de jurisdição constitucional, para tornar efetivos direitos, individuais e coletivos, consagrados na Carta Magna, os quais ainda prescindem de regulamentação legislativa.

Exemplos da atuação do Supremo Tribunal Federal são as decisões que asseguraram acesso gratuito à creches escolares, para crianças de até seis anos no Município de Santo André, Estado de São Paulo, e que restringem a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

A respeito do ativismo judicial, o Ministro Celso de Mello considerou que

é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou até, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustrada pela absoluta inércia – profundamente lesiva aos direitos do cidadão – manifestada pelos órgãos do Poder Público.⁹⁵

Importante ressaltar que, embora louvável o motivo determinante do ativismo Judiciário, não podem os juízes, com vistas a tornar mais efetivos os direitos fundamentais sociais, se subsumir na figura do legislador e, com isso, provocar

⁹⁴ Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41320,1>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

⁹⁵ Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

instabilidade na tripartição das funções do Estado e a ingerência de um Poder no outro, o que, em uma situação extrema, poderia levar a um "governo de juízes".

Além da atuação já registrada, a Suprema Corte Brasileira tem desempenhado a função de constituinte, na medida em que, além de ser o órgão competente para formular o controle da constitucionalidade, como legislador negativo, tem proferido decisões que interpretam dispositivos legais e constitucionais, com base nas circunstâncias históricas e sociais existentes, o que tem modernizado o ordenamento jurídico nacional, conforme as alterações do mundo fático.

Por vezes, a justiça constitucional ao formular a interpretação apropriada de um dispositivo constitucional, estabelece, indiretamente, limitações às competências dos demais Poderes, conforme o campo de abrangência da sua atuação. Assim, é importante formular a seguinte indagação: qual o limite existente para a atuação da jurisdição constitucional, levando-se em conta que a Constituição Brasileira tem muitos vocábulos de textura aberta?

Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como aqueles que para serem efetivados necessitam da atuação positiva do Estado, os quais dependem da existência de recursos materiais e financeiros, surge a questão relativa à atuação do Judiciário, no que tange ao cumprimento das disposições constitucionais que determinam uma atividade estatal.

Em um país como o Brasil, com grandes problemas de ordem social, é tarefa árdua o estabelecimento de parâmetros para a atuação da Justiça Constitucional, no que tange ao exercício do ativismo jurisdicional; no entanto, a primeira limitação a ser obedecida é aquela estabelecida expressamente no ordenamento jurídico.

Representará também limitação, a circunscrição dos valores orçamentários, devendo ser executado pelo Poder Público, apenas as prestações que se enquadrem na "reserva do possível".

Nesse particular, doutrina e jurisprudência ainda não chegaram a um acordo. Há os que consideram que o juiz não pode efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis, e mais, que o atendimento de determinada pretensão

pode esvaziar outras. E há os que entendem que o Judiciário, ao determinar a observância da Constituição, não pode tornar viável o inviável, conceitos que, também, necessitam de distinção e apreciação, o que só pode ser resolvido a partir de dados empíricos, quando, então, se poderá saber em que medida as prestações materiais podem ser atendidas.⁹⁶

Não obstante, não se deve ignorar que existe a obrigação, constitucionalmente prevista, de o Estado destinar recursos, em seu orçamento, para o atendimento dos direitos prestacionais. Se a alocação de recursos não se verifica nos termos da Constituição, tem-se a violação do comando constitucional. Mas, se a destinação existe, no valor mínimo, e os demais recursos foram destinados para o atendimento de outras atividades?

Orçamento Público é um documento de difícil compreensão para o brasileiro de cultura mediana, o que significa que, dificilmente, o cidadão comum saberá qual a destinação prevista e em quais termos. Porém, isso não justifica burlar a inteligência do povo brasileiro e determinar a alocação de recursos em outras atividades, eleitas conforme o entendimento político, embasado na conveniência e oportunidade, mesmo considerando que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade deve reger o estabelecimento de políticas públicas.

É preciso identificar mecanismos jurídicos de controle, que permitam dar maior efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Há que ressaltar que a aplicação pelos Tribunais da reserva do possível tem o seu maior número no âmbito da saúde, no que tange ao fornecimento de medicamentos, tratamento de determinadas doenças, leitos em hospitais, procedimento cirúrgicos, etc. quando o Estado é citado a garantir o exercício deste direito fundamental.

⁹⁶ MORO, Sergio. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.224.

Foram os soropositivos que impulsionaram, no Brasil, o reconhecimento do direito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado e propiciaram o atendimento de outras classes de doenças. Neste diapasão, os tribunais brasileiros passaram a determinar a obrigatoriedade estatal perante os direitos fundamentais à vida e à saúde.

Tal posicionamento não está imune à crítica, no sentido de que a ordem judicial que impõe o fornecimento de um determinado remédio para um postulante pode deixar sem assistência outros. Surge, portanto, a preocupação de saber até que ponto o Judiciário pode intervir nas políticas públicas, atuando em substituição do Legislativo e Executivo, na garantia dos direitos fundamentais sociais.

O Judiciário tem oscilado entre teses diferentes. Se, em alguns casos, despreza a questão da falta de previsão orçamentária e dos custos, obrigando a observância das normas constitucionais, sem levar em conta as questões orçamentárias, em outros, confronta a alocação de recursos com a efetividade dos direitos e se exime de obrigar o Estado a adotar políticas públicas ou de realizar prestações específicas. Além dessas posições, tem, em certas hipóteses, mensurado a questão dos custos e ponderado os bens em conflito, para decidir.

Diante desse estado de indecisão, é necessário fazer algumas ponderações:

1. lembrar que o Judiciário não se manifesta quando não incitado e, quando provocado, não pode deixar de decidir o conflito de interesses levado à sua apreciação;
2. que para dizer o direito aplicável ao caso concreto, a partir de uma interpretação normativa sistemática, sujeita à observância do princípio da juridicidade, o Poder Judiciário não pode desconhecer a supremacia constitucional;
3. provocado, no sentido de fazer cumprir um dever constitucionalmente previsto, não pode ignorar a hierarquia normativa, o que equivale dizer que, sem levar em conta as questões orçamentárias, deve fazer valer o dispositivo constitucional que prevê o encargo do Estado de efetivar os direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido se pronunciou o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental, no RE n.º 273.834/RS

A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas ao administrador, que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes.

Dessa forma, o Poder Público deve refazer a lei orçamentária para ajustá-la às porcentagens mínimas que a Constituição estabelece, mas a reorganização dos valores fica por conta dos representantes políticos e não, do Judiciário.

Por mais relevantes que sejam as questões orçamentárias, não é possível desrespeitar a Constituição e ser dado ao administrador poderes para decidir se deve ou não observá-la. Mesmo porque, a alegação de escassez de recursos não deve comprometer a racionalidade do sistema e gerar o descrédito da própria Lei Fundamental.

Mas, se o direito é individualmente reconhecido e não é realizado na prática, por não existir dinheiro para tanto?

Não restam dúvidas em afirmar que a decisão judicial não está sendo cumprida, o que pode dar ensejo à responsabilidade do agente público, bem como à utilização do instituto da intervenção que, como se sabe, é instrumento de natureza política, e mais, quando for o caso, à caracterização de um crime de responsabilidade.

Não obstante, é preciso ressaltar que a questão da efetividade dos direitos não é reconhecida só no âmbito individual, mas é analisada, também, em caráter coletivo, em julgamentos de ações civis públicas, por exemplo.

Parece, neste ponto, importante diferenciar o impacto decisivo de uma questão coletiva daquela que analisa a efetividade dos direitos sociais individualmente, pois, nesse caso, não se pode ignorar seu reflexo no andamento e na opção por determinadas políticas públicas, o que pode afetar, de algum modo, o princípio da separação dos poderes. Este argumento é usado, direta ou indiretamente, como empecilho para que o Judiciário atue, por considerar que tal tarefa estaria fora do alcance do controle jurisdicional.

Porém, o não cumprimento da decisão judicial, em qualquer caso, pode dar ensejo à responsabilidade do agente público.

Mais uma vez, se traz a baila a posição do Ministro Celso de Mello, proferida na ADPF45 MC/DF, quando ponderou que o processo de concretização dos direitos fundamentais sociais traduzem um binômio que compreende: de um lado, a razoabilidade da pretensão, inclusive individual, deduzida em juízo e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva estas prestações:

Não obstante a formulação de políticas públicas dependam de opções políticas à cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo.

Portanto, se os Poderes do Estado agirem de modo irrazoável, ou com a intenção de comprometer a eficácia dos direitos sociais, pode existir a possibilidade de intervenção do Judiciário, para viabilizar a fruição injustamente recusada, o que significa dizer que a questão da escassez de recursos fica submetida à observância dos direitos fundamentais, sem que isso afronte o princípio da tripartição das funções do Estado, pois o Judiciário, ao obrigar o respeito à Constituição, está atuando dentro de sua competência, vale dizer, realizando o sistema de freios e contrapesos.

Compete ao Judiciário zelar pelo respeito à Constituição e ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de nossa Corte Constitucional, declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato que viole nossa Lei Fundamental.

Mas pode o Supremo Tribunal Federal declarar, em tese, abstratamente, dissociada de um caso concreto, a inconstitucionalidade de uma política pública, bem como de sua execução pela Administração?

A consideração de que a inconstitucionalidade pode advir de uma atuação ou de uma omissão dos órgãos do Poder Público, a não-observância dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais sociais, pode surgir tanto de uma atuação em desconformidade com a Constituição como de uma inércia que caracteriza o desrespeito da norma constitucional que determina a ação.

Nosso sistema jurídico admite o controle da inconstitucionalidade por omissão, mas, ao impedir a inércia inconstitucional, não previu sanção de grande valia jurídica. Após a sua caracterização como omissão inconstitucional pela Suprema Corte brasileira, deverá ser dada ciência ao poder competente e, quando o órgão for administrativo, o prazo de 30 dias para que atue. Silêncio que pode vir a acarretar a responsabilidade objetiva do órgão e, conforme o caso, dar ensejo ao processo de impedimento para o exercício do cargo.

Mas, o mais importante quando se observa a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, surge ao focar o que se denomina omissão inconstitucional parcial, vale dizer, a que ocorre quando o órgão atuou, porém de modo insuficiente, quando não atendeu, por completo, o comando constitucional. Nesse caso, que pode, também, consolidar uma inconstitucionalidade por ação, o resultado da identificação da omissão parcial ou relativa não invalida o ato, pois sua retirada do universo jurídico pode acarretar prejuízo maior. Desse modo, apenas reconhece uma atuação defeituosa, que será mantida, nos limites e contornos da atuação, mas da qual será dada ciência ao órgão competente, podendo abrir espaço para que nosso ordenamento jurídico implante o que os alemães chamam de recado ao legislador, isto é, se determine um prazo para que o desrespeito da Constituição, decorrente de uma inércia ou omissão, seja corrigido.

É possível o controle da constitucionalidade das políticas públicas que não efetivem os direitos fundamentais sociais, e isto, ainda, quando se identifique uma omissão inconstitucional parcial.

Porém, quando se trata da responsabilidade objetiva do Estado decorrente de atos jurisdicionais, é preciso considerar que, se o Judiciário não pode refazer o orçamento, pode e deve controlar a constitucionalidade da lei orçamentária no que tange à aplicação de recursos para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Isso pode significar que, em face do pedido formulado para a concessão de remédio, raro e caro, mas imprescindível para a saúde do indivíduo, o Judiciário

deve observar, antes de qualquer coisa, a Lei Fundamental quando, por exemplo, reconhece que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Diante de um caso concreto, não cabem ao juiz raciocínios de natureza política, embasados na conveniência ou oportunidade, mas sim interpretar e aplicar a lei, dizer o Direito e solucionar o conflito de interesses estabelecido ante o dispositivo constitucional.

A reserva do possível, na hipótese em tela, não pode ser utilizada para autorizar o Estado/Juiz a descumprir mandamento constitucional, de modo que se da negativa decorrer comprometimento da vida ou saúde, pode ser objetivamente responsabilizado, devendo arcar com os danos e prejuízos, materiais e morais, decorrente de seus atos.

Entretanto, a *contrario sensu*, a decisão que beneficiou o requerente não pode, por sua vez, acarretar danos ou prejuízos a terceiros, por decisão *extra petita*, ou por ir além dos limites razoáveis do pedido, pois, neste caso, caberá, também, a responsabilização objetiva do Estado em decorrência de atos jurisdicionais.

Não se pode esquecer que se distribuir justiça é missão quase divina, deve-se exigir do juiz, além da fidelidade ao Direito, uma conduta ética, sem deslizes. Daí decorre que, se nos dias de hoje o ativismo judicial representa a última oportunidade de observância dos direitos fundamentais sociais prestacionais, na medida em que houver aumento desmedido de sua atuação, será necessário buscar limites para sua utilização, pois seria perigoso, por afronta ao Direito e à Democracia, não regulamentar o seu desenvolvimento e deixar o juiz livre para cometer arbítrios,⁹⁷ possibilitando o mau exercício da função jurisdicional acarretando danos ao cidadão determinantes da necessidade de reparação.

⁹⁷ Rodolfo Kronenberg Hartmann. Eficácia Vinculante em procedimento judicial e pronunciamento de ofício da prescrição e da competência relativa: estudo crítico das recentes reformas processuais que fortaleceram os poderes do magistrado. In. "Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Coordenadores: José Miguel Medina. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. Luiz Otávio Sequeira de Cerqueira. Luiz Manoel Gomes Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. págs. 47 e seguintes

PARTE II

ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No capítulo precedente foram apreciados aspectos atinentes ao ideário de Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível, nesta segunda etapa proceder à realização de breve cotejo histórico, atrelando as idéias firmadas na primeira parte do trabalho, ao instituto da Responsabilidade do Estado.

Ao longo da evolução das sociedades, houve uma profunda modificação, no que tange à concepção de responsabilidade civil do Estado. O entendimento adotado a respeito do tema oscilou de acordo com alguns fatores condicionantes, quais sejam: o regime de governo adotado, o local e a época determinada⁹⁸.

O primeiro momento da cadeia evolutiva do estudo da responsabilidade revelou a teoria da irresponsabilidade, noção que se relaciona com a existência do absolutismo.

Nos governos absolutistas o poder estava integralmente atribuído ao Rei, que por sua vez não cometia erros "*the king can do no wrong*", havendo, portanto, a isenção do Estado de reparar danos causados a terceiros, já que a figura do monarca se confundia com a do Estado, e ambos tinham, supostamente, como única finalidade a defesa dos interesses de todos.

Rosimeire Ventura Leite leciona que "a irresponsabilidade do Estado era a idéia dominante no período do absolutismo, que por sua vez, buscava justificativa na teoria do direito divino dos reis, em um momento em que o poder não conhecia o limite da lei".⁹⁹

⁹⁸ Weida Zancaner Brunini declara que "A evolução da responsabilidade do Estado foi consequência da evolução do princípio da legalidade, da teoria filosófica organicista e da própria evolução do Estado de Direito. A necessidade de uma melhor proteção aos direitos dos administrados, face às lesões ocasionadas pelo Estado, crescentemente intervencionista, propiciou inúmeras teorias acerca do fundamento e da natureza da responsabilidade do Estado." (BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.21).

⁹⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.51.

Sempre que a atuação estatal acabava por trazer prejuízos a um particular, não cabia qualquer tipo de reclamação perante o seu causador, pois a soberania que lhe era inerente o impedia de qualquer erro, tendo como única saída acionar o funcionário faltoso, este sim passível de equívoco¹⁰⁰.

No entanto, o clamor por liberdade, igualdade e fraternidade, lema da Revolução Francesa e dominante no século XVIII, trouxe profundas modificações a noção de Estado irresponsável, pois instaurou a limitação ao exercício do poder, o que refletiu na forma como o Estado se postava perante os prejuízos causados por sua atuação.

O segundo momento corresponde, assim, ao advento do Estado Liberal. Nessa fase, foi parcialmente superada a idéia de que o Estado não erra e, por influencia do civilismo, firmou-se a imagem de que o dever estatal de indenizar decorre da culpa ou do dolo do agente causador do dano¹⁰¹.

Passou então a teoria da culpa a considerar a existência de duas formas de agir do Estado, por meio de atos de gestão e de império.

Quando a atuação estatal concretizava-se em um ato de gestão, significava que o Estado equiparava o seu agir ao de um particular, cabendo a possibilidade de os indivíduos reclamarem o prejuízo sofrido ao ente estatal. De maneira diversa ocorria quanto aos atos de império, que tinham a finalidade de instrumentalizar o exercício do Poder Soberano, perante o qual não cabia qualquer questionamento.

¹⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.6, 2000. Doutrina, fls.28. "A Teoria da Irresponsabilidade do Estado teve sua formação com o crescimento dos Estados Absolutos e consagrou-se, fundamentalmente, com a afirmação da idéia de soberania. Ao soberano cabia o exercício da tutela de direitos, o que levava, ao contra-senso da afirmação de que, em razão de tal fato, não poderia o rei agir contrário a esta tutela".

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileira. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado** São Paulo: Malheiros, 2006. p.305, "o grande mérito desta teoria foi romper com os tradicionais argumentos utilizados para justificar a irresponsabilidade absoluta do Estado do Estado, contestando a sua essência, conteúdo e aplicabilidade".

A influência das noções civilistas ocorreram na medida em que, quando houvesse a emissão de um ato de gestão danoso, estaria o Estado obrigado a repará-lo, se verificada a culpa do agente, nos moldes estabelecidos pelo Direito Comum.

Augusto do Amaral Dergint ressalta que a concepção civilista da responsabilidade estatal não lograva satisfazer as exigências da justiça social. Por certo exigia muito dos administrados, obrigando o lesado a demonstrar, além do dano, a atuação culposa do agente público.¹⁰²

Como se vê, embora nessa etapa não tenha sido assegurada a responsabilidade do Estado em moldes absolutos, houve avanço, o que se deveu ao reconhecimento gradativo dos direitos individuais.

No entanto, a bipartição sugerida, deflagrou a dificuldade de diferenciação entre atos de império e de gestão, o que significa dizer que, na prática houve uma impossibilidade de constatar quando o Estado agia assemelhado ao particular quando produzia manifestação do Poder Soberano.¹⁰³

A terceira etapa do desenvolvimento afinou-se à concepção de Estado Social, para o qual, a jurisprudência do Conselho de Estado francês trouxe inúmeras contribuições, estando, dentre elas, a submissão da temática da responsabilidade à égide do Direito Administrativo, por ocasião do Julgado Blanco de 1873¹⁰⁴.

O surgimento do modelo de Estado Social, após a Segunda Guerra Mundial, teve por conseqüência o aumento de atribuições do Poder Executivo, pois este passa a ser responsável pela prestação de atividades essenciais à consecução

¹⁰² DERGIN, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.38.

¹⁰³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.42.

¹⁰⁴ Luciano Ferraz explica que o caso Blanco fixou “o dever reparatorio do Estado, e reconheceu que não há uma responsabilidade do Estado geral e absoluta, exigindo, portanto, que os agentes da Administração ou o serviço em si – *faute de service* – tivessem agido com culpa (responsabilidade subjetiva)” (FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do estado por omissão legislativa: o caso do art. 37, X da Constituição Federal. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.211).

dos direitos sociais, bem como pela diminuição das desigualdades sociais intensificadas ao longo do Estado Liberal.

O aumento de atribuições do Executivo demandou um alargamento das atividades legislativas, pois a nova concepção de Estado intervencionista exigia a formulação de diplomas legais, ordenadores e delimitadores do modo de atuação a ser desempenhado.

Por via de consequência, o aumento das competências relacionadas suscitou um maior controle por parte do Judiciário acerca da conformação legal das atuações estatais, para garantir a justiça social.

Odoné Serrano Júnior conclui que as atribuições do Estado-juiz se expandiram nas sociedades modernas e, conseqüentemente, a sua responsabilidade, já que o potencial lesivo, decorrente do mau funcionamento dos serviços judiciários, aumentou na mesma escala.¹⁰⁵

Nesse contexto surgiram as teorias da culpa do serviço (também denominada pela doutrina culpa administrativa, culpa anônima, acidente administrativo ou falta do serviço) e a teoria do risco.

Ambas foram desenvolvidas pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês; a primeira foi chamada inicialmente por *faute du service* e é comumente traduzida como falta do serviço.¹⁰⁶ Consiste na responsabilidade do Estado quando identificado dano decorrente da sua atuação, independentemente do funcionário que o provocou, bastando, assim, que o funcionamento desconforme do serviço acarretasse danos ao particular, cabendo a este a possibilidade de acionar diretamente o Estado.

¹⁰⁵ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p.13.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.970/971. "Ocorre a culpa do serviço ou 'falta do serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva."

Habitualmente a teoria da falta do serviço é identificada com a teoria da responsabilidade objetiva, similitude que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, não procede, pois, para aquela, é indispensável que reste caracterizado o mau funcionamento do serviço, presunção que pode ser contestada pelo Poder Público, enquanto para a responsabilidade objetiva basta o nexo de causalidade entre o dano e o proceder estatal.¹⁰⁷

Segundo Odoné Serrano Junior, a responsabilização do Estado pela Teoria da Falta do Serviço depende ainda de certo grau de subjetividade, pois, a "culpa impessoal ou anônima do serviço quer dizer que não se discute aqui a culpa do funcionário; apura-se, apenas, se houve ou não falha do serviço prestado pelo Estado através de seus agentes".¹⁰⁸

Assim, assegura Celso Antonio Bandeira de Mello, a responsabilidade decorrente da Teoria da Falta do Serviço é subjetiva, na medida em que deve demonstrar a atuação do serviço em moldes contrários aos dispostos na lei.

De outro modo, todavia, Romeu Felipe Bacellar Filho situa a teoria da falta do serviço dentro da doutrina objetiva, "em face do dever de eficiência imposto ao Poder Público" prescindindo de qualquer questionamento acerca da culpa, e conclui que: "a faute du service determinava o ressarcimento ao particular sempre que este se visse lesado por dano resultante da atuação estatal, sem dedicar preocupação em detectar o agente que o causou. Voltando a vista para o terreno publicístico, tal teoria vinculou o Estado a um dever de indenizar sempre que a lesão sofrida emanasse de um fato material oriundo do funcionamento passivo do serviço público".¹⁰⁹

No que concerne à Teoria do Risco, o núcleo do entendimento a respeito da responsabilidade estatal está calcado na possibilidade de o Estado causar danos

¹⁰⁷ MELLO, **Curso de direito...**, 23.ed., p.971/972.

¹⁰⁸ SERRANO JÚNIOR, *op. cit.*, p.13.

¹⁰⁹ BACELLAR FILHO, *Responsabilidade civil...*, p.309.

a alguém, mesmo que tenha agido regularmente, com a finalidade de atender aos interesses de toda a população. Nesse caso o prejudicado tem o direito de reaver os prejuízos suportados, visto que o Poder Público, centrado no bem comum, não pode anuir com o fato de que uma pessoa, ou um pequeno grupo, arque com a lesão sozinha, pois se todos os membros da sociedade aproveitaram os benefícios devem também compartilhar os prejuízos¹¹⁰.

Augusto do Amaral Dergint conclui ser indiferente que o serviço tenha funcionado bem ou mal, bastando que o dano imputável ao Estado rompa a igualdade dos cidadãos quanto aos ônus e encargos públicos, cabendo a todos os membros da coletividade concorrer para a reparação do dano, por meio dos recursos do erário público.¹¹¹

Em que pese na Teoria do Risco o dever de reparação decorra unicamente da correlação existente entre o dano e a conduta estatal – responsabilidade objetiva - é preciso anotar que tal requisito justifica a subdivisão da teoria em outras duas subespécies: risco integral e risco administrativo.

A Teoria do Risco Integral impõe ao Estado a obrigação de indenizar sempre que estabelecido o nexo de causalidade entre o dano e a conduta estatal, não admitindo qualquer hipótese excludente da responsabilidade.

Odoné Serrano Junior, diante da abrangência da regra de responsabilidade proposta pela Teoria do Risco Integral e a inexistência de excludentes, assemelha o Estado à figura de um “segurador universal”¹¹².

Por sua vez, a Teoria do Risco Administrativo caracteriza-se pela objetividade da responsabilidade, admitindo, no entanto, limitações, ou seja, ainda que a

¹¹⁰ Romeu Felipe Bacellar Filho ao se debruçar sobre o estudo do tema, assegura que a Teoria do Risco encontra fundamento “ no princípio da equidade, na idéia do risco que a atividade pública gera para os particulares e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais, no princípio do enriquecimento ilícito e na idéia de segurança social”. (BACELLAR FILHO, Responsabilidade civil..., p.310).

¹¹¹ DERGINT, op. cit., p.43.

¹¹² SERRANO JÚNIOR, op. cit., p.58.

regra de aplicação seja bastante ampla, algumas exceções são identificadas, por meio das quais resta afastada a obrigação estatal de reparação – culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

Romeu Felipe Bacelar Filho, ao analisar as duas espécies da Teoria do Risco, filia-se a posicionamento tributário de que a diferenciação retrata de mera questão semântica, pois “nunca se pretendeu ou cogitou que a administração ficasse obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros”¹¹³, mas estabelecer critério objetivo para a responsabilidade.

A jurisprudência francesa, como lembra Celso Antônio, veio a admitir a responsabilidade objetiva, independente de qualquer falta ou culpa do serviço. A responsabilidade pelo risco administrativo significa dissociar-se de comportamento juridicamente censurável,¹¹⁴ resultando na grande influência da Teoria do Risco para a Teoria da Responsabilidade Objetiva.

Fundamental para a Teoria da Responsabilidade Objetiva é verificar se há o nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo Poder Público e o dano acarretado a um terceiro, ou seja, que o dano decorra da atividade estatal.

Identificado tal vínculo está obrigado o Estado, ao figurar como sujeito ativo causador do dano, a reparar os malefícios a que deu causa. O restabelecimento da situação anterior à conduta prejudicial deve, na maior parte das situações, ser reparada por meio de prestações pecuniárias¹¹⁵.

Caso não se verifique a existência do nexo de causalidade, não há que se falar em obrigação de indenizar.

¹¹³ BACELLAR FILHO, Responsabilidade civil..., p.314.

¹¹⁴ MELLO, **Curso de direito...**, 23.ed., p.974.

¹¹⁵ Odoné Serrano Junior distingue a Teoria do Risco da Teoria da Responsabilidade Objetiva “em virtude do dever de responsabilidade do Estado estar desvinculado com o exercício de qualquer atividade perigosa, cujo risco de gerar tenha sido assumido pelo explorador da atividade. Ao revés, a teoria do dano objetiva deriva, tão só do princípio da equânime repartição dos encargos públicos (SERRANO JUNIOR, op. cit., p.60).

2.1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O Brasil nunca adotou a teoria da irresponsabilidade do Estado.

Sua primeira Constituição, datada de 25 de março de 1824, ainda que não previsse o dever de o Estado indenizar os danos por ele atribuídos ao particular, determinava no art. 179, inciso XIX, a responsabilidade do funcionário¹¹⁶, o qual, por evento de lei infraconstitucional, tinha obrigação solidária.¹¹⁷

A Constituição subsequente, de 1891, manteve, por sua vez, similitude com os dispositivos da Carta de 24, pois reiterou a responsabilidade do funcionário público pelos abusos e omissões cometidos no exercício de seu cargo.¹¹⁸

Nesse cenário constitucional foi editado, em 1916, o Código Civil, sendo incluído dispositivo, taxativo, referente à responsabilidade estatal:

Artigo 15 - As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos 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.

¹¹⁶ Nesse sentido José dos Santos Filho registra “As constituições de 1824 e 1891 não contemplavam a responsabilidade do Estado. Acompanhando as idéias da época seus preceitos ensejavam a responsabilidade do funcionário público pelos atos abusivos que praticavam” (SANTOS FILHO, José dos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.140).

¹¹⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

¹¹⁸ Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.
Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

Tal postulado, no entanto, não trouxe grande contribuição, uma vez que a doutrina, ao interpretá-lo, conferiu-lhe sentido calcado na culpa e no dolo. Dessa maneira, fez com que a previsão legal que visava à regulamentação de atividades do Poder Público ficasse limitada à concepção civilista.¹¹⁹

Advogava-se na ocasião que os atos legais praticados pelo Estado não deveriam obrigá-lo a ressarcir possíveis prejuízos.

Mantendo a tendência da responsabilidade calcada na concepção informada por preceitos de direito civil, a Constituição de 1934, assim como a de 1937, corroborou a tendência da subjetividade da obrigação de indenizar, constitucionalizou a solidariedade obrigacional existente entre Estado e funcionário público, bem como a possibilidade de a Fazenda Pública executar seu funcionário culpado.¹²⁰

Com o advento da Constituição de 1946 foi, expressamente, previsto no artigo 194:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade causarem a terceiros.
Parágrafo Único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Romeu Felipe Bacellar afirma que depois da Constituição de 1946 as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública conviviam com dois sistemas de responsabilidade; vale dizer, em relação aos atos realizados por pessoas jurídicas de Direito Público, a responsabilidade do Estado seria objetiva, já quando se tratasse

¹¹⁹ É nesse sentido a lição da Professora Odete Medauar quando ressalta que "A doutrina predominante conferiu a este dispositivo interpretação calcada na concepção civilista, centrada no dolo e na culpa do agente público, embora a redação pudesse ensejar algum enfoque de responsabilidade objetiva." (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.404).

¹²⁰ Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1.º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2.º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

de uma pessoa jurídica de Direito Privado, a responsabilidade seria subjetiva, de conformidade com a regra genérica do Código Civil.¹²¹

O dispositivo transcrito, ao prever o direito de regresso contra o funcionário que tenha obrado com culpa, utiliza o vocabulário informal, usado por leigos no cotidiano.

A letra da lei é o ponto de partida de sua interpretação e consiste no seu limite. A respeito, Celso Bastos ensinou "que a Constituição não tolera o vocabulário técnico."¹²²

É com esse sentido que Paulo Bonavides assinala a importância da acepção comum das palavras na Constituição, tendo em vista que tem por destinatário, em primeiro lugar, a coletividade ou massa de cidadãos, que nem sempre está capacitada a compreender terminologias demasiadamente técnicas.¹²³

O mestre português José Joaquim Gomes Canotilho confirma esse posicionamento, quando diz que na interpretação da norma constitucional podem ser consideradas duas convenções lingüísticas diferentes, ou seja, a escolha entre a convenção baseada no uso científico e a convenção baseada no uso normal; e mais, entre a convenção lingüística do tempo em que surgiu a lei e a do tempo de sua aplicação. Porém, cumpre deixar claro que não é possível descurar totalmente dos termos próprios da linguagem científica, "apenas ocorre que a constituição não é exatamente o local mais adequado para se utilizar um critério técnico-jurídico" uma vez que é o marco a partir do qual se erige a ordem jurídica produto da atuação do poder constituinte composto por pessoas dos mais diversos setores da sociedade e não apenas de técnicos ou juristas.¹²⁴

¹²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.223.

¹²² BASTOS, Celso. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.184.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.401.

¹²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.1091; BASTOS, **Hermenêutica...**, p.186 e 187.

Não quer expressar, portanto, o dispositivo constitucional, que o direito de regresso é conferido apenas nos casos em que o agente tiver agido com culpa, pelo contrário, ao valer-se de linguajar corriqueiro, busca justamente um sentido mais abrangente à previsão legal, o que não seria possível com termos técnicos jurídicos.

Quer então dizer que cabe ao Estado o direito de regresso, tanto nos casos em que o agente proceder com dolo quanto nos casos em que este incorrer em negligência, imprudência e imperícia.

Assim, é possível verificar que a responsabilidade do Estado desvincula-se da concepção civilista, uma vez que o caráter subjetivo da conduta apenas possui relevância para o exercício do direito de regresso.

Desse modo, para que o Estado tivesse a obrigação de reparar prejuízos, seria necessário identificar que o dano decorresse de um ato por ele praticado, ou seja, que com este guardasse nexos de causalidade.

Consubstanciada nesse raciocínio lógico é que foi posteriormente instituída, no Brasil, a Responsabilidade Objetiva.

A norma fundamental de 1967 inseriu, dentre as suas determinações, a possibilidade de o Estado agir regressivamente contra seus funcionários causadores de danos, inclusive quando tivesse obrado com culpa ou dolo¹²⁵, texto que foi mantido pela emenda Constitucional de 1969.¹²⁶

Tal processo histórico culminou na promulgação, em 1988, de nova Constituição Federal brasileira que, por sua vez, seguiu o posicionamento que vinha sendo adotado, o da Responsabilidade Objetiva.

¹²⁵ Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

¹²⁶ Art. 107. Às pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Isso posto, é impossível deixar de registrar a observação de Romeu Felipe Bacellar Filho, quando interpretando o artigo 37, parágrafo 6.º da Constituição de 1988, reconhece que o Constituinte tratou de cingir a responsabilidade da Administração Pública, não mais em duas metades, mas em três. Isto é: em relação à pessoa jurídica de Direito Público, o regime da responsabilidade estatal é o objetivo; em relação às pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviço público, a responsabilidade do Estado é objetiva. Porém, quando se trata de pessoas jurídicas de Direito Privado, exploradoras de atividade econômica, o regime da responsabilidade deve ser regido pelo Código Civil.

Apresenta como fundamento para esse raciocínio, o art. 173, Parágrafo 1.º, II, da CF, quando diz:

A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem a atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços, dispondo sobre: II - a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.¹²⁷

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A responsabilidade jurídica é instituto que possui suas raízes no direito privado, consistindo, em linhas gerais, na obrigação de o sujeito ativo de determinada conduta arcar com as consequências dela decorrentes, principalmente quando implica a violação de uma norma jurídica.

A primeira idéia a respeito da responsabilidade deriva do vocábulo latino "responder", utilizado em decorrência da celebração de contratos entre cidadãos romanos, quando um dos contratantes anuía aos elementos contratuais e prometia

¹²⁷ BACELLAR FILHO, **Direito administrativo...**, p.226/227.

(spondeo) cumpri-lo, estando, assim, obrigado a responder pelas imposições do termo firmado¹²⁸.

No presente trabalho, o termo responsabilidade será usado em seu sentido mais abrangente, pois, segundo Odoné Serrano, o significado romano está superado, na medida em que, atualmente, o direito admite outras situações ensejadoras de responsabilidade, para além daquelas decorrentes de termo contratual.¹²⁹

Fernando Facury Scaff pondera que

Está em curso, há vários anos, uma luta surda pela redução da impunidade na sociedade. Uma luta pela responsabilização de todo aquele que causou dano a outrem, independentemente de credo, raça, cor, posição social que desempenhe ou do tilintar de sua conta bancária.¹³⁰

Ora, a definição do que se deve compreender por responsabilidade do Estado é tema dos mais controvertidos, o que pode ser comprovado pela simples análise das obras que versam a respeito do assunto, que dedicam capítulos inteiros para estabelecer os limites de tal significado.

Em face da dificuldade apontada, é valiosa a colocação de Caio Mario da Silva Pereira, quando avalia que "não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independentemente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil".¹³¹

Da consideração acima apresentada pode-se identificar um pretense fim para a discussão, qual seja: o que se refere à dificuldade de precisar o que é responsabilidade. Mas, por outro lado, abre espaço para outro debate: qual a terminologia correta a ser

¹²⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000. p.17.

¹²⁹ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p.21.

¹³⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar; São Paulo: Saraiva, 2001. p.8.

¹³¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.8.

aplicada à responsabilidade do Estado, simplesmente, responsabilidade ou responsabilidade civil do Estado?

Inácio de Carvalho Neto opta por utilizar a primeira e fundamenta:

evitamos, já no título do trabalho, usar a expressão Responsabilidade Civil do Estado, em razão da sua impropriedade. A uma, por seu caráter pleonástico, tendo em vista que, como ainda se admite a pessoa jurídica não pode ser penalmente responsabilizada, não havendo, assim, razão para falar-se em responsabilidade civil, pois só esta é possível. A duas, porque a expressão pode sugerir alguma influência do direito privado sobre o tema, devendo, só por isto ser abandonada.¹³²

Com vistas a uma finalidade eminentemente didática, serão tecidas, a seguir, algumas considerações acerca da diferenciação entre a "Responsabilidade Civil", "Penal" e "Administrativa".

À primeira vista, a diferenciação entre estas categorias pode parecer decorrente de um ilícito de natureza civil, penal ou administrativo. No entanto, independentemente da adjetivação atribuída, a condição do ilícito subsiste, o que dá margem a pensar que assiste razão à doutrina moderna que abstrai a existência de uma diferenciação ontológica e considera como relevante o fato de que todas têm, por característica, a contrariedade a uma norma legal.

É, portanto mais adequado correlacionar o tipo de responsabilidade aos reflexos produzidos pela transgressão de uma determinação legal. Por exemplo, pode ser identificada a responsabilidade penal, sempre que o dano produzido lesar, propriamente, a ordem social.

Yussef Said Cahali explica que "no direito privado, toda vítima de um ato ilícito tem ação judicial contra o autor do dano, ou seja, o responsável (CC, art.186)."¹³³

¹³² CARVALHO NETO, op. cit., p.12.

¹³³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.16.

A Responsabilidade Civil, por sua vez, corresponde à obrigatoriedade de o agente de uma conduta contrária à lei arcar com os danos patrimoniais e morais, decorrentes do agir ilegal.¹³⁴

Caso os danos surjam do descumprimento de uma obrigação formalmente anuída pelas partes em virtude de um contrato, ter-se-á responsabilidade contratual. De outro modo, se advém da inobservância de um dispositivo normativo, de caráter geral, ter-se-á a responsabilidade extracontratual.

O Brasil, conforme explicitado no Art. 1.º de sua Carta Magna, é um Estado Democrático de Direito, o que significa que está submetido ao ordenamento jurídico positivo, à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos.

Tal prerrogativa imputa ao Estado, como não poderia ser diferente, o dever de submissão aos postulados legais atinentes à responsabilidade estatal, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, representa "[...] Como qualquer outro sujeito de Direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízos a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva [...]".¹³⁵

A respeito, registra Ives Gandara da Silva Martins, ao citar Antunes Varela, que à obrigação imposta por lei de reparar o dano sofrido por outrem, se dá o nome de responsabilidade civil, concepção coenvolta na idéia de que cada indivíduo responde pelos atos ilícitos que pratica, o que significa que é a pessoa responsável por assumir as conseqüências das suas ações e omissões.¹³⁶

Porém, a obrigação de reparar o prejuízo causado à pessoa que não o devia suportar pode decorrer, também, de ato lícito. É o que ensina Celso Antonio Bandeira

¹³⁴ Código Civil Brasileiro/2002 - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.835.

¹³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A constituição aplicada**. Belém: Cejup, 1991. v.3. p.167.

de Mello, quando reconhece a obrigação de o Estado de reparar, economicamente, os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem, quando produzidos por "comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos"¹³⁷ configurando a omissão nos casos em que seja obrigatória a atuação do agente público¹³⁸.

É correto afirmar que a responsabilidade é o dever de arcar com os resultados gerados por uma determinada conduta, devendo o Estado, caso seja causador de danos, assumir as conseqüências de seu proceder.

A Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, ao inaugurar nova ordem jurídica no Brasil, inovou a forma de disciplinar a responsabilidade do Estado, pois previu lado a lado a obrigação de indenizar das pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, quando prestadoras de serviço público.

Tal disposição constitucional assumiu a seguinte redação:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 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.¹³⁹

Como se vê, o Poder Constituinte Originário ao redigir o dispositivo consagrou, como regra, o dever do Estado de se responsabilizar objetivamente pelos danos provenientes da atuação das pessoas jurídicas de direito público.

¹³⁷ MELLO, **Curso de direito...**, 14.ed., p.835.

¹³⁸ BACELLAR FILHO, **Direito administrativo...**, p.236.

¹³⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 out. 2008.

Romeu Felipe Bacellar Filho adverte que, excepcionalmente, poderá ser aplicado o regime proposto no art. 927 do novo Código Civil, quando não houver legislação em sentido diverso e a pessoa jurídica, que compõe a Administração Pública, não tiver agido nesta condição¹⁴⁰.

Registra, ainda, o autor, que as pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da Administração Pública, quando agirem em colaboração daquela, devem também se submeter à regra da responsabilidade objetiva.

Assim, o Texto Constitucional optou por impor ao Estado o dever de indenizar objetivamente os danos produzidos pelas pessoas jurídicas que o compõem, independentemente da natureza da atividade por esta desempenhada, da mesma forma que a responsabilização deve ocorrer de modo objetivo para aqueles particulares que estiverem em colaboração com o Poder Público.

Se as pessoas jurídicas de direito privado só podem ser responsabilizadas objetivamente quando prestadoras de serviços públicos, as de direito público devem sempre obedecer a tal regra, inclusive, quando prestem esse tipo de atividade.

A problemática aventada assume, ainda, novos contornos, na medida em que o foco da verificação passa ser a ocorrência de prejuízos provenientes da realização de uma ação ou de uma omissão do Estado.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entende ser objetiva a responsabilidade do Estado quando o ônus imposto ao particular decorrer de comportamento comissivo, lícito ou ilícito. Propõe, em síntese, que a responsabilidade somente pode ser atribuída ao Estado com base no nexo de causalidade, puro e simples, naquelas circunstâncias em que houver um proceder comissivo.

De outro modo, concluiu serem as omissões do Poder Público, passíveis de responsabilização, sob a modalidade subjetiva, necessitando, nesta medida,

¹⁴⁰ BACELLAR FILHO, **Direito administrativo...**, p.232.

ser apreciado o caráter subjetivo daquele que não agiu no momento em que estava obrigado.¹⁴¹

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, a subjetividade da responsabilização decorre do fato que: se o Estado não agiu, não pode ele ser o autor do dano.¹⁴²

Todavia, é de se ressaltar a existência de entendimento diverso, para o qual a responsabilidade do Estado é sempre objetiva, independentemente de decorrer de ação ou omissão, lícita ou ilícita.

Nesse sentido, buscou o Supremo Tribunal Federal estabelecer, no Acórdão lavrado pelo Ministro Celso de Mello, os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade objetiva do Poder Público:

- 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.¹⁴³

Em face das dificuldades verificadas pelo particular no momento em que pleiteia judicialmente a responsabilidade do Estado por danos decorrentes da atuação de seus agentes, e o direcionamento fornecido pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento supracitado, filia-se a opinião de que a responsabilidade estatal, deve, em regra, ser objetiva, cabendo mensurar a respeito do elemento subjetivo, apenas no momento em que o Estado estiver se relacionando com seu agente por ocasião da via regressiva¹⁴⁴.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. v.2. p.480 e segs.

¹⁴² MELLO, **Curso de direito...**, p.958.

¹⁴³ RE 109615-2, DJU 02/08/1996 RTJ 140/636; RTJ55/503; RTJ 71/99; RTJ 991/377; RTJ99/1155; RTJ131/417

¹⁴⁴ MONTEIRO FILHO, op. cit., p.54. "O elemento culpa só irá interessar na relação Administração *versus* agente, para efeito de eventual direito de regresso."

No entanto, o fato de a responsabilidade objetiva ser aplicável, inclusive, para aqueles danos decorrentes da omissão Estatal, não significa que se assemelha à figura de “segurador universal”¹⁴⁵, pois são admitidas algumas situações excludentes, que a seguir serão estudadas de modo mais detalhado, sem pretensão, no entanto, de abordagem exaustiva do tema.

2.2.1 Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade Civil do Estado

A Teoria da Responsabilidade Objetiva influenciada pela Teoria do Risco Administrativo aceita a existência de algumas excludentes que, se verificadas, isentam o Estado de arcar com possíveis consequência danosas, uma vez que impossibilitam a configuração do nexo de causalidade entre o dano e atuação estatal.¹⁴⁶

Como se vê, a exclusão aventada busca afastar o estabelecimento do nexo de causalidade indispensável para a caracterização do dever de responsabilização estatal. Nesse mesmo sentido, Rodrigo Valgas dos Santos afirma que “as excludentes do nexo causal não se confundem com as excludentes de ilicitude” de modo que “nem sempre a invocação de uma ilicitude necessariamente implicará exclusão de responsabilidade”¹⁴⁷.

Odoné Serrano Júnior¹⁴⁸, Augusto Amaral Dergint¹⁴⁹, Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁵⁰, dentre outros, mencionam como causas que excluem ou atenuam o dever

¹⁴⁵ Termo utilizado por Odoné Serrano Júnior (op. cit., p.58).

¹⁴⁶ Augusto do Amaral Dergint (op. cit., p.50). “A equação da causalidade responsabilizante não chega a se formar, de modo que não são propriamente ‘excludentes’ da responsabilidade estatal”.

¹⁴⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.284.

¹⁴⁸ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p.63/64.

¹⁴⁹ DERGIN, op. cit., p..49/52.

¹⁵⁰ BACELLAR FILHO, **Direito administrativo...**, p.241/244.

de responsabilidade a culpa do lesado, o ato de terceiro, o caso fortuito, a força maior e o estado de necessidade.

A chamada culpa da vítima ou culpa do lesado significa que uma determinada situação danosa decorre da conduta da vítima, sendo indispensável, no entanto, tecer as seguintes considerações a respeito de duas hipóteses possíveis:

- a) o sujeito lesado é o único responsável pelo prejuízo verificado, e neste caso, o Estado está totalmente isento de qualquer ressarcimento, de outro modo;
- b) as consequências prejudiciais decorrem, em parte, da forma de proceder da vítima e, em parte, da atuação do Estado, estando neste caso obrigado a responsabilizar-se na medida (proporção) em que contribuiu para a ocorrência do evento danoso¹⁵¹.

Dessa forma, o Estado, pautado nas previsões constitucionais, obedece, em regra, o dever objetivo de se responsabilizar, o que impõe a caracterização do nexo de causalidade entre o dano verificado e a atuação de seus agentes. Quando uma situação prejudicial é decorrente da atuação do próprio lesado, não se estabelece o requisito condicionante do dever de responsabilização objetivo, estando assim o Poder Público isento de restabelecer os prejuízos.

Tal raciocínio guarda diversos pontos semelhantes àquele aplicado às situações danosas decorrentes de atos de terceiros. Nesta circunstância, o evento *damni* será de autoria de terceira pessoa que não integra a estrutura dos agentes estatais, o que deverá ser provado pela pessoa que está sendo acusada de ter provocado os prejuízos.

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado** São Paulo: Malheiros, 2006. p.238 - “não há responsabilidade civil do Estado quando o evento danoso se consumou por efeito de atuação culposa da vítima. Se a culpa foi exclusiva, não há responsabilização civil alguma. Se houve concorrência de culpa entre a vítima e o Estado, há o compartilhamento da responsabilidade civil, o que não significa afirmar que a indenização devida corresponderá a exatos 50% do valor estipulado”.

Mais uma vez, é possível anotar a subdivisão do modo como o terceiro pode agir: a) de modo exclusivo – o evento lesivo decorre unicamente da atividade desempenhada por terceira pessoa, isentando ao Estado de qualquer responsabilidade; b) de modo concorrente – o agravo decorre da atuação de agente do Estado e de terceiro, quando haverá compartilhamento da responsabilidade.

Quanto à ocorrência de caso fortuito e força maior, como instrumentos de exclusão da responsabilidade estatal, há grande divergência acerca da delimitação do que se deve compreender por tais locuções.

Romeu Felipe Bacellar Filho entende por caso fortuito aqueles eventos dotados de imprevisibilidade, ao passo que, a força maior implica a ocorrência de uma situação dotada de caráter irresistível, mesmo que tomadas todas as precauções de diligência por parte do Estado a fim de evitá-las¹⁵².

Pautando-se na diferenciação apresentada por Bacellar, o raciocínio desenvolvido é o seguinte: não pode o Estado ser obrigado a se responsabilizar pelos danos que, embora tenha tentado evitar, ocorreram por conta do seu caráter irresistível.

No entanto, para aquelas situações imprevisíveis, que se conformam à denominação de caso fortuito, a isenção conferida ao Estado pode não ser total, pois eventualmente o prejuízo pode decorrer de atividade desempenhada pelo Poder Público, pois este, ao oferecê-la, assumiu os riscos inerentes ao serviço prestado.

Uma vez identificadas as situações passíveis de terem aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, é de se notar que subsiste, todavia, elemento, inserido no art. 37, § 6.º da Constituição Federal, ainda não analisado, qual seja, a identificação do que se deve tomar por agente público para fins de responsabilidade civil do Estado, motivo pelo qual será objeto do tópico seguinte.

¹⁵² Neste mesmo sentido expõem Marçal Justen Filho (op. cit., p.239) “o Estado não é responsabilizável,, porque o dano se produziu não obstante tivesse ele observado todas as cautelas derivadas do dever de diligência a ele imposto”.

2.2.2 Agente Público

O Estado como criação abstrata do ser humano, não consegue atuar e exprimir suas vontades por si mesmo, necessitando, portanto, de pessoas físicas a ele conectadas por especial relação que atuem em seu nome, de modo que tais agentes dão vida à pessoa jurídica que representam.¹⁵³

Durante muitos anos, mais precisamente de 1946 a 1969, o texto constitucional brasileiro utilizou a expressão funcionário público para designar os sujeitos que agiam em nome do Estado e cujas condutas implicavam sua responsabilização.

Com o advento da Constituição de 1988, a expressão funcionário público foi substituída no texto constitucional por Agente Público. O termo utilizado teve como escopo dilatar a abrangência do dispositivo constitucional, fazendo com que a responsabilização do Estado surgisse em decorrência de um número cada vez maior de situações provenientes das mais diversas pessoas que, em nome do Estado, desempenham funções exclusivas do Poder Público.

A referência inserida no § 6.º, artigo 37, da Constituição Federal de 1988, não deve ser compreendida de modo restritivo, o que representa que a menção aos agentes públicos ali encartados refere-se 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.

Considerando que o escopo deste trabalho é a responsabilidade do Estado decorrentes de atos jurisdicionais, tratar-se-á apenas das pessoas físicas que desempenham diretamente a vontade estatal, estando excluídas de abordagem os funcionários das pessoas jurídicas de direito privados prestadoras de serviço público, pois o exercício da atividade jurisdicional é monopólio estatal.

O significado da expressão agente público é objeto de inúmeras propostas doutrinárias nacionais. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, agentes públicos são

¹⁵³ ALESSI, op. cit., p.71 "o fenômeno pelo qual as pessoas físicas assumem a posição de dar vida e fazer atuar à pessoa jurídica é o que constitui precisamente a organização".

"os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente"¹⁵⁴ e conclui afirmando que "exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes."¹⁵⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro inclui, na expressão constitucionalmente consagrada, as pessoas físicas que exprimem o querer das entidades que compõem a administração indireta.¹⁵⁶

Como se vê, pode-se afirmar que agente público é toda pessoa física à qual o Estado conferiu prerrogativas jurídicas, a partir das quais pode e deve agir em seu nome.

Uma vez caracterizado o entendimento acerca de quem é agente público, cabe, neste momento, saber se os juízes podem se enquadrar nesta categoria.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz declara ser a responsabilidade do Estado por atos judiciais espécie do gênero responsabilidade estatal decorrente do serviço público, devendo o art. 37, § 6.º da Constituição Federal ser interpretado no sentido de que deve o Estado responder objetivamente pelos danos ocasionados em decorrência da atuação judicial, por exercer o Poder Judiciário um serviço público e ser o juiz um agente público¹⁵⁷.

A análise da responsabilidade estatal por atos proferidos pelo Poder Judiciário não depende da configuração da atividade jurisdicional como serviço público, mas sim de identificar o que pretendeu o legislador abarcar no momento em que estabeleceu

¹⁵⁴ MELLO, **Curso de direito...**, 14.ed., p.219.

¹⁵⁵ MELLO, **Curso de direito...**, 14.ed., p.220.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.353.

¹⁵⁷ 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.

ao final do § 6.º do art. 37: “responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso”.

Levando-se em conta os elementos conceituais acima propostos, é possível considerar: a) a função jurisdicional, assim como as demais atuações estatais, necessita que a veiculação de tal querer seja exprimida por pessoa física; b) nem todas as pessoas físicas que desejam dirimir conflitos têm competência jurídica para tanto; c) para que determinada pessoa delibere a respeito de um conflito intersubjetivo, do qual não participa, e sua ordem seja acatada, necessariamente precisa de qualificação conferida pelo Estado; d) são os magistrados titulares do exercício de prerrogativa estatal, e somente por isso, todos os componentes da sociedade que estão sob tal jurisdição acatam tais determinações, independentemente de concordarem ou não com o que restou decidido.

A diversidade de conceitos doutrinários acerca do que é agente público acarreta, conseqüentemente, divergência no que se refere às categorias que estariam inseridas no gênero. E mais, surge a dúvida: qual espécie de agente público é o juiz?

Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Silvia Zanella di Pietro 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.¹⁵⁸

Hely Lopes 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, além dos representantes diplomáticos e autoridades que atuem "com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais,

¹⁵⁸ MELLO, **Curso de direito...**, 14.ed., p.222.

judiciais ou quase judiciais" que não estão hierarquizadas e são sujeitas apenas "aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição".¹⁵⁹

Analisando a independência dessa especial categoria de agentes públicos, Hely Lopes Meirelles ressalva que a independência dos juízes, nos seus julgamentos, fica a salvo de responsabilização civil por eventuais erros de atuação, "a menos que tenham agido com culpa grosseira, má fé ou abusos de poder", o que não significa a não-responsabilidade do Estado por danos decorrentes da atuação de seus agentes, mas, apenas, que o ato, embora conhecido como ilegítimo pelos Tribunais, se não for eivado de má-fé, de corrupção, de culpa, "não deve acarretar a responsabilidade pessoal da autoridade". Explica o autor que tal consideração é necessária porque as situações dos que decidem e governam é diferente da daqueles que administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem a responsabilidade de decisão.¹⁶⁰

Quando se trata de agente público é necessário registrar que se vinculam com o Estado por ato legal, o que se denomina de investidura, podendo variar na forma ou nos efeitos, segundo a natureza do cargo, emprego, função ou mandato atribuído ao investido. Mas é patente que os magistrados são investidos na função de, em nome do Estado e por ele, dirimir conflitos de interesses, com a característica de definitividade, própria da coisa julgada.

Aceitar que os magistrados inserem-se no conceito de agente público independe de classificação, pois, se atuam em nome do ente estatal, conforme e nos limites previstos juridicamente, guardam com o Poder Público uma relação de trabalho profissional, com vínculo de dependência econômica, cuja remuneração é paga pelo Estado, para que desempenhem suas funções.¹⁶¹

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.71-74.

¹⁶⁰ MEIRELLES, op. cit., p.71-74.

¹⁶¹ DI PIETRO, **Direito administrativo**, p.353 e 354.

O Supremo Tribunal Federal, na esteira do raciocínio apresentado, reconheceu, no Recurso Extraordinário 228977/SP, publicado no Diário de Justiça de 12 de abril do ano de 2002, os magistrados, como agentes públicos.¹⁶²

Saber a qual dos subgrupos integram os magistrados é discussão não tão relevante para a caracterização da responsabilidade estatal, pois a redação constitucional não faz qualquer restrição à espécie de agente público, apenas afirma a responsabilidade objetiva do Estado para os casos em que o agir de seus agentes acarrete prejuízos a direitos dos particulares.

Ora, se os juízes são agentes públicos e se o Estado a eles confere poderes para o exercício de suas funções, é possível que, eventualmente, danos decorram de tal atuação, bem como seja verificável o nexo de causalidade do prejuízo com a conduta prejudicial.

Levando em conta o disposto no artigo 37 § 6.º da Constituição Federal de 1988 e tudo até aqui registrado, é possível concluir que o Estado deve se responsabilizar por atos danosos decorrentes da atividade jurisdicional, por ser o magistrado agente público, havendo, portanto, perfeita subsunção entre a hipótese e a norma.

¹⁶² "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."

PARTE III
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

3 FUNDAMENTOS DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 228977-2/SP determinou que "a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados";¹⁶³ no Recurso Extraordinário n.º 505393-8/PE cuja Relatoria coube ao Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou que "a regra geral é irresponsabilidade civil do Estado por atos de Jurisdição".

Em que pese as deliberações do Pretório Excelso estarem em total contrariedade aos anseios sociais e ao ideário de justiça social, diversos são os argumentos utilizados para embasar a teoria da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais.

Sem qualquer pretensão exaustiva, passa-se, a seguir, a esboçar análise sobre as justificativas, mais usuais, que fundamentam a negativa de responsabilidade noticiada.

3.1 SOBERANIA DO PODER JUDICIÁRIO

A Soberania, segundo a Teoria Geral do Estado, juntamente com a idéia de povo e território, forma propriamente o Estado, sendo, portanto, um dos elementos essenciais à sua formação.

Surge, assim, a idéia de que pode um conjunto de pessoas residentes sobre um território ser considerada como elemento constitutivo do Estado, quando esta união não tiver deveres de submissão a outra ordem da mesma natureza.¹⁶⁴

¹⁶³ Recurso Extraordinário 228977-2 São Paulo, Relator Ministro Néri da Silveira Recurso Extraordinário 505393-8/PE, Relator Sepúlveda Pertence: "a regra geral é irresponsabilidade civil do Estado por atos de Jurisdição.

¹⁶⁴ FERREIRA FILHO, op. cit., p.49-51.

Nessa medida, a atuação típica do Poder Judiciário seria propriamente uma das formas pelas quais se verifica, na prática, a ausência de qualquer subordinação do Estado.¹⁶⁵

A justificativa da soberania foi registrada pelo Supremo Tribunal Federal, quando julgado o Recurso Extraordinário n.º 70121 – MG, em que restou assim registrado na ementa do Acórdão "o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania".¹⁶⁶

Para os adeptos dessa teoria, os atos decisórios dos juízes são compreendidos como uma manifestação da soberania, de modo que os eventuais erros cometidos não podem acarretar qualquer responsabilização do Estado. Caso contrário a Soberania estaria sendo desrespeitada na medida em que sujeita à responsabilidade.

Tal modo de pensar não é aceitável, pois, como se viu no princípio, o atributo soberania recai unicamente como qualificação do Estado e não propriamente sobre as suas estruturas operacionais.

Admitir a irresponsabilidade do Estado no que tange a possíveis danos decorrentes da atuação jurisdicional representa também aceitar este mesmo raciocínio para o desempenho das atuações típicas do Poder Executivo e Legislativo, o que pacificamente, não é aceito pela jurisprudência e doutrina.

Ademais, é necessário considerar que o Estado brasileiro, além de soberano, é Democrático de Direito e, portanto, deve também submeter sua atuação aos comandos normativos.

¹⁶⁵ Registra-se os seguintes Acórdãos do Supremo Tribunal Federal que usa a argumentação exposta: RREE n.ºs – 32.518 (RTJ 39/190), 69.568 (RTJ 56/273), (RTJ 59/782) e 91680 (RTJ 94/423).

¹⁶⁶ COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Responsabilidade do estado por atos de juiz (em face da Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.1, p.20, jan./mar. 1993.

3.2 INDEPENDÊNCIAS DO MAGISTRADO OU INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA

Estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu art. 2.º, a independência e harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o que posteriormente reitera, com riqueza de detalhes, em seu art. 95, estabelecendo as garantias institucionais que recaem sobre o Judiciário em sua totalidade, e as garantias funcionais que asseguram a imparcialidade dos membros deste Poder.

Tendo em vista que o escopo do presente estudo não está nas garantias constitucionais atribuídas ao Judiciário, não se tem a preocupação de analisar cada uma delas, detendo-se, com mais cuidado, sobre a imparcialidade dos juízes, pois que indispensável à compreensão do presente tópico.

De modo geral é possível afirmar que a Carta assegura ao Poder Judiciário, bem como aos seus juízes, uma atuação totalmente independente de influências externas. O que significa que lhes é assegurado decidir os conflitos que lhe são submetidos, com base unicamente nos dados carreados aos autos e na sua livre convicção/livre convencimento.

Tais atributos são comumente invocados quando analisada a questão da responsabilidade do Estado, na medida em que, para alguns, admitir a obrigação de o Poder Público indenizar particulares prejudicados pela atuação dos magistrados acabaria por impor restrições às garantias conferidas pelo Texto Constitucional.

Em outras palavras, é possível dizer que os magistrados, ao saberem que as suas decisões podem motivar futuras responsabilizações do Estado e em via regressiva até mesmo pessoal, poderiam deixar de desempenhar a função julgadora de modo independente e, em última análise, de modo imparcial.

A preocupação em não comprometer a independência da magistratura tem servido de fundamento para sustentar a irresponsabilidade do Estado no desempenho da função jurisdicional.¹⁶⁷

¹⁶⁷ LEITE, R. V., op. cit., p.111.

Esse também foi o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Galloti, quando declarou, no julgamento do Recurso Extraordinário 70.121: "a irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da magistratura, prerrogativa esta que tem como consequência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade".¹⁶⁸

Não obstante a argumentação esboçada e a relevância das garantias constitucionais asseguradas ao Poder Judiciário e aos seus órgãos, mais acertado parece o entendimento de que a imparcialidade e a independência dos juízes não pode ser tida de modo absoluto.¹⁶⁹

Portanto, não pode o respeito à independência do juiz representar, em última análise, a isenção do Estado de responder pelos danos decorrentes da atuação judicial,¹⁷⁰ uma vez que os dispositivos constitucionais não devem ser analisados de modo isolado, e, para que se faça uma adequada inteligência do Texto Maior, este necessita ser interpretado de modo sistemático.

3.3 FALIBILIDADES DOS JUÍZES

Aqueles que defendem a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais com base na falibilidade dos juízes, muito embora reconheçam a competência profissional dos magistrados comprovada mediante procedimento público de seleção, consideram sobreposta a sua condição de humanidade. Vale dizer, ainda que os magistrados sejam os profissionais mais habilitados para o desempenho do cargo,

¹⁶⁸ COTRIM NETO, op. cit., p.21.

¹⁶⁹ DERGINT, op. cit.

¹⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.198, p.85-96, out./dez. 1994.

não deixam por conta disso de serem seres humanos, e, como é sabido pela cultura popular, o homem é passível de erros.

Diante disso, seria possível entender que o erro cometido pelo juiz não poderia acarretar o dever do Estado de se responsabilizar pelos prejuízos dele decorrentes, uma vez que tais equívocos derivam da sua condição de ser humano, não tendo nada a ver com falta funcional.

Mesmo que seja perfeitamente compreensível a argumentação apresentada, esta não pode ser tomada como fundamento da irresponsabilidade.

Corroborando a necessidade de responsabilizar o Estado por prejuízos decorrentes das decisões prolatadas pelos magistrados está o argumento de que não é obrigado o cidadão, que se submete as ordens judiciais, arcar com os danos para os quais não contribuiu.

Aqui, o argumento proposto, assim como a Soberania do Poder Judiciário, deve ser desconsiderado com base em contra-argumentação negativa, ou melhor, não há propriamente uma justificativa que a desconstitua, todavia, não há como ser acatada, pois se assim o fosse, todos os demais agentes do poder público também estariam enquadrados na falibilidade do ser humano, o que acabaria por afastar a teoria da responsabilidade.

3.4 EXIGÊNCIA DE TEXTO LEGAL EXPRESSO

Aceitar a necessidade de texto legal que declare expressamente o Estado responsável por danos decorrentes da atuação dos magistrados tem como premissa absoluta a irresponsabilidade.

Para que o Estado esteja obrigado a ressarcir os danos que uma decisão venha a acarretar, necessariamente deve esta hipótese estar consagrada em dispositivo normativo, caso contrário estaria desobrigado de qualquer reparação.

Adota-se, dessa forma, a irresponsabilidade como regra e a responsabilidade como exceção, ou seja, quando assim estiver determinado em lei.¹⁷¹

O Supremo Tribunal Federal não se cansou de afirmar esse entendimento em seus julgados. Diante das Constituições anteriores à de 1988, declarou a inaplicabilidade da responsabilidade civil objetiva aos atos do Poder Judiciário, a menos que assim esteja declarado em lei.¹⁷²

Pautado em tal raciocínio, somente haveria o dever de responsabilidade estatal nos casos em que o prejuízo verificado decorresse das hipóteses registradas no artigo 5.º, inciso LXXV, da Constituição Federal e no artigo 630, do Código Penal, quando subsumido à situação de condenado por erro judiciário ou de prisão além do tempo fixado na sentença.

Não obstante seja razoavelmente fácil deparar com a argumentação mencionada, não há elementos razoáveis que a façam perdurar.

A Constituição promulgada em outubro de 1988 optou taxativamente pela regra da responsabilidade do Estado, quando registrou no seu art. 37, § 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 nenhum dos dispositivos o constituinte originário excetuou a responsabilidade do Estado decorrente da atuação da função judicial. O que leva a crer que sua intenção é incluí-la dentre as hipóteses consagradas no art. 37.

¹⁷¹ DERGINT, op. cit., p.154.

¹⁷² REsp n.º 111.609-9 (RTJ 145/268) (JSTF 177/136), REsp n.º 70.121 (RTJ 64/689) e REsp 69.568 (RTJ 56/273).

Maria Silvia Zanella di Pietro noticia que

por ocasião da apresentação de propostas para a tão falada 'revisão constitucional', um dos assuntos muito discutidos foi, sem dúvida, o concernente à reforma do Poder Judiciário; dentre muitas pretensões que surgiram, uma delas era precisamente a de tornar claro, no artigo 37, § 6.º, da constituição, que a responsabilidade civil do Estado, ali prevista, abrangeria os danos decorrentes de atos jurisdicionais.¹⁷³

Todavia a manutenção dos termos constitucionais e a ausência de preceito que insira a atuação do Judiciário dentro das hipóteses de responsabilização não têm o condão de acarretar a isenção do Estado no que se refere aos danos decorrentes de tal função estatal.

Com relação ao disposto no inciso LXXV, do artigo 5.º da Constituição, é necessário que sobre ele se faça uma interpretação extensiva, ou seja, o registro da hipótese de "condenado por erro judiciário" não deve ser considerados apenas uma decorrência de evento cometido na esfera de julgamento criminal, mas em toda e qualquer condenação erroneamente declarada.

Assim, conjugada a cláusula que garante direitos e deveres individuais e coletivos com a do artigo 37 da Constituição Federal, não há dúvida de que o Estado é responsável por todos os prejuízos que erros judiciários possam causar.¹⁷⁴

3.5 RISCO ASSUMIDO PELO JURISDICIONADO

Defender a irresponsabilidade estatal, com base no risco assumido pelo jurisdicionado, significa, propriamente, isentar o Poder Público de qualquer dever ressarcitório, com base na alegação de que o Judiciário somente atua mediante provocação. Pois, se a pacificação de demandas, pelo Poder Judiciário, somente ocorre

¹⁷³ DI PIETRO, Responsabilidade..., p.90.

¹⁷⁴ COTRIM NETO, op. cit., p.27.

quando uma das partes envolvidas o provoca para tal, neste momento, involuntariamente, anuiu com possíveis danos que a decisão proferida venha causar.

Necessário, então, diferenciar algumas situações. A primeira relacionada ao réu da demanda, que em momento algum aceitou correr os riscos da atuação judicial. Em segundo lugar, o fato de que a provocação do Poder Judiciário não representa um jogo. No instante em que qualquer pessoa a ele recorre, está buscando, em última análise, a solução de um problema e não a possibilidade de ver a sua dificuldade multiplicada, como se estivesse em um cassino apostando no número sorteado.

Como se sabe, o Estado deve garantir o bem da coletividade e a paz social, não havendo como ser admitido o motivo da irresponsabilidade ora sob análise.

4 COISA JULGADA

É característica do ato jurisdicional a possibilidade de sua cristalização, vale dizer de tornar-se estável, a capacidade de produzir uma decisão definitiva e propiciar a segurança jurídica, como elemento essencial do Estado democrático de Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro erigiu o instituto da Segurança Jurídica à condição de princípio, de modo que a sua aplicabilidade é identificada em inúmeros dispositivos da Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, no art. 5.º, os incisos XXXVI, LII, LIII, LIV, LV, LXI, LXXV, 37 parágrafo 6.º.¹⁷⁵

Como se vê, o direito constitucional positivo é o responsável pela delimitação do que se deve compreender por segurança jurídica, ou melhor, o que efetivamente deverá ser tutelado, a fim de que se possa afirmar: está assegurada a segurança jurídica.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Art. 5.º incisos: XXXVI. "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"
LII - "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político";
LIII - "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente";
LIV - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"
LV - "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes".
LXI - "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei";
LXXV - "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".
Art. 37, parágrafo 6.º: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

¹⁷⁶ Quando se diz que o Direito Constitucional é o responsável para delimitar o que se deve entender por segurança jurídica, registra-se o entendimento de Paulo Bonavides, quando diz que a expressão "Direito Constitucional", "é de uso corrente no vocabulário político e jurídico dos últimos cem anos, período em que passou a designar o estudo sistemático das regras constitucionais" (BONAVIDES, op. cit., p.24).

José Afonso da Silva, ao tratar do tema, ensina que

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.¹⁷⁷

Visando assegurar a efetivação da segurança jurídica, como mecanismo de proteção dos direitos subjetivos, o Poder Constituinte Originário de 1988 previu, no inciso XXXIV, art. 5.º da Constituição Federal Brasileira, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"¹⁷⁸.

Considerando a coisa julgada como uma das ferramentas previstas no ordenamento jurídico, cuja finalidade é a proteção dos direitos subjetivos, verifica-se a tutela da estabilidade dos casos julgados, de modo que reste ao titular a certeza do direito declarado pelo Poder Judiciário.

Isso posto, é imperioso balizar qual a compreensão correta da expressão 'Coisa Julgada'. Celso Bastos ensina que o dispositivo constitucional que prevê a coisa julgada como sucedâneo da segurança jurídica tem a finalidade de assegurar a proteção integral do instituto, independentemente das discriminações feitas pelos processualistas, mesmo porque a Constituição não previu qualquer hipótese de exceção.¹⁷⁹

De outro modo, para Luiz Rodrigues Wambier,

quando se usa a expressão coisa julgada, isoladamente, está-se significando coisa julgada material. Quando se pergunta se determinada decisão fez (ou produziu) coisa julgada, está-se querendo saber se houve coisa julgada material. Quando se quer, portanto, referir à coisa julgada formal, é necessário que se o diga expressamente.¹⁸⁰

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, op. cit., p.614. "Trata-se de Instituto que tem em vista gerar segurança. A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito."

¹⁷⁹ BASTOS, **Curso de direito...**, p.221/222.

¹⁸⁰ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, op. cit., p.615.

Em que pese a Carta brasileira não prever qualquer subdivisão do gênero "coisa julgada", é preciso considerar a clássica doutrina processual que entende existirem duas espécies distintas: a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

A coisa julgada formal guarda semelhanças com o instituto da preclusão, pois representa a impossibilidade de alteração da decisão por meio da interposição recursal ou revisão *ex officio* do juízo. Assim, quando recai sobre uma decisão a coisa julgada formal significa que o processo chegou ao fim e que no curso dele não pode mais haver o exercício da jurisdição¹⁸¹.

Por sua vez, coisa julgada material tem um conceito bem mais complexo. Inicialmente a identificavam como um efeito produzido pela sentença, sendo Chiovenda¹⁸² responsável pelo primeiro esboço de superação de tal conceito, cabendo, no entanto, a Liebman distinguir precisamente coisa julgada e efeitos da sentença.¹⁸³

Eduardo Talamini ressalta que, para Liebman, a coisa julgada em face dos efeitos da sentença, é um elemento novo, que vai além do que os efeitos propiciaram de modo que a coisa julgada qualifica todos os efeitos da sentença.¹⁸⁴

Assim, somente haverá coisa julgada material quando a sentença for de mérito, ou seja, a lide decidida no curso de um processo não poderá mais ser rediscutida perante o Poder Judiciário.

¹⁸¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.32. "Note-se que trânsito em julgado e coisa julgada são institutos inconfundíveis. [...] O primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito."

¹⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v.10, p.30-31, 1933.

¹⁸³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.1. p.155.

¹⁸⁴ TALAMINI, op. cit., p.35.

Portanto, não são aptos a fazerem coisa julgada material os atos jurisdicionais não-decisórios, as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o feito sem julgamento de mérito, as sentenças terminativas proferidas no curso do processo executivo, bem como aquelas pronunciadas em processos de cognição sumária.

Nesse sentido, Paulo Otero afirma que:

o caso julgado material, independentemente de estar ou não condicionado pelo caso julgado formal, determina que a decisão judicial da relação material que lhe está subjacente produza efeitos vinculativos mesmo fora do respectivo processo em que foi proferida. Assim, qualquer tribunal ou autoridade deverá acatar a decisão judicial que transitou em julgado, sendo esta vinculatividade visível a diversos níveis.¹⁸⁵

Sempre que for atribuída a uma decisão a qualidade de coisa julgada material, significa que esta não mais poderá ser objeto de recursos manuseados pelas partes interessadas, o que lhes confere irrecorribilidade.

4.1 EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DA COISA JULGADA

O dispositivo constitucional atrela taxativamente à lei o respeito da coisa julgada – "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;" –, no entanto, isto não exclui o respeito do instituto no exercício da jurisdição.

O entendimento do preceito constitucional deve levar em conta uma interpretação extensiva, chegando à conclusão de que é vedado ao Legislador, por conta do exercício de sua função típica, editar leis ou até mesmo emendas constitucionais que façam desaparecer do arcabouço jurídico a "coisa julgada".

De outro modo, é possível que uma lei estabeleça procedimento excepcional e que o Poder Judiciário declare, eventualmente, a rescisão da sentença operadora da coisa julgada material.

¹⁸⁵ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: LEX, 1993. p.43.

José Afonso da Silva explica:

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer tutelá-la contra a atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.¹⁸⁶

Assim, resta evidente que a Lei Maior prevê o resguardo da coisa julgada como instrumento garantidor da segurança jurídica; no entanto, faz notar que ao longo do texto constitucional existem outros valores nela consagrados que merecem deferência.

Se por alguma eventualidade os valores constitucionais vierem a colidir com a Segurança Jurídica, é preciso realizar a técnica da ponderação de princípios diante do caso concreto, o que resultará na preponderância de um deles para a específica situação analisada, não se podendo falar em preferência absoluta de um princípio sobre os demais.

A coisa julgada material merece resguardo, no entanto, esta proteção pode não ser absoluta, pois, em alguns casos, é possível que a ponderação dos princípios identifique a preferência de outro valor em detrimento da coisa julgada.¹⁸⁷

Nessas situações é legítimo lembrar da Ação Rescisória, prevista no artigo 485 do Código de Processo Civil. *In verbis*, o dispositivo legal:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar literal disposição de lei;

¹⁸⁶ SILVA, Constituição..., p.22.

¹⁸⁷ LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a relativização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.14, n.57, p.155-191, out./dez. 2006. "Assim, as hipóteses de desconstituição da coisa julgada através da ação rescisória prevista pelo legislador ordinário são legítimas, pois, em tais situações, verificou-se a necessidade de se mitigar esta garantia para atender outras exigências igualmente tuteladas pela ordem constitucional".

- VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

Tendo em vista as colocações aqui registradas, pode-se afirmar que a decisão de mérito proferida pelo Poder Judiciário e dotada da qualidade de coisa julgada material, em regra, não pode ser desconsiderada, sendo vinculativa para os demais órgãos integrantes daquele Poder e só pode ser desconstituída em situações excepcionais, nos moldes expressamente previstos no Código de Processo Civil.

A ciência e a tecnologia têm propiciado, em alguns casos, a necessidade de flexibilização da coisa julgada, como na hipótese de investigação de paternidade julgada improcedente à época em que não se conhecia a técnica do DNA. Com seu aparecimento, surge a possibilidade de investigar e evidenciar a paternidade, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença de improcedência, sob a alegação da existência de novo procedimento probatório.

Não obstante, o problema de flexibilizar a coisa julgada assume novos contornos quando se enfatiza a questão relativa à declaração de inconstitucionalidade da lei que embasou a decisão transitada em julgado e isto, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal.

4.2 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Em um primeiro momento, o constitucionalismo se identificava pela existência de uma Constituição escrita, na qual estavam dispostos mecanismos de dominação a serem aplicados com racionalidade.

Na medida em que a problemática do controle da atividade do legislador se sobressai, no século XX, o constitucionalismo consolida a idéia de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Lênio Luiz Streck,

a Constituição determina a autoridade que o povo atribui a seu governo, e, ao fazê-lo, estabelece-lhe limites. Qualquer exercício de autoridade por parte do governo que vá além desses limites passa a ser um exercício de 'poder ilegítimo'. Em todo o Estado em que de fato não se observe a distinção entre a Constituição e governo, não existe verdadeira Constituição, já que a vontade do governo carece de controle, de modo que, na realidade, estamos diante de um Estado Despótico.¹⁸⁸

Na esteira de tal raciocínio, quando a Constituição escrita passa a ser fruto da vontade do povo e a harmonizar seu conteúdo aos anseios sociais, estabelece limites à atuação do governo e garante direitos ao cidadão, o que representa uma conquista, que pode ser chamada de Constitucionalismo Contemporâneo, no sentido de que a Constituição de um Estado Democrático de Direito deve ser observada por todos, inclusive pelos Poderes por ela instituídos.

Teori Albino Zavascki, ao tratar da eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, relata:

A força normativa da constituição a todos vincula e a todos submete. Juram cumprir e fazer cumprir a Constituição as autoridades do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, mas o dever de seguir fielmente os seus preceitos é também das pessoas e entidades privadas.¹⁸⁹

No entanto, não se pode desconsiderar que, eventualmente, o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, no exercício de suas funções emitam atos contrários aos preceitos registrados na Carta Magna.

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior ressalta que

mesmo os mais resistentes admitem a hipótese da coisa julgada ofender a Constituição, via de consequência, fazendo-se necessário meios de controlá-la. Logo, conclui-se que quando uma decisão judicial transitada em julgado conflitar com o texto constitucional, estar-se-ia perante aquilo que tem sido chamado de coisa julgada inconstitucional.¹⁹⁰

¹⁸⁸ STRECK, op. cit., p.97.

¹⁸⁹ ZAVASCKI, op. cit., p.13.

¹⁹⁰ ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.194/195.

A questão adquire relevância e complexidade em relação aos atos do Poder Judiciário com conteúdo decisório de mérito, os quais, embora contrários aos preceitos constitucionais, são dotados da qualidade de coisa julgada, o que, em regra, acarreta a impossibilidade de alteração, de modo a garantir a segurança jurídica.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera que:

a questão analisada é, pois, como garantir-se a estabilidade das relações baseadas em sentenças – atos judiciais estatais –, dotadas de certeza quanto à sua imutabilidade, e garantir-se a certeza constitucional, sem o que não há segurança jurídica.¹⁹¹

O Brasil adota, no que tange ao controle de constitucionalidade, o sistema jurisdicional, o que significa que atribui ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, papel de destaque na jurisdição constitucional, pois a ele confere a guarda da Constituição, nos termos do art. 102 e seguintes do texto promulgado em 1988.

Assim, quando for identificada a existência de um ato decorrente da atuação de uma das funções do Estado e contrário à Constituição Federal, compete ao Judiciário a atribuição de analisar, processar e julgar eventuais excessos.

Sempre que o Supremo Tribunal Federal ao apreciar, em tese, o objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade ou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e se manifestar no sentido de que a norma, sob exame, é inconstitucional, a decisão terá, em regra¹⁹², efeitos *ex tunc*, o que significa que a norma eivada de nulidade será retirada do

¹⁹¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____ (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.167.

¹⁹² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.278 e segs.: a ineficácia *ab initio* não pode ser entendida em termos absolutos. Em nome da segurança jurídica e de excepcional interesse social as leis 9868 e 9882 dispõem que o Supremo Tribunal Federal por maioria de 2/3 de seus membros pode restringir os efeitos da inconstitucionalidade, delimitando que a decisão só têm eficácia à partir do seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.

ordenamento jurídico, da mesma forma que os seus efeitos serão desconsiderados desde o dia da sua indevida edição.

Aceitando que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são, em regra, retroativos à data da equivocada edição da lei, há de se considerar que a Constituição Federal de 1988 protege, como direito fundamental, a coisa julgada. Assim, surge a dúvida: deve a coisa julgada ser desconstituída por conta dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal?

Antes de tudo, é relevante trazer à baila o conteúdo do artigo 27, da Lei n.º 9.868/99, e do artigo 11, da Lei n.º 9.882/99, respectivamente, quando dizem:

art. 27 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

É possível depreender desses preceitos legais, que, muito embora os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade se façam sentir *ex tunc*, o legislador infraconstitucional já registrou autorização para que haja uma flexibilização na retroatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, estabelecer de modo expresso limites para tanto.

4.2.1 Declaração de Inconstitucionalidade Posterior ao Julgamento

Isso posto, cabe perguntar: o Supremo Tribunal Federal pode consignar em sua decisão que a nulidade da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, terá, unicamente, efeitos pró-futuro e que estão resguardadas, na íntegra, as decisões do

Judiciário que fizeram coisa julgada material embasadas no ato, posteriormente declarado atentatório à Constituição.

Se assim não o fizer, significa que houve uma tácita opção pela retroatividade absoluta dos efeitos da decisão, o que inevitavelmente, tem reflexos nos casos sob os quais já paira a qualidade de coisa julgada.

Paulo Otero adverte, a respeito dos limites da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade no Direito Português:

A eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória e geral deveria, em bom rigor, determinar também a destruição dos casos julgados fundados em normas desconformes com a Constituição e agora formalmente banidas da ordem jurídica. No entanto, o artigo 282, n.º 3, 1.ª parte, apressa-se a dizer que a declaração de inconstitucionalidade ressalva os casos julgados.¹⁹³

No ordenamento jurídico pátrio, não existe qualquer regra que imunize os casos já julgados dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso.

Cármem Lúcia Antunes Rocha se posiciona no sentido de que

Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão judicial competente, parece certo ponderar-se que os julgados anteriores, que se tenham baseado em ato normativo havido como insubsistente, não podem prosperar em seus efeitos.¹⁹⁴

Não obstante a jurista entenda que os efeitos das decisões emitidas nos casos concretos não devem mais produzir efeitos a partir do momento em que a norma, usada como fundamento, foi declarada inconstitucional, considera necessário refletir a respeito dos efeitos já produzidos e as conseqüências que o seu desfazimento acarretaria.

Ora, se a Constituição de 1988, bem como o legislador infraconstitucional, optou pela retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, da

¹⁹³ OTERO, **Ensaio**..., p.49.

¹⁹⁴ ROCHA, *op. cit.*, p.185.

mesma forma as demandas em que a norma retirada do ordenamento foi usada como fundamento da decisão, devem ter os seus efeitos anulados.¹⁹⁵

Luiz Guilherme Marinoni afirma que é difícil pensar que a imodificabilidade da coisa julgada tenha sido pensada só para as decisões conforme o direito, pois a proteção da coisa julgada nada tem a ver com a circunstância da decisão estar ou não de conformidade com as normas constitucionais ou infraconstitucionais.¹⁹⁶

Segundo o autor, a imodificabilidade da decisão é fenômeno imprescindível para a afirmação do Judiciário e do Estado Constitucional, além de ser garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional.¹⁹⁷

Dentro dessa seara, o artigo 282.3 da Constituição da República Portuguesa prevê a coisa julgada como limite da retroatividade da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei que, por sua vez, foi utilizada como fundamento da sentença proferida no controle difuso.¹⁹⁸

¹⁹⁵ LEITE, G. S., op. cit., p.186. "Assim, salvo as hipóteses de modulação temporal e restrição da declaração de inconstitucionalidade, quando se tratar de uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa (*ex tunc*), as decisões judiciais transitadas em julgado com fundamento na lei reputada inválida serão irremediavelmente afetadas, com a sua conseqüente desconstituição".

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.34.

¹⁹⁷ MARINONI, op. cit., p.35.

¹⁹⁸ Artigo 282. (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

A partir daí, Marinoni conclui que a decisão fundada em lei, mais tarde declarada inconstitucional, é decisão válida e, portanto, capaz de produzir efeitos. Afirma que tal raciocínio "não constitucionaliza o inconstitucional, mas ressalva as interpretações jurídicas – legitimamente proferidas pelo juiz ordinário – distintas da decisão de declaração de inconstitucionalidade".¹⁹⁹

Portanto, as partes envolvidas no processo acataram o pronunciamento do Poder Judiciário como se fosse perfeito e que este decorreu de um ato proferido de acordo com o seu livre convencimento, em um determinado momento histórico.

Assim, é possível aceitar que se os litigantes da demanda interpessoal acataram o entendimento do julgador, o que detém presunção de legitimidade, agiram, portanto, de boa-fé, não havendo como se lhes imputar mais prejuízos e instabilidades dos que os já suportados.

4.2.2 Inconstitucionalidade Previamente Declarada

No entanto, merece outro tratamento a decisão que aplica norma sabidamente inconstitucional, com entendimento já cristalizado.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem que

as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado por que foram proferidas em processos instaurados por meio do mero exercício de direito de petição e não de Direito de ação, já que não havia possibilidade jurídica do pedido.²⁰⁰

¹⁹⁹ MARINONI, op. cit., p.34 e 35.

²⁰⁰ A Constituição portuguesa, depois de admitir a flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, determinou, no art. 282.3, que: " ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.39).

Na esteira do mesmo entendimento, Cármen Lúcia Antunes Rocha registra

a sentença (ou acórdão) terminativa do processo, que transita em julgado, tem a sua sustentação legítima na natureza de ato de vontade do Estado fundamentado em lei específica e aplicável à espécie examinada. Se o que se pensava ser lei, lei não é, o que se pensava ser fundamento, fundamento não é, não se tem o julgamento legítimo que se estava certo de ter tido no caso específico. Como sem fundamento o querer do juiz passa a ser pessoal, sem força de ato estatal, julgado não pode ser considerado o caso, nos termos constitucionalmente aproveitados, para a produção de efeitos qualificados e obrigativos da decisão.²⁰¹

Uma decisão fundamentada em norma inconstitucional e que, conseqüentemente, defere pedido inconstitucional, na verdade, não pode ser considerada decisão, pois é fruto do exercício da jurisdição que descumpre preceitos constitucionais, sendo, então, ato inexistente.

Ademais, como registrado, a decisão inconstitucional nos moldes acima citados é fruto de uma simples petição e não do exercício do direito de ação.

Ora, quando identificada a existência de um ato, decorrente da atuação de uma das funções do Estado, contrária à Constituição Federal, compete ao Judiciário a atribuição de revisar eventuais excessos.

As questões aqui levantadas, a título de mero registro sobre a possibilidade de flexibilização da coisa julgada, tomam relevo quando se trata da responsabilidade do Estado por danos decorrentes de atos jurisdicionais.

Se a decisão de mérito com força de coisa julgada não pode ser revista, nem no curso de uma ação rescisória, não é possível haver a caracterização do dano, pois o entendimento, determinado no curso de uma análise da constitucionalidade na via de defesa, era o aceite na época e, em decorrência de tal consideração, a norma, agora tida como inconstitucional, permaneceu no sistema como válida e acarretando todos os seus efeitos.

²⁰¹ ROCHA, op. cit., p.185.

Não houve qualquer desvio por parte do Judiciário.

No entanto, tal argumento não pode ser utilizado quando se realiza a segunda hipótese, vale dizer, quando já houve a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal e a conseqüente retirada da norma do sistema jurídico.

Aqui, o órgão do Judiciário decidiu embasado em erro, o que o faz responsável, segundo o inciso LXXV do art. 5.º a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Se há a impossibilidade de se adotar a teoria da irresponsabilidade do Estado há, também, reticência ao fundamentar a sua responsabilidade.

Diante dessas considerações é inevitável o seguinte conjunto de questionamentos: Qual será a solução a ser adotada? Pode o Estado ser responsabilizado por danos decorrentes da atuação de sua função jurisdicional? Qual a construção teórica habilitada para fundamentar tal posicionamento?

A resposta é dada por Lúcia Valle Figueiredo, quando entende que os atos praticados pelo Judiciário empenham a responsabilidade estatal, na medida em que seus membros são agentes públicos encarregados de dizer o Direito "em normas concretas", em nome e por conta do Estado. Portanto, não de ser responsabilizados na hipótese de lesão²⁰².

Reconhece ser necessário colocar *standards* e critérios de razoabilidade para o caso das decisões judiciais, mas, quando apresentarem lesões desconcertadas do Direito, a autora não titubeia em admitir a responsabilidade do Estado.²⁰³

²⁰² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.282.

²⁰³ FIGUEIREDO, **Curso de direito...**, p.282.

5 ATIVIDADE JUDICIÁRIA DANOSA

Conforme apresentado neste trabalho, a atuação do Poder Judiciário encontra variações de atribuição de acordo com o modelo de Estado assumido por determinado país, em uma determinada circunstância histórica e social.

O Brasil de há muito vem sendo utilizado como exemplo de situações negativas, e uma breve leitura dos periódicos diários de notícia é suficiente para perceber a gravidade dos problemas vividos dentro do Estado.

Neste cenário, em que as instituições de controle social estão em profunda crise, o Poder Judiciário apresenta-se como única possibilidade de a população receber decisão justa aos conflitos sociais.

Se, por um lado, há um clamor por maior e melhor atuação do Judiciário, por outro lado, não se pode olvidar que os agentes responsáveis por emitir os seus atos típicos, qual seja, as decisões, são passíveis de erros.

Conforme registrado por Odoné Serrano Júnior, a pluralidade de situações da vida, assim como dos equívocos jurisdicionais sobre elas incidentes, impossibilita a sua análise exaustiva²⁰⁴, o que leva ao estudo de alguns dos equívocos, mais habituais, no âmbito de tal atuação.

5.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal encontra suas bases históricas no direito inglês, mais especificamente, na Carta Magna Inglesa de 1215, denominada, também, Lei da Terra.

Naquela ocasião, a previsão inserida no art. 39, da Constituição Inglesa de 1215, tratava da proteção dos direitos dos barões, atinentes à vida, à propriedade e à liberdade, contra abusos da Coroa inglesa²⁰⁵.

²⁰⁴ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p.148/149.

²⁰⁵ BULOS, op. cit., p.523.

Transportado o instituto da Inglaterra para as suas colônias, em especial para os Estados Unidos da América do Norte, a garantia de proteção aos direitos atinentes à vida, liberdade e propriedade, assume novos contornos, por ocasião da Emenda V e XIV à Carta estadunidense de 1787, bem como a aplicação dada a tais alterações pela Suprema Corte.²⁰⁶

Nesse momento, o devido processo legal adquire, além de conotação formal, material, passando a significar a igualdade na lei e não mais, somente, a igualdade perante a lei.

A garantia conferida pelo devido processo assume duas vertentes, a substantiva, que se vincula à criação de normas de direito material e a processual, que de, outro modo, é atrelada à tutela de direitos, por meio de um processo regular.²⁰⁷

A Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo um texto moderno, calcado na idéia de cidadania, consignou, pela primeira vez na história do ordenamento pátrio, expressamente, no inciso LV, do art. 5.º, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"²⁰⁸.

Embora o constituinte tenha registrado menção à liberdade e à propriedade, a cláusula é bem mais ampla do que, à primeira vista, pode parecer, de modo que a interpretação apropriada, logicamente, não deve ser aquela formulada pelo direito inglês, que admitia apenas uma vertente formal.

Em face do cenário constitucional brasileiro, deve-se interpretar o devido processo legal como sendo garantia dotada de duas vertentes, formal e material, raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer, na sua inteireza,

²⁰⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do estado por dano decorrente de planejamento. **Gênesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v.2, n.6, p.640-657, set. 1995.

²⁰⁷ MESQUITA, Gil Ferreira de. **O devido processo legal em seu sentido material**: breves considerações. **Revista de Informação Legislativa**, v.43, n.170, p.210, abr./jun. 2006.

²⁰⁸ Inclusão que proveio de proposta formulada pelo Deputado Vivaldo Barbosa (PDT-RJ) Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – Comissão Afonso Arinos.

a abrangência do postulado constitucional, aplicável às mais variadas situações, que o ordenamento jurídico admite.

O devido processo sob a perspectiva material representa a adequação dos atos do Poder Público aos padrões mínimos de razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser considerados como parâmetros para aferir sua constitucionalidade. Ou seja, será respeitado quando as decisões, assim como os demais atos do Poder Público, estiverem adequadas aos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.²⁰⁹

Por sua vez, quanto ao aspecto formal, significa que o cidadão, ao buscar a solução de um conflito perante o Poder Judiciário terá como garantia o uso de todos os instrumentos processuais, existentes para defender sua pretensão resistida.

José Afonso da Silva registra que o devido processo, combinado com o direito de acesso à justiça, o contraditório e a plenitude da defesa, representam as garantias processuais constitucionalizadas, por meio das quais a prestação jurisdicional, quando efetivada pelo Estado, representa a entrega, a cada um, do que é seu.²¹⁰

Diante do exposto, as conseqüências processuais que os envolvidos, na demanda judicial, possam sofrer, devem, necessariamente, ser o resultado de decisão prolatada pelo Magistrado, no curso de um processo que tramitou conforme as determinações legais que lhe são aplicáveis.²¹¹

Representa, portanto, o devido processo legal garantia de que os direitos fundamentais do homem não serão violados, de modo que uma decisão que porventura venha a contrariar tal assertiva, pode, eventualmente, ser objeto de reclame da responsabilização do Estado.

Exemplo clássico, da situação colacionada, é aquela em que o processo foi desenvolvido sem ser concedida a oportunidade às partes, para exercerem o direito ao contraditório e à ampla defesa.

²⁰⁹ MESQUITA, op. cit., p.216.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.154.

²¹¹ WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, op. cit., p.67.

Nessa medida, estar-se-ia a tratar do devido processo sob a perspectiva material, pois, se todos os atos do Poder Público devem ser razoáveis e proporcionais, em decorrência do princípio da legalidade, as decisões judiciais, por serem espécie daqueles, também devem respeito a estas exigências.

Resta claro que os julgamentos levados a cabo pelo Poder Judiciário devem estar de acordo com as disposições do ordenamento jurídico, caso contrário, pode o prejudicado reclamar a restituição dos prejuízos sofridos ao Estado.

O devido processo na acepção formal é o respeito ao uso, pela parte, de todos os instrumentos processuais possíveis, não sendo mero respeito ao instrumento técnico denominado processo, mas sim a uma perspectiva ética, pois este não é uma finalidade, mas um meio para que se faça justiça.

Caso o Poder Judiciário não observe o devido processo formal, prejuízos que dele decorram devem ser reclamados pelo prejudicado, uma vez que houve com tal desrespeito, violação à garantia constitucional.

5.2 ERRO JUDICIÁRIO

A jurisprudência pátria insiste na irresponsabilidade do Estado decorrente da função jurisdicional, porém o ordenamento consagra, expressamente, hipótese que está excetuada à regra.

Reza a Constituição Federal de 1988, no artigo 5.º, inciso LXXV, que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Dispor, constitucionalmente sobre a indenização por erro de tal espécie é uma tendência das cartas modernas. A da República Portuguesa de 1976 prevê, no artigo 29, n.º 6, que "*os cidadãos injustamente condenados tem direito nas condições que a lei prescrever, à revisão da sentença e a indenização pelos danos sofridos*".

Nesse sentido, a Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 21, determina: *"Los daños causados por error judicial, así con los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración da Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme la Ley"*.

Em que pese o fato de os diversos diplomas constitucionais estabelecerem o dever de os Estados indenizarem os prejuízos decorrentes de erro judicial, em nenhum deles resta precisado o que, efetivamente, deve ser assim considerado.

Comumente, erro judiciário é associado a equívocos cometidos, pelo magistrado, no curso de processos que tramitam na esfera penal,²¹² e, de fato, é neste âmbito que as suas conseqüências são mais graves, pois os direitos individuais à liberdade, e até mesmo à vida, em países que autorizam a pena de morte acabam sendo, eventualmente, desrespeitados.²¹³

Todavia, não são passíveis de erros, apenas as demandas que envolvam problemas na esfera criminal. Nesse sentido, Augusto do Amaral Dergint e Rômulo José Ferreira Nunes aceitam, como erro Judiciário, o equívoco contido em uma sentença judicial, seja no âmbito criminal, seja no âmbito cível.

Luis Recasens Siches, ao analisar a aplicação jurisdicional do Direito a casos concretos, reconhece que o juiz, ao dirimir um conflito com base em uma norma aparentemente válida, pode proporcionar um resultado injusto.²¹⁴

Portanto, pode-se concluir que erro, nos moldes em que ora se analisa, é toda atividade jurisdicional dotada de algum engano ou equívoco que gere prejuízos

²¹² DI PIETRO, Responsabilidade..., p.85-96.

²¹³ LEITE, R. V., op. cit., p.137.

²¹⁴ SICHES, Luis Recasens. **Nueva Filosofía de la Interpretación del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973. p.12 e 13.

ou danos a alguém, independentemente de ele decorrer do procedimento ou da materialidade do Direito aplicado.²¹⁵

No que tange à jurisdição penal, desde há muito é pacificamente compreendido que há responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais danosos dotados de erro. Tal entendimento encontra fundamento no artigo 630 do Código de Processo Penal, o qual determina, expressamente, o dever de indenizar vítimas de erro judiciário penal.²¹⁶

Buscando o entendimento do artigo 5.º, inciso LXXV, da CF/88, concomitantemente apreciado ao postulado acima citado, percebe-se que a responsabilidade do Estado está condicionada ao erro judiciário, nos casos em que houver condenação, inclusive, naqueles em que o condenado ficar preso mais tempo que o fixado na sentença.

Nesse mesmo sentido, A.B. Cotrim Neto²¹⁷ ressalta que o inciso LXXV, do artigo 5.º, da Carta Magna nacional, deve ser aplicado aos mais diversos ramos do direito que sejam passíveis de produzir condenação, pois as considerações em questão foram dispostas em uma cláusula garantidora de direitos e deveres individuais e coletivos. A sentença condenatória condicionante da responsabilidade estatal pode ter como prolator qualquer juiz, nas mais diversas espécies de atuação da jurisdição: cível, penal, trabalhista, militar, eleitoral.

Sendo o dever de reparação por parte do Estado em erro judicial penal, matéria desprovida de contrariedade, questiona-se: a que se deve tal unanimidade?²¹⁸

²¹⁵ Giovanni Ettore Nanni afirma: "Por conseguinte, cumpre esclarecer que o erro judiciário não emana somente da sentença criminal condenatória, sujeita à reparação prevista no art.630 do Código de Processo Penal, pelo contrario, vai mais além, podendo estar inserido na área cível e não apenas nas hipóteses de sentença, mas de qualquer ato ou pronunciamento, que, se equivocado, dará azo à indenização nos termos preconizados na Constituição Federal, pois esta não trouxe qualquer limitação quanto à sua extensão." (NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.123).

²¹⁶ Art.630 – O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

²¹⁷ COTRIM NETO, op. cit., p.45.

²¹⁸ AGUIAR, José Dias. **Da responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Forense, 1997. p.636; HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: LEUD, 1995. p.18; DI PIETRO, Responsabilidade..., p.90.

A responsabilização do Estado decorrente da jurisdição desempenhada no curso de um processo penal é aceita, pois este tem como finalidade a garantia da ordem pública e do bem-estar social e, para o alcance de tais objetivos, por vezes, o órgão jurisdicional é obrigado a sacrificar bens (direitos) individuais em prol da coletividade.

Resta claro que o cidadão, sempre que se submeter à ordem judicial, garantidora do bem-estar social, deve ter recuperado o seu estado anterior à ocorrência do fato que lhe causou prejuízos.

De outro modo, a doutrina é relutante em aceitar a responsabilidade do Estado decorrente da atuação judicial na esfera civil, pois, nesta circunstância, há a necessidade de provocação por alguém, que se diz titular de um direito violado ou que está ameaçado de violação, devendo, ainda, ser demonstrada a titularidade do direito afirmado, a relação jurídica que lhe deu origem, os fatos constitutivos supostamente garantidos, bem como o que deu origem à necessidade da tutela judicial.

Assim, a diferença existente entre as demandas da esfera civil e criminal remonta ao interesse que, por meio dela, se busca proteger. Ou seja, na ação penal o objetivo imediato refere-se à proteção social, ao passo que a demanda cível visa à proteção do direitos apresentados pelo autor.

Luís Wanderley Gazoto entende não ser moralmente aceitável a responsabilidade do Estado por ato judicial, praticado em decorrência do pedido formulado pelo autor da demanda²¹⁹ e conclui que só deverá o Estado se responsabilizar por danos decorrentes de atos jurisdicionais, lícitos dotados de erro, quando estes forem expedidos sem o requerimento da parte autora, estando o magistrado, no exercício da sua função, expedindo atos *ex officio*.

²¹⁹ GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v.60, p.61, maio/ago. 1999: "De fato, não parece moralmente aceitável seja o Estado responsabilizado por ato judicial praticado a pedido do autor no seu exclusivo interesse. Por isso não é razoável a adoção da teoria do risco objetivo aos atos danosos de jurisdição cível.

Notadamente, na esfera da Administração Pública, cabe falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos, na hipótese em que o Poder do Estado, legitimamente exercido, acarrete indiretamente o dano, como consequência e não como finalidade própria do ato.

Porém, no que tange ao ato jurisdicional, caso seja dotado de alguma ilicitude, é inegável a responsabilização do Estado, pelos atos que seus agentes, nesta qualidade, profiram. Nada impede, porém, o direito de regresso contra o seu agente, depois que o prejuízo já tiver sido ressarcido.

5.3 DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA

A denegação de justiça representa um das hipóteses que enseja a responsabilidade do Estado quando prejuízos decorrem da atuação, ou da falta de atuação do Poder Judiciário.

A leitura da expressão "denegação de justiça" é insuficiente para que se compreenda qual o seu significado.

Para Rômulo José Ferreira Nunes, a denegação da prestação jurisdicional existe quando, confiado ao Estado, o dever de prover a justiça e de aparelhar seus órgãos não age de forma a atender tal obrigação.²²⁰

Vale dizer, a denegação de justiça é o modo pelo qual os órgãos do Poder Judiciário agem ou se omitem, transgredindo o dever funcional, a eles incumbidos. Pode ocorrer nas seguintes hipóteses: a) o juiz nega aplicação do direito; b) nega execução de sentença; c) negligencia o andamento de um processo.

Nos moldes sugeridos pelo legislador infraconstitucional, no artigo 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como no Artigo 126 do Código de Processo

²²⁰ "Confiado ao Estado o dever de aparelhar o Judiciário, aperfeiçoando os seus serviços, qualquer falha que dificulte o seu normal funcionamento caracteriza, em sentido amplo, uma denegação da justiça. Entretanto, se o Estado deixar de garantir especificamente a prestação jurisdicional aos administrados, estamos diante da negação da justiça em sentido estrito." (NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999. p.130).

Civil, o juiz não pode negar a aplicação do direito vigente ao caso concreto levado à sua apreciação.²²¹

Já o indeferimento da execução de uma sentença implica, diretamente, na desconstituição do direito nela garantido, uma vez que, embora declarado, não produz consequência no mundo fático. Desvia-se nesse momento da sua finalidade precípua, que é o dever de dizer o direito aplicável ao conflito apresentado, pacificando os interesses contrapostos.

A irresponsabilidade do Estado, pelas condutas que incorrerem em denegação de justiça, foi defendida, com base no argumento de que haveria a necessidade de expressa previsão legal determinando o contrário.

Tal justificativa não merece guarida, tendo em vista a redação dada ao artigo 5.º, XXXV, da Constituição, em que há taxativa determinação no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A previsão constitucional deve ser conjugada com o artigo 8.º, do Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico pátrio e por isto dotado de imperatividade, que estabelece como 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.

Diante de tais disposições, nota-se que o Poder Judiciário não possui competência constitucional para escolher as causas que entende pertinente decidir, devendo, portanto, apresentar solução para todas as demandas que lhe são submetidas, não podendo excluir de sua apreciação nenhuma lesão ou ameaça a direito.

²²¹ "Art. 126. 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 do Direito. Código de Processo Civil.

"art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito" Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

No entanto, o fato de o Judiciário analisar todas as lides que lhe são submetidas, não exime por si só a ocorrência da denegação de justiça, pois tem, ainda, o cidadão direito de ver sua solicitação apreciada dentro de um prazo razoável.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004 introduziu, no inciso LXXVIII, do art. 5.º, da Constituição Federal, norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo, o que já era, entre nós, orientação necessária, em decorrência da idéia de direito à proteção judicial efetiva. Veículo de realização dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito, exigência inclusa, também, na observância do princípio do devido processo legal.²²²

Em que pese o surgimento de novo direito fundamental, isto é, o direito à razoável duração do processo judicial e administrativo, sua efetivação depende: primeiramente, da noção de razoabilidade.

Razoabilidade, como a leitura do termo demonstra, é conceito de textura aberta, cujos contornos dependem de concreção posterior, o que não exclui a idéia de celeridade, que, ao contrário do que se pensa, não é sinônimo de rapidez, mas refere-se, principalmente, ao tempo necessário para não comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

Relevante também que a constitucionalização da razoável duração do processo depende, para sua consecução, de meios que possam garanti-la, sob pena de estar diante de mais uma promessa vã.²²³

Ricasen Siches, ao analisar a lógica do razoável, afirma que é preciso ater-se a algumas características que se embasam em razões de congruência ou adequação, que paira entre a realidade social, seus valores, fins e propósitos e entre estes e a

²²² Art. 5.º LXXVIII. "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua administração". O direito ao prazo razoável do processo decorre, também, do art. 8.º do Pacto de São Jose da Costa Rica, quando se refere ao direito de toda pessoa ser ouvida por um juiz ou tribunal competente).

²²³ YARSHEL, Flávio Luiz. **A reforma do judiciário e a promessa de "duração razoável do processo"**. p.28 e 30, citado por TAVARES, op. cit., p.651

correção ética dos meios, já que a decisão judicial deve estar razoavelmente orientada por ensinamentos extraídos da experiência humana e da história, instruída pelo conhecimento social, atual e passado.²²⁴

A implantação de uma estrutura de modernização e simplificação do sistema processual não é fácil, mas o direito à razoável duração do processo pode ter efeitos imediatos na esfera individual, como, por exemplo, na hipótese de relaxamento da prisão cautelar que ultrapassou determinado prazo, ou no reconhecimento de situações com fundamento na segurança jurídica.²²⁵

A Segunda Turma do STF reconheceu na ocasião do julgamento do HC 90.617/PE, por maioria simples de votos, como excessivo o prazo do afastamento cautelar de desembargador estadual, em razão de decisão do STJ, levando em conta que o distanciamento de suas atividades, por período superior a quatro anos e seis meses, sem que a instrução da ação penal instaurada finalizasse a oitiva das testemunhas de defesa e da acusação. Isso posto, firmou, por unanimidade de votos, a legitimidade da impetração do *habeas corpus*.

A não-observância de prazo razoável, com a conseqüente produção de prejuízos ao titular do direito, acarreta a possibilidade de pleitear ação de indenização em face do Estado, a fim que sejam reparados os danos que porventura tal demora tenha originado, uma vez que o Judiciário, por meio de seus órgãos, não agiu de modo eficiente, razoável e apropriado.

Nos dias atuais a demora em decidir demandas, além de constituir prestação jurisdicional imperfeita, caracteriza inconstitucionalidade, seja ela decorrente da indolência do juiz ou de lentidão ocasionada pela insuficiência ou falta de magistrados, o que obriga ao acúmulo de processos e à impossibilidade de julgamento em prazo razoável.

²²⁴ SICHES, op. cit., p.287/288.

²²⁵ MENDES; COELHO; BRANCO, p.499/500.

José Augusto Delgado, nos idos de 11 de agosto de 1983, já defendia que a demora na prestação jurisdicional configura direito assegurado ao particular, de receber indenização a ser paga pelo Estado²²⁶.

Demonstrou não ser mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela apatia dos seus Juízes, e que é tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional.

Assim, cabe ao prejudicado o direito de voltar-se contra o Estado que lhe retardou Justiça, e exigir reparação civil pelo dano, pouco importando que, por tal via, também enfrente idêntica dificuldade. O acionar representa uma forma de pressão legítima, instrumento hábil a externar seu inconformismo contra a Justiça emperrada, desvirtuada e burocratizada.

Se a Emenda Constitucional 45, incluiu, no artigo 5.º, o inciso LXXVIII, que, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", o não-atendimento a tal preceito, além de acarretar o direito ao ressarcimento do dano, impõe a verificação de sua causa real, o que pode decorrer: a) do excesso de feitos e da inadequada máquina judiciário; b) das medidas protelatórias utilizadas pelas partes, ou por uma delas; c) da desídia do magistrado.²²⁷

A negligência no andamento de um processo é, dentre as situações apresentadas, a de mais difícil comprovação.

²²⁶ Conferência proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Sub-Seção de Mossoró, Estado do Rio Grande do Norte, em comemoração ao dia da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

²²⁷ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.47-48.

O juiz é um agente público dotado de prerrogativas especiais, que garantem o bom desempenho de suas funções. Portanto, é a ele conferida independência na construção de seu convencimento, limitada pelo espaço da juridicidade.

Porém, tal convicção deve ser realizada dentro da razoável duração do processo, pois não bastam a certeza e segurança do direito, "mas a certeza e segurança na justiça". Não obstante, não é possível que se valha de tais prerrogativas para não proferir sua decisão, o que pode caracterizar a denegação de justiça.²²⁸

Francisco Fernandez Segado ensina que a

independência e responsabilidade devem ser concebidas como se fossem partes de uma mesma unidade, de modo que o juiz é independente porque assume a responsabilidade de seus atos, e é responsável por ser independente e porque sua independência não represente na prática arbitrariedade.²²⁹

No Brasil, outra situação tem chamado a atenção, pois o que pode caracterizar a demora na prestação jurisdicional, é a utilização de expedientes protelatórios pelas partes, o que deve, também, ser coibido pelo magistrado e propiciar a imposição de penalidades previstas no ordenamento.

Embora o Judiciário venha imputando penalidades àquelas partes que apresentam embargos de declaração, meramente procrastinatórios, é tímida, ainda, a atuação neste sentido quando se trata do agir das procuradorias públicas, pois, muitas vezes, por terem dever funcional, apresentam medidas recursais totalmente inapropriadas, com o intuito único de fazer cumprir seu dever de ofício.

A responsabilidade do Estado, neste caso, pela demora no deslinde da controvérsia, pode ocorrer quando demonstrado inquestionavelmente que a utilização do comportamento não foi obstado pelo juiz, e, deste, decorreu prejuízo irreparável para a parte.

²²⁸ SICHES, op. cit., p.298.

²²⁹ SEGADO, Francisco Fernandez. **El Sistema Constitucional Español**. Madrid: Dykinson, 1992. p.781.

Tendo em vista a situação em que se encontra o Judiciário, muito se tem discutido a respeito da impossibilidade de responsabilizar o Estado por danos que, porventura, decorram de seus atos jurisdicionais lícitos.

Entretanto, tal polêmica parece desprovida de razão, pois cabe ao Estado o dever de proporcionar, de modo eficiente e em um prazo razoável, a prestação jurisdicional. Caso assim não ocorra, e se tal conduta produzir prejuízos à parte, ele deve ser responsabilizado.

Em 21.06.1966, no julgamento do RE 32.518, o Ministro Aliomar Baleeiro, embora vencido, considerou:

Dou provimento ao recurso, porque me parece subsistir, no caso, responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça, ocasionando, por omissão de recursos materiais e pessoais adequados, os esforços ao pontual cumprimento dos deveres dos juízes

No mesmo julgamento, o Ministro Odalício Nogueira, acompanhando o voto do Ministro Baleeiro, defendeu que: "O Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário. Não proporcionou à parte a prestação jurisdicional a que estava obrigado".

A morosidade da prestação jurisdicional constitui verdadeira denegação de justiça e violação de direito fundamental, o que, em virtude da responsabilidade objetiva do Estado, impede escusá-lo da responsabilidade pelas deficiências da máquina judiciária.

O excessivo número de processos e a sobrecarga da máquina judiciária não podem ser argumentos utilizados para não responsabilizar o Estado pela demora no deslinde da controvérsia. É preciso lembrar que a ele cabe aparelhá-lo de modo a propiciar uma atuação eficiente da jurisdição. Ele é o responsável não só pela concessão de meios idôneos, como também pela agilização do processo, o que, pura e simplesmente, não significa só eliminar recursos e evitar o reexame de decisões,

mas também conferir meios ágeis para que o direito seja reconhecido e a justiça não venha a se converter em injustiça.²³⁰

A morosidade da justiça viola direito fundamental e afronta o Estado Democrático de Direito, na medida em que a atividade jurisdicional deve conferir segurança jurídica à sociedade.²³¹

O tempo utilizado pelo magistrado para proferir um ato jurisdicional precisa ser suficiente para a formação do seu livre convencimento, mas não deve ultrapassar o limite do razoável, pois, se a sua não-observância causar prejuízos à parte e a terceiros, terá o Estado o dever de indenizar a quem o sofreu, desde que caracterizado o nexo causal entre os danos e a atuação estatal.

²³⁰ SCARTEZZINI, op. cit., p.47/48.

²³¹ Giovanni Ettore Nanni. "Constitui a morosidade verdadeira denegação da justiça, violando direito fundamental daquele que aguarda a tutela jurisdicional, não se admitindo como escusas a essa responsabilidade, as deficiências da máquina judiciária, porque, em função da responsabilidade objetiva, o Estado é responsável." "[...] Dessa forma, a ausência de decisão do órgão jurisdicional em prazo razoável, a demora do julgamento dos recursos nos tribunais, enfim, qualquer forma que se revele morosa na prestação jurisdicional, estará tolhendo o direito individual do jurisdicionado, tipificando-se numa obstaculização de obtenção do serviço judiciário, consubstanciando-se em denegação de justiça." (NANNI, op. cit., p.143 e 144).

6 APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O Brasil adota a teoria da responsabilidade objetiva para os casos em que os agentes públicos causarem danos a terceiros, em decorrência da atuação funcional.

A partir de tal afirmativa surge a indagação: aos atos jurisdicionais típicos, causadores de ônus para o particular, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado?

A resposta diversifica-se, na medida em que se constata a licitude ou ilicitude da atuação do juiz.

Toda decisão emitida pelo Poder Judiciário implica, em alguma medida, na ocorrência de dano para uma das partes. Em outras palavras, o Judiciário age somente por meio de provocação, de modo que uma decisão será prolatada unicamente se uma das partes envolvidas em um conflito de interesses submetê-lo à apreciação judicial.

Necessariamente, o julgamento resultará na existência de uma parte sucumbente, ou seja, que teve sua razão afastada, devendo, conseqüentemente, suportar os efeitos da decisão.

Assim, a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado aos prejuízos advindos da atuação jurisdicional encontra maior dificuldade de caracterização, pois tem como decorrência a existência de dano, diferenciado daqueles prejuízos advindos, diretamente, da sentença e para além do valor envolvido na demanda.

Não é possível admitir que toda e qualquer pessoa, quando se encontre na condição de sucumbente e, portanto, irresignada com o decidido judicialmente, promova nova demanda, em desfavor do Estado, buscando reparação, pois tal pleito teria como finalidade, em verdade, a revisão do julgamento já proferido, com força de coisa julgada.

O direito subjetivo pode, ainda, ser debilitado no sentido de fonte de dano econômico, em virtude de ato legítimo do agente público, desenvolvido nos limites assinalados pelo Direito objetivo. Portanto, no caso, não é correto falar na violação de um direito que causa a responsabilidade do Estado, já que não se identifica ilegalidade ou lesão.

É a hipótese de prejuízo de direitos concretos, quando o seu sacrifício decorre da realização de um interesse público objetivo. Assim, em que pese este sacrifício poder assumir diferentes formas, é preciso diferenciá-lo do que se denomina de limitações de direitos, pois, enquanto o primeiro deve, eventualmente, ser indenizável, os segundos abarcam o direito em abstrato, independentemente da sua titularidade concreta, e ajusta-se ao previsto na norma.

Conforme Renato Alessi, sua compensação não constitui um ressarcimento de dano, já que não pressupõe a violação de um direito subjetivo. A lei, ao admitir uma compensação, não fala em ressarcimento, mas em indenização.

Tal distinção, segundo o mesmo autor, não tem transcendência prática quando a indenização vem expressa na norma que prevê o sacrifício e tem fundamento ético, pois representa o princípio da justiça distributiva, segundo o qual a obtenção de uma utilidade coletiva deve distribuir-se, proporcionalmente, entre todos os membros da coletividade.

Diferentemente ocorre quando a norma admite o sacrifício e não prevê o ressarcimento. Nesta hipótese, a regra acima registrada, também, deve valer como de aplicação geral, e ser aqui utilizada.

Mas, quando se trata da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais lícitos, tornam-se importantes algumas considerações. Primeiramente, porque é preciso saber se para caracterizá-la é imprescindível a existência de um erro, equívoco, ou de alguma falha ou defeito, quando identificado e estabelecido o nexo causal entre a atuação estatal e o dano por ela produzido, surge, para o Estado, a responsabilidade objetiva de indenizar ou ressarcir o prejuízo. Outra, porque, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello, não se deve falar em responsabilidade, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, por exercitar poder que lhe confere a ordem jurídica, cujo conteúdo ou efeito intrínseco é o de ingressar na esfera alheia e incidir sobre o direito de alguém.

Nesse caso, para esse autor, não se pode falar em responsabilidade, porque a ordem jurídica estabeleceu, em prol do Estado, um poder, cujo conteúdo

específico reside no aniquilar o direito alheio, o que deverá se converter em correlata expressão patrimonial.²³² Entretanto, isso não significa a impossibilidade de responsabilizar o Estado por atos lícitos.

Ovídio A. Baptista da Silva considera que a sentença judicial não tem uma só eficácia e reconhece que os processualistas não negam que algumas apresentam múltiplos efeitos, que atingem tanto as partes como a terceiros.

Reconhece que, em um processo de conhecimento, a atividade jurisdicional circunscreve-se ao plano do pensamento, não contendo a sentença senão apenas indiretamente efeito capaz de transformar a realidade fática. O juiz, portanto, só emite um enunciado lógico de cunho valorativo, sem descer ao mundo dos fatos, para transformar uma realidade física, porque, aqui, pela sentença se obtém a solução de uma controvérsia, como resultado de o juiz ter afirmado a vontade da lei, sem realizar o ato executório final. Só a sentença executiva é que tem, como eficácia interna e natural, o poder de operar mudanças no mundo exterior e transformar a realidade.

Assim, no que tange à responsabilidade do Estado por danos decorrentes de atos lícitos, proferidos em sentenças no universo de um processo de conhecimento, só indiretamente, como sua conseqüência e não como sua finalidade própria, acarretará danos economicamente avaliáveis, o que só acontecerá, no curso de um processo de execução.

Porém, não se deve esquecer que a decisão do processo de conhecimento cumpriu com a sua função de dizer o Direito e dirimir um conflito de interesses e que a ação de execução, em que pese sua correlação com a decisão lá proferida, representa, no campo processual, outra demanda, que se encerrará com outra decisão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a responsabilidade decorrente de ato típico da Administração Pública, ressalta o fato decorrer não da finalidade própria do ato, mas, indiretamente, como conseqüência. Cita como exemplo, o ato

²³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.123/124.

que determina, "legitimamente, o nivelamento de uma rua" e que, uma vez realizado, com todas as cautelas e os rigores técnicos, faz com que algumas casas fiquem, inevitavelmente, "abaixo ou acima do nível da rua", ocasionando prejuízos para os proprietários. Reconhece que o Estado não tinha por finalidade sacrificar o direito de alguém, mas que, como resultado da atuação legítima, houve o prejuízo a ser indenizável, pela violação do direito dos proprietários lindeiros à rua.²³³

Porém, quando se trata de responsabilidade estatal por danos decorrentes de atos jurisdicionais lícitos, o prejuízo pode decorrer diretamente do ato. É o que acontece, por exemplo, com ato, lícito e legítimo, que pode acarretar a responsabilidade objetiva do Estado, para indenizar danos sofridos. É o que se passa no campo das medidas cautelares, da negativa de liminar em mandado de segurança. Em que pese presentes seus pressupostos legais, se de tal negativa ocorrerem danos, haverá responsabilidade.²³⁴

A responsabilidade do Estado pode estar ligada à necessidade de reparação tanto de danos materiais quanto patrimoniais e até morais, desde que tais eventos possam ser quantificados pecuniariamente.

Quanto aos atos lícitos que o juiz pode proferir e que, mesmo estando de conformidade com a lei, podem acarretar prejuízos a uma das partes que se relacionam no processo, aplica-se a teoria da Responsabilidade Objetiva, para caracterizar o Estado como devedor da prestação reparadora dos danos acarretados pela atividade jurisdicional típica.

O fato de o ato ser lícito dificulta a caracterização da responsabilidade do Estado, pois se o magistrado agiu consubstanciado na lei, como pode acarretar a responsabilização estatal? Ademais, como pode o juiz ser responsável por um ato a que foi obrigado a proferir uma vez que provocado?

²³³ MELLO, **Ato administrativo...**, p.124.

²³⁴ FIGUEIREDO, **Curso de direito...**, p.282.

O questionamento formulado dá origem a três situações distintas.

1. O ato lícito, proferido na jurisdição cível, que causar prejuízos à parte que provocar a manifestação jurisdicional, não enseja necessariamente a obrigação do Estado em reparar o prejuízo.
2. Se o ato for lícito, expedido pelo magistrado *ex officio*, por sua conta e risco e acarretar prejuízos, tem o Estado a obrigação objetiva de reparar os danos causados por seus agentes, investidos nesta qualidade, desde que a parte prejudicada não tenha manifestado o seu inconformismo pela via de recurso, pois a ele não competia o uso de tal instrumento.
3. Já na jurisdição penal, quando o ato jurisdicional lícito causar danos a alguém, a responsabilidade do Estado em prestar reparação obedece à teoria objetiva.
4. Basta para a restituição o nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta que o ensejou, podendo ocorrer no caso de erro judiciário e em medidas cautelares não confirmadas ao final do processo, quando então o réu é absolvido ou obtém decisão favorável em revisão de sentença.

6.1 DIREITO DE REGRESSO

O parágrafo 6.º, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, assegura o direito de regresso do Estado contra o agente responsável no caso de dolo ou culpa.

Lúcia Valle Figueiredo adverte que o dispositivo da Lei Fundamental, ao se referir à ação regressiva, estabelece como condicionante a caracterização da culpa ou dolo do agente público o que, conseqüentemente, só ocorrerá na hipótese de tais pressupostos²³⁵.

²³⁵ FIGUEIREDO, **Curso de direito...**, p.176.

É nesse sentido que o art. 930 do CC dispõe que, no caso de responsabilidade por fato de outrem, aquele que paga a indenização tem um direito regressivo contra o causador do dano e, no art. 942, prevê que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado.

Considerando que no caso ora analisado trata-se do direito de regresso perante o juiz, necessário minudenciar algumas peculiaridades.

Ada Pellegrini Grinover afirma que

o problema da relação entre a responsabilidade civil do Estado e a responsabilidade pessoal do magistrado deve ser solucionado no sentido de que os preceitos que limitam a responsabilidade do juiz se reduzem a responsabilidade pessoal deste, firme restando a responsabilidade objetiva, mais ampla, do Estado; a responsabilidade pessoal do juiz acrescenta-se, mas não pode substituir, a responsabilidade civil do Estado.²³⁶

Todavia, de conformidade com o registrado, o juiz ao praticar uma atividade jurisdicional atípica, de natureza administrativa, da qual decorrem danos para o particular, sujeita-se ao direito de regresso nos termos preconizados na Lei Fundamental, na qualidade de agente da Administração Pública.

Quanto aos atos jurisdicionais típicos, realizados em qualquer tipo de jurisdição, ou seja, de índole penal, cível, trabalhista, eleitoral, não se pode, por via indireta, subtrair as garantias da atividade jurisdicional. É preciso considerar a necessária independência do juiz, no que tange à liberdade de julgar de acordo com seu livre convencimento.

Não parece haver dúvida quanto ao cabimento da ação de regresso, quando se está perante atos jurisdicionais atípicos de autoria do Executivo, como, por exemplo, em um processo disciplinar, pois desde que identificado o agente e individualizados os pressupostos ensejadores do remédio processual, deve tal ação ser proposta.

²³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982. p.10.

Segundo Mário Guimarães, ao juiz compete, no Estado, o encargo de administrar a justiça e "fazer a justiça" é a tarefa, o sacerdócio a ele encarregado.²³⁷

Para tanto, os juízes, conforme disciplina o art. 95 da Constituição Federal, gozam de certas garantias que visam à segurança, também pessoal, do ato de "fazer a justiça", de modo que o magistrado possa agir com imparcialidade, sem receio de qualquer sanção que possa afetá-lo profissionalmente.

Conforme o art. 95 da CF, o juiz, no exercício da jurisdição, tem as garantias da vitalicidade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, o que constitui direito subjetivo de seus titulares e garantia de autonomia da função.

A vitalicidade representa a garantia de permanecer no cargo até a aposentadoria ou falecimento, salvo exoneração por decisão judicial transitada em julgado, o que significa que o procedimento judicial não é suficiente para afastá-lo de seu cargo.

A inamovibilidade lhe garante, também, a imparcialidade, na medida em que impossibilita a mudança de julgador por interesses políticos, em respeito ao princípio do juiz natural, em que pese a Lei Fundamental admitir, no artigo 93, VIII, após a EC n.º 45/2004, a possibilidade de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundada em decisão por maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.

A garantia da irredutibilidade dos vencimentos, própria de todos os servidores públicos, vem em reforço à imparcialidade dos juízes, já que não devem temer por represálias de índole financeiro-salarial pelas decisões que tenham assumido.

Tendo em vista evitar situações que possam possibilitar o comprometimento da sua neutralidade, a Constituição Federal previu, no parágrafo único do artigo 95, que é vedado aos juízes: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas a previstas em lei; exercer a advocacia no juízo

²³⁷ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.33/34.

ou tribunal do qual se afastou, antes de três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

São determinações que decorrem não de seu interesse pessoal, "pois se assim fosse seriam privilégios", mas do interesse público no bom exercício da função jurisdicional, não cabendo nem mesmo renúncia pessoal a tais prerrogativas.²³⁸

Vê-se, então, um tratamento diferenciado no que diz respeito à ação de regresso e à da responsabilidade estatal objetiva por ato jurisdicional, o que pode levar a admitir que, nestes casos, não pode ter cabimento ação de regresso contra os magistrados.

Tal entendimento pode ser deduzido do adotado por nossos tribunais, em relação a atuação do legislador, como o fez, por diversas vezes o Tribunal Regional Federal da 4.º região²³⁹:

No âmbito publicista, afirmou-se a responsabilidade do Estado (adaptada a partir do ramo privado) por dano de seus representantes causados a terceiros, mesmo sem culpa. Dita responsabilidade não se restringe ao Poder Executivo mas se estende também aos atos legislativos não unguídos pela Constituição ou porque ferem a sociedade que a reconhece e por ela se rege, não se compreendendo o Estado puna aos infratores e se subtraia impunemente, ao cumprimento de sua lei básica, mesmo porque, provido tais atos de órgãos colegiados, impossível ulterior ação regressiva contra esses servidores públicos (*Latus sensu*), ocasionadores culposos de edição de ato inconstitucional, na forma do decidido pelo STF (RE 8889, Primeira Turma, voto unânime, em 10.07.48).²⁴⁰

Outra, entretanto, é a hipótese de cabimento de ação de regresso contra os magistrados, quando a atuação jurisdicional decorre da atuação de órgãos colegiados da organização judiciária, como no caso de decisões dos Órgãos Especiais, dos da Segunda Instância e dos Tribunais Superiores, pois o direito regressivo só pode ser exercitável quando individuada a culpa ou dolo do agente.

²³⁸ FERREIRA FILHO, op. cit., p.154.

²³⁹ Decis. 25.06.92, p.9497.

²⁴⁰ RE 8889, Primeira Turma, voto unânime, em 10.07.48.

O cabimento de ação de regresso contra os juízes, a partir da responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais, apresenta características próprias: fundamenta-se, por primeiro, na prerrogativa constitucionalmente prevista de imparcialidade dos magistrados, em virtude da própria natureza dos atos jurisdicionais, que, como já registrado, sempre acarretam o sacrifício do interesse de uma das partes envolvidas no conflito, e, assim, o juiz, pelo ato de dizer o Direito e resolver a contenda, pode não ser responsabilizado; segundo, no fato de que tais atos, provindo de órgãos colegiados não são possíveis da individualização da culpa ou dolo; terceiro que, tratando-se de ato lícito ou ilícito da jurisdição, reconhecido o nexos causal entre o ato e o prejuízo e mais, determinada a culpa ou dolo do juiz singular, cabe ação de regresso contra o agente público, nos termos do artigo 37, parágrafo 6.º, da Constituição Federal.

Assim, a responsabilidade do Poder Público por atos jurisdicionais, não deve ser considerada como exceção, mas sim como regra, para assegurar a melhor forma de proteção ao cidadão e à sociedade como um todo. Cabe ao cidadão lesado buscar a devida reparação, que, nesse âmbito, conforme Romeu Felipe Bacellar Filho, é direta e objetiva, não sendo admitido litisconsórcio nem solidariedade.²⁴¹

Portanto, quando se trata de ato típico danoso, revestido de culpa ou dolo, é patente a possibilidade do cabimento do direito de regresso, o que poderá ser exercido perante o juiz nas hipóteses legais, como nas previstas no art. 133 do Código de Processo Civil.²⁴²

É preciso deixar claro que, tratando-se da responsabilidade objetiva pelo dano ou prejuízo, uma vez satisfeita a vítima do dano, o Estado pode ser devidamente

²⁴¹ BACELLAR FILHO, op. cit., p.235.

²⁴² "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 deve ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único: Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas n.º 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 dias"

ressarcido, desde que caracterizada a culpa ou dolo do agente causador, o que significa que, nesta vertente, a responsabilidade dar-se-á pela aplicação da teoria subjetiva.²⁴³

Entretanto, no curso deste estudo, o núcleo de interesse é determinar quando se pode pensar em direito de regresso ante os atos do juiz, não importando o quanto da indenização. Esse fato impede a incursão sobre o tema, sob pena de desvio do objeto proposto.

A responsabilização pessoal do agente causador do dano é tão importante quanto a garantia de indenização da vítima, pois, caso o contrário, poderia ser estimulada a proliferação de danos.

O sistema constitucional brasileiro reconhece a responsabilidade do agente, condicionada à culpa ou dolo, e a responsabilidade objetiva do Estado em garantir a indenização da vítima. Isso posto, é preciso ressaltar que se o Estado arcou com a responsabilidade da indenização, o agente, causador do dano, quando tiver agido com culpa ou dolo, não pode deixar de ser responsabilizado. Ao Estado cabe o dever-poder de agir regressivamente contra o agente, já que representa um dever e não uma prerrogativa de atuação, em vista da indisponibilidade do interesse público²⁴⁴.

O direito de regresso do Estado contra o agente causador do dano depende da comprovação do dolo ou culpa do autor, na realização do ato danoso. Assim, quando se trata de lesões decorrentes do funcionamento regular do serviço, independentes de qualquer atuação dolosa ou culposa, apesar de acarretarem a necessária indenização por parte do Poder Público, não podem dar ensejo à dita ação de regresso, por falta de caracterização do permissivo constitucional, previsto no art. 37, parágrafo 6.º, da CF, de tal modo, que não será qualquer ineficiência do magistrado, desprovida de dolo ou culpa, que configurará ambiente próprio para dar ensejo a uma ação regressiva.

²⁴³ BACELLAR FILHO, op. cit., p.235.

²⁴⁴ DALLARI, Adilson de Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2.ed. 2.ª tir. 1992. p.139.

Portanto, tanto a responsabilidade do Estado como a culpa ou dolo de seu agente devem ser analisadas no curso de um processo de conhecimento.

Uma é conseqüência da outra, vale dizer, antes de indenizado o dano pelo Estado e resolvida, no curso de uma ação própria, a questão relativa à intenção do agente, não pode ser responsabilizado e nem sofrer qualquer cobrança ou desconto em seus vencimentos.²⁴⁵

A obrigação de o Estado reparar danos causados ao particular pela atuação jurisdicional obedece à regra da teoria objetiva, havendo a necessidade de ser identificado o nexo causal entre a conduta do magistrado e o prejuízo anormal verificado.

Outra situação, com contornos totalmente distintos, é a referente à ação de regresso, pois, para que seja promovida, o Estado, na busca de reparar os valores despedidos no pagamento da indenização, precisa, como requisito indispensável, ter sido condenado a tal pagamento.

O que se busca salientar é que a caracterização de dolo ou culpa do agente público deve ocorrer em demanda independente daquela promovida pelo prejudicado em face do Estado, pois somente haverá direito de regresso quando houver sido declarada a responsabilidade estatal.

Absurdo admitir a existência de uma ação regressiva promovida pelo Estado em face de seu agente, sem que aquele tenha indenizado qualquer dano.

Além do exposto, a apuração, no curso da mesma demanda, dos requisitos da teoria objetiva e subjetiva, poderia acarretar demora na declaração do direito do prejudicado, causando-lhe, assim, danos ainda maiores.

²⁴⁵ BACELLAR FILHO, op. cit., p.241 "O devido processo legal deve ser respeitado", isto é, a ação regressiva deve seguir o rito ordinário, conforme dispõe o Código de Processo Civil."

CONCLUSÃO

1. O Brasil adota o modelo de Estado Democrático de Direito o que significa que está obrigado a obedecer às normas por ele criadas com vistas a proteção dos interesses dos indivíduos que compõem a sociedade.
2. A participação popular, ainda que indiretamente, deve ser verificável no âmbito das três funções do Estado restando assim garantida a harmonia entre a justiça social e os interesses defendidos pelo Poder Público.
3. As três funções que a atuação estatal pode assumir são, regra geral, desempenhadas por órgãos distintos, componentes do que se habituou denominar Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, não sendo tal subdivisão estanque, uma vez que a necessidade de coordenação entre os “Poderes” impôs a estes o desempenho de atividades que lhe são atípicas, sistema denominado de “*cheks and balances*”, ou seja, sistema de controles recíprocos.
4. O Poder Judiciário quando desempenha suas funções atípicas (administrativa e legislativa), emite atos com características distintas dos atos propriamente jurisdicionais, pois não tem a finalidade de pacificar conflitos interpessoais.
5. A Função Jurisdicional no Estado Democrático de Direito assume finalidade que extrapola a solução de controvérsias, pois busca, ainda, a efetivação dos direitos fundamentais, materiais e processuais, de modo que seja realizada a justiça no caso concreto.
6. A condição do Estado como Democrático de Direito tem, por sua vez, reflexos no modo de agir do Poder Judiciário quando desempenha suas competências, como, por exemplo, a composição plural de um corpo de jurados, direito ao contraditório, livre acesso das pessoas à tutela jurisdicional, uso do processo dialético na consecução do devido processo legal.

7. Em que pese a tais reflexos no modo de agir democrático, o magistrado não é investido no cargo por consequência de processo eleitoral, mas de concurso público, sendo tal modo de investidura consequência do modelo burocrático adotado no Brasil.
8. Considerando que o Estado Democrático de Direito obrigatoriamente faz com que todos se submetam às prescrições existentes no ordenamento jurídico, dotando-os, portanto, de direitos e obrigações, impossível considerar o Poder Judiciário irresponsável pelos atos danosos que seus magistrados venham a cometer em desfavor de um particular.
9. O constitucionalismo contemporâneo representa a vigência de uma constituição escrita que reflete os anseios sociais de uma dada população, que a ela deve submissão.
10. O Poder Judiciário é competente por garantir a efetivação dos direitos fundamentais e realizar a justiça o que pode, eventualmente, depender da realização do controle de constitucionalidade, motivo pelo qual a Constituição Federal de 1988 adotou, no Brasil, o sistema judicial, com o que pretende dar preferência à vontade incorporada na Lei Fundamental em detrimento da vontade do poder constituído.
11. A constitucionalidade de um ato ou de uma lei depende da verificação da conformação formal e material destes à Carta Magna, podendo a análise se dar em dois momentos, preventivo e posterior, na modalidade difusa e (ou) concentrada.
12. Sempre que o Poder Legislativo e (ou) Executivo falhar ou se omitir na realização dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário tomar medida ratificadora, o que pode vir a desencadear a prolatação de decisões realizadoras do ativismo judicial.
13. O ativismo judicial é um vocábulo utilizado para adjetivar as decisões judiciais cuja finalidade é dar efetividade aos direitos consagrados na

constituição por meio de termos de textura aberta, que dependem do processo interpretativo da ponderação.

14. O déficit de efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados e não realizados no exercício das funções típicas executivas e legislativas, por vezes, é minorado em decorrência da atuação judicial, que, por sua vez, não pode fazê-lo de modo absoluto, encontrando limitação na realidade orçamentária, na separação dos poderes, impossibilidade de ingerência de uma função do Estado na outra e garantia do mínimo existencial.
15. Pode o ativismo judicial ensejar a produção de danos àqueles que não estão contemplados dentre os beneficiários da decisão, os quais, eventualmente, podem requerer a responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais.
16. Inadmissível nos dias atuais que seja adotada a Teoria da Irresponsabilidade, independentemente da origem do ato lesivo.
17. A responsabilidade do Estado pelos atos danosos que seus agentes nesta qualidade proferirem, está disciplinada no artigo 37 § 6.º.
18. O órgão que exerce a função jurisdicional é uma pessoa jurídica de direito público.
19. A função jurisdicional do Estado está inserida no artigo 37 § 6.º da Constituição Federal, uma vez que a correta interpretação dada ao dispositivo demonstra que todas as pessoas de direito público acarretam a responsabilidade do Estado pelos danos ensejados por seus agentes que nesta qualidade agirem. Enquanto só assim serão as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.
20. São os juízes agentes públicos, nos termos da previsão constitucional acima citada.

21. Em tese, deve o Estado ser responsabilizado objetivamente, conforme conformação demonstrada, pelos danos que os agentes do Poder Judiciário produzirem no desempenho de suas funções.
22. Desempenham os juízes atividades típicas (inerentes à função pública desempenhada, denominada jurisdição) e atípicas quando se manifestam com finalidade meramente administrativa e legislativa.
23. No desempenho de atividades atípicas, pode o magistrado proferir atos cujo conteúdo se refira única e exclusivamente à finalidade administrativa de se autogerir e auto-regular.
24. O juiz, ao desenvolver sua atividade típica, profere atos jurisdicionais propriamente ditos. Estes podem ser os mais diversos possíveis, desde que lícitos, a fim de alcançar a principal finalidade da atividade judiciária, a realização da justiça.
25. Quanto aos atos atípicos do magistrado, caso sejam estes danosos para alguém, deve o Estado ser responsável pelo pagamento da indenização, uma vez que tais prejuízos se enquadram na generalidade dos prejuízos causados pelos agentes públicos, bastando, para tal, a teoria objetiva.
26. O juiz, ao proferir seus atos típicos, visa dirimir conflitos a ele apresentados e, para tanto, aplica o Direito vigente.
27. O ato lícito, proferido na jurisdição cível, que causar prejuízos à parte que provocou a manifestação jurisdicional, não enseja a obrigação do Estado em reparar o prejuízo.
28. Se o ato for lícito, expedido pelo magistrado *ex officio*, por sua conta e risco, independente da provocação das partes e acarretar prejuízos a uma destas, neste caso tem o Estado a obrigação objetiva de reparar os danos causados por seus agentes, investidos nesta qualidade, desde que a parte prejudicada não tenha manifestado o seu inconformismo pela via de recurso.

29. Já na jurisdição penal, quando o ato jurisdicional lícito causa danos a alguém, a responsabilidade do Estado em prestar reparação obedece à teoria objetiva, bastando para a restituição o nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta que o ensejou. Além disso, pode ocorrer, no caso de erro judiciário e em medidas cautelares não confirmadas ao final do processo, quando então o réu é absolvido ou obtém decisão favorável em revisão de sentença.
30. Quando se trata de ato típico revestido de culpa ou dolo, é patente a possibilidade do cabimento do direito de regresso, o que poderá ser exercido ante o juiz nas hipóteses legais, como nas previstas no art. 133 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, José Dias. **Da responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Forense, 1997.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1990. Tomo I.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo:Max Limonad, 1998.

_____. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Revista Interesse Público**, n.6, 2000.

_____. Responsabilidade civil da administração pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileira. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Alice Gonzales. A responsabilidade civil do estado à luz do código civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. (Org.). **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial, Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977. Tomo I.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di Dirito Processuale Civile. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v.10, p.30-31, 1933.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL PROMULGADA EM 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2009.

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/>. Acesso em: 14 maio 2008.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. Como as democracias controlam as polícias: os mecanismos institucionais de controle da atividade policial. *Novos Estudos*. **CEBRAP**, v.70, n.3, p.65-78, 2004.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Responsabilidade do estado por atos de juiz (em face da Constituição de 1988). **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.1, jan./mar. 1993.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2.ed. 2.^a tir. 1992.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: 12 jan. 2009.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Conferência pronunciada na Ordem dos Advogados do Brasil. Subseção de Mossoró, Estado do Rio Grande do Norte, em comemoração ao “Dia da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil”, 11 de agosto de 1983.

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

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.198, p.85-96, out./dez. 1994.

_____. **Direito administrativo**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Derecho Constitucional**. Trad. Pablo Lucas Verdu. Madrid: Tecnos, 1973.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do estado por omissão legislativa: o caso do art. 37, X da Constituição Federal. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do estado por dano decorrente de planejamento. **Gênesis - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v.2, n.6, p.640-657, set. 1995.

_____. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais. **Revista Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v.60, p.45-64, maio/ago. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Eficácia vinculante em procedimento judicial e pronunciamento de ofício da prescrição e da competência relativa: estudo crítico das recentes reformas processuais que fortaleceram os poderes do magistrado. In: MEDINA, José Miguel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Coords.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: LEUD, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado** São Paulo: Malheiros, 2006.

- KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v.41, p.43-57, 2005.
- LEITE, Glauco Salomão. Coisa julgada inconstitucional: relativizando a relativização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.14, n.57, p.155-191, out./dez. 2006.
- LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.210, p.147-158, out./dez. 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.1.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- MALBERG, R. Carre de. **Teoria General del Estado**. Trad. José Li3n Depetre. México: Fondo de Cultura Econ3mica, 1948.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **C3digo de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A constitui33o aplicada**. Bel3m: Cejup, 1991. v.3.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. **Curso de direito administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. A democracia e suas dificuldades contempor3neas. **Revista Eletr3nica sobre a Reforma do Estado**, Salvador - Bahia, n.9, mar./abr./maio 2007.
- _____. **Curso de direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inoc3ncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MESQUITA, Gil Ferreira de. **O devido processo legal em seu sentido material**: breves considerações. **Revista de Informaç3o Legislativa**, v.43, n.170, p.209-220, abr./jun. 2006.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do R3go. Problemas de responsabilidade civil do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU. Espírito das leis. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2007. v.1. p.164-167.

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

MOREIRA, José Carlos. Ação popular como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: **Temas de direito processual**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v.1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MORO, Sergio. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. **Revista Jurídica da Casa Civil da Presidência da República**. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/bibliotecavirtual/598/>. Acesso em: 20 abr. 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 1999.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: LEX, 1993.

_____. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. v.1.

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

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____ (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS FILHO, José dos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do estado intervencionista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar; São Paulo: Saraiva, 2001.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Coords.). **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.41-49.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.21-55.

SEGADO, Francisco Fernandez. **El Sistema Constitucional Español**. Madrid: Dykinson, 1992.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

SICHES, Luis Recasens. **Nueva Filosofía de la Interpretación del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973.

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.15-30.

_____. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. Os meios de controle do poder judiciário. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coords.). **Direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Lisboa: Relógio d'Água, 2008.

VENTURI, Elton. **A suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.4

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Corrêa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática. 2007. v.2.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Sites consultados:

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/41320,1>

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

ANEXO
ACÓRDÃOS STF

AI 462831 / RJ - RIO DE JANEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 25/05/2004

DECISÃO INDENIZAÇÃO - ERRO JUDICIÁRIO - PERDA DA LIBERDADE - INCISO LXXV DO ARTIGO 5.º E § 6.º DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - HARMONIA - AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento à apelação, ante fundamentos assim sintetizados (folha 147): RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ERRO JUDICIÁRIO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS RÉU CONDENADO POR LATROCÍNIO A 20 ANOS DE RECLUSÃO MAS ABSOLVIDO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL APÓS TER CUMPRIDO CINCO ANOS DA PENA O princípio geral da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais sofre as exceções expressamente previstas em lei, dentre elas a do artigo 630 do Código de Processo Penal. Ainda que a absolvição em sede de revisão criminal tenha resultado de retratação feita pela testemunha, em cujo depoimento se fundamentara a condenação, o erro ou injustiça da condenação são presumidos, posto que a hipótese não se enquadra nas duas exceções previstas no § 2.º do artigo 630 do Código de Processo Penal, quais sejam, falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder e ter sido a acusação meramente privada. Provimento parcial do recurso. Nas razões do extraordinário de folha 170 a 177, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, articula-se com a transgressão do inciso LXXV do artigo 5.º da Carta Política da República. Aponta-se a inexistência do direito à verba pleiteada, porquanto não caracterizado o erro judiciário ensejador do dever indenizatório do Estado. Salienta-se não ter sido configurada a "inocência do condenado" (folha 174) - situação necessária, segundo o sustentado, ao surgimento da obrigação jurídica de reparar o dano -, havendo ocorrido tão-somente o provimento da revisão criminal, com a exclusão da condenação criminal imposta, por insuficiência de provas. O juízo primeiro de admissibilidade assentou que o recorrente não logrou impugnar a conclusão de ser inaplicável ao caso o preceito do § 6.º do artigo 37 do Diploma Maior, consignando que o processamento do extraordinário encontra óbice no Verbete n.º 283 da Súmula Corte (folha 195 a 197). Na minuta de folha 2 a 10, afirma-se a impropriedade da decisão agravada quanto à alusão ao mencionado artigo 37, § 6.º, de vez que o afastamento do dispositivo, pelo Tribunal de origem, "desatende ao agravado e não ao agravante" (folha 4). Entende-se, assim, impertinente o óbice do Enunciado n.º 283. No mais, reiteram-se os argumentos expendidos no extraordinário, insistindo-se na violação do inciso LXXV do artigo 5.º do rol das garantias constitucionais. O agravado apresentou a contraminuta de folhas 202 e 203, preconizando seja mantido o despacho atacado. À folha 205, constata-se a negativa de seguimento, pelo relator, ao agravo de instrumento protocolado para viabilizar o especial. O agravo regimental que se seguiu foi desprovido (folha 207),

assim como os embargos de declaração (folha 209). 2. Na interposição deste recurso, foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. O agravante providenciou o traslado das peças obrigatórias previstas em lei e respeitou o prazo contado em dobro a que faz jus. A decisão atacada restou publicada no Diário de 2 de agosto de 2001, quinta-feira (folha 198), vindo à balha a manifestação do inconformismo em 22 subsequente, quarta-feira (folha 2). A peça está subscrita por procuradora do Estado. É tempo de implementar a eficácia do disposto no artigo 5.º, inciso LXXV, da Constituição Federal - "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Eis caso emblemático. O agravado, condenado por latrocínio, obteve a revisão do decreto condenatório. Vale dizer que o quadro decisório foi revertido em via das mais estreitas, transformando-se condenação em absolvição. O agravado perdeu a liberdade durante cinco anos, notando-se que a Corte de origem atentou para o mandamento constitucional indenizatório, fazendo referência ao artigo 630 do Código de Processo Penal: Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1.º 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. § 2.º 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. O texto constitucional é linear, não condicionado, ao contrário do § 2.º do artigo 630 do Código de Processo Penal. De qualquer maneira, é possível excluir-se a verba quando o dano decorre de ato do próprio réu da ação penal, surgindo apenas o conflito da alínea "b" do § 2.º do artigo 630 com os novos ares constitucionais. No caso, o que decidido encontra apoio na ordem jurídica em vigor, não interferindo o fato de que certa testemunha haja se retratado. O que importa é que o Estado impôs condenação que se mostrou insubsistente, claudicando na arte de julgar. Nem mesmo o Código de Processo Penal exclui, em se tratando de retratação de testemunha, o direito à verba. Assim, conclui-se que em momento algum adotou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendimento conflitante com o inciso LXXV do artigo 5.º da Constituição Federal, devendo ter-se presente que não se pode interpretar norma de forma oposta aos interesses daquele a quem visa proteger. Relembre-se o princípio justiniano, segundo o qual "o que é feito para beneficiar não se deve interpretar de modo a prejudicar". O Estado, no julgamento a ser procedido, há de sopesar a prova, exigindo-a robusta, convincente, idônea, quando em jogo esse bem maior que é a liberdade. 3. Conheço do agravo e o desprovejo. 4. Publique-se. Brasília, 25 de maio de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.

(AI 462831, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/05/2004, publicado em DJ 22/06/2004 PP-00020)

RE 228035 / SC - SANTA CATARINA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 25/10/2003

EMENTA: Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado pelos atos dos juízes. C.F., art. 37, § 6.º I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. II. - RE conhecido e provido. DECISÃO: - Vistos. A Primeira Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em ação sob o procedimento ordinário, negou provimento à apelação interposta pelo Estado de Santa Catarina e ao reexame necessário, decidindo, nos termos do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, no sentido da configuração da responsabilidade objetiva do Estado por ato de magistrado causador de dano a menor proprietária, em decorrência de alienação judicial autorizada de bem imóvel (fls. 229/245). Daí o RE, interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 37, § 6.º, da mesma Carta, sustentando-se, em síntese, o seguinte: a) a isenção de responsabilidade do Estado por atos normais da função jurisdicional, porquanto só se consideram ilícitos fatos como a demora culposa, o dolo, a fraude de juiz na prolação de sentenças e a paralisação de processos em cartório, certo que o suposto ato ilícito alegado pela recorrida não se enquadra nessas hipóteses, na medida em que a magistrada em questão "houve-se com a habitual cautela, ouvindo o parquet estadual e determinando fossem juntados aos autos os comprovantes de que teria havido a necessária substituição do bem da menor, alienado por seu pai, por outro, igualmente em seu nome" (fl. 254); b) a existência de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais (RE 111.609/AM, 1.ª Turma, Ministro Moreira Alves, "D.J." de 19.3.93); c) as hipóteses de cabimento de indenização por erro judiciário "vêm perfeitamente delineadas na legislação e no próprio texto constitucional, dependendo, sempre, de prévio processo de invalidação do ato nefasto" (fl. 256). Admitido o recurso, subiram os autos. O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 289/291). Autos conclusos em 14.10.2003. Decido. Destaco do parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas: "(...) 2. O recurso merece ser conhecido e provido. O entendimento adotado pelo E. Tribunal a quo sobre o tema em discussão colide frontalmente com a orientação proclamada em inúmeras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal a respeito, tal como se pode conferir pelo acórdão proferido no RE n.º 219.117-4-PR (Rel. Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.10.1999), assim ementado: 'RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei.

Orientação assentada na jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido.' 3. No voto, o ilustre Relator do precedente citado deduziu as seguintes razões para o seu convencimento: 'Demonstrou, entretanto, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 343/349) ser pacífica a jurisprudência do STF de que o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder judiciário, a não ser nos casos expressamente previstos em lei.' Leia-se a aludida peça: '... O magistrado na atividade jurisdicional exerce função decorrente da soberania, essa definida como o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar as competências, entretanto, apesar de seu conceito puramente político revelar uma expressão de poder exercido indiscriminadamente, no Estado de Direito baliza-se seu exercício pelas normas jurídicas estabelecidas, as quais delineiam a forma e o exercício desse atributo indissociável do Estado, preservando, deste modo, os direitos fundamentais dos indivíduos. Direitos esses placentados, em regra, na carta constitucional, pedra angular do sistema jurídico pátrio, que erige no ápice do ordenamento jurídico, regras aptas a autodelimitar a atividade soberana do Estado, que desde que o entenda conveniente, pode assumir obrigações externas, como pode fixar regras jurídicas para aplicação interna, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas pôr essas normas. Assim, não há que se olvidar que a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal, seja uma norma autolimitadora da Soberania do Estado, que, reconhecendo a hipossuficiência do cidadão frente ao aparelho estatal, exija deste, comprovado o evento danoso, apenas o nexo de causalidade, no que demonstrado a concorrência da Administração Pública na consumação do prejuízo que repercute na esfera patrimonial do particular, compromete-se o Estado a indenizá-lo, perseguindo regressivamente o agente público que de alguma forma veio a causar o dano. Entretanto, inferir-se desse dispositivo constitucional a responsabilidade objetiva do Estado por erros judiciais seria contrastar com a própria qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última instância sobre a atributividade das normas, não iguala-se o juiz ao administrador que, ao revés, exerce atos de execução lastreados pela legalidade, o que permite o amplo controle da atividade administrativa e a direta responsabilidade do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público.' 4. E vale a pena conferir no mesmo sentido o aresto proferido no RE n.º 111.609-9-AM (Rel. Exm.º Sr. Ministro Moreira Alves, DJ de 19.03.93), assim ementado: - Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores à de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F. - Recurso extraordinário não conhecido. 5. Pelo exposto, somos pelo conhecimento e provimento do presente recurso extraordinário. (...)" (fls. 290/291). Correto o parecer. Em trabalho de doutrina que escrevi ¾ "Responsabilidade Civil do Estado", no meu "Temas de Direito Público", Del Rey Ed., 1.ed., 2.ª tiragem, 1997, pág. 493

¾ dissertei sobre o tema, registrando que a "jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, por isso que o ato jurisdicional é emanção da soberania estatal." Indiquei os RREE 32.518/RS, Relator para o acórdão o Ministro Vilas Boas, e 70.121/MG, Relator para o acórdão o Ministro Djaci Falcão (RTJ 39/190 e RDA 90/140). No mesmo sentido: RE 228.977/SP, Ministro Néri da Silveira, 2.^a Turma, "D.J." de 12.4.2002; RE 111.609/AM, Ministro Moreira Alves, 1.^a Turma, "D.J." de 19.3.93; RE 219.117/PR, Ministro Ilmar Galvão, 1.^a Turma, "D.J." de 29.10.99; RE 216.020/SP, Ministro Carlos Velloso, "D.J." de 08.10.2002. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, condenado o vencido na verba honorária de 5% (cinco por cento) do valor da causa. Publique-se. Brasília, 25 de outubro de 2003. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator.

(RE 228035, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 25/10/2003, publicado em DJ 19/11/2003 PP-00050)

RE 111609 / AM - AMAZONAS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 11/12/1992 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Publicação

DJ 19-03-1993 PP-04281 EMENT VOL-01696-02 PP-00346

Parte(s)

RECORRENTES: HASSAN AHMED HAUACHE E SUA MULHER

RECORRIDO: ESTADO DO AMAZONAS

Ementa

EMENTA: - Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 111609, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/1992, DJ 19-03-1993 PP-04281 EMENT VOL-01696-02 PP-00346)

RE 32518 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO

Julgamento: 21/06/1966 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

1) AÇÃO CRIMINAL PRIVADA. DEMORA NO SEU ANDAMENTO. 2) A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO, MANIFESTAÇÃO DE SUA SOBERANIA, SÓ PODE GERAR A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANDO EFETUADA COM CULPA, EM DETRIMENTO DOS PRECEITOS LEGAIS REGULADORES DA ESPÉCIE. 3) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(RE 32518, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/1966, DJ 23-11-1966 PP-*****)

RE 70121 / MG - MINAS GERAIS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. DJACI FALCÃO

Julgamento: 13/10/1971 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o Juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 121 do Cod. Proc. Civil) Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do Cod. de Processo Penal). Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação é assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte. "In casu" não se caracteriza negativa de vigência da regra do art. 15 do Código Civil, nem tão pouco ofensa ao princípio do art. 105 da Lei Magna. Aferição de matéria de prova (súmula 279). Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 70121, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DJACI FALCÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/10/1971, DJ 30-03-1973 PP-***** EMENT VOL-00904-01 PP-00165 RTJ VOL-00064-03 PP-00689)

RE 228977 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA

Julgamento: 05/03/2002 Órgão Julgador: Segunda Turma

EMENTA: - Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados 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. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6.º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 228977, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829)

RE 219117 / PR - PARANÁ

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Julgamento: 03/08/1999 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Publicação

DJ 29-10-1999 PP-00020 EMENT VOL-01969-03 PP-00574

Parte(s)

RECORRENTE: ESTADO DO PARANÁ

RECORRIDO: MARIA DE LOURDES DALRI

Ementa

EMENTA: RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido.

RE 216020 / SP - SÃO PAULO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 10/09/2002

DECISÃO: - Vistos. A Segunda Câmara Civil "F" de Férias do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação sob o procedimento ordinário, negou provimento à apelação interposta por Felipe Barbosa Pinto, entendendo que, apesar de demonstrado prejuízo decorrente de erro judiciário, não foram opostos, pelo apelante, embargos de declaração, afastada, dessa forma, a responsabilidade do Estado pela indenização pleiteada. O acórdão restou assim ementado: "Indenização ao prejudicado por erro judiciário na órbita cível - Possibilidade em princípio - Prejuízo demonstrado, que a Instância Superior reconheceu - Hipótese contudo em que os descontos poderiam em princípio ter sido evitados mediante oposição de embargos declaratórios - Não-uso do remédio jurídico processual adequado que, neste caso, afasta a responsabilidade estatal. Ação improcedente." (fl. 147). Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos. Daí os recursos especial e extraordinário interpostos por FELIPE BARBOSA PINTO; no RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se violação aos arts. 5.º, II e 37, § 6.º, da mesma Carta. Sustenta o recorrente, em síntese, o seguinte: a) resta incontroverso o erro judiciário, porquanto foi admitido pelo acórdão recorrido; todavia, sob o fundamento de que para o Estado se responsabilizar pela indenização, se faz necessária a demonstração de que o erro não poderia ser evitado pelo prejudicado, não foi reconhecido seu direito à indenização; b) no caso, não cabiam embargos de declaração, dado que a decisão se apresentava clara, sem omissões, contradições ou obscuridades; ademais, "o magistrado tinha em mãos a inicial do mandado de segurança muito mais ampla que eventual petição de embargos declaratórios e assim mesmo manteve a sua posição na sentença" (fl. 171); c) em sede de contestação, o recorrido sustentou ser devida a interposição de agravo de instrumento, e não a oposição de embargos de declaração, matéria esta não questionada; d) restaram violados os arts. 5.º, II e 37, § 6.º, da Constituição, porquanto não há lei que permita decisão nos termos do acórdão recorrido. Admitidos os recursos, subiram os autos. A Segunda Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso especial. O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, opinou pelo não conhecimento do recurso. Autos conclusos em 30.4.2002. Decido. Destaco do parecer do ilustre Subprocurador-Geral Paulo de Tarso Braz Lucas: "(...) 2. O recurso não merece prosperar. Além dos argumentos contidos no aresto impugnado serem convincentes, quanto ao fato do recorrente igualmente ter concorrido, com a sua inércia, para a concretização dos prejuízos que suportou em função da sentença que aponta como eivada de erro, o certo é que a pretensão por ele deduzida colide frontalmente com a orientação proclamada em inúmeras oportunidades pelo Supremo

Tribunal Federal a respeito, tal como se pode conferir pelo acórdão proferido no RE n.º 219.117-4-PR (Rel. Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29. 10.1999), assim ementado: 'RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido.' 3. No voto, o ilustre Relator do precedente citado deduziu as seguintes razões para o seu convencimento: 'Demonstrou, entretanto, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República (fls. 343/349) ser pacífica a jurisprudência do STF de que o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder judiciário, a não ser nos casos expressamente previstos em lei.' Leia-se a aludida peça: '.... O magistrado na atividade jurisdicional exerce função decorrente da soberania, essa definida como o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências, entretanto, apesar de seu conceito puramente político revelar uma expressão de poder exercido indiscriminadamente, no Estado de Direito baliza-se seu exercício pelas normas jurídicas estabelecidas, as quais delineiam a forma e o exercício desse atributo indissociável do Estado, preservando, deste modo, os direitos fundamentais dos indivíduos. Direitos esses placitados, em regra, na carta constitucional, pedra angular do sistema jurídico pátrio, que erige no ápice do ordenamento jurídico, regras aptas a autodelimitar a atividade soberana do Estado, que desde que o entenda conveniente, pode assumir obrigações externas, como pode fixar regras jurídicas para aplicação interna, sujeitando-se voluntariamente às limitações impostas por essas normas. Assim, não há que se olvidar que a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal, seja uma norma autolimitadora da Soberania do Estado, que, reconhecendo a hipossuficiência do cidadão frente ao aparelho estatal, exija deste, comprovado o evento danoso, apenas o nexo de causalidade, no que demonstrado a concorrência da Administração Pública na consumação de prejuízo que repercute na esfera patrimonial do particular, compromete-se o Estado a indenizá-lo, perseguindo regressivamente o agente público que de alguma forma veio a causar o dano. Entretanto, inferir-se desse dispositivo constitucional a responsabilidade objetiva do Estado por erros judiciais seria contrastar com a própria qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última instância sobre a atributividade das normas, não iguala-se o juiz ao administrador que, ao revés, exerce atos de execução lastreados pela legalidade, o que permite o amplo controle da atividade administrativa e a direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público.' 4. E vale a pena conferir no mesmo sentido o aresto proferido no RE n.º 111.609-9-AM (Rel. Exmo. Sr. Min. Moreira Alves, DJ de 19.03.93), assim ementado: '- Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser

nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido.' 5. Pelo exposto, somos pelo não conhecimento do presente recurso extraordinário. (...)" (fls. 242-244). Correto o parecer. A uma, porque, quanto ao art. 5.º, II, da Constituição, não se pode negar ao judiciário o poder-dever de interpretar a lei, para fazer valer a sua vontade concreta. Se o judiciário, nessa operação, interpreta a lei de forma razoável ou até desarrazoada, a questão continua sendo de legalidade, que se esgota no contencioso infraconstitucional e que, por isso mesmo, não autoriza o recurso extraordinário. A duas, porque a pretensão veiculada no RE é contrária a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RE 219.117-PR, Galvão, "DJ" de 29.10.99; RE 111.609-AM, Moreira Alves, "DJ" de 19.03.93; RE 228.977-SP, Néri da Silveira, "DJ" de 12.04.2002. Nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 10 de setembro de 2002. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator - 5.

(RE 216020, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 10/09/2002, publicado em DJ 08/10/2002 PP-00068)