



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

LUCAS HAYNE DANTAS BARRETO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
JURISDICIONAIS: RELEITURA À LUZ DO DIREITO
FUNDAMENTAL À BOA JURISDIÇÃO**

**Salvador
2012**

LUCAS HAYNE DANTAS BARRETO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
JURISDICIONAIS: RELEITURA À LUZ DO DIREITO
FUNDAMENTAL À BOA JURISDIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Constituição, Estado e Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito

**Salvador
2012**

B273

Barreto, Lucas Hayne Dantas,

Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais: releitura à luz do direito fundamental à boa jurisdição / por Lucas Hayne Dantas Barreto. – 2012.

244 f.

Orientador: Prof. Dr. Edvaldo Pereira de Brito.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

1. Responsabilidade do estado 2. Jurisdição 3. Direitos fundamentais 4. Direito civil I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.088

LUCAS HAYNE DANTAS BARRETO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
JURISDICIONAIS: RELEITURA À LUZ DO DIREITO
FUNDAMENTAL À BOA JURISDIÇÃO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, área de concentração Direito Público, pela seguinte banca examinadora:

Dr. Edvaldo Pereira de Brito
Universidade Federal da Bahia

Salvador, ____ de _____ de 2012

Este trabalho é dedicado a duas Marias, que fazem parte do que hoje sou:

Verbena Maria, que me completa a vida e a torna valiosa, ao brindar-me com a felicidade única de ser amado por quem se ama;

Letícia Maria, que me trouxe um novo significado à vida, provando que existe amor extremamente forte, puro e desinteressado, fazendo-me finalmente compreender o significado do amor de pais.

Uma família sólida é base na qual têm raízes a harmonia e a paz de espírito, essenciais para que um homem possa almejar a plenitude.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho científico do porte de uma dissertação de mestrado jamais poderia ser realizado eremiticamente. O concurso de diversas pessoas, direta ou indiretamente, não raro até de forma espontânea e inconsciente, foi essencial para que o produto de minha pesquisa pudesse agora vir a lume, e ser submetido à apreciação da comunidade acadêmica.

As palavras certamente são insuficientes para expressar toda a gratidão que sinto pelo apoio, incentivo e carinho recebidos ao longo dessa caminhada. Desse modo, este texto não passa de uma singela tentativa de registrar o quão importante foi para mim a participação de todos aqueles que contribuíram de forma relevante para a elaboração deste trabalho.

Ao Professor Doutor Edvaldo Brito, pela honra que me concedeu ao assumir a orientação do presente trabalho. Registro que se trata de agradecimento que excede a mera cortesia acadêmica, uma vez que as profícuas sessões de orientação, ante a elevada erudição do grande mestre, aliadas a seu rigor científico e a sua generosidade em partilhar seus vastos conhecimentos, deixaram uma marca indelével em minha formação e, inexoravelmente, na concepção deste trabalho.

Aos professores com o quais tive a oportunidade de compartilhar rendosos momentos que tanto contribuíram para meu crescimento intelectual, por ocasião da assistência a disciplinas que ministraram, a saber, Professores Doutores Rodolfo Pamplona, Nelson Cerqueira, Marília Muricy, Saulo Casali, Celso Castro e Wilson Alves.

À Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, pela disponibilidade e pela valiosa contribuição no sentido do aperfeiçoamento das questões metodológicas.

Ao Professor Mestre Durval Carneiro Neto e a suas turmas de Direito Administrativo I da Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia no semestre 2011.1, pela grata convivência por ocasião da realização de meu tirocínio docente orientado e pelo carinho com que me acolheram.

À Doutora Olímpia Ribeiro de Santana, Professora Titular de Literatura Portuguesa da Universidade Católica do Salvador, pela gentil revisão vernacular com que me brindou.

À Doutora Juliette Robichez, por ter me concedido a incomensurável honra de ter meu *resumé* revisado por uma legítima francesa, doutora pela Universidade de Sorbonne, bem como pelas precisas sugestões para o seu aperfeiçoamento.

Ao professor Neil Manning, *an english gentleman*, pela pronta disponibilidade em gentilmente revisar meu *abstract*, mesmo sem me conhecer pessoalmente.

Aos amigos da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelo inestimável apoio durante a caminhada, em especial a Luíza, sempre eficiente a auxiliar-nos e aconselhar-nos, com uma boa vontade rara para os dias atuais, e a Jovino, figura ímpar na egrégia Faculdade, pela simpatia e disponibilidade. De riso fácil, sempre estavam lá, ainda que para uma conversa aparentemente desimportante, mas sempre fundamental para aliviar, ao menos em parte, a ansiedade natural decorrente do exigente percurso que tivemos que trilhar.

Aos amigos das bibliotecas utilizadas para a realização desta pesquisa, em especial as da Faculdade de Direito da UFBA, Central da UFBA, da Faculdade Ruy Barbosa e da Universidade Salvador, pelo paciente auxílio para localização das obras e informações desejadas, ainda quando demandadas no final do horário de expediente.

Aos alunos das turmas de Direito Administrativo II e III da Faculdade Ruy Barbosa, por mostrar-me, muitas vezes, pontos de vista que só uma mente ainda jovem e não enviesada por pré-conceitos jurídicos poderia conceber.

Ao amigo Pedro Lacerda, jurista de larga experiência, não só pela confiança em emprestar-me livros de sua estimada biblioteca pessoal, mas também pelas proveitosas trocas de ideias acerca de temas relacionados a esta pesquisa.

Ao amigo Thiago Oliveira, pelo incentivo e por facilitar meu acesso a obras encontradas na biblioteca do Ministério da Justiça, o que me poupou algumas viagens à capital federal.

Ao amigo Bernardo Montalvão, que há mais tempo percorreu o caminho do mestrado em Direito da UFBA, pelas preciosas dicas e sugestões ao longo do curso.

Aos meus pais, Jairo Dantas e Eliana Hayne, e ao meu irmão, Jairo Filho, pelo amor, compreensão, e pela inestimável contribuição em doar-se para ajudar a mim e a minha esposa, em face do nascimento de nossa filha, gestada e nascida ao mesmo tempo em que essa dissertação. Sem ser hiperbólico, posso afirmar que, não fossem vocês, este trabalho não teria sido concluído.

À minha sogra, Maria do Socorro, “tia Mara” – a qual, ao contrário da credence popular, tenho como verdadeira segunda mãe –, pelo entusiasmo com que recebia as boas notícias de meu progresso, muitas vezes maior que o meu próprio, que não me deixou esmorecer ante as dificuldades.

Ao meu sogro, Joeraldo, advogado de intelecto invejável, pela leitura paciente dos originais e pelas valedouras sugestões daí decorrentes.

A Verbena, minha amada esposa e eterna namorada, pelo carinho, paciência e elevada compreensão durante os meus períodos de reclusão para a realização desta pesquisa, ainda mais por ter de buscar forças sobre-humanas para suprir minha não rara ausência nos momentos em que mais era demandada, em virtude da gestação e da maternidade. Tais forças, só o amor genuíno é capaz de conceder. Esse período me fez comprovar na prática o que Erasmo Carlos cantou há mais de 30 anos: “mulher, na escola em que você foi ensinada, jamais tirei um dez. Sou forte, mas não chego aos seus pés”...

E ao fruto de nosso amor, Letícia, que parecia entender a necessidade de minha reclusão e silenciava o choro nos momentos em que mais precisei de concentração, cujo sorriso banguela estampado cada vez que me via foi a origem da energia que tanto precisei para não deixar meu mundo desmoronar.

E, acima de tudo, a Deus, que firma meus passos em Sua palavra, e não deixa que mal algum me domine, por consentir que pessoas tão especiais tenham cruzado meu caminho, e por me permitir manter o equilíbrio e a serenidade necessários para superar todas as dificuldades que se me apresentaram.

“Impossível falar de um sistema integral de justiça aí onde o Estado deixa sem reparação um dano individual injusto”.

Rafael Bielsa

“Il est évident que, malgré tout, la justice maniée par les hommes, est faillible et que l’absence de réparation de l’erreur judiciaire apparaît très souvent comme une iniquité, ressentie par la conscience publique avec d’autant plus de force qu’est plus affermi en elle l’esprit de justice”.

Paul Duez

RESUMO

A presente dissertação trata da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, tomando por base o direito fundamental à boa jurisdição. Seu objetivo é demonstrar que as concepções atuais acerca do tema, excessivamente restritivas, não resistem à supremacia da Constituição, sobretudo em virtude do citado direito fundamental. Defende-se a necessidade de revisão da ideia corrente no sentido da existência de uma regra geral da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, considerando sua incoerência com o atual estágio do Estado democrático de direito, no qual os direitos e garantias fundamentais ocupam lugar central. Para tanto, adotar-se-á o método hipotético-dedutivo, em virtude de ser o mais adequado ao seu cariz dogmático. Dessa forma, inicia-se por analisar os lineamentos básicos da responsabilidade civil no âmbito do direito privado, para defender a necessidade de sua aplicação também ao Estado. Em seguida, aborda-se a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, a fim de compreender os contextos que influenciaram o surgimento das diversas teorias e seus fundamentos, e demonstrar a inadequação das tentativas de aplicar atualmente teorias superadas a setores da atividade estatal. Prossegue-se com a investigação dos elementos da responsabilidade civil, sempre considerando os paradigmas civilistas e seu diálogo com o direito público. Continua-se com a análise da natureza do ato jurisdicional, para defender que, assim como o ato administrativo, trata-se de manifestação do poder estatal, que é uno, razão pela qual ambos compartilham suas essências. Em seguida, aborda-se o surgimento do direito fundamental à boa administração no bojo do ordenamento jurídico europeu, define-o, e prega-se a sua extensão para a atividade jurisdicional do Estado, culminando por propor o reconhecimento, no direito brasileiro, do direito fundamental à boa jurisdição. A partir dele, proceder-se-á à demolição dos óbices comumente opostos à responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, para, enfim, propor a releitura do tema, em bases legítimas e democráticas. Conclui-se por alvitrar que o direito fundamental à boa jurisdição impõe o aprofundamento da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, conferindo parâmetros mais legítimos e seguros para a atuação do Estado-juiz, com o que se contribuirá para o resgate de sua credibilidade e valor perante a sociedade a quem ele deve servir.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Atos jurisdicionais. Teoria do risco. Poder estatal. Direito fundamental à boa jurisdição.

ABSTRACT

This dissertation deals with the liability of the State for judicial acts, based on the fundamental right to good jurisdiction. Its goal is to demonstrate that the current conceptions about the subject, which are too restrictive, do not match with the supremacy of the Constitution, mainly because of that fundamental right. It affirms the need of revising the current ideas towards the existence of a rule of State's irresponsibility for its judicial acts, considering their incoherence to the current stage of the democratic State of law, in which the fundamental rights and guarantees are prominent. In order to do so, it adopts the hypothetical-deductive method, as it is the most suitable for its dogmatic nature. It starts by examining the basic lineaments of liability under private law, to defend the necessity of its application also to the State. It then addresses the historical evolution of the liability of the State, in order to understand the contexts that influenced the emergence of the various theories and its foundations, and to demonstrate the inadequacy of today's attempts to apply theories already overcome in some sectors of State activity. It proceeds with the investigation of the elements of liability, always considering civil paradigms and its dialogue with public law. It continues with analyzing the nature of judicial act to argue that, as administrative acts, it is a manifestation of state power, which is unique, so that they share their essences. It then addresses the emergence of the fundamental right to good administration in European legal order, defines it, and defends its extension to the judicial activity of the state, culminating by proposing the recognition, under Brazilian law, of the fundamental right to good jurisdiction. Therefore, it seeks to demolish the commonly opposed obstacles to State liability for judicial acts, in order to propose a rereading of the subject on legitimate and democratic basis. It concludes its opinion in that the fundamental right to good jurisdiction imposes the deepening of State liability for judicial acts, giving it safer and more legitimate parameters, what should help to rescue its credibility and value before the society to whom it should serve.

Keywords: Liability of the State. Judicial acts. Risk theory. State power. Fundamental right to good jurisdiction.

RESUMÉ

Cette étude a trait à la responsabilité de l'État pour des actes juridictionnels, en se fondant sur le droit fondamental à une bonne juridiction. Son but est de démontrer que les conceptions actuelles concernant le sujet, trop restrictives, ne résistent pas à la suprématie de la Constitution, principalement en raison du droit précité. Nous défendons la thèse selon laquelle il est nécessaire de réviser l'assertion actuelle en vertu de laquelle il existe une règle générale d'irresponsabilité de l'État pour ses actes juridictionnels, compte tenu de son incompatibilité avec l'état d'avancement actuel de l'Etat démocratique de Droit. Pour se faire, la méthode hypothético-déductive, étant la plus appropriée à la nature dogmatique de notre recherche, a été privilégiée. Préliminairement, nous avons examiné les traits fondamentaux de la responsabilité civile selon le droit privé en vue de défendre la nécessité de l'extension de son application à l'État. Ensuite, nous avons abordé l'évolution historique de la responsabilité de l'État, afin de comprendre les contextes qui ont influencé l'émergence des différentes théories et leurs fondements, et de démontrer l'inadéquation des tentatives d'appliquer ladites théories, actuellement surmontées, à quelques secteurs de l'activité étatique. Puis, nous avons étudié les éléments de la responsabilité civile, en tenant toujours compte des paradigmes civilistes et de son dialogue avec le droit public. Une autre partie a été consacrée à l'analyse de la nature de l'acte juridictionnel, pour faire valoir que, comme l'acte administratif, il s'agit d'une manifestation du pouvoir d'Etat, qui est une, ce qui explique pourquoi ils partagent leur essence. Après avoir décrit l'émergence du droit fondamental à la bonne administration au sein de l'ordre juridique européen et définit le concept, nous avons proposé son extension à l'activité juridictionnelle de l'Etat, en particulier en proposant la reconnaissance, dans le droit brésilien, du droit fondamental à la bonne juridiction. A partir de ce droit, se légitime la démolition des obstacles souvent opposés à la responsabilité de l'État pour ses actes juridictionnels, afin de proposer une nouvelle grille de lecture, sur des bases légitimes et démocratiques. En conclusion, nous avons défendu le droit fondamental à la bonne juridiction, ce qui induit un contrôle plus approfondi de la responsabilité de l'État pour ses actes juridictionnels, offrant ainsi à l'État plus de paramètres légitimes et certains pour fonder l'action de l'État-juge, ce qui, finalement, l'aidera à sauvegarder sa crédibilité et sa valeur face à la société qu'il doit servir.

Mots-Clés: Responsabilité civile de l'Etat. Actes juridictionnels. Théorie du risque. Pouvoir de l'État. Droit fondamental à la bonne juridiction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice)
CF/88	Constituição Federal de 1988
CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
Min.	Ministro
REsp.	Recurso especial
RE	Recurso extraordinário
Rel.	Relator
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL	21
2.1	TEORIA DA UNIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	22
2.2	DA CULPA AO RISCO.....	25
3	EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	29
3.1	TEORIAS DA IRRESPONSABILIDADE	30
3.1.1	Exceções às Teorias da Irresponsabilidade.....	33
3.1.2	Críticas às Teorias da Irresponsabilidade.....	34
3.2	TEORIAS CIVILISTAS DA RESPONSABILIDADE	36
3.2.1	Panorama da evolução legislativa pátria.....	39
3.2.2	Superação das Teorias Civilistas	42
3.3	TEORIAS PUBLICISTAS DA RESPONSABILIDADE.....	44
3.3.1	Teoria da culpa do serviço.....	45
3.3.2	Teoria do risco	48
4	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	53
4.1	CONDUTA	57
4.1.1	Atividade de risco	59
4.1.2	Condutas omissivas	60
4.2	NEXO CAUSAL.....	66
4.2.1	Teorias para aferição do nexu causal	67
4.2.2	Excludentes e concausas	73
4.3	DANO	78
5	O ATO JURISDICIONAL NO CONTEXTO DO ESTADO E DO PODER ESTATAL	85
5.1	PODER POLÍTICO E FUNÇÕES ESTATAIS	85
5.2	O ATO JURISDICIONAL E A INDIFERENCIAÇÃO ONTOLÓGICA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS ATOS ESTATAIS	90
6	O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA JURISDIÇÃO.....	97
6.1	ANTECEDENTES DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO	98
6.2	RECONHECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	106

6.3	FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO E À BOA JURISDIÇÃO	111
6.4	REFLEXOS PRÁTICOS	119
6.4.1	Dever de proporcionalidade	121
6.4.2	Dever de motivação	125
6.4.3	Deveres de prevenção e precaução.....	129
7	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA JURISDIÇÃO	135
7.1	SUPERAÇÃO DOS ÓBICES TRADICIONALMENTE OPOSTOS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS ...	138
7.1.1	“Soberania” do Poder Judiciário.....	139
7.1.2	Magistrado não é servidor público	143
7.1.3	“Independência” funcional dos magistrados	145
7.1.4	Falibilidade contingencial do juiz como risco assumido pelas partes.....	152
7.1.5	Necessidade de esgotamento dos recursos disponíveis.....	154
7.1.6	Afronta à coisa julgada	156
7.1.6.1	Natureza jurídica da coisa julgada.....	157
7.1.6.2	Limites da coisa julgada material.....	160
7.1.6.3	Desnecessidade de prévio desfazimento da sentença transitada em julgado	166
7.1.6.4	Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais como afirmação da autoridade da coisa julgada	170
7.2	ATIVIDADE JURISDICIONAL DANOSA	174
7.2.1	Ausência de Prestação Jurisdicional.....	176
7.2.2	Prestação jurisdicional em tempo além do razoável	179
7.2.3	Sentença penal	187
7.2.4	Prisões cautelares e prisão além do tempo previsto	193
7.2.5	Sentença Cível.....	200
7.2.6	Medidas antecipatórias de tutela e cautelares	204
8	CONCLUSÃO	211
	REFERÊNCIAS	222

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é um tema que de há muito vem sendo amadurecido nas sendas do Direito Administrativo. A sua evolução guarda consonância com a própria afirmação do Estado democrático de direito, considerado como a submissão de todos – inclusive do Estado – ao ordenamento jurídico, o que se constitui em conquista que se deve festejar. Pode-se mesmo afirmar que um Estado democrático é um Estado responsável.

Contudo ainda hoje se identificam, de acordo com significativa parte da doutrina e praticamente a generalidade da jurisprudência, ranços de irresponsabilidade – ideia típica dos Estados absolutistas – em determinados setores da atividade pública, sobretudo no que se refere à função jurisdicional. Não são poucos os que ainda se quedam reticentes com a sua submissão ao regime democrático da responsabilidade, em que pese o extraordinário desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil do Estado.

Tal ideia desconhece a elevação da Constituição ao centro normativo e axiológico do sistema jurídico, no contexto do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo. Isso porque é a própria Constituição Federal de 1988 (CF/88) que, expressamente, reconheceu o direito à reparação dos danos sofridos como direito fundamental, previsto genericamente no seu art. 5º, V, e especificado em diversos outros dispositivos, em especial, no que aqui interessa, no art. 37, § 6º, que estatui ser o Estado civilmente responsável pelos danos causados a terceiros por seus agentes¹.

Nesse sentido, é de causar espécie que, diante de tal contexto, ainda haja quem busque subtrair o Estado, ainda que parcialmente, da incidência desse direito fundamental. Não é sem desconforto que se leem livros, artigos e arestos jurisprudenciais afastando o dever estatal de reparar o dano causado a um cidadão, condenando-o a ver-se privado injustamente de seus bens ou agravado em sua personalidade, à luz de concepções que, atualmente, não deveriam situar-se senão no panteão das ideias que, apesar de justificadas em outro contexto, restam superadas pelo desenvolvimento das concepções de sociedade e poder que elevam o ser humano à categoria de fundamento e finalidade de todas as instituições públicas.

A questão ganha ainda maior destaque quando se percebe que um dos setores que se pretende subtrair da efetivação do entelado direito fundamental é o Estado-juiz, manifestação do poder estatal a quem se confia, justamente, a salvaguarda dos direitos do cidadão contra

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

toda forma de violação. Historicamente, é o Judiciário o maior bastião contra toda forma de tirania, sendo a última esperança dos que, aflitos, buscam sedentamente a justiça. Assim, aparenta-se manifestamente contraditório com tal ordem de ideias que justamente ao Poder Judiciário se reconheça um *bill* de indenidade, para que atue sem qualquer responsabilidade, ou com responsabilidade demasiadamente limitada, pelos danos causados aos particulares que a ele confiam a solução de seus litígios.

É aí que reside o problema a ser enfrentado neste trabalho: seria possível conciliar o prevalente tratamento doutrinário e jurisprudencial que exclui, ou, no mínimo, limita fortemente a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, com os hodiernos postulados do neoconstitucionalismo e a conseqüente centralidade dos direitos fundamentais? A hipótese a ser aqui trabalhada é a da impossibilidade dessa convivência, do que decorre a necessidade de revisão da corrente ideação no sentido da existência de uma regra geral da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, considerando sua incoerência com o atual estágio do Estado democrático de direito, no qual os direitos e garantias fundamentais ocupam lugar cimeiro.

Nessa ordem de ideias, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar que a teorização corrente acerca da irresponsabilidade (ou responsabilidade limitada) do Estado por atos jurisdicionais não resiste a uma análise cuidadosa que tome por base a supremacia da Constituição, os postulados do neoconstitucionalismo, bem como o filtro decorrente do direito fundamental à boa jurisdição, identificado a partir da ora proposta evolução do recentemente reconhecido direito fundamental à boa administração. Como decorrência, investigar-se-á aqui a viabilidade de aplicação da teoria geral da responsabilidade civil do Estado, já consolidada no âmbito da atuação administrativa, para a função jurisdicional.

É certo que existem vozes, francamente minoritárias, que se opõem ao pensamento tradicional, as quais defendem uma extensão da responsabilidade civil do Estado de modo que abranja também os danos causados pelos seus atos jurisdicionais. Entretanto tais vozes não encontram ressonância.

Da análise da doutrina produzida, até o momento, sobre o tema, percebe-se que, pelo menos desde a década de noventa do século passado, os autores, num e noutro sentido, salvo raras exceções, não fazem mais do que repisar argumentos já classicamente utilizados, limitando-se a citar uns aos outros, sem inovações dignas de nota. Na ausência de novos argumentos doutrinários, a jurisprudência - resultado prático último do Direito - fica sem o combustível necessário para a sua renovação.

É por isso que este trabalho teve a preocupação de não se acomodar na mera análise do panorama doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria. É certo que, a fim de bem enfrentar o problema, far-se-á necessária a incursão nos lineamentos básicos do instituto da responsabilidade civil e na sua aplicação no âmbito da responsabilidade do Estado, a fim de assentar-se o atual estado do tema. Mas o incômodo com as ideias prevalentes estimula a ida além: pretender-se-á aqui proceder a uma revisão crítica do entendimento dominante, a fim de fundamentar e demonstrar sua manifesta inadequação com os fundamentos do Estado contemporâneo.

É também pretensão deste trabalho contribuir, ainda que modestamente, para a revisão do tema. Não obstante, como seria irracional esperar uma modificação da situação de fato a partir da insistência em argumentos de há muito utilizados, sem sucesso, para inspirar uma virada jurisprudencial, é que aqui se assumiu o risco de trazer novos elementos para estimular a releitura do tema: o direito fundamental à boa jurisdição e seus desdobramentos.

Trata-se da proposição da evolução do direito fundamental à boa administração pública, estendendo-o para a atividade jurisdicional. A viabilidade de tal intento decorre, como se demonstrará, da ausência de distinção ontológica entre atos administrativos e atos jurisdicionais, a ponto de justificar tratamento disforme.

A análise do tema sob tais lentes tem potencial para influenciar na concepção de uma plêiade de direitos e garantias fundamentais que lhe são correlatos, e estimular a sua aplicação prática, de modo a influir decisivamente na consolidação de uma cultura estatal – inclusive judiciária – de respeito a princípios constitucionais. Trata-se de tema de extrema relevância para o Direito Administrativo contemporâneo, ansioso que está para ser conduzido pelo ciclo de transformações pelo qual vem passando, notadamente nas últimas duas décadas, bem como do Direito Constitucional, do qual aquele não pode se olvidar de extrair seus fundamentos.

Nesse caminho, será inevitável o confronto com as ideias de diversas personalidades consagradas no mundo jurídico. Por conseguinte, este trabalho envolverá, em significativas passagens, a crítica ao pensamento dominante, sempre, ressalte-se, de forma fundamentada e respeitosa, como deve ser natural ao debate científico.

Considerando a natureza da pesquisa jurídica e o objeto deste trabalho, queda-se evidente o seu cariz dogmático, razão pela qual este estudo é informado pelas dimensões da Dogmática Jurídica: empírica, normativa e analítica. A dimensão empírica relaciona-se com a cognição do direito posto e válido, contemplando não só a compreensão do direito positivo, mas também a descrição e o prognóstico da práxis jurisprudencial. A dimensão normativa, por sua vez, envolve a elucidação e a crítica à prática jurídica, doutrinária e jurisprudencial, e a

proposição de rumos para a formulação de juízos concretos de dever-ser. A dimensão analítica, por fim, diz respeito à dissecção sistemático-conceitual do direito vigente, abrangendo a análise dos conceitos elementares, as construções jurídicas daí decorrentes e a própria estrutura do sistema jurídico².

A integração entre tais dimensões é essencial para o enfrentamento do problema proposto. De início, não se poderia tratar do tema sem conhecer o direito positivo que o regula, bem como a interpretação que a ele se dá, na prática doutrinária e jurisprudencial, tarefa típica da dimensão empírica. A dimensão normativa se reflete na identificação das insuficiências das atuais concepções acerca do tema, e a proposição de uma refundação à luz de novos parâmetros trazidos pelo ora defendido direito fundamental à boa jurisdição. Sempre se buscará preservar a coerência sistemático-conceitual das propostas apresentadas, no que a dimensão analítica revela o seu valor.

Em face desse enfoque dogmático, será adotado o método hipotético-dedutivo, tal como defendido por Popper, assim entendido como aquele que, a partir da constatação de uma lacuna numa área do conhecimento, parte da formulação de hipóteses, as quais serão testadas quanto à sua aptidão para solucionar o problema definido³. O ponto de partida é um problema, ou seja, uma observação de algo que “não está, propriamente, em ordem com nosso conhecimento, com nossas expectativas, com nossas teorias⁴”.

Para o tratamento do problema identificado, cabe ao cientista experimentar possíveis soluções, as quais são, então, testadas e criticadas. Caso resista à crítica, a hipótese é confirmada, ou seja, é aceita provisoriamente, enquanto não for refutada por novas críticas. Desse modo, o conhecimento humano nada mais é do que um conjunto de soluções propostas para problemas que ainda desafiam as mais severas críticas, as quais serão tidas como verdade enquanto não forem superadas por novas propostas que demonstrem as suas inconsistências lógicas e se revelem mais idôneas para enfrentar os mesmos problemas⁵. Tal método consiste, pois, “na escolha dos problemas interessantes e na crítica de nossas permanentes tentativas experimentais e provisórias para solucioná-los⁶”.

Trata-se de método adequado e coerente com a perspectiva dogmática ora adotada. Observe-se que este trabalho visará a crítica racional e fundamentada da teoria tradicional

² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 33-35.

³ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4ª ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 1992. p. 106.

⁴ POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 15.

⁵ *Ibid.*, p. 16-17.

⁶ *Ibid.*, p. 26.

acerca da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, mediante a demonstração das suas inconsistências lógicas à luz do sistema jurídico. Em seguida, propor-se-á uma nova abordagem acerca do tema, que se pretende mais coerente para a explicação e superação do problema identificado. Mas essa solução a ser proposta não se arvora – e nem poderia – em última palavra sobre o problema, mas deve ser tida também como uma teoria a ser submetida à severa crítica da comunidade científica. Deve ela, com as críticas que formulará e conclusões a que chegará, ser tida como mais uma contribuição, ainda que singela, para o reacendimento dos debates, urgentes e necessários, para a evolução do tema no sentido de sua efetivação na cultura jurídica nacional em moldes consentâneos com o vigente panorama constitucional. É exatamente o saudável debate de ideias que produz a evolução do conhecimento.

Para o enfrentamento do problema posto, este estudo se constitui desta introdução, considerada como primeiro capítulo, mais sete partes.

No capítulo 2, serão expostos os lineamentos básicos da responsabilidade civil, cujo objetivo basilar é demonstrar que sua teoria geral é fundamental para a compreensão da responsabilidade civil do Estado, de maneira a refutar concepções que defendem o caráter juspublicista autóctone do tema. Defender-se-á que é o Direito Civil que concede bases seguras para a estruturação de um sistema coerente de responsabilidade, pelo que sua compreensão é imprescindível para o desenvolvimento do tema na seara estatal.

No capítulo 3, será tratada a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado, iniciando-se pelo antigo direito romano até a atualidade, cuja relevância consiste em fixar o contexto histórico em que surgiram e se desenvolveram as diversas teorias acerca do assunto, bem como as razões de sua superação. Tal exposição reputa-se importante, pois servirá como base para a refutação das ideias de irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, pois se demonstrará que seus fundamentos deitam raízes em contextos históricos diversos, o que faz com que tais culminem por manter vivas concepções pouco saudosas de Estado.

No capítulo 4, far-se-á a abordagem da responsabilidade civil do Estado a partir de seus elementos constituintes. Tal estudo é relevante, pois se partirá das vigentes concepções acerca da responsabilidade do Estado por atos administrativos, seara no qual o tema é bem mais desenvolvido, para estendê-las para os atos jurisdicionais, a fim de conferir uma roupagem mais democrática ao tema.

No capítulo 5, abordar-se-á a natureza do ato jurisdicional, no contexto do poder estatal. Será o local em que se demonstrará que o ato administrativo e o ato jurisdicional não

se distinguem ontologicamente, razão pela qual não se justifica a diversidade de regimes de responsabilidade. Nesse compasso, alicerça-se o caminho para a aplicação ao ato jurisdicional do mesmo regime de responsabilização do Estado por atos administrativos, tratado no capítulo anterior.

No capítulo 6, será construída a proposição de identificação do direito fundamental à boa jurisdição, estabelecendo-se uma relação com o direito fundamental à boa administração, já reconhecido expressamente no bojo do direito comunitário europeu e que começa a ser defendido em solo pátrio. Sustentar-se-á que a viabilidade da extensão do citado direito fundamental da administração à jurisdição decorre logicamente do compartilhamento de essências entre os atos administrativos e jurisdicionais, demonstrado no capítulo antecedente.

No capítulo 7, enfrentar-se-á especificamente o problema da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, a partir dos efeitos do reconhecimento do direito fundamental à boa jurisdição. Sob a inspiração de tal direito fundamental, buscar-se-á superar, mediante análise crítica, os argumentos tradicionalmente opostos à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, demonstrando-se que nenhum deles resiste a uma análise centrada nos valores constitucionais hodiernos. Em seguida, será proposta uma releitura do instituto, de modo a confirmar a hipótese da necessidade de tratamento uniforme da responsabilidade civil do Estado por atos administrativos e jurisdicionais, a fim de conferir maior legitimidade à atuação jurisdicional e, conseqüentemente, contribuir para o aumento de sua performance e para a recuperação do prestígio que o Poder Judiciário merece gozar perante a sociedade em virtude da dignidade de suas funções.

O capítulo 8, por fim, trará a conclusão, onde se sistematizarão e consolidarão as principais contribuições deste trabalho para o necessário debate científico acerca da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo *responsabilidade* presta-se a diversas acepções. Fala-se em responsabilidade penal, por exemplo, como aquela que pressupõe um indivíduo livre para agir, que falta com o dever formulado por uma regra de caráter superior. Trata-se de responsabilidade intimamente relacionada à ideia de culpa, de modo que a sanção deve, por princípio, ser proporcional ao elemento subjetivo da conduta.

Neste trabalho, contudo, a noção central é a de responsabilidade *civil*, entendida como aquela caracterizada por aspectos patrimoniais. Conceber a responsabilidade civil, pois, pressupõe reconhecer um equilíbrio econômico entre dois patrimônios a ser restabelecido¹.

Apesar de o objeto do trabalho referir-se à responsabilidade civil do *Estado*² – a qual, como tal, sofre o inexorável influxo de normas derivadas do regime jurídico de direito público, que lhe é peculiar – não se pode perder de vista que, antes de tudo, a responsabilidade do Estado, aqui versada, é *civil*. Por tal razão, não se tem por prescindível uma fundamentação no âmbito do direito privado, no bojo do qual, há muito tempo – muito mais do que o tem de disciplina autônoma o próprio Direito Administrativo – se desenha a teoria geral de tal responsabilidade. Por maiores que sejam as pretensões de autonomia, o Direito Administrativo ver-se-ia privado de importantes instrumentais, derivados de princípios fundamentais que norteiam o instituto, secularmente maturados, caso pretenda tomar a responsabilidade civil do Estado, nas palavras de Cahali, por “filho ingênito do direito público³”.

Consequentemente, não se sustenta a afirmação de Juary Silva, para quem a responsabilidade civil “não desempenha no Direito Público o mesmo papel que no Direito Privado, havendo por assim dizer não apenas uma dessincronização entre os institutos privado e público de responsabilização, como também uma incoincidência ontológica entre um e outro⁴”. Pelos mesmos motivos, tampouco se pode aderir à colocação de Bahia, para quem

¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 24.

² Para efeitos deste trabalho, a expressão *responsabilidade civil do Estado* abrange todas as pessoas jurídicas de direito público interno. Ainda que não se olvide das profundas discussões acerca do conceito de Estado no bojo da Ciência Política, acata-se a consagração pelo uso jurídico, a fim de evitar pouco profícuas discussões meramente terminológicas.

³ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

⁴ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 40.

“quando a responsabilidade civil passa a ser exigida do Estado, o Direito Privado (Civil) perde sua força, substituído por disposições de Direito Público (Administrativo)⁵”.

A responsabilidade civil não é matéria própria do Direito Público, que forçosamente deve recorrer a categorias plasmadas pela jusprivatística ou mesmo pela Teoria Geral do Direito, dado que a consagração constitucional do tema visa apenas reafirmá-la como princípio⁶ e conferir-lhe estabilidade e segurança. Ademais, o fato de um dos sujeitos envolvidos na responsabilidade ser o Estado não é suficiente para retirar a força do Direito Civil. Ao revés, é o Direito Civil que empresta sua energia para estimular e desenvolver a responsabilidade do Estado, sobre o que se refletirá à luz das características inerentes ao regime jurídico de direito público. Nesse sentido é a lição de Hauriou, que reputa necessário, para postular uma indenização perante o Estado, invocar princípios de direito privado, mas cuja aplicação seja *revisada* pelo direito administrativo⁷.

A respeito dessa controvérsia, interessante é a fina ironia de Cirne Lima, para quem “a intransigência em manter rigorosamente a velha distinção romana [público x privado] vem gerando, na literatura do Direito Administrativo, a multiplicação de ‘novidades’ que só o esquecimento completo dos dogmas privatísticos autorizaria fossem consideradas tais⁸”. Não há estudos de contratos administrativos que possam dispensar a teoria geral dos contratos; não há teorização sobre atos administrativos que possa passar ao largo da teoria dos atos jurídicos. Da mesma forma, a noção basilar de responsabilidade civil é unitária, sendo hoje, inclusive, mais relevante na apreciação a posição da pessoa que *sofreu* o dano do que a do sujeito que o *provocou*.

2.1 TEORIA DA UNIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Deve ser observado que, neste trabalho, conscientemente, não se adotou a costumeira referência a responsabilidade *extracontratual* do Estado, em contraposição a uma dita responsabilidade *contratual*. Com isso, adota-se a *teoria da unidade de responsabilidade*

⁵ BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 6.

⁶ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

⁷ HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12^{ème}. ed. Édition revue et mise à jour par André Hauriou. Réédition présenté par Pierre Delvolvé et Franck Moderne. Paris: Dalloz, 1933. p. 506-507.

⁸ LIMA, Rui Cirne. Direito Administrativo e Direito Privado. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, ano 6, nº 26, p. 19-33, out./dez. 1951. p. 19.

civil, também acolhida pelo Código Civil de 2002 (CC/02): a expressão *responsabilidade civil* é apta a abranger tanto a reparação decorrente do ato ilícito *lato sensu* como a decorrente de dano causado pelo inadimplemento de uma obrigação cuja fonte mediata é o contrato.

O vigente estatuto civil incluiu expressamente, entre as modalidades de obrigação, a *obrigação de indenizar*, *ex vi* do capítulo I do Título IX do Livro I da sua Parte Especial, além de referências expressas nos arts. 247 e 881⁹. E, como modalidade de obrigação, gera efeitos como qualquer outra, sendo abrangida por princípios relativos a cumprimento, perdas e danos e juros legais, além daqueles que informam pagamento, mora, correção monetária, cláusula penal, arras, dentre outros.

Tal circunstância permite diferenciar os efeitos do inadimplemento de uma obrigação qualquer, de um lado, dos efeitos decorrentes da prática de atos danosos, do outro. O inadimplemento de uma obrigação *pode gerar* – mas não necessariamente – além dos seus normais consectários, um dano, que será o pressuposto da *obrigação de indenizar*. Logo, é possível haver inadimplemento que não traga por consequência uma obrigação de indenizar. Do mesmo modo, a obrigação de indenizar pode ter outras fontes mediatas, sem qualquer relação com o fenômeno do inadimplemento, a saber: i) o ato ilícito (quer em sentido estrito, quer por extensão legal, “como o é o excesso manifesto no exercício de um direito subjetivo, ou uma prática de ato jurídico qualquer que viole direito de outrem e lhe cause dano¹⁰”); ii) o dever contratual de responder por um risco (a exemplo do contrato de seguro); e iii) ou do dever legal de responder sem culpa (de que são exemplos os incisos do art. 932 do CC/02¹¹).

Como bem expressou Edvaldo Brito, em notas de atualização à obra de Orlando Gomes, se o sujeito passivo da obrigação de indenizar (o causador do dano) não cumpre a correspondente prestação, cujo objeto é a própria indenização, é óbvio que inadimpliu e, dessa maneira, além de devedor da prestação de indenização, subordina-se, também, às regras aplicáveis a quem descumpre qualquer prestação. Dessa forma, opera-se, “de verdade, uma retroalimentação entre os efeitos do inadimplemento e o da obrigação de indenizar¹²”.

Em resumo, a violação de um dever jurídico pode, por si só, não causar dano, caso em que só terá lugar o inadimplemento; ou pode também causar dano, caso em que, além do inadimplemento, gerará também a obrigação de indenizar. Esta será aí obrigação nova,

⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 50.

¹¹ BRASIL, op. cit.

¹² BRITO, Edvaldo. Revisão do Atualizador. In: GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 12.

independentemente do consentimento do devedor, e pela qual ele se obriga, queira ou não, a reparar todo o prejuízo que causou ao credor em razão da inexecução da obrigação principal¹³.

O próprio CC/02 separou os efeitos do inadimplemento das obrigações em geral, disciplinando-os nos arts. 389 a 420¹⁴, dos efeitos da responsabilidade civil existentes “no contexto de uma obrigação, a de *indenizar*, cuja fonte *mediata* é específica, qual seja, o fato da violação de um direito, causadora de prejuízo, bem assim, caracterizada por uma *prestação* especial, a de *indenização*¹⁵”, prevista nos arts. 927 a 954¹⁶.

Por isso se pode defender que a responsabilidade contratual e a extracontratual são mecanismos de mesma natureza, pelo que devem ser estudadas em plano único, diferenciando-se, no seu regime, apenas questões fundadas sobre a originalidade do fato gerador em matéria contratual¹⁷ ou fora dela. São, pois, aspectos acessórios, que não afetam os princípios essenciais do tema¹⁸. A expressão responsabilidade civil, nesse contexto, passou a ter um único conteúdo semântico técnico, qual seja, o de dever de reparar dano¹⁹, o que torna despicienda a distinção.

Nesse diapasão, a teoria da responsabilidade civil, no que se refere às atividades estatais, também deve ser compreendida de maneira uniforme, independentemente de tratar-se de danos causados no bojo de um contrato administrativo ou fora dele. A própria lei geral de licitações e contratos administrativos disciplina expressamente, no mesmo sentido, a obrigação de indenizar atribuível ao Estado, independentemente da disciplina dos efeitos gerados pelo simples inadimplemento contratual estatal²⁰.

Portanto é que a teoria ora sustentada tem plena aplicação no âmbito da atividade administrativa, cabendo a abordagem uniforme da responsabilidade civil do Estado, apta a

¹³ SAVAUX, Eric. O fim da responsabilidade contratual? Traduzido por J. Dantas de Oliveira. **Justitia**. São Paulo, ano 63, n. 194, p. 130-152, abr./jun. 2001. p. 133.

¹⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹⁵ BRITO, Edvaldo. Introdução. In: GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 1-5. p. 1.

¹⁶ BRASIL, op. cit.

¹⁷ SAVAUX, op. cit., p. 134.

¹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 146.

¹⁹ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 50.

²⁰ Por exemplo, em seus arts. 49, § 1º; 59, parágrafo único; e 65, § 4º, há a disciplina da obrigação de indenizar independentemente de inadimplemento, ainda que a ela, por vezes, também se refira, de maneira atécnica e assistemática, por “dever de indenizar” ou “pagamento obrigatório de indenizações”, enquanto os arts. 40, XIV, “c” e “d”, e 78, XIII a XVI disciplinam efeitos para o inadimplementos contratual, sem previsão de indenização. (BRASIL. **Lei n. 8.666, de 11 de setembro de 1990**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 maio 2012).

abranger as outrora chamadas “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extracontratual” do Estado.

2.2 DA CULPA AO RISCO

A ideologia liberal e individualista, que permeou a era moderna e inspirou as codificações oitocentistas, impôs a elaboração de um sistema de responsabilidade fundado no mau uso da liberdade individual, de modo a justificar a concessão de um amplo espaço à atuação do particular. Esse mau uso ilegítimo da liberdade individual é que veio a ser identificado com a ideia de culpa²¹. No âmbito do Direito Civil, era vetusto paradigma que não havia responsabilidade sem culpa provada.

Nesse diapasão, a vítima, para obter a correspondente reparação por um dano sofrido, deveria demonstrar – já que tradicionalmente o ônus da prova pertence a quem alega o fato – que sofrera um dano, que o autor do fato cometera um ilícito (conduta culposa) e que o dano decorria desse delito (nexo causal)²². Sem tal demonstração, era-lhe recusada qualquer indenização²³.

De se notar, contudo, que a ideia de culpa, outrora elemento central da responsabilidade civil, veio-se desbotando com o tempo, perdendo a majestade de que desfrutava. Em diversos cenários, a responsabilidade lastreada na culpa demonstrou-se manifestamente insuficiente para atender às novas configurações sociais.

A revolução industrial foi a grande promotora dessa transposição, uma vez que, por ocasião dela, os acidentes de trabalho passaram a se multiplicar, em decorrência da introdução de processos mecânicos na técnica de produção²⁴. A exigência de prova da culpa em acidentes dessa natureza tornava-se odiosa, ante o desconhecimento da vítima sobre o maquinismo empregado, da sua vulnerabilidade no momento do acidente e de outros fatores. Disso decorreu a qualificação da prova dessa culpa como uma *probatio diabólica*²⁵ – que, na prática, inviabilizava a reparação do dano, relegando o operário ao desamparo. Tal contexto

²¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12-13.

²² Tais pressupostos, bem como sua eventual pertinência quando o causador do dano é o Estado, serão abordados *infra*, seção 4.

²³ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 38, vol. 86, fasc. 454, p. 548-559, abr. 1941. p. 551.

²⁴ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 85.

²⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 17.

obrigava-o – ele que era a parte mais frágil da relação – a assumir o dano criado em virtude de uma atividade cuja rentabilidade era toda do patrão, num “flagrante desequilíbrio entre os ‘criadores de risco’ poderosos e as suas vítimas²⁶”.

O desenvolvimento tecnológico gerou também a criação de novos meios de transporte, “engenhos maravilhosos e rápidos, mas suscetíveis de causar catástrofes medonhas²⁷”, a exemplo de automóveis, trens, aviões, cada vez mais possantes, com o que os acidentes de locomoção se tornaram também mais frequentes. E também nessa seara, impor ao lesado o ônus da prova significava, muitas vezes, relegá-lo à irreparabilidade, pois, não raro, sequer a causa do acidente era conhecida. E mesmo quando conhecida, era tarefa hercúlea a prova de culpa de quem quer que fosse o responsável por aquela atividade.

Tais consequências eram sentidas como vulneradoras do mais básico sentimento de justiça. Daí a necessidade de se “adaptar as regras do direito à sociedade moderna, filha da ciência e mãe da riqueza econômica²⁸”. Os perigos advindos dos novos inventos e as dificuldades probatórias que deixavam à míngua as vítimas dos danos por eles causados “forçaram as portas, consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de materializar a responsabilidade²⁹”.

Doutrina, jurisprudência e legislação responderam a esses reclamos de diversas maneiras, desde a admissão facilitada da existência de culpa, até a sua presunção, invertendo-se o ônus da prova em desfavor do causador do dano. Por meio da atuação jurisprudencial, tais presunções foram sendo tidas, cada vez mais, como absolutas, de modo que, na prática, as decisões equivaliam à dispensa da culpa para fins de responsabilização³⁰.

Outra via foi a do elastecimento do conceito de responsabilidade que à época se chamava contratual, a fim de configurar a violação a um dever específico e facilitar a reparação. Enfim, teve lugar a substituição da noção de culpa pela de risco, dando início ao que se convencionou chamar de responsabilidade objetiva³¹.

²⁶ LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**. 2ª ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 116.

²⁷ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 38, vol. 86, fasc. 454, p. 548-559, abr. 1941. p. 549.

²⁸ *Ibid.*, p. 551.

²⁹ LIMA, op. cit., p. 16.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31.

³¹ JOSSERAND, op. cit., p. 551.

Saleilles afirmou que se trata de uma responsabilidade legal, justificada pelos perigos da exploração, que deve beneficiar todas as vítimas de acidente independentemente de suas relações com a companhia, a qual deve suportar “*la charge du risque professionnel*”³².

Entretanto nem mesmo o próprio Jossierand, um dos precursores na matéria, pretendeu extinguir o conceito culpa como fundamento da responsabilidade. Antes, propugnou o autor pelo reconhecimento da insuficiência da noção, reconhecendo que o risco vem sanar as lacunas em que a velha responsabilidade civil manifestava-se inadequada. Para ele, “a responsabilidade moderna comporta dois polos, o polo objetivo, onde reina o risco criado e o polo subjetivo onde triunfa a culpa; é em torno desses dois polos que gira a vasta teoria da responsabilidade”³³.

De início, a responsabilidade objetiva somente era aceita em situações específicas, expressamente previstas em leis. No Brasil, por exemplo, o Código Civil de 1916 (CC/16)³⁴ trazia, em seu art. 159, “o princípio fundamental da culpa, sem embargo de algumas disposições isoladas abrigarem a doutrina do risco”³⁵. Ademais, leis especiais consagraram expressamente a responsabilidade objetiva, costumando-se apontar o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, como primeira manifestação legislativa específica sobre a matéria³⁶. Outros diplomas legais específicos abraçaram a responsabilidade objetiva, que conviviam com o princípio subjetivo, a exemplo do Código Brasileiro de Aeronáutica³⁷ e do Código de Defesa do Consumidor (CDC)³⁸.

³² SALEILLES, Raymond. *Étude sur la theorie generale de l’obligation d’après le premier projet de Code Civil pour l’Empire Allemand*. 2^{ème} ed. Paris: F. Pichon; Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1901. p. 440-441.

³³ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, vol. 86, fasc. 454, p. 548-559, abr. 1941. p. 559.

³⁴ BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9^a ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 32.

³⁶ Segundo o art. 26 do citado diploma, “as estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais”, somente podendo se furtar à tal responsabilidade se provada a culpa exclusiva da vítima, *in verbis*, “cessará porém, a responsabilidade si o fato danoso for consequência direta da infração, por parte do proprietário, de alguma disposição legal ou regulamentar relativa a edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro” – não admitindo, pois, a ausência de culpa como impedimento à responsabilização (BRASIL. **Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912**. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 02 jun. 2012).

³⁷ BRASIL. **Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

³⁸ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

Tal evolução culminou na consolidação da possibilidade de responsabilidade sem qualquer culpa, como cláusula geral admitida no art. 927, parágrafo único, do CC/02, que reza: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem³⁹”. Dessa forma, responsabilidade pode haver sem que a conduta causadora do dano seja, em si, ilícita, desde que afete um interesse juridicamente protegido⁴⁰.

Outro passo importante na evolução da responsabilidade civil reside na ideia de socialização dos riscos, através de mecanismos de seguro que os distribuem entre os segurados. “Hoje, o número e a medida dos danos, que não podem ser reconduzidos ao fato voluntário de uma pessoa, aumentaram consideravelmente e assim tiveram de encontrar substancial compensação [...] no sistema de seguros, no qual se transfere ao segurador o peso da indenização⁴¹”. Expressão mais evoluída desse fenômeno ocorre quando o seguro fica a cargo da seguridade social, no qual a vinculação dos segurados é obrigatória.

Resumidas, pois, as grandes linhas da evolução da responsabilidade civil, é hora de abordar, especificamente, a responsabilidade civil do Estado, a fim de melhor aclarar os fundamentos das questões a serem posteriormente enfrentadas.

³⁹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁴⁰ V. seção 4.1, *infra*.

⁴¹ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 83.

3 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A consagração da responsabilidade civil do Estado é conquista recente, se comparada com a história da responsabilidade civil no direito privado. Avulta-se a importância da compreensão histórica sobretudo quando se nota que essa evolução não se deu na forma de superação de fases, como é comum em outros institutos jurídicos. A aceitação de uma teoria não significou o abandono ou o esquecimento de outra¹; na verdade, hoje ainda se mesclam, na doutrina e jurisprudência, teorias gestadas nas mais diversas fases, muitas das quais são inadequadas para enfrentar os problemas da contemporaneidade.

Houve, é verdade, um extraordinário desenvolvimento, ventilado pelas hodiernas concepções acerca da centralidade dos direitos fundamentais, o qual, contudo, somente se deu de forma limitada. Em que pese o vigente art. 37, § 6º, da CF/88 contemplar, genericamente, “as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos²”, tem prevalecido o entendimento de que sua aplicação limita-se quase que exclusivamente à função administrativa (ainda que por terceiro, não integrante da estrutura estatal), deixando de lado sua aplicação às funções legislativas e jurisdicionais.

A responsabilidade decorrente do exercício de tais funções estatais tem-se quedado petrificada em eras priscas. Nessa toada, um esboço histórico do tema é essencial para a adequada compreensão do seu contexto atual, a fim de aclarar a conformação hodierna da responsabilidade do Estado e, à luz da origem de suas inconsistências, permitir mais seguros passos em direção ao aperfeiçoamento do instituto.

Paul Duez³ propôs, em escrito clássico, a tripartição das fases históricas que é exaustivamente adotada pelos contemporâneos: a fase da irresponsabilidade do Estado; a fase da responsabilidade do Estado com fundamentos civilistas; e a fase da responsabilidade do Estado com base em um plano próprio ao direito público. Tratando-se de abordagem já consagrada, também aqui a mesma será adotada⁴.

¹ BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 12.

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

³ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 13-14.

⁴ Deve ser registrado que tal periodização não é unânime. Carlos Veloso, por exemplo, prefere a divisão em quatro fases, subdividindo a aqui chamada fase das teorias publicistas em duas: a da publicização da culpa e a da

3.1 TEORIAS DA IRRESPONSABILIDADE

A tese segundo a qual o Estado não poderia ser demandado a responder pelos danos causados por suas atividades foi uma constante na história pelo menos desde a Roma Antiga. Amaro Cavalcanti reconhece a existência de algumas disposições especiais do direito romano, pelas quais se poderia buscar reparação por danos causados por excessos ou abusos de magistrados e outros funcionários públicos junto a eles próprios. Inexistia, porém, uma disposição que impusesse ao Estado o dever de reparar os danos causados por seus funcionários, seja solidária, seja subsidiariamente⁵.

É verdade que ali se encontrava o que poderiam ser fundamentos remotos da responsabilização do Estado pelos atos de seus funcionários no exercício de suas funções, a exemplo da previsão de que os atos dos representantes de César reputavam-se atos do próprio César⁶. Havia ainda numerosos textos nos quais se admitia a obrigação de responder por fatos de outrem, a exemplo da disciplina das relações de mandato, as *exercitorias*, *institorias*, *quase institorias*, dentre outras, que poderiam servir, por analogia, de fundamento à responsabilidade do Estado em casos semelhantes⁷.

Todavia os romanos não chegaram a afirmar que o Estado seria responsável pelos seus atos. Isto porque, em Roma, não se poderia obrigá-lo a comparecer em juízo, uma vez que aquele ordenamento não reconhecia uma função jurisdicional apartada da executiva. Por consequência, nas clássicas palavras de Ruy Barbosa, “se a administração, cuja é a culpa do damno, se amalgama, nas mesmas mãos, com a lei, que tem de reger-a, e a justiça, que há de julgar-a, impossível é a responsabilidade do estado⁸”. A referida concepção é lastreada na clássica disposição *quod principi placuit, legis habet vigorem* – o que parece bom ao príncipe tem força de lei, pois nele se concentra toda a força e a autoridade⁹. Como os atos dos seus

responsabilidade objetiva. Não se trata propriamente de uma inovação, mas apenas de uma opção didática (v. VELOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 24, nº 96, out./dez, p. 233-252, 1987. p. 234).

⁵ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 118.

⁶ ROMA. Digesta. Recognovit Theodorus Mommsen. In: _____. **Corpus Juris Civilis**. Volumen Primum. Editio Stereotypa Quinta. [Berlin]: Berolini Apud Weidmannos, 1889. p. 17.

⁷ CAVALCANTI, op. cit., p. 118-119.

⁸ BARBOSA, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas**: acção de perdas e danos de Antonio Martins Marinhas contra a Fazenda Municipal: razões finais. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889. p. 39.

⁹ SANDARS, Thomas Collett. **The Institutes of Justinian with English introduction, translation, and notes**. London: John W. Parker and Son, 1853. p. 91.

funcionários a ele se imputavam, todos os atos do Estado eram sempre legítimos, feitos na suposição do bem comum, inclusive no daquele que pareceu ser lesado pelo ato¹⁰.

A concepção de irresponsabilidade estatal atravessou toda a Idade Média, na qual tomou corpo o conceito de *universitas*, entendido como entidade solidária com os indivíduos componentes de sua existência comum¹¹. As noções de direitos individuais foram substituídas pelas ideias feudais de suserania e vassalagem, contexto no qual se tornava impossível a existência de obrigação jurídica do suserano – que dispunha de amplos poderes sobre o indivíduo – para com seus súditos. Os membros eram concebidos, pois, como porções integrantes e inseparáveis da coletividade, o que ensejou, é verdade, a responsabilidade dessa por danos causados a quem lhe fosse estranho. Contudo não se falava ainda de responsabilidade da pessoa coletiva por danos causados a seus próprios membros¹².

A conclusão era lógica: quando a coletividade causava dano a um cidadão, não se poderia distinguir, realmente, entre o agressor e a vítima: pois aquele seria apenas uma expressão da vontade coletiva, do interesse de todos – inclusive do próprio lesado. Em consequência, alguém reclamar contra a coletividade seria como reclamar contra si mesmo.

Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que a noção de que os atos dos membros de uma coletividade são imputados à própria coletividade foi o germe de uma transição que se avizinhava¹³. A partir do século XIV, alguns documentos defenderam a responsabilidade pelos atos do soberano¹⁴ (que se confundia com o próprio Estado) ou de outros órgãos semelhantes, condicionada a certas circunstâncias.

Chegando-se à era dos Estados absolutistas, nota-se uma maior preocupação com o tema. Tanto é que foi nesse momento que floresceram os debates e as sistematizações, já que o papel do Estado, durante muito tempo relegado a um plano secundário, retomou, então, seu vigor. O Estado, por meio do soberano, era o titular de uma autoridade incontestável – de origem divina, até – para exercer a tutela do direito. Dessa forma, entendia-se que jamais poderia o Estado agir contra o direito, pois qualquer responsabilidade que lhe fosse atribuída significaria colocá-lo no mesmo patamar do súdito, em desrespeito à sua soberania. Com isso,

¹⁰ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 304.

¹¹ BARBOSA, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas**: acção de perdas e danos de Antonio Martins Marinhas contra a Fazenda Municipal: razões finais. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889. p. 41.

¹² CAVALCANTI, op. cit., p. 304-305.

¹³ BARBOSA, loc. cit.

¹⁴ Para um rol dos principais, v. CAVALCANTI, op. cit., p. 306-307.

retomou-se a antiga ideia romana, pelo que restavam justificados os conhecidos adágios *the King can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*¹⁵.

Ainda na segunda metade do século XVIII, ressoavam vozes na defesa da teoria da irresponsabilidade, trazendo fundamentos renovados para sustentá-la. Uma sorte desses argumentos, utilizados, exemplificativamente, por Saleilles, Windscheid e Michoud, fundamentava-se em antigas teorias acerca da pessoa jurídica. Sendo o Estado uma ficção legal, entendia-se que ele era incapaz de ter vontade própria. Desse modo, não poderia ser chamado a responder por atos lesivos a terceiros, já que a existência efetiva de vontade seria condição essencial à imputabilidade do ato. Ademais, como pessoa jurídica, seria o Estado um mero conjunto de direitos e obrigações, exercidos por seus representantes legais, no qual não se inclui o de cometer atos ilícitos. Caso algum o cometesse, responderia pessoalmente por eles, excluindo, pois, a responsabilidade do Estado¹⁶.

Ainda para os autores, como Saredo, que já àquela época adotavam a conhecida teoria do órgão – entendendo que o funcionário não era nem representante, nem mandatário, mas o próprio Estado em ação – tal ideiação tinha lugar. O ato do funcionário seria, destarte, ato do Estado, mas tal teoria só se aplicaria enquanto o seu agente operasse dentro da lei. Ao cometer abusos, o funcionário não comprometeria o Estado; por outro lado, enquanto agisse dentro da lei, não se poderia responsabilizar o Estado pela prática de atos que seus agentes estavam obrigados a praticar¹⁷.

Por fim, chegou-se a defender que a responsabilidade do Estado seria um princípio danoso, pois prejudicaria a ação estatal e espreiaria o medo, hesitação e inércia entre os funcionários, impedindo-os de bem exercer as suas atribuições, e paralisaria a atividade estatal. Adicionalmente, argumentava-se que atribuir responsabilidade à pessoa pública acarretaria um enorme encargo ao tesouro público, e não seria justo exigir impostos de todos os membros da coletividade para aplicar o seu produto na satisfação de prejuízos particulares de apenas alguns deles¹⁸.

¹⁵ Para um maior aprofundamento no significado atribuído a esses adágios, v. MARIGNIÉ, M. **The king can do no wrong – le roi ne peut jamais avoir tort – le roi ne peut mal faire**. Paris: Le Normant, 1818.

¹⁶ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 117.

¹⁷ *Ibid.*, p. 116.

¹⁸ *Ibid.*, p. 212-213.

3.1.1 Exceções às Teorias da Irresponsabilidade

Deve ser registrado que não era incomum a adoção de limites, ainda que restritos, à irresponsabilidade do Estado. Nesse sentido, admitia-se a responsabilidade em caso de existência de previsão legal expressa, ou quando a culpa resultasse de fundamentos especiais, a exemplo do compromisso contratual de indenizar ou da natureza particular de determinado negócio; em casos de danos ocasionados em atividades privadas do Estado ou por atos praticados no interesse de uma propriedade do Estado; ou quando se tratasse de funções relativas à missão acessória (atividades-meio) do Estado, e não à sua função natural (atividades-fim)¹⁹.

Tomando por exemplo o ordenamento francês, traz-se a lume a Lei de 28 Pluvioso do ano VIII, que previa, em seu art. 4º, o direito de particulares a indenização por terrenos afetados para a realização de obras públicas²⁰. Admitia-se, ainda, a responsabilização direta do funcionário, caso a vítima pudesse comprovar sua culpa. Não obstante o art. 75 da Constituição do ano VIII previsse que o manejo de ação indenizatória, em ambos os casos, dependia de autorização do Conselho de Estado²¹, essa nem sempre era concedida, o que comprometia tal responsabilização, de todo já excepcional²².

Destarte, percebe-se que mesmo durante o predomínio da teoria da irresponsabilidade, a mesma não foi aplicada, na época sob enfoque, de forma pura, tendo a doutrina desenhado diversas situações em que se reconhecia, ainda que excepcionalmente, a responsabilidade por danos causados por atividades estatais.

¹⁹ Observe-se que tais situações podem fazer parecer que os referidos juristas deveriam figurar entre os adeptos das teorias civilistas da responsabilidade, na vertente que distingue a atuação estatal em dois grandes domínios – *jus imperii* e *jus gestionis*. Contudo, o que lhes garante um lugar nesta seção é o fato de que eles ainda defendem que a irresponsabilidade é a regra geral, sendo a responsabilidade uma exceção. Como adiante se abordará (seção 3.2, *infra*), os partidários da teoria civilista defendem que a regra é a plena responsabilidade do Estado, afastando-a excepcionalmente, menos por questões afeitas à personalidade jurídica do que por questões ligadas à atividade desempenhada.

²⁰ FRANÇA. **Loi du 28 pluviôse an VIII**. Concernant le division du territoire français et l'administration. Amiens : Université de Picardie Jules Verne, 1800. Disponível em: <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2012.

²¹ “Article 75. - Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires” (FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Constitution du 22 Frimaire An VIII**. Paris: Conseil Constitutionnel, 1799. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. Acesso em: 01 jun. 2012).

²² CAMPOS, Gabriel de Britto. Evolução História da responsabilidade civil. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 125, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74477>>. Acesso em: 05 maio 2012. Biblioteca Digital Fórum. p. 4.

Tal concepção perdurou, no sistema europeu continental, até a primeira metade do século XIX, enquanto ainda prevalecia a ideologia do Estado liberal que a inspirava: como tal modelo de Estado tinha limitada atuação, a irresponsabilidade era consequência lógica dessa sua isenção.

3.1.2 Críticas às Teorias da Irresponsabilidade

Com o evoluir histórico, várias vozes levantaram-se contra a teoria da irresponsabilidade. A própria evolução do conceito e do entendimento acerca da natureza da pessoa jurídica encarregou-se de retirar a credibilidade dos argumentos tendentes a afastar a responsabilidade pelo fato de ser o Estado, enquanto pessoa jurídica, uma mera ficção, destituída de vontade. As teorias da representação, num primeiro momento, e do órgão, que afinal veio a prevalecer, lograram fundamentar juridicamente a existência de vontade da pessoa jurídica, relacionando-a com a vontade das pessoas naturais que dela tomam parte.

A teoria do órgão, ao imputar diretamente a vontade do agente à pessoa jurídica, tornou insubsistente o argumento no sentido de que o Estado não autoriza os seus funcionários a praticar condutas ilícitas. A vontade do agente compromete o Estado, pouco importando sua qualificação jurídica: seria manifesta injustiça conceber um sujeito de direitos que somente respondesse por atos lícitos, aqueles dos quais lhe advenham benefícios ou vantagens²³, numa conveniente adoção mutilada da teoria da personalidade.

Adicionalmente, as modernas concepções de responsabilidade objetiva e as várias vertentes da teoria do risco retiraram da vontade a importância que outrora se lhe atribuiu para a configuração da responsabilidade.

O argumento no sentido de que, por ser o órgão tutor e criador do direito, o Estado estaria imunizado contra a obrigação de indenizar contradiz a própria noção do Estado democrático de direito, podendo caber apenas nas antigas monarquias absolutistas, nas quais a vontade expressa do soberano era o próprio direito. Como sintetizou Alcântara, a responsabilidade civil do Estado “é um dos pilares do Estado de Direito, pois somente é

²³ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 220.

possível pensar-se num Estado responsável enquanto esteja ele submetido a uma ordem jurídica e não pairando acima dela²⁴.

A própria adoção da tripartição dos poderes veio a afastar a dificuldade existente nos Estados da antiguidade: a ausência de um órgão distinto e independente do Poder que age, apto a apreciar os seus atos, uma vez que disso decorria que o ato executivo era, a um só tempo, lei e sentença, não havendo possibilidade lógica de ação do particular²⁵.

O fato de o Estado não ter fins próprios, mas somente existir para o bem dos próprios súditos não teria relevância para a análise de sua responsabilidade. Nesse sentido, o argumento segundo o qual os súditos deveriam suportar os ônus decorrentes da ação estatal por ser esta desempenhada em seu favor não deve autorizar o Estado a agir irresponsavelmente, pois a responsabilidade tem mais a ver com os meios adotados do que com os fins visados. A violação de direitos não seria admissível, pois seria contraditório com a própria finalidade do ente público, a quem cabe tutelar o direito em nome do bem comum²⁶.

A alegação no sentido de que se veria o Estado embaraçado em sua ação, ante o temor de seus agentes tampouco procedia. Não se concebe, de há muito, a existência de direitos ou poderes ilimitados – todos têm seus fundamentos e limites encontrados no próprio Direito, como regra comum à ação dos indivíduos e do próprio Estado²⁷. Dessa forma, a atuação de qualquer ator da sociedade deve pautar-se por tais limites, positivos ou negativos, além dos quais, ensejando dano, será chamado a repará-lo. Seria uma construção ilógica conceber que o receio da responsabilidade pelo não cumprimento de suas obrigações ensejasse a imunidade à responsabilidade, o que estimularia, justamente, o não cumprimento dessas mesmas obrigações. O que é legítimo exigir é a existência de parâmetros claros na fixação dos direitos e obrigações, a fim de que todos (sociedade e Estado) possam, conscientemente, preordenar sua atuação.

Não tinha lugar também o argumento de que seria um enorme encargo ao tesouro imputar ao Estado a obrigação de indenizar. Como defendeu Sourdat, louvando-se da lição de Cotelle, se as condenações do Estado são tão frequentes que chegam a comprometer o patrimônio público, isto será um sintoma de uma grave desordem administrativa, que cumpre

²⁴ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 199-205. p. 199.

²⁵ Sobre a separação de poderes, v. seção 5.1, *infra*.

²⁶ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 223.

²⁷ *Ibid.*, p. 224.

ser remediado o quanto antes – e o chamamento do Estado à responsabilidade por erros sucessivos é justamente o remédio mais eficaz²⁸.

Do exposto, demonstra-se a superação histórica de todos os fundamentos das teorias da irresponsabilidade. Destarte, não se pode conceber que tais teorias ainda se prestem a reinar, nem mesmo nos nichos específicos que a doutrina mais tradicional ainda lhe reserva.

3.2 TEORIAS CIVILISTAS DA RESPONSABILIDADE

Ao passo que a sociedade desenvolvia-se e o Estado transfigurava-se em democrático de direito, foi tomando corpo a introdução de princípios do Direito Civil para fins de verificação da responsabilidade estatal, apoiada na tradicional ideia de culpa. Trata-se de uma reação à vetusta concepção da irresponsabilidade estatal.

De início, num meio termo entre as anteriores teorias da irresponsabilidade e a consagração das teorias civilistas, estava quem, para fins de eventual atribuição de responsabilidade ao Estado, distinguia os atos de império dos atos de gestão.

Nesse sentido, os atos de império (*jure imperii*) eram aqueles praticados pelo Estado dentro do exercício de funções essenciais ou necessárias, que visavam assegurar a manutenção da ordem jurídica e a própria existência do Estado. Tratava-se dos atos imputáveis ao rei (que não podia errar), a exemplo da proibição de exportação de certas mercadorias, o estabelecimento ou modificação de tarifas aduaneiras, da mudança de limites de fronteira em consequência de convenções diplomáticas, ou atos de tutela administrativa²⁹. Nessas condições, agia o Estado no exercício de sua supremacia, em caráter supraindividual³⁰. Como consequência, não respondia quanto aos de império, pois esses eram protegidos pelas então vigentes normas protetivas da figura estatal: aplicava-se integralmente o dogma da irresponsabilidade.

Já os atos de gestão (*jure gestionis*) eram os atos por meio dos quais o Estado atuava como uma pessoa privada, equiparando-se ao particular na gestão patrimonial³¹. Eram os atos

²⁸ SOURDAT, M. A. **Traité Général de la Responsabilité ou de l'Action em Dommages-Intérêts em Dehors des Contrats**. Tome II. 3^{ème} édition revue et augmentée. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1876. p. 418.

²⁹ Ibid., p. 419.

³⁰ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3^a ed. rev. atual. ampl. 3^a tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

³¹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 54.

que visavam satisfazer necessidades sociais, mas que se continham em funções estatais facultativas ou contingentes³². Agia assim o Estado nas mesmas condições de uma empresa privada, que respondia pelos atos de seus representantes ou prepostos, como nos casos de administração de bens do domínio do Estado, administração de estabelecimentos de indústria monopolizada, de obras públicas civis ou militares³³. Em consequência, era necessário distinguir se havia ou não culpa do funcionário, a fim de reconhecer ou não, respectivamente, eventual responsabilidade estatal.

A contribuição alemã a essa teoria consistiu na elaboração da doutrina do Fisco, a qual o identificava como o Estado nas suas relações de ordem civil. Em seus termos, o patrimônio público não pertenceria nem ao príncipe, nem ao Estado soberano, mas a um sujeito jurídico distinto de ambos, regido pelo direito privado. Assim, o Fisco seria, por sua natureza, encarado como o homem ordinário, que administrava seu patrimônio e estava submetido ao direito civil e à jurisdição civil: seria um súdito do Estado, como os demais, enquanto o Estado, propriamente dito, não teria patrimônio, mas se acharia investido do poder público, do poder geral de mando³⁴.

Disso deriva que apenas o Fisco responderia pelos seus atos que causassem dano, e não o Estado, como defenderam Piloty e Giron³⁵. O artifício da cisão jurídica da personalidade do Estado permitiu uma flexibilização do rigor derivado da noção de soberania, que impossibilitava ao Estado obrigar-se perante os súditos e o colocava acima de qualquer limite jurídico. Tal doutrina foi fundamental para atribuir, aos particulares, direitos em face do Estado – ainda que do ponto de vista estritamente patrimonial – conferindo-lhes alguma proteção³⁶.

Apesar de representar uma evolução, as dificuldades em precisar quais atos eram especificamente de império ou de gestão, do Estado ou do Fisco, inviabilizaram parcialmente a efetivação da teoria. Tal distinção, nos termos de Veloso, “não tem visos de cientificidade e, por ser sibilina, é de difícil conceituação prática³⁷”. De fato, a insuficiência da teorização foi

³² CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

³³ SOURDAT, M. A. **Traité Général de la Responsabilité ou de l'Action em Dommages-Intérêts em Dehors des Contrats**. Tome II. 3^{ème} édition revue et augmentée. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1876. p. 420.

³⁴ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Aleman**. Tomo I. Tradução direta do original francês de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 61-62.

³⁵ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 169; 177.

³⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o Direito Privado**. 2010. 218f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 20-21.

³⁷ VELOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 24, nº 96, out./dez, p. 233-252, 1987. p. 236.

demonstrada pela dificuldade em sistematizar os critérios distintivos³⁸, pois nem sempre era possível identificar, objetivamente, os atos do Estado-soberano à parte dos atos do Estado-fisco. Trata-se de duas faces distintas da atividade estatal, que se tornam cada vez mais difíceis de separar, em virtude do constante incremento, quantitativo e em complexidade, das funções do Estado.

Assim, posterior evolver abandonou a distinção, passando-se a conceber a responsabilidade do Estado em moldes mais gerais. Entre os alemães, destacou-se que a relação que ligava o Estado ao seu funcionário possuía a mesma natureza daquela que vinculava o mandante ao mandatário³⁹; ou o preponente ao preposto (*dominus negotii et institor*, remontando ao instituto da *jussu domini*, previsto no livro IV, título VII, 1, das Institutas de Justiniano⁴⁰). Segundo tal instituto, se alguém negocia com um escravo que age sob o comando de seu mestre, terá ação contra o mestre por tudo o que é devido no contrato, pois a pessoa que negocia com o escravo o faz confiando na fé do mestre⁴¹. Admitida à situação legal do funcionário o caráter da relação institoria, a simples aplicação do direito romano conduzia necessariamente à responsabilização do Estado pela *culpa* de seus agentes, visto que o *institor* não obrigava o preponente só *in contrahendo*, mas também *in delinquendo*⁴².

Nesse sentido, fazer valer a responsabilidade do Estado pelos atos de seus funcionários significava fazer valer uma pretensão de direito privado, o que guardava semelhanças que permitiam a analogia com o direito romano. Daí porque Piloty defendia que o ato de nomeação do funcionário equivaleria ao *jussus* da relação institoria⁴³, já que não tinha mais lugar a concentração de poderes que na Roma antiga inviabilizou a responsabilização do Estado.

³⁸ Ora se dizia que a irresponsabilidade se refere aos atos do poder público, mas não os de sua execução; ora se faziam subdistinções, como no caso de atos de guerra, havendo irresponsabilidade quando se dão por força maior ou necessidade imediata de luta, mas reconhecendo-a em outros casos em operações preparatórias e requisições militares, caminhando-se, pois, de distinção em distinção em busca de um critério que escapava, ou podia falhar sob novas circunstâncias (CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 249).

³⁹ A exemplo de GÖNNER, para quem o cargo público era uma forma de mandato de direito privado (Ibid., p. 123).

⁴⁰ Na Alemanha da época (início do século XIX), onde se firmou tal ideiação, o recurso ao direito romano era obrigatório em caso de falta de disposição legal expressa. (CAVALCANTI, loc. cit.).

⁴¹ “*Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur*”(SANDARS, Thomas Collett. **The Institutes of Justinian with English Introduction, Translation, and Notes**. London: John W. Parker and Son, 1853. p. 559).

⁴² BARBOSA, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas**: acção de perdas e danos de Antonio Martins Marinhas contra a Fazenda Municipal: razões finais. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889. p. 43.

⁴³ CAVALCANTI, op. cit., p. 124.

Já entre os franceses, o suporte remoto de tal entendimento repousava no Código Civil de 1803, o qual previa, em seus arts. 1382 e 1383, que todo aquele que, por ação ou omissão, por negligência, imperícia ou imprudência ou dolo, causasse prejuízo a terceiro era obrigado a ressarcir o dano causado. Em especial, referia-se ao art. 1384, que previa a responsabilidade do comitente ou dono do negócio pelos atos de seus funcionários ou prepostos⁴⁴. Para Sourdat, por exemplo, os dois primeiros artigos citados eram o fundamento da responsabilidade direta do Estado, no caso danos decorrentes de fatos ordenados e executados pelo próprio governo, enquanto o terceiro lastreava a responsabilidade reflexa do Estado, entendida como aquela cujos fatos ensejadores são imputáveis diretamente a um funcionário. A responsabilidade reflexa só atingia o Estado caso o ato danoso fosse cometido pelo agente no exercício de suas funções e que tal ato constituísse uma *culpa caracterizada*, cuja causa fosse conhecida ou pudesse ser atribuída à negligência dos empregados⁴⁵.

3.2.1 Panorama da evolução legislativa pátria

Interessante notar que o direito brasileiro não chegou a admitir a teoria da irresponsabilidade geral⁴⁶. O princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi posto em dúvida em sendas pátrias⁴⁷, que se achava, de início, submetido ao direito comum quanto aos efeitos de suas relações com as pessoas do direito privado⁴⁸. Isto porque, apesar de suas origens profundamente marcadas pela influência do direito romano, a evolução jurídica foi modificada pelo concurso dos elementos liberais que intervieram na educação do pensamento nacional⁴⁹. Como acentuado mesmo por Ruy Barbosa, ainda no final do século retrasado, “pelo damno causado ao direito de particulares não hesitaram jamais as justiças brasileiras em

⁴⁴ FRANÇA. **Code Civil des Français**. Paris: Imprimerie de la République, 1804. Édition originale et seule officielle. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 01 maio 2012.

⁴⁵ SOURDAT, M. A. **Traité Général de la Responsabilité ou de l'Action em Dommages-Intérêts em Dehors des Contrats**. Tome II. 3^{ème} édition revue et augmentée. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1876. p. 420.

⁴⁶ Obviamente, aqui não se considera o período colonial, quando ainda não existia um direito *brasileiro*. Nessa época, predominava a irresponsabilidade do Estado de Portugal, coerentemente com o regime despótico de antanho.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981. p. 11.

⁴⁸ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 493.

⁴⁹ BARBOSA, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas**: acção de perdas e danos de Antonio Martins Marinhos contra a Fazenda Municipal: razões finais. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889. p. 54.

responsabilizar municipalidades, provincias, estados, o governo do imperio, o da republica⁵⁰”. E, enfatizando sua assertiva, chegou a asseverar que “julgados, na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em acções de perdas e damnos, vão dia a dia augmentando o thesoiro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudencia, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas⁵¹”.

Quando ainda recém-independente, a lei de 20 de outubro de 1823, editada pela Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do então Império do Brasil, declarou em vigor “a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de março de 1821 bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante⁵²”. Com base nela, permaneceu em vigor a lei de 18 de agosto de 1769, contida nas Ordenações Filipinas, que declarava “a autoridade do Direito Romano e Canônico⁵³”, com o que se legitimou a atribuição de responsabilidade ao Estado por seu funcionário, nos mesmos moldes da doutrina alemã acima exposta⁵⁴.

Tal concepção foi refletida na redação final da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, a qual, em seu art. 99, declarava a inviolabilidade e irresponsabilidade da pessoa do Imperador⁵⁵, e no art. 129, a irresponsabilidade do Regente e da Regência⁵⁶. Contudo, no seu art. 179, XXIX, constava expressamente a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem responsáveis os seus subalternos⁵⁷. Como expôs Maximiliano, “a lei brasileira,

⁵⁰ BARBOSA, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas**: acção de perdas e damnos de Antonio Martins Marinhas contra a Fazenda Municipal: razões finaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889. p. 55.

⁵¹ BARBOSA, loc. cit.

⁵² BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portugezas que são especificados. **Coleção de Leis do Império do Brasil**. Câmara dos Deputados: Brasília, 1833. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_82.pdf>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁵³ PORTUGAL. Lei de 18 de Agosto de 1769. Declarando a autoridade do Direito Romano, e Canônico, Assentos, Estylos e Costumes. **Ordenações Filipinas**. Universidade de Coimbra: Coimbra, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13pa725.htm>>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁵⁴ V. seção 3.2, *supra*.

⁵⁵ “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

⁵⁶ Caso o imperador ao assumir tivesse menos de dezoito anos, o Império seria governado pelo parente mais próximo que contasse com mais de vinte e cinco anos – o Regente – ou, não existindo, por uma junta de três membros nomeada pela Assembleia Geral – a Regência. V. arts. 121 a 124 da Constituição em referência (BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 maio 2012).

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 maio 2012.

adeantadíssima neste particular, desde o tempo do império, tem sido liberal para com os cidadãos e rigorosa com os empregados públicos⁵⁸”.

A disposição do referido inciso XXIX foi praticamente repetida no art. 82 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891⁵⁹. Embora não se tenha contemplado a responsabilidade do Estado de forma expressa, enxergava-se ali uma solidariedade com o seu agente, sem se falar em exclusão da responsabilidade estatal⁶⁰.

Posteriormente, com o advento do CC/16, foi definitivamente consagrada a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva do Estado brasileiro, nos termos de seu art. 15, o qual previa que “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 por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano⁶¹”.

Deve-se registrar que existiu controvérsia acerca da devida interpretação do referido art. 15⁶². Por não contemplar expressamente o conceito de culpa, parte da doutrina entendeu que ali havia sido consagrada a responsabilidade objetiva do Estado, sob a influência das modernas concepções que já eram ventiladas no direito francês⁶³. Todavia não foi a ideiação que prevaleceu, em face do contexto marcadamente individualista que permeava o então novo código⁶⁴. Ademais, a referência a “representante” remetia às antigas ideias sobre responsabilidade do Estado por seu preposto, de nítido caráter civilista, bem como as menções “procedendo de modo contrário ao direito” e “faltando a dever prescrito em lei” contemplariam a noção de ato ilícito, nas formas dolosas ou culposas⁶⁵. Tal entendimento era reforçado pelo art. 1.522, que mandava aplicar expressamente a previsão de responsabilidade do comitente por seus prepostos às pessoas jurídicas (art. 1.521, III), e pelo art. 1.523, que exigia prova da “culpa ou negligência” do preposto, no caso.

⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923. p. 738.

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁶⁰ MAXIMILIANO, op. cit., p. 602; 738.

⁶¹ BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁶² VELOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 24, nº 96, out./dez, p. 233-252, 1987. p. 240.

⁶³ V., v.g., MAXIMILIANO, op. cit., p. 739.

⁶⁴ CAHALI, Yussef. Responsabilidade civil do Estado. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

⁶⁵ CAMPOS, Gabriel de Britto. Evolução histórica da responsabilidade civil. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, ago. 2011. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=74477>>. Acesso em: 05 maio 2012. p. 8.

A Constituição de 1934, em seu art. 171, reafirmou a teoria da culpa civil, consagrando, expressamente, a responsabilidade solidária entre o Estado e seu funcionário⁶⁶. Tais previsões foram repetidas no art. 158 da Constituição de 1937, última a contemplar a responsabilidade do Estado em moldes subjetivos⁶⁷.

3.2.2 Superação das Teorias Civilistas

A eliminação, pela Constituição de 1946, da culpa no conceito de responsabilidade do Estado é reflexo da forte reação que se vinha desenhando contra a aplicação analógica de institutos de direito privado à responsabilidade estatal, considerando que a vinculação estatutária do servidor ao órgão público não encontrava paralelo no sistema civil⁶⁸. Um a um, foram perdendo credibilidade os antigos argumentos que a sustentavam.

Em relação à ideia de mandato, falece à vinculação pública o livre acordo de vontade entre dois sujeitos. De um lado, o exercício da autoridade pública não é ato de liberdade, mas, antes, um dever. De outro, o Estado, no uso de sua autoridade, serve-se de seus agentes para obrigar cada um a fazer o que é devido, não havendo que se falar, necessariamente, em celebração de um negócio, como ocorre quando o mandante negocia por intermédio de seu mandatário. Não há, assim, liberdade do súdito em negociar com o agente público, como seria essencial em se tratando de mandato.

Acerca da analogia com o *jussu domini*, também se objetou que o mesmo tem lugar em relações contratuais, pelo que sobre ele recairiam as mesmas críticas à ideia do mandato. Ainda que se considerasse possível tal analogia, ela não se prestaria a justificar a responsabilidade do Estado pelos atos dos funcionários, caso esses deixassem de agir dentro da legalidade, pois esta é regra institucional do próprio Estado⁶⁹.

Ademais, o refinamento da teoria do órgão, que teve em Gierke um dos maiores expoentes, ao supor a existência de uma só pessoa – a do Estado – feita presente por um agente que lhe é vinculado, fez superar as dificuldades das doutrinas do mandato ou da

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁶⁸ CAHALI, Yussef. Responsabilidade civil do Estado. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 23.

⁶⁹ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 232-233.

representação, que pressupunham duas pessoas distintas⁷⁰. Na verdade, o preposto comete uma falta que, por sua natureza, seria imputada a si próprio; contudo essa responsabilidade é atribuída ao comitente, segundo se entendia, por uma presunção de culpa, seja na escolha do preposto, seja na fiscalização de suas atividades. Assim, há uma dualidade de culpas que se sobrepõem, o que não pode ser aplicado ao Estado, por lhe faltar essa dualidade de personalidades: o agente público está fundido no Estado⁷¹.

A concepção civilística, por outro lado, não lograva satisfazer as exigências da justiça social, por exigir demasiado dos administrados⁷². A adoção dessa teoria inviabilizava, muitas vezes, o direito do cidadão a ver-se indenizado dos prejuízos que lhe foram causados pelo Estado. Em diversas situações, era tarefa hercúlea produzir a prova de que determinado agente público, inserido na complexa engrenagem estatal, laborou com culpa individual, o que esvaziava o instituto e cristalizava iniquidades.

Expôs Solari que os atos da Administração Pública, como a própria denominação indica, pressupõem o interesse público, pelo que jamais ditos atos poderiam ser praticados para atender interesses meramente privados. Assim, o Estado nunca operaria lastreado, ao menos não exclusivamente, no direito privado⁷³, pelo que sua responsabilidade tampouco poderia ser regida nesses mesmos moldes. Foi tal sorte de ideação que abriu caminho para noções de responsabilidade do Estado fulcradas em princípios específicos de direito público, libertando-se, ao menos em parte, das amarras e tradições do Direito Civil sobre a matéria. Aliás, o próprio Direito Civil, como visto *supra*⁷⁴, já vinha abrandando suas rígidas concepções de culpa e ônus da prova, uma vez que o evoluir social e o progresso técnico tornaram cada vez mais difícil a demonstração, pela vítima, do dano causado pela conduta culposa de outrem, frustrando-lhe, em grande medida, o direito à reparação.

O desgaste da noção de culpa, se intensa já no âmbito do direito privado, com mais razão ocorreu no direito público. Apesar de em grande medida inspirado ainda por posições civilistas, a liberdade dos paradigmas privados estritos permitiu, numa época inicial, que a responsabilidade do Estado atingisse outro patamar.

⁷⁰ CAHALI, Yussef. Responsabilidade civil do Estado. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24.

⁷¹ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 20-21.

⁷² DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 38.

⁷³ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 258.

⁷⁴ V. seção 2.2.

3.3 TEORIAS PUBLICISTAS DA RESPONSABILIDADE

As teorias civilistas de outrora tiveram o mérito de abrir uma fenda na muralha da irresponsabilidade estatal. Contudo passaram longe de constituir-se em solução definitiva para os problemas então enfrentados. Assim, não tendo elas resistido às críticas que se lançaram, lograram espaço no cenário jurídico teorias fundadas em princípios específicos de direito público. Nesse momento, começaram a surgir as denominadas teorias publicistas da responsabilidade.

Essa terceira fase da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado coincide com a consagração do Estado Social. Nela, a responsabilidade do poder público torna-se autônoma, como matéria específica do Direito Administrativo, o que se logrou, sobretudo, a partir do labor do Conselho de Estado francês⁷⁵.

O marco histórico dessa guinada deu-se com o famoso caso Blanco, no qual houve a efetiva submissão do Estado à responsabilidade com base em princípios próprios de Direito Público. Nele, o Tribunal de Conflitos reconheceu a responsabilidade estatal e atribuiu competência ao sistema de contencioso administrativo – excluindo, pois, a do sistema judicial comum⁷⁶ – para examinar os pedidos de indenização formulados por particulares contra o Estado⁷⁷.

Na verdade, no caso Blanco, o Tribunal de Conflitos nada mais fez do que reafirmar e consagrar os fundamentos anteriormente adotados pelo Conselho de Estado no caso Rothschild, de 6 de dezembro de 1855. Mas foi a partir do caso Blanco que essa jurisprudência se manteve firme no Conselho de Estado e na Corte de Cassação⁷⁸.

A partir de então, desenvolveram-se as teorias que, inicialmente, despersonalizaram a culpa, posteriormente substituída pelo risco, e culminaram, enfim, na responsabilidade objetiva do Estado.

⁷⁵ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 38.

⁷⁶ Enquanto vigia o reconhecimento da responsabilidade do Estado nos moldes civilistas, era evidente que, na França, a competência para apreciar ações indenizatórias propostas em face de agentes públicos ou do próprio Estado era da justiça comum, como o seria se o fosse em face de um particular.

⁷⁷ FRANÇA. Tribunal de Conflitos. **Arrêt de conflit n. 00012**. Recorrente: Adolphe Z. Recorrido: Jean Y. Relator: M. Mercier. Paris, 8 fev. 1873. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte=>>>. Acesso em: 02 maio 2012.

⁷⁸ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 19.

3.3.1 Teoria da culpa do serviço

A teoria em referência visava substituir a ideia da culpa do funcionário pela noção de culpa do serviço (também tida por culpa anônima), assim entendida, segundo a clássica lição de Paul Duez, como aquela existente quando “*1° le service a mal fonctionné (culpa in commitendo); 2° le service n’a pas fonctionné (culpa in omittendo); 3° le service a fonctionné tardivement*”⁷⁹. Para o francês, essa divisão corresponde, essencialmente, à evolução cronológica da jurisprudência do Conselho de Estado, sendo que, no primeiro título, se incluem os casos de comportamentos e atividades da Administração suscetíveis de causar danos, que são os de mais evidente identificação, contemplados nos arestos iniciais.

Com relação ao não funcionamento do serviço, trata-se de situação na qual o Estado, posto que obrigado a agir, não o faz. Comete assim uma falta, caso em que deve reparar as consequências de sua inação. O exercício de uma competência administrativa não é um privilégio, mas um dever para o agente que tem obrigação funcional de ser vigilante.

Valendo tal assertiva não só para os casos de competência vinculada, esta foi uma alternativa encontrada pelo Conselho de Estado para controlar o poder discricionário da Administração: apesar de não poder obrigá-la a agir, por não haver, estritamente, ilegalidade, poderia declará-la responsável pelas consequências na omissão⁸⁰.

Por fim, adveio a responsabilidade pela lentidão do serviço, modalidade mais recente de culpa administrativa. A Administração tem por dever funcional ser diligente, e a falta de certo grau de diligência administrativa deve ser sancionada pela responsabilidade.⁸¹

Em todas as três categorias, não importa se o dano é causado por um ato jurídico ou um fato material: ambos podem, igualmente, ensejar a responsabilidade. Ademais, não é necessário que tenha tido lugar uma ilegalidade para que se reconheça a responsabilidade, bastando a ocorrência de negligência ou erro de fato para tanto. E, por fim, supera-se definitivamente a distinção entre atos de império e atos de gestão, sendo tal separação irrelevante para a configuração do dever de indenizar⁸².

Como se pode observar, a grande contribuição de Duez à teoria da responsabilidade civil do Estado repousa na sistematização do afastamento entre a noção de culpa do

⁷⁹ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 27.

⁸⁰ Ibid., p. 29-30.

⁸¹ Ibid., p. 34-35.

⁸² Ibid., p. 38.

funcionário e a de culpa do serviço, tornando desnecessário precisar, dentro do universo dos servidores estatais, aquele que laborou com culpa individual. Afasta-se definitivamente das antigas noções de culpa *in vigilando* ou *in eligendo* das pessoas de direito público, bem como as analogias com as regras privadas de responsabilidade do patrão ou comitente por seus funcionários ou prepostos⁸³.

A culpa administrativa, como defendeu Duez, deve, nesse contexto, ser fundada em caracteres próprios, a saber: culpa *autônoma*, *primária*, *anônima*, *matizada* e *geral*.

Por culpa *autônoma*, entende-se a culpa desapegada das noções de direito civil, sendo uma construção original a partir dos princípios de direito público. Tal concepção foi cristalizada no já referido caso Blanco, no qual o autor pleiteou a responsabilidade do Estado com fundamento no Código Civil francês. Todavia o Conselho de Estado, apesar de reconhecê-la, fixou expressamente que a mesma não pode ser regida pelos princípios ali estabelecidos, mas por regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e com o imperativo de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados⁸⁴.

O caráter *primário* da culpa do serviço revela-se na possibilidade de a vítima acionar diretamente o Estado, sem precisar acionar por primeiro o funcionário ou provar sua insolvência. A personalidade do agente não mais aparece, pois sua figura é absorvida dentro da organização administrativa, da qual é um simples órgão.

É dita *anônima* por não exigir que se identifique a culpa de um funcionário nominalmente identificado. Basta demonstrar uma má condução do serviço, no qual o dano pode ser imputado a uma falha, seja na sua organização, seja no seu funcionamento. Julga-se o serviço, e não mais o agente⁸⁵.

Ademais, nem todo serviço defeituoso ensejará responsabilidade. A culpa deve ser *matizada* de acordo com o serviço, o local e as características. Deve-se apreciar a culpa *in concreto*, segundo a diligência média que se pode legitimamente esperar do serviço⁸⁶.

⁸³ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 56.

⁸⁴ FRANÇA. Tribunal des Conflits. **Arrêt de conflit n. 00012**. Recorrente: Adolphe Z. Recorrido: Jean Y. Relator: M. Mercier. Paris, 8 fev. 1873. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte=>>>. Acesso em: 02 maio 2012. No original: “[...] la responsabilité, qui peut incomber à l’Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; [...] cette responsabilité n’est ni générale, ni absolue ; qu’elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’Etat avec les droits privés”.

⁸⁵ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 21-24.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 24-25.

Por fim, a culpa deve ser *geral*, englobando todas as entidades que integram a Administração Pública. A relevância que Duez deu a esse caráter deve-se à relutância inicial da jurisprudência francesa em conferir às comunas o mesmo tratamento dado ao Estado central, aplicando-lhe as teorias de direito privado mesmo após consolidado o entendimento acerca da autonomia da culpa⁸⁷.

Como restou demonstrado, a culpa ainda é elemento nuclear dessa teoria publicista, de modo que não é correto considerá-la vertente de responsabilidade objetiva. É, isto sim, reponsabilidade subjetiva, lastreada na culpa, posto que redefinida segundo critérios de direito público.

Em diversas situações, ainda assim seria um esforço desproporcional para o particular provar a culpa anônima, porquanto provar que o serviço não funcionou a contento implica, não raro, em conhecer a intimidade da máquina pública, seu funcionamento, limites e possibilidades, o que inviabilizaria a reparação. Como quem quer os fins não pode negar os correspondentes meios, tal teoria passou a contemplar uma presunção de culpa, pelo que alguns autores defendem que se trata de teoria distinta, a que chamam de teoria da culpa presumida⁸⁸. Contudo o máximo que se poderia reconhecer é que a “culpa presumida” seria uma mera variante da teoria da culpa anônima, uma vez que seus fundamentos são rigorosamente os mesmos, tratando-se de distinção tão somente processual: a mera inversão do ônus da prova.

Dispensando-se o lesado da prova da culpa (anônima), tal concepção faz parecer que a culpa é irrelevante, pelo que se confundiria com a responsabilidade objetiva. Mas não é esse o caso, pois o Estado poderia se esquivar da reparação mediante a prova de que o seu serviço não padecia de culpa – o que demonstra sua permanência subjacente na questão⁸⁹.

Da doutrina de Duez, acima referida, deduz-se que não será qualquer culpa do serviço que engendrará a responsabilidade; mas somente aquela dotada de certa gravidade, apreciada *in concreto*, em cada caso, em função da diligência que o administrado pode legitimamente exigir da Administração. Tal apreciação deve ter em conta as circunstâncias de tempo e de lugar, os encargos do serviço, os recursos disponíveis para fazer face às obrigações, a situação da vítima à vista do serviço público e a natureza do serviço causador do

⁸⁷ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 25.

⁸⁸ V. BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 27; RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. São Paulo: LTr, 2003. p. 26.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981. p. 15-16.

dano⁹⁰. Parte da doutrina ainda entende que a teoria da culpa do serviço tem aplicação nos casos de responsabilidade por omissões estatais, o que será adiante objeto de consideração⁹¹, a fim de reduzir tal doutrina aos seus verdadeiros termos.

3.3.2 Teoria do risco

Sem abandonar a teoria da culpa do serviço, o Conselho de Estado francês passou a adotar a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado⁹². A noção de culpa é, então, substituída pela noção de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço e o prejuízo experimentado pela vítima, derivado do risco ínsito à atividade administrativa. Nela, pouco importa se houve ou não um funcionário culpado ou se o serviço funcionou bem ou mal. Tampouco a Administração poderá se livrar da responsabilidade provando que não agiu com culpa, seja do serviço, seja do funcionário. Basta, pois, demonstrar a relação de causalidade entre a ação administrativa e o prejuízo sofrido pelo terceiro⁹³.

O próprio Direito Civil já vem adotando a teoria do risco em diversos cenários. Tal ideia resulta de uma visão que substituiu o patrimonialismo do século XIX, fruto dos ideais iluministas, pela concepção mais solidarizante da sociedade, na qual tem lugar especial a valorização da dignidade da pessoa humana⁹⁴. Nesse sentido, sintomática foi a edição do CDC, de 1990, que incorporou a teoria do risco nas relações de consumo⁹⁵ e tornou lá, por primeiro, despicinda a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual⁹⁶.

O próprio CC/02, apesar de ainda prever a culpa como núcleo do sistema (arts. 186 e 187), introduziu a teoria do risco num cláusula geral (art. 927, parágrafo único), além de

⁹⁰ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 40-47.

⁹¹ V. seção 4.1.2, *infra*.

⁹² DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 42.

⁹³ DUEZ, op. cit., p. 59.

⁹⁴ PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A socialização da responsabilidade civil: a evolução do subjetivo-liberal ao objetivo-social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 32, p. 65-77, dez. 2011. p. 65.

⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁹⁶ A respeito, v. seção 2.1, *supra*.

também adotar expressamente a teoria unitária da responsabilidade civil⁹⁷. Tal passo civilista, nitidamente, tanto influenciou quanto foi influenciado pelas modernas concepções da responsabilidade do Estado, de modo que aí se percebe, na verdade, uma reaproximação entre Direito Administrativo e o Direito Civil, que reunificam suas bases, no que se refere à responsabilidade civil, a partir da noção de risco. Ao tornar a análise da culpa desnecessária para a responsabilização, abrem-se as portas para a responsabilidade decorrente de atos lícitos, ou seja, de atos praticados mesmo em conformidade com o ordenamento jurídico⁹⁸.

A teoria do risco admite variações acerca da amplitude do risco a ser assumido pelo autor do fato, falando-se, aí, em risco administrativo, risco integral ou risco social⁹⁹.

Pelo risco administrativo, em que pese não se discutir a existência ou não de culpa, pode o Estado furtar-se à indenização caso demonstre a inexistência de nexos causal entre uma conduta sua e o dano alegado – o que pode ser obtido pela prova de situação de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. E, quando tais fatores, apesar de não excluam o liame causal, concorrem para o evento danoso, verá o Estado ser minimizada a sua responsabilidade, proporcionalmente à sua relevância na produção do dano¹⁰⁰.

O risco integral, por sua vez, é a modalidade extremada da doutrina do risco¹⁰¹, pela qual o Estado assumiria a responsabilidade por qualquer dano causado a qualquer vítima, quando algum comportamento ou omissão de agente seu se inserir na linha de desdobramento causal, numa concepção extremamente alargada de nexos de causalidade. Não cabe, segundo tal teoria, a alegação de excludentes do nexos a fim de elidir a responsabilidade estatal. Nas palavras de Dergint, “obrigar-se-ia o Estado a indenizar todo e qualquer dano, ainda que decorrente de dolo ou culpa da vítima, o que levaria ao abuso e à iniquidade social¹⁰²”. Por conta disso, sua aplicação no cenário jurídico atual é absolutamente excepcional¹⁰³.

Por fim, o chamado risco social enseja a chamada responsabilidade sem risco, e tem por fundamento o papel do Estado como garantidor da paz social e da realização das necessidades coletivas e individuais dos cidadãos. Trata-se de obrigação de indenizar imposta

⁹⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁹⁸ V. seção 4.1, *infra*.

⁹⁹ Sobre a teoria do risco, também controverte a doutrina acerca do próprio conceito de risco, como será adiante abordado, na seção 4.1.1.

¹⁰⁰ Tais fatores serão melhor abordados quanto do estudo do nexos causal, na seção 4.2.2, *infra*.

¹⁰¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 750.

¹⁰² DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 45.

¹⁰³ No Brasil, prevalece que a responsabilidade civil do Estado por danos nucleares, forte no art. 21, XXIII, da CF/88, funda-se no risco integral, apesar de naquele dispositivo isto não estar expresso.

ao Estado, em virtude de danos que não derivam de qualquer comportamento seu¹⁰⁴. O objetivo é não deixar a vítima alijada de qualquer reparação, em casos em que não se logra identificar o responsável ou em casos de insolvência do mesmo – o que poria em risco a tranquilidade social¹⁰⁵.

Na verdade, apenas impropriamente se pode dizer que se trata de aplicação da teoria do risco, tendo em vista que se trata de mera obrigação de indenizar decorrente de fato de terceiro, imposta por lei. Essa situação que, aliás, ocorre também no direito privado, *ex vi*, por exemplo, dos arts. 932, 936 e 938 do CC/02, que preveem responsabilidade independentemente da criação ou incremento de qualquer risco pelo indigitado responsável¹⁰⁶. Trata-se antes de situações em que o legislador pretendeu assegurar, às vítimas, o direito a alguma reparação, a qual restaria frustrada caso se exigisse a prova da culpa¹⁰⁷.

Não havendo qualquer conduta estatal inserida na linha de desdobramento causal do dano, tal “responsabilidade” seria antes uma garantia formatada para bem atender aos reclamos do risco social. O Estado, nessa linha, pode servir-se do sistema de seguros obrigatórios, cujo exemplo mais antigo no direito pátrio é a legislação sobre acidentes de trabalho. Outro caso é o do seguro obrigatório acoplado ao licenciamento de veículos automotores, para cobrir os riscos de acidentes de trânsito¹⁰⁸. Tais mecanismos visam assegurar, à vítima de acidentes, uma reparação mínima, sem que se importe em saber, para tais efeitos, quem foi o responsável. Daí se falar em socialização da responsabilidade.

Disso decorre que a teoria do risco, apesar de ser o principal, não é o único fundamento da responsabilidade objetiva, uma vez que existem situações nas quais se a atribui independentemente de culpa ou de criação ou incremento de risco pelo responsável – que, muitas vezes, sequer é o causador do dano.

¹⁰⁴ Como é o caso da responsabilidade da União por danos a bens e pessoas provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo, nos termos do art. 1º da Lei 10.774/2003 (BRASIL. **Lei n. 10.774, de 9 de outubro de 2003**. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012).

¹⁰⁵ BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 92-93.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29-30.

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 289-290.

No Brasil, como dito alhures, a teoria do risco administrativo foi consagrada expressamente a partir da Constituição de 1946, em seu art. 194¹⁰⁹. A previsão da culpa restringiu-se à ação de regresso contra os funcionários causadores do dano, com o que se rejeitou categoricamente a solidariedade entre Estado e funcionário¹¹⁰. Tais dispositivos foram repetidos no art. 105 da Constituição de 1967¹¹¹ e no art. 107 da Emenda Constitucional (EC) nº 1, de 1969¹¹².

Atualmente, a matéria encontra-se disciplinada pela CF/88 no seu art. 37, § 6º, a qual fez englobar, na mesma teoria, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, e alterou a referência a “funcionários”, substituindo-a pela noção mais abrangente de “agentes”¹¹³.

Embora não tenha constado nos citados dispositivos constitucionais clara referência à responsabilidade objetiva ou à desnecessidade de culpa, não se tem dúvidas que a previsão expressa do elemento subjetivo para viabilizar a ação de regresso contra o agente público num parágrafo permite interpretar o silêncio do *caput* como eloquente. Identicamente, a não reprodução da tradicional redação constante de Constituições anteriores reforça tal argumento, pelo que não mais se discute a adoção constitucional da teoria do risco na responsabilização do Estado, ao menos como regra geral¹¹⁴. O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, há muito sufragou expressamente essa teoria¹¹⁵.

¹⁰⁹ Não se olvida que, antes da Constituição de 1946, o direito positivo já havia consagrado, em alguns casos específicos, a responsabilidade civil do Estado segundo a teoria do risco administrativo, a exemplo do Decreto nº 2.681/1912, que disciplinava a responsabilidade civil das Estradas de Ferro, como já referido na seção 2.2, *supra*.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

¹¹² BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

¹¹⁴ CAHALI, Yussef. Responsabilidade civil do Estado. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

¹¹⁵ “CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6. I. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa e irrelevante, pois o que interessa, e isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. II. Ação de indenização movida por particular contra o

O vigente CC/02, em seu art. 43, também consagra a responsabilidade objetiva do Estado, apesar de omitir-se quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos¹¹⁶, advindo atrasado em relação à CF/88, no particular.

Ante a clareza de tais dispositivos, não mais se contesta a admissão, no ordenamento jurídico pátrio, da responsabilidade objetiva do Estado. O que ainda pode ser objeto de discussão, isto sim, é a exclusividade de tal teoria para reger apenas ações ou também as omissões do Estado, no exercício apenas da função administrativa ou também das demais funções estatais. Ao longo dos próximos capítulos, essas questões serão enfrentadas.

Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação. III. R.E. conhecido e provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 01135875/210**, da Segunda Turma. Recorrentes: José Carlos Deluca Magalhães e s/ mulher. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 18 out. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28113587%2EENUME%2E+OU+113587%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 1).

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Durante longo período, a responsabilidade civil fundamentou-se fortemente na culpa, dado o seu caráter marcadamente individualista e subjetivista, o que, aliás, refletiu-se no revogado CC/16. A culpa representava, assim, tradicionalmente, um dos elementos constitutivos do ato ilícito – o elemento subjetivo – ao lado do elemento objetivo, o dano.

A culpa, por si só, nem sempre gera um resultado danoso. Portanto ela só será relevante caso passe do plano puramente moral para a execução material, quando se apresentará sob a forma de ato ilícito¹. Não existirá, pois, ato ilícito, ausente a culpa ou o dano, vinculados por um nexos causal; conseqüentemente, à antijuridicidade deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente.

Não há que se confundir, destarte, ilicitude com antijuridicidade – embora seja usual a referência à antijuridicidade como ilícito *lato sensu*. Antijurídico é o ato pura e simplesmente contrário ao direito, caracterizado pela desobediência às exigências estabelecidas na lei para a sua validade². A reação típica do ordenamento a casos tais, sobretudo no âmbito do direito público, é a nulidade de tal ato.

Conclui-se, portanto, que o ilícito é uma espécie do gênero antijuridicidade: a chamada antijuridicidade subjetiva. O ato antijurídico é ilícito quando pessoa capaz de entender e querer, violando norma jurídica, por ação ou omissão culposa, lesa direito subjetivo de outrem, causando-lhe dano.

Já a chamada antijuridicidade objetiva consiste em situações consideradas desfavoravelmente pela lei, resultantes de fatos jurídicos *stricto sensu* ou de atos jurídicos, que causam dano. Nesses casos, pode a lei também impor o dever de indenizar. Embora tanto na antijuridicidade subjetiva (atos ilícitos) como na antijuridicidade objetiva possa-se encontrar a causa de uma obrigação de indenizar, isto não significa que sejam ambas idênticas, pois, na última, o ordenamento não leva em conta o comportamento do agente, para tanto; já na primeira, exige-se um ato voluntário, praticado por quem tem discernimento³.

¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 126.

² No âmbito do Direito Público, ante a pouca relevância da vontade individual para a formação da vontade do Estado (que é disciplinada objetivamente pelo direito positivo), a expressão “ato ilícito” é tida simplesmente como sinônima de “ato antijurídico”, no sentido ora exposto. Assim, para evitar equívocos de compreensão, toda vez que neste trabalho se visar destacar o ilícito no sentido técnico ora enunciado, que pressupõe a presença do elemento subjetivo da conduta, especificar-se-á que se trata de ilícito *stricto sensu*.

³ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 57-58.

É de se destacar, portanto, que o dever de indenizar não permite, por si só, identificar a existência de um ato ilícito *stricto sensu* a ensejá-lo. Isto porque, como dito linhas atrás⁴, dada a teoria da unidade da responsabilidade civil adotada pelo CC/02, a obrigação de indenizar pode ter surgido por determinação legal, sem que o obrigado tenha, efetivamente, cometido estritamente ato ilícito. Tal afirmação é essencial para a devida compreensão da teoria da responsabilidade objetiva.

Não se pode confundir o dever de indenizar, consequência legal (eventual) do ato ilícito, com o próprio ato ilícito. A tendência de alargamento dos casos de responsabilidade sem culpa, ou seja, independentemente da prática de ato ilícito *stricto sensu*, não se presta a substituir ou modificar o conceito do próprio ato ilícito, antes se tratando de uma tendência à substituição dos fundamentos da responsabilidade⁵.

O CC/02, ao conceituar ato ilícito em seu art. 186⁶, foi claro ao prever, entre os requisitos, o elemento subjetivo (“por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”) e o elemento objetivo (“causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”), adotando, pois, a teoria aqui exposta.

O fato de o art. 187 do mesmo código ter equiparado a ato ilícito o abuso de direito⁷ não significa que tal abuso possua natureza de ato ilícito em sentido estrito, uma vez que, no citado artigo, não se prevê o elemento subjetivo para a sua configuração. Contenta-se, para qualificá-lo, com a atipicidade do exercício do direito, mediante desvio de sua função. Sendo tal concepção meramente objetiva – não havendo, pois, que se investigar a culpa do agente –, não é certo concluir que o Código considera-o ato ilícito, mas apenas que o trata, doravante, como uma categoria a ele similar⁸.

O art. 927 do mesmo código, ao disciplinar a obrigação de indenizar, reporta-se expressamente aos citados arts. 186 e 187, com o que se preservou a regra geral de responsabilidade lastreada na culpa⁹. Todavia, no parágrafo único do mesmo art. 927, foi

⁴ V. Seção 2.1, *supra*.

⁵ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 61; 63.

⁶ “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” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

⁷ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (Ibid.).

⁸ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 61-62.

⁹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL., op. cit.).

introduzida uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, fulcrada na previsão legal expressa ou na teoria do risco¹⁰, divergindo a doutrina sobre a modalidade de risco incorporada nesse dispositivo.

Tem-se que existem atividades que, embora inerentemente perigosas, são indispensáveis para a coletividade. Assim, com base na chamada teoria do risco permitido, admite-se a exploração dessas atividades, desde que se observe uma série de medidas de segurança, para evitar, ao máximo, a efetivação desses danos. Negligenciados tais cuidados, o risco permitido é extrapolado, constituindo-se, assim, um risco extraordinário e ilícito.

No primeiro caso, a responsabilidade pelos danos é propriamente objetiva, já que o dano foi decorrente dos riscos normais da atividade. No segundo caso, o descumprimento das cautelas exigíveis implica na presença de negligência ou imprudência, pelo que se ensejaria a responsabilidade subjetiva.

Contudo, tratando-se de atividade que se possa subsumir na cláusula geral de responsabilidade objetiva, para o lesado será despicienda a discussão sobre a culpa, ainda que, *in casu*, ela exista. Tal discussão somente será relevante para o exercício do eventual direito de regresso, da pessoa condenada à reparação, contra aquele que laborou com dolo ou culpa¹¹, ou, de forma contingente, para fins de dosimetria do montante da condenação, nos termos do art. 944, parágrafo único, do CC/02¹².

A amplitude em que foi vazada tal cláusula, e a relevância, tanto quantitativa, quanto qualitativa, das relações por ela abrangidas, permitem concluir que, na prática, a responsabilidade objetiva passa a ter importância mais destacada na atualidade do que a própria responsabilidade subjetiva, a qual fica relegada a casos marginais, numa demonstração do alijamento da culpa como centro axiológico da teoria da responsabilidade.

Como bem registrou Miguel Reale, não se há que fazer uma alternativa entre responsabilidade subjetiva ou objetiva, posto que ambas as formas se conjugam e se dinamizam¹³. Convivem, pois, duas cláusulas gerais em nosso sistema: a do art. 186 (responsabilidade subjetiva) e a do art. 927, parágrafo único (responsabilidade objetiva).

¹⁰ “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

¹¹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 38-39.

¹² “Art. 944. [...] Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL., op. cit.).

¹³ REALE, Miguel. **Emendas Absurdas ao Código Civil**. São Paulo: Professor Miguel Reale, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/absncc.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

Como a culpa tem perdido cada vez mais seu prestígio, em nome do solidarismo inaugurado pela CF/88 e refletida no CC/02, há que se cuidar para identificar quais eventos danosos fazem nascer a obrigação de indenizar¹⁴, uma vez que o direito civil carece de uma tipicidade tal como a do direito penal. Ademais, o risco está intrinsecamente presente em diversos campos da ação humana cotidiana, de modo que, se todo dano – entendido como risco efetivado – houver de ser ressarcido, isso significará a erosão da própria noção de responsabilidade. Relevante, pois, a adoção de critérios racionais para identificação do dano indenizável, sobretudo em relação aos causados por condutas lícitas¹⁵.

Por esse movimento, a responsabilidade civil do Estado já passou, em nosso ordenamento, há pelo menos quase sete décadas, quando foi introduzida a previsão de responsabilidade objetiva na Constituição de 1946, em redação que se consagrou, com ligeiras variações, até a vigente Carta de 1988, em seu art. 37, § 6º. A atividade estatal é uma atividade que, nitidamente, envolve riscos, ante a enormidade dos poderes atribuídos às pessoas de direito público e a diversidade de pessoas que podem ser potencialmente afetadas por suas decisões, sem que lhes seja franqueada qualquer arma para elidir tal supremacia. No entanto tais atividades são essenciais para a sociedade, pois, ao Estado, foi conferida a primordial tarefa de satisfazer as necessidades coletivas, hodiernamente inspirada pela efetivação dos direitos fundamentais.

Disso se conclui que, ainda que os arts. 37, § 6º, primeira parte da CF/88 e 43 do CC/02 não existissem, aplicável seria ao Estado o parágrafo único do art. 927 do CC/02, uma vez que as razões que os inspiraram possuem uma raiz comum¹⁶. Por essa razão, não deve o Direito Público desconsiderar de todo as reflexões realizadas pelos jusprivatistas ao longo da história¹⁷. Cabe-lhe, isto sim, abeberar-se de tais ensinamentos, para adaptá-los às peculiaridades do seu regime jurídico.

Esse contexto foi estimulado pela revalorização do princípio da proteção da pessoa humana, constitucionalmente garantido como cláusula pétrea. Tal visão gerou, no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. A referida extensão, nesse âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo aumento das hipóteses de

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 29, p. 233-258, jun./dez. 2006. p. 239.

¹⁵ V. seção 4.1, *infra*.

¹⁶ O CDC, de 1990 (arts. 12 e 14), também integra esse contexto, ante o risco inerente às atividades dos fornecedores de produtos e serviços de consumo.

¹⁷ V. seção 2, *supra*.

dano ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos seus aspectos nucleares¹⁸.

Lançados esses fundamentos preliminares, cabe, agora, a análise dos tradicionais pressupostos para configuração da responsabilidade civil: a conduta, o dano e o nexo causal.

4.1 CONDUTA

No contexto da concepção de responsabilidade desvinculada de culpa, o Estado pode, a qualquer momento, ao realizar suas atividades, causar danos ao patrimônio alheio, enquanto busca a consecução do bem comum. Esse é um risco inerente a suas atividades.

Classicamente, se dizia que o dever jurídico de não lesar a ninguém era a todos imposto – inclusive ao Estado, que também se submete à força imperativa do direito que ele mesmo cria. Dessa forma, a violação desse dever originário daria lugar ao dever sucessivo de reparar o dano causado, o qual se identificaria com a responsabilidade civil do Estado¹⁹.

Entretanto, mesmo que o Estado atue dentro do mais estrito cuidado que o atual desenvolvimento tecnológico possa permitir, e não se possa atribuir-lhe a prática de nenhum ato ilícito *stricto sensu*, ainda assim, ele pode ser chamado a indenizar, se tal atuação lesionou algum interesse juridicamente protegido de terceiro. Como prelecionou Bandeira de Mello, “a reparabilidade do dano não se relaciona [...] com a qualificação da conduta lesiva (lícita ou ilícita), mas com a qualificação jurídica do dano, vale dizer, daquilo que foi lesado²⁰”.

Em outras palavras, quando se passa da culpa ao risco, afasta-se do centro das análises a noção estrita clássica de ato ilícito, uma vez que a ilicitude passa a ser delimitada a partir das consequências antijurídicas da conduta²¹. Há mais de um século, Ruy Barbosa já trabalhava com a tese de que atos lícitos do poder público podem ensejar sua

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 29, p. 233-258, jun./dez. 2006. p. 238.

¹⁹ CAMPOS, Gabriel de Britto. Evolução histórica da responsabilidade civil. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, ago. 2011. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74477>>. Acesso em: 05 maio 2012. p. 1.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981. p. 17.

²¹ ALMEIDA NETO, Osvaldo. **A presunção de causalidade na responsabilidade civil**. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. p. 48.

responsabilidade, aduzindo que “o acto do estado póde ser legal, e, comtudo, nas suas consequências, ferir direitos do individuo, fundados igualmente em lei²²”.

Sendo o risco inerente à atividade administrativa, deve ele ser suportado pelo próprio Estado, uma vez que “quem cria o risco deve, se este risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida. [...] ‘Qui casse les verres les paye’; quem criar um risco deve suportar a efetivação dele²³”.

O fundamento de tal concepção, conseqüência lógica da teoria do risco, é, remotamente, o princípio da isonomia e, mais proximamente, o princípio da repartição dos ônus e encargos sociais, previsto no art. XIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁴. Como afirmou Cavalcanti, “assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos, é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados²⁵”. Se o Estado age para beneficiar todos os cidadãos, também os prejuízos experimentados por alguns devem ser repartidos entre todos, o que será feito através do repasse, àqueles que tenham sido especialmente agravados, de recursos do erário. Como expôs Pedro Lessa, os serviços públicos acarretam necessariamente certos males, e estes devem ser sofridos por todos, contribuindo cada um para a indenização do dano que incidir numa só pessoa²⁶.

O STF sufraga expressamente tal ordem de ideias, como se pode perceber do teor do recurso extraordinário (RE) n. 113.587/SP. Sua ementa esclareceu a irrelevância da discussão em torno da licitude da ação, uma vez que “sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais²⁷”.

²² BARBOSA, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas**: acção de perdas e danos de Antonio Martins Marinhas contra a Fazenda Municipal: razões finais. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889. p. 61-62.

²³ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. Traduzido por Raul Lima. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 38, vol. 86, fasc. 454, p. 548-559, abr. 1941. p. 566-557.

²⁴ *Article XIII - Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable. Elle doit être également répartie entre tous les Citoyens, en raison de leurs facultés* (FRANÇA. Assemblée Nationale. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Paris, 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 01 maio 2012).

²⁵ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. XI.

²⁶ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 164.

²⁷ “CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., 1967, art. 107. C.F./88, art. 37, par-6. I. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa e irrelevante, pois o que interessa, e isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação. III. R.E. conhecido e provido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 01135875/210**, da

Nesses casos, o ato não será ilícito em sentido estrito, mas antijurídico, uma vez que o centro da análise, na teoria do risco, desloca-se da conduta para o dano. Sendo esse dano contrário ao direito, cabe a responsabilidade de quem o causou, ainda que não tenha agido dolosa ou culposamente. Veja-se que, para fins da responsabilidade objetiva, não se exige a ausência do elemento subjetivo; pelo contrário, o que se propugna é que a culpa *lato sensu* pode ou não estar presente – tal dado será irrelevante para configurar a obrigação de reparar o dano.

4.1.1 Atividade de risco

Não reina harmonia sobre o conceito de risco a ser considerado para fins de aplicação da referida teoria. Nesse sentido, agrupam-se os entendimentos em subespécies da teoria do risco, a saber, dentre as principais, a teoria do risco profissional, a teoria do risco-proveito e a teoria do risco criado.

Por risco profissional entende-se o surgido do normal exercício de atividade profissional do lesado. Risco-proveito, por sua vez, é aquele imputado a quem retira proveito ou vantagem da atividade que realiza, lastreando-se na lição latina *ubi emolumentum, ibi onus*. Já o risco criado é o atribuído ao sujeito que enseja o risco, pouco importando se dessa atividade ele auferir ou não proveito ou vantagem.

Pela redação do parágrafo único do art. 927 do CC/02, constata-se que foi adotado, no direito brasileiro, ao menos como regra geral, a teoria do risco criado, uma vez que consta ali que haverá obrigação de indenizar “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem²⁸”. Vê-se que o legislador optou pela utilização de cláusulas abertas, a serem densificadas pelo aplicador, diante do caso concreto.

Quanto ao conceito de “atividade normalmente desenvolvida”, verifica-se uma tendência a interpretá-lo como a atividade organizada, uma vez que, no atual estágio da sociedade, o desenvolvimento continuado de uma atividade demanda elevado grau de

Segunda Turma. Recorrentes: José Carlos Deluca Magalhães e s/ mulher. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 18 out. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28113587%2EENUME%2E+OU+113587%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 1).

²⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

organização. O dano passa a ser enxergado não mais como fruto de um ato isolado, mas de uma atividade considerada holisticamente. Ressalta-se a desnecessidade de que a atividade seja lucrativa, ante a redação do citado parágrafo único, inspirada que foi no princípio da solidariedade social e repartição dos ônus e bônus²⁹.

Já as atividades que “por sua natureza geram riscos” são consideradas as atividades perigosas, aquelas que, do ponto de vista estatístico, causam danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves. A inter-relação entre esses dois elementos permitirá a decisão a partir de uma ponderação, à luz do caso concreto, a fim de distribuir corretamente o ônus da atividade. Tal raciocínio é aplicável ainda que a atividade não seja intrinsecamente perigosa, mas assim se torne em decorrência dos meios nela empregados ou das circunstâncias fáticas em que seja desenvolvida³⁰.

Tal conceito amolda-se perfeitamente à atividade estatal: institucionalizada, é a atividade normal de exercício do poder público. E, ante as prerrogativas de que dispõe para assegurar sua supremacia sobre o particular, traz, intrinsecamente, a aptidão para expor direitos de terceiros a significativo risco, o que é demonstrado pelos inúmeros casos cotidianamente divulgados pela mídia e pela fartura de precedentes jurisprudenciais sobre o tema. Com isso, demonstra-se que o art. 37, § 6º, primeira parte, da CF/88 nada mais é do que uma norma específica em relação ao art. 927, parágrafo único, do CC/02, cuja constitucionalização se justifica para recobrir de maior estabilidade a questão, quando diz respeito ao Estado, em face da relevância dos riscos que ele cria na sociedade.

4.1.2 Condutas omissivas

Por outro lado, no que se refere às omissões estatais, ainda impera controvérsia acerca da possibilidade de se responsabilizar objetivamente o Estado. Genericamente, podem-se identificar duas correntes acerca da qualificação jurídica da responsabilidade civil decorrente de omissões estatais.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 854, p. 11-39, dez. 2006. p. 27-28.

³⁰ *Ibid.*, p. 28.

Para quem defende a responsabilidade subjetiva³¹, a culpa relevante não se confundiria com a culpa individual em sentido lato (negligência, imprudência, imperícia, ou dolo). Tratar-se-ia da aplicação da teoria da culpa anônima ou do serviço³² – pela qual não se carece de identificar o servidor que atuou mal. A existência da culpa se presumiria quando a produção da prova pertinente quedar-se extremamente dificultada³³.

Segundo esse entendimento, nos termos do multicitado art. 37, § 6º, da CF/88, o Estado responde objetivamente apenas pelos danos que seus agentes *causarem* a terceiros³⁴. Para tais partidários, haveria que se distinguir *causa* de *condição*, esta entendida como “o evento cuja ausência permite a produção do efeito [...], uma causa negativa³⁵”.

Naturalisticamente, o causador do dano não terá sido o Estado, mas a força da natureza, um terceiro, ou a própria vítima – que, por óbvio, não são *agentes* do Estado. Segundo a conhecida lição de Parmênides, “do nada, nada surge”, de modo que, se o Estado fizer *nada*, no sentido de não agir, sua inação não terá aptidão para desencadear nenhuma reação causal.

A omissão seria, nesse sentido, uma mera *condição* para que outra *causa* operasse. Disso decorre que, para operar-se a responsabilidade do Estado por danos causados por suas omissões, seria necessário haver algum elemento a mais para responsabilizá-lo, o qual residiria na ilicitude decorrente da violação do princípio da legalidade, que impunha o dever

³¹ Exemplificativamente: BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 70; CAMPOS, Gabriel de Brito. Evolução histórica da responsabilidade civil. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, ago. 2011. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74477>>. Acesso em: 05 maio 2012. p. 18-19; DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 46-47; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 836.

³² Acerca da referida teoria, v. seção 3.3.1, *supra*.

³³ O STF já acolheu, em diversas ocasiões, a referida tese. Por ilustração, cita-se trecho da ementa do RE nº 179.147, onde se afirma expressamente que: “Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 179.147-1 São Paulo**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrida: Anália Vieira dos Santos. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 12 dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224285>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 1). Tal entendimento foi reiterado em acórdãos posteriores, a exemplo de: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 369.820-6 Rio Grande do Sul**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Maria Anísia Hauschild. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 4 nov. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261622>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 1.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012

³⁵ MELLO, op. cit., p. 13.

legal de evitar o dano³⁶. Para que ele ocorresse, algum agente do Estado, dolosa ou culposamente, haveria de ter-se omitido indevidamente no cumprimento de seus deveres funcionais. Desse modo, tal responsabilidade deveria ser forçosamente subjetiva, ainda que a análise da culpa devesse seguir parâmetros estritamente publicistas.

Em sentido diverso, a corrente³⁷ que entende que o referido art. 37, § 6º, não se prestaria a essa distinção, tendo em vista que, nas omissões, o Estado efetivamente *causa* o dano³⁸ – a omissão é erigida em causa pela norma constitucional³⁹. Dessa forma, não cabendo ao intérprete distinguir o que a Constituição não distinguiu, e a fim de melhor proteger o direito dos cidadãos, é que, em ambos os casos, a responsabilidade do Estado haveria de ser objetiva, à luz da teoria do risco.

Com a devida vênia dos defensores das correntes acima citadas, entende-se aqui que a controvérsia é mais aparente do que efetiva. Observe-se que, quando uma omissão é lícita –

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981. p. 13.

³⁷ Nesse sentido, entre outros: ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 199-205. p. 202; BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, vol. 47, p. 245-281, jul./set. 2011. p. 278; CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 221; FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100; MOREIRA, João Batista Gomes. Nexo de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 39, p. 33-42, set./out. 2006. p. 40; NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos do direito brasileiro positivo vigente: CF 37, §6º e CC 15. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 1, p. 29-42, jan./mar. 2000. p. 34; SILVA, Augusto Vinícius Fonseca. A responsabilidade objetiva do Estado por omissão. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 5-11, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo01.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2011. p. 8-9; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 210-211.

³⁸ Interessante notar, a respeito, que Orlando Gomes, apesar de não se referir especificamente à responsabilidade civil do Estado, chegou a estatuir claramente que “a omissão pode ser causa de dano indenizável, se havia obrigação de agir” (GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 64).

³⁹ O STF também já se manifestou expressamente nesse sentido, a saber: “A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 109.615-2 Rio de Janeiro**, da Primeira Turma. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrida: Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28 maio 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200815>>. Acesso em: 07 maio 2012. p.1).

ou seja, o Estado não tinha dever legal de agir para evitar o dano – não se pode identificar a culpa anônima do Estado. Tampouco se pode enxergar em tal omissão uma causa necessária do dano, a qual deverá ser buscada, assim, em um fato da natureza, de um terceiro ou da própria vítima. Por outro lado, caso o Estado tenha dever e condições efetivas de agir, e se tenha omitido ou retardado, configurada estará a culpa anônima, pela falta ou atraso do serviço, para os primeiros, ou, simplesmente, estabelece-se o nexo causal entre a omissão ilícita e o resultado danoso, para os segundos, por ser a referida omissão considerada causa necessária do evento danoso.

Em suma, o que para os defensores da responsabilidade subjetiva do Estado em caso de omissão é ausência de culpa anônima, para os seus opositores é simples falta de nexo causal, o que se reforça ante a concepção hodierna no sentido de que cabe ao Estado provar que o serviço funcionou, funcionou bem e tempestivamente. Altera-se apenas o filtro da responsabilidade, mas as conclusões a que chegam são rigorosamente as mesmas. Em ambos os casos, a decisão é tomada com base em juízos de ponderação.

Entende-se aqui que a expressão *culpa anônima* visa destacar, apenas, que, se o serviço não funcionou a contento, algum agente estatal laborou com culpa (em sentido largo). Mas, para a vítima, tal dado é despidendo, não importando apontar qual foi este servidor, nem sequer identificá-lo. Daí a qualificação da culpa como *anônima*, que, por ser irrelevante, não precisa ser analisada, com o que se recai na responsabilidade objetiva. Isto comprova a identidade atual entre as duas teorias.

Destaca-se ainda que um dos pressupostos adotados pela corrente que defende a responsabilidade subjetiva por culpa anônima nas omissões estatais não se coaduna com as atuais concepções jurídicas de conduta ensejadora de dano para fins de responsabilidade civil. Ao entender que a omissão não pode ser considerada “causa”, uma vez que somente ações desencadeiam consequências, tal doutrina assume caráter nitidamente mecanicista, numa fidelidade às ciências naturais incompatível com a realidade jurídica.

Como será exposto mais adiante⁴⁰, a questão do nexo causal, sob o ponto de vista jurídico, é questão de caráter normativo. Precisa, nesse sentido, é a lição de Orlando Gomes, para quem “o nexo causal pode estabelecer-se entre uma abstenção e um dano, no pressuposto de que aquele que não evita um fato danoso deve ser equiparado, para os efeitos jurídicos, a

⁴⁰ V. seção 4.2.1

quem o pratica⁴¹”. Nesse contexto, o Direito atribui à omissão a natureza de causa, quando impõe a alguém o dever de agir para impedir o resultado, quando lhe for possível fazê-lo.

Assim, não é qualquer omissão que poderá ser considerada causa de um dano, mas apenas aquelas omissões que o ordenamento jurídico qualificar como tais. E o CC/02, em seu art. 186, é expresso a erigir a omissão em causa, ao estatuir claramente que a omissão voluntária pode *causar dano a outrem*⁴². O próprio artigo refere que não se trata de qualquer omissão, mas apenas a voluntária, a qual, para fins de adaptação à responsabilidade objetiva (conjugação com os arts. 37, § 6º, da CF/88 e 927, parágrafo único, do CC/02), deve ser interpretada no sentido da omissão que não deveria ter ocorrido, ou seja, a que teve lugar, apesar do agente – no caso específico sob análise, do Estado – não só *dever* como também *poder* agir, uma vez que não é dado exigir de ninguém uma prestação impossível.

Na falta de maiores esclarecimentos acerca da causalidade na omissão, é lícito recorrer ao Código Penal (CP) vigente, âmbito no qual os estudos sobre a omissão é mais desenvolvido. Lá, *ex vi* do art. 13, § 2º, considera-se relevante a omissão quando “o omitente devia e podia agir para evitar o resultado⁴³” – no que se confirma a ilação até aqui formulada. As alíneas do citado parágrafo trazem disciplina mais específica, atribuindo, expressamente, o dever de agir a quem “tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado⁴⁴”. Nesse diapasão, na omissão entende-se existir uma expectativa normativamente gerada de prática de uma conduta que teria evitado o dano⁴⁵.

Disso decorre que o ordenamento jurídico somente admite que a omissão seja considerada causa quando for contrária ao direito, e cause dano. Tais são os mesmos elementos do conceito de ato ilícito em sentido amplo, visto *supra*⁴⁶, o que leva muitos dignos autores a defender que no caso se tratará, forçosamente, de responsabilidade subjetiva, confundindo a situação com o ato ilícito em sentido estrito, que pressupõe culpa. Contudo, ainda que seja possível reconhecer a ilicitude *stricto sensu* na omissão para fins de

⁴¹ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79.

⁴² BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁴³ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, vol. 47, p. 245-281, jul./set. 2011. p. 252.

⁴⁶ V. seção 4.

reconhecimento da responsabilidade civil, isto não significa que a responsabilidade deverá ser subjetiva: a objetivação da responsabilidade, levada a cabo pelo art. 37, § 6º, da CF/88, não altera o conceito estrito de ato ilícito, apenas o torna irrelevante para a eventual atribuição da obrigação de indenizar. O dever de agir virá para tornar a omissão relevante dentro da esfera da relação de causalidade, não da do elemento subjetivo⁴⁷.

Assim, qualquer que seja o caso posto em análise, ambas as correntes chegarão exatamente às mesmas conclusões, utilizando-se tão somente de fundamentos diferentes. Dessa forma, aqui se defende que não há que se fazer distinção entre condutas comissivas ou omissivas para fins de atribuição de responsabilidade objetiva ao Estado, porém nada obsta que se utilize da teoria da culpa anônima, nas hipóteses em que a mesma facilite a argumentação e a compreensão da controvérsia. O que a Constituição faz, não só em relação às omissões estatais, mas também às suas ações, é legitimar o lesado a obter reparação pelo dano causado sem necessitar discutir o elemento subjetivo, não havendo óbice a que o mesmo, se assim lhe aprouver, fundamente sua ação em eventual culpa, seja anônima do Estado, seja individual de algum funcionário.

Pode-se provar o aqui exposto a partir da análise do clássico caso da falha do serviço de segurança pública. Obviamente, o Estado não pode ser responsabilizado por todos os furtos de veículos ocorridos em vias públicas, do contrário, os contratos de seguro de automóveis seriam ociosos. Para obter a reparação, o lesado deve provar o que a doutrina vem chamando de “omissão específica”, ou seja, que o Estado, na situação, posto que devesse e pudesse ter agido, não agiu. Para tanto, poder-se-ia provar que o veículo estava estacionado em local onde havia uma ronda da polícia militar, e que os policiais, apesar de terem visto o furto, nada fizeram para impedir. Essa argumentação lastreia-se na negligência dos agentes, que não cumpriram com o seu dever legal de agir para impedir a prática do crime (culpa individual). Poder-se-ia argumentar, ainda, que o serviço, podendo funcionar, não funcionou, sendo desnecessária a prova de quais policiais estavam naquela situação, mas simplesmente que, praticado um furto na frente de policiais, espera-se do serviço que o furto seja evitado (culpa anônima). Mas a presença dessas “culpas” não obsta que a ação seja lastreada, simplesmente, na responsabilidade objetiva: o não funcionamento do serviço de segurança pública, quando havia condições efetivas de se evitar o dano, é causa necessária do furto, ensejando o dever de indenizar. A diferença, pois, é, simplesmente, de linha de argumentação.

⁴⁷ BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, vol. 47, p. 245-281, jul./set. 2011. p. 271.

Tal ideação tem consequências relevantes inclusive de caráter processual. Caso alguém ajuíze ação de reparação de danos fundamentando-se na teoria da culpa anônima, mas o juiz a acolha com base na teoria do risco (ou o inverso), não haverá de se falar em julgamento *extra petita*, já que são apenas diferentes qualificações jurídicas para a análise dos mesmos fatos.

Outra consequência relevante é que há de ser considerado prequestionado o tema da responsabilidade omissiva, quando o acórdão recorrido ressaltar apenas a presença de conduta omissiva culposa, anônima ou individual de agente do Estado, e o recurso especial (REsp.) ou extraordinário quiser ver discutida a questão da ausência denexo de causalidade normativo, ou *vice versa*. A conduta culposa, individual ou anonimamente, e o nexode causalidade ganham o mesmo espaço de discussão, distinguindo-se no que se refere ao “momento da estrutura de enfrentamento”, de modo que os argumentos utilizados para defender uma concepção aproveitam-se na defesa da outra⁴⁸.

4.2 NEXO CAUSAL

Por nexocausal, entende-se o vínculo que liga o dano à conduta ou à atividade do agente⁴⁹. “É a indispensável relação de causa e efeito para que o dano possa ser juridicamente relevante⁵⁰”. Nas condutas ativas, o nexoe físico, naturalístico, enquanto nas omissões, o nexoe estabelecido a partir de um dever de agir para evitar um dano, normativamente fixado.

Um dos pontos mais árduos da responsabilidade civil é saber quais danos podem ser considerados causados por determinado fato, pois nem sempre é fácil saber se a contribuição de um fato para um dano é suficiente para considerá-lo gerador deste. Além do que, nem tudo que no mundo dos fatos pode ser considerado causa de um evento, o é juridicamente⁵¹. Ademais, muitas vezes um só dano deriva de uma pluralidade de causas, e outras tantas vezes,

⁴⁸ BORGES, Flávio Marcelo Sérvio. **Responsabilidade do Estado por omissão objetiva ou subjetiva: distinção real ou aparente?** [s.l.]: Emagis, [2010]. Disponível em: <<http://www.emagis.com.br/arquivos/downloads/artigo-responsabilidade-por-omissao-subjetiva-ou-objetiva-com-logo-91291610.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2012. p. 6.

⁴⁹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 31.

⁵⁰ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexocausal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=65363>>. Acesso em: 20 maio 2012. p. 2.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.55.

pode haver vários danos ligados a um só fato⁵², situação que se costuma identificar por “causalidade múltipla”.

Num encadeamento de circunstâncias, nem sempre é possível apontar qual a causa direta do fato gerador do dever de ressarcimento⁵³. A relevância do tema reside, pois, na adoção de parâmetros que permitam interromper o fluxo infinito dos acontecimentos, que constituem um novelo confuso de múltiplas relações de causalidade, em um ponto determinado. Contudo a decisão acerca do ponto em que tal fluxo deve ser interrompido – e, portanto, a quem o dano deve ser atribuído – constitui-se numa escolha dentre múltiplas opções disponíveis. Nessa decisão, o responsável jurídico pelo dano pode ser uma pessoa, a própria vítima, uma coletividade ou até mesmo o destino⁵⁴. E, como toda decisão, deve necessariamente ser motivada de forma racional⁵⁵.

Nesse contexto, três grandes teorias disputam a preferência dos juristas: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade imediata e a teoria da causalidade adequada, as quais merecem algumas considerações.

4.2.1 Teorias para aferição do nexu causal

Pela teoria da equivalência das condições (ou teoria da equivalência dos antecedentes, ou teoria da *conditio sine qua non*), qualquer dos fatos que tenha influído no evento danoso deve ser considerado dele causa. Adotada no direito penal⁵⁶, utiliza-se de uma operação mental, indutiva e hipotética, para excluir determinada circunstância da realidade. Se o evento, ainda assim, ocorreria da forma que ocorreu, essa circunstância não poderá ser considerada causa.

A crítica que se faz a tal teoria é que ela permite uma regressão *ad infinitum*, tornando-se, pois, inútil para a aferição da responsabilidade civil. No direito penal, tal dificuldade é

⁵² NORONHA, Fernando. O nexu de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 816, p. 733-752, out. 2003. p. 734.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.78.

⁵⁴ PÜSCHEL, Flávia Portela. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Revista DireitoGV**. São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 91-107, maio 2005. p. 96-97.

⁵⁵ V. Seção 6.4.2, *infra*.

⁵⁶ O art. 13 do CP agasalha expressamente essa teoria, embora o seu § 1º a tempere, admitindo a exclusão do nexu na ocorrência de causa superveniente relativamente independente que por si só tenha produzido o resultado (BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

contornada pelo parâmetro da tipicidade – poderoso filtro pelo qual somente as condutas previstas expressamente em lei como tipos penais, integrantes da cadeia causal do resultado, podem ser consideradas para tais efeitos. Como a tipicidade não tem lugar no direito civil, sua adoção resta aqui inviabilizada, pela possibilidade virtualmente ilimitada de extensão da responsabilidade.

Já a teoria da causalidade adequada considera como causa apenas o fato idôneo a produzir o dano. O ato deve ser, *in abstracto*, condição essencial da sua realização⁵⁷. Com tal teoria, visou-se superar as insuficiências da anteriormente referida, conferindo certa flexibilidade na caracterização do nexos de causalidade, mediante a introdução, em seu conceito, dos termos de razoabilidade e previsibilidade do dano segundo o curso ordinário das coisas, num juízo de probabilidade. Nesse sentido, identifica-se se uma condição é causa a partir de uma prognose retrospectiva: o observador coloca-se hipoteticamente em momento anterior à ocorrência do fato considerado, e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída; do contrário, a causalidade será adequada⁵⁸. “A causalidade adequada, como se vê, envolve não um juízo concreto acerca da causa do evento danoso, mas uma avaliação abstrata fundada em um princípio de normalidade⁵⁹”.

A teoria da causalidade adequada possui duas formulações: a positiva e a negativa. Para a formulação positiva, causa será o fato que normalmente favoreça a produção do dano; para a negativa, não será causa o fato indiferente para a produção do dano, isto é, se o dano não puder ser considerado consequência extraordinária do fato, a causalidade restará estabelecida. A sutil diferença entre as formulações não deve ocultar a sensível distinção: o dano acontecido pode não ser consequência provável do fato, mas tampouco ser consequência excepcional. Se a formulação positiva confirmar a causalidade, não é necessário recorrer à negativa – a qual amplia a probabilidade de reparação do dano, favorecendo o lesado. Isto se dá sobretudo porque, na formulação positiva, o ônus de provar o nexos causal é lançado sobre a vítima. Na negativa, provada a condicionalidade, fica presumida a adequação, cabendo ao

⁵⁷ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 80.

⁵⁸ NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 816, p. 733-752, out. 2003. p. 742.

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58.

indigitado autor do fato a prova de que, apesar da condicionalidade, a conduta foi indiferente à produção do resultado – o qual deve ser atribuído a outra condição⁶⁰.

Há quem entenda que essa ideação não é incompatível com o art. 403 do CC/02, o qual dispõe que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes *por efeito dela direto e imediato*, sem prejuízo do disposto na lei processual⁶¹” (grifos acrescidos). De acordo com o contexto em que surgiu o preceito (originalmente, no Brasil, com a edição do CC/16, em seu art. 1.060⁶²), sua finalidade foi apenas pôr um limite à cadeia de consequências que poderiam ser consideradas pela teoria da equivalência dos antecedentes⁶³. A interpretação que se tem dado ao citado dispositivo é que, por “efeito direto e imediato”, deve-se entender não a causa cronologicamente mais próxima do evento danoso, mas a que foi mais direta ou determinante, segundo o curso natural e ordinário das coisas.

A crítica lançada contra a teoria da causalidade adequada reside justamente em seu caráter probabilístico, do que decorre uma inafastável incerteza quanto ao estabelecimento do nexos causal, o que a fragiliza⁶⁴.

Por fim, a teoria da causalidade imediata (ou do dano direto e imediato, também chamada de teoria da interrupção do nexos causal) considera, como causa, o fato do qual o dano deriva mais proximamente. Causa jurídica seria “apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva⁶⁵”. Esta parece ter sido a teoria abraçada pela literalidade do CC/02, no citado art. 403 – o qual praticamente reproduziu o então art. 1.060 do CC/16.

Hodiernamente, tem-se criticado tal teoria, considerando-se que a mesma, em diversas situações, apresenta-se excessivamente restritiva, “especialmente nos casos nos quais a causa indireta do prejuízo associava-se à causa direta de modo muito intenso⁶⁶”. Passou-se, assim, a dar, inclusive no âmbito da jurisprudência⁶⁷, uma interpretação que refoge à meramente literal

⁶⁰ NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 816, p. 733-752, out. 2003. p. 743.

⁶¹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁶² BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁶³ NORONHA, op. cit., p. 748.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 59.

⁶⁵ Ibid., p. 60.

⁶⁶ Ibid., p. 61.

⁶⁷ Exemplificativamente: “ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ATO COMISSIVO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR DETENTO QUE, NA HORA DO EVENTO, DEVERIA ESTAR RECLUSO EM PRISÃO-ALBERGUE - AGENTES ESTATAIS

do art. 403 do CC/02 (o que já ocorria mesmo em face do Código anterior). A adoção pura e simples de tal teoria levaria a iniquidades, como por exemplo, no famoso caso de um sabotador fragilizar a barra de direção de um veículo. O condutor, ignorando tal fato, conduz o veículo e acaba por atropelar um transeunte. Pela teoria da causalidade imediata, a morte do transeunte não poderia ser imputada ao sabotador, pois seria um mero dano indireto: a causa imediata teria sido a condução do veículo pelo motorista.

Na verdade, a inquietação com a teoria da causalidade direta e imediata, literalmente adotada pelo CC/02, e consagrada em arestos jurisprudenciais⁶⁸, ensejou uma evolução da

QUE POSSIBILITAVAM, REITERADAMENTE, QUE O CONDENADO DORMISSE FORA DA PRISÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 07/STJ - VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS - ART. 160 DO CC/16 - ART. 403 DO CC/02 - FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL - TEORIA DOS DANOS DEPENDENTES DE SITUAÇÃO PRODUZIDA PELO ESTADO DIRETAMENTE PROPICIATÓRIA - DOUTRINA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. 1. A moldura fática estabelecida na instância ordinária dá conta de que o acidente – dano – ocorreu diretamente por culpa do condutor do veículo, que deveria estar, naquele momento, recluso, porque cumpria prisão-albergue, em progressão de pena privativa de liberdade; e só não estava recolhido ao sistema prisional em razão de agentes estatais possibilitarem, quotidianamente, que o causador do dano dormisse fora. 2. Saber se o ato do agente policial que permitiu, propositadamente, a saída do causador do dano da custódia estatal, por si só, é apto a estabelecer ou não a correlação lógica entre o alegado ato e o sobredito dano é questão que diz respeito à qualificação jurídica dos fatos já assentados na instância ordinária, não revolvimento da matéria fática. Não incidência do enunciado n. 07 da Súmula do STJ. 3. A questão federal está em saber se, para a configuração do nexo causal no âmbito do fato do serviço, basta a atuação estatal correlacionada, ainda que mediata, ao dano, somada à ausência das excludentes do nexo – culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. 4. Análise da doutrina de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (in Curso de Direito Administrativo; Malheiros; 21ª ed.; p. 971-4) dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória, o que faz surgir a responsabilidade objetiva do Estado por ato comissivo. 5. Ainda que se possa afirmar que existe, nestes casos, a possibilidade da configuração de um nexo causal indireto, é importante ter em mente que, mesmo diante da situação fática criada pelo Estado, ou seja, impor-se ao condenado que durmisse [sic] fora do local a ele destinado pelo sistema penitenciário, o acidente automobilístico realmente está fora do risco criado, não guardando a lesão sofrida pela vítima, em local distante do "prédio onde sedia a fonte do risco", nexo lógico com o fato do serviço. 6. Inexiste, *in casu*, nexo causal, porque a causa não é idônea para o dano produzido. Correta, portanto, a tese do acórdão recorrido, que pode ser assim resumida: "*Análise essencial do nexo de causalidade. A lei brasileira (antiga e atual) adotou a teoria da causalidade adequada. Assim, somente o fato idôneo ou adequado para produzir o dano é de ser levado em consideração para o estabelecimento de responsabilidade. Inteligência do art. 1.060, hoje do art. 403 do Código Civil.*" 7. Alínea "c". Dissídio jurisprudencial não configurado. Existe similitude fática apenas com um acórdão paradigma, mas que traz fundamentação eminentemente constitucional (Constituição Federal de 1967) para a resolução da controvérsia. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 669.258 - RJ**, da Segunda Turma. Recorrente: Sylvio Nunes Rodrigues e Outro. Recorridos: Estado do Rio de Janeiro e Cláudio Acizo Dutra. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 27 fev. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=674756&sReg=200400817152&sData=20090325&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012. p. 1).

⁶⁸ Por exemplo: "Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no paragrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a

mesma, passando-se a considerar causa direta e imediata como a causa *necessária* do dano, pouco importando se a mesma é cronologicamente próxima ou remota. Trata-se da chamada subteoria da necessariedade da causa. Para essa teoria, danos indiretos são indenizáveis se se configurarem como consequência necessária da conduta tida como causa⁶⁹.

Orlando Gomes já adotava esse entendimento, com a preocupação de evitar iniquidades. Para ele, a expressão “direto e imediato”, prevista no CC/16, tinha por finalidade excluir os danos indiretos remotos, de modo que a configuração do nexos causal entre o dano e o fato somente será estabelecida se este vier a ser “sua causa necessária, isto é, direta, no sentido de que não pode ser atribuído a outra⁷⁰. Dessa forma, torna-se mais flexível tal teoria, que passa a admitir, vinculados ao nexos causal, danos que, na acepção original, seriam considerados meramente indiretos e mediatos⁷¹.

Observa-se, pois, que ao equiparar dano “direto e imediato” a dano “necessário”, tal concepção se aproxima da teoria da causalidade adequada, em sua formulação positiva, mas mantém menor amplitude. Toda conduta necessária é adequada para a produção do dano, ainda que nem toda conduta adequada seja necessária, no sentido de inevitável.

A jurisprudência também andou por esse caminho. Não raro, quando busca nessa teoria algum apoio, acaba por decidir, simplesmente, de acordo com o bom senso e com a invocação apenas da expressão literal do citado art. 403, considerando que o dano é “direto e imediato” quando entendê-lo merecedor de reparação, ou “dano indireto”, quando entender o

da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexos de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexos de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário n. conhecido e provido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 130.764-1 - Paraná**, da Primeira Turma. Recorrentes: Estado do Paraná e Ministério Público do Paraná. Recorridos: H. Kaminsky & Cia. Ltda. e Outros. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 maio 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 1).

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da responsabilidade civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

⁷⁰ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 80.

⁷¹ MOREIRA, João Batista Gomes. Nexos de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 39, p. 33-42, set./out. 2006. p. 38.

oposto⁷². Surge, assim, “uma verdadeira profusão de raciocínios inconciliáveis que desafiam a redução das decisões judiciais a um posicionamento minimamente uniforme⁷³”.

Tal vacilação restou particularmente explícita nos debates ocorridos no STF por ocasião do julgamento do RE nº 409.203-4. Em tal aresto, discutiu-se a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul pelos danos causados por presidiário evadido, que cumpria pena em regime aberto, mas que, no dia do fato, não regressou para o presídio onde deveria passar a noite. Merece destaque o fato de que o referido apenado já se tinha evadido outras sete vezes.

O relator originário, Min. Carlos Veloso, entendeu, fundamentando-se na teoria do dano direto e imediato, pela ausência de nexos causal entre a fuga do apenado e os danos sofridos pela vítima, em virtude do longo lapso temporal entre a fuga e o crime⁷⁴.

A seu turno, o relator para o acórdão, Min. Joaquim Barbosa, considerou que o fato danoso foi praticado pelo presidiário durante sua oitava fuga. Apesar da contumácia das evasões, omitiu-se o Estado no dever de efetivar a regressão do regime prisional, na forma determinada pela lei de execuções penais, pelo que reconheceu presente o nexo causal, para o que se louvou na mesma teoria que o Min. Carlos Veloso utilizou para afastá-lo: a omissão em efetivar a regressão do regime foi identificada, por ele, como causa imediata do dano sofrido pelas vítimas⁷⁵.

A divergência foi seguida pela Min. Ellen Gracie, para quem se identificava, no caso, “a imediatidade da conexão entre o ato omissivo dos agentes estatais e o grave episódio danoso”, pois “somente por inação dos agentes estatais, ainda não se havia procedido a regressão de regime em decorrência das fugas sucessivas⁷⁶”. Outro não foi o entendimento do

⁷² NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 816, p. 733-752, out. 2003. p. 741.

⁷³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 409.203-4 Rio Grande do Sul**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lucia Terezinha Pereira Iorio. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 7 mar. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 16; 25.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 409.203-4 Rio Grande do Sul**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lucia Terezinha Pereira Iorio. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 7 mar. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 22

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 409.203-4 Rio Grande do Sul**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lucia Terezinha Pereira Iorio. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 7 mar. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 32.

Min. Celso de Mello: “esta omissão do Estado do Rio Grande do Sul foi causa direta do evento danoso. Diante das inúmeras fugas do condenado, a autoridade competente tinha o dever de ser mais vigilante e de promover a regressão do sentenciado em referência no regime de cumprimento da pena⁷⁷”.

Tal aresto demonstra, às escâncaras, que a mesma teoria, a do dano direto e imediato, é passível de ser trabalhada à luz da razoabilidade. Tanto é que ambos os relatores, o originário e o para o acórdão, fundaram-se na mesma teoria: um para dizer que o dano não era direto, o outro para dizer exatamente o oposto. Isso demonstra uma flexibilização das concepções denexo causal, num reforço à centralidade do dano como elemento nuclear da responsabilidade civil.

4.2.2 Excludentes e concausas

Como visto, a depender da teoria adotada, variarão os fatores considerados determinantes para o resultado danoso, os quais serão alçados à categoria de causas. Os demais, que influenciaram o evento, serão meras condições. Nesse sentido, causa e condições não diferem ontologicamente, mas apenas na qualificação jurídica que lhes são emprestadas pelo ordenamento⁷⁸.

O causador físico do dano pode ser uma força da natureza, um terceiro ou a própria vítima, casos em que poderão ser identificadas as chamadas causas excludentes do nexode causalidade: a saber, respectivamente, caso fortuito ou força maior⁷⁹, conduta exclusiva de terceiro, e conduta exclusiva da vítima. Tais causas impedem o estabelecimento da relação causal entre a conduta estatal e o dano, não permitindo o surgimento da responsabilidade do Estado caso tenham produzido o resultado.

Entretanto tem-se assistido a uma gradual relativização do poder de filtro dessas excludentes, cada vez mais afastadas na análise da identificação do nexocausal entre o dano e

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 409.203-4 Rio Grande do Sul**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lucia Terezinha Pereira Iorio. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 7 mar. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 39.

⁷⁸ NORONHA, Fernando. O nexode causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 816, p. 733-752, out. 2003. p. 734-735.

⁷⁹ Não se aprofundará, em virtude das limitações deste trabalho, as numerosas propostas de distinção entre os conceitos de caso fortuito e força maior, lembrando apenas que os mesmos se aproximam por trazerem consequências inevitáveis.

a conduta apontada, com vistas à proteção da vítima⁸⁰. Nessa linha, tem-se distinguido as noções de fortuito interno e fortuito externo, sendo o primeiro aquele que se liga à pessoa ou à empresa do responsável. Trata-se de uma impossibilidade relativa de evitar o dano, ou seja, uma impossibilidade *para o agente*. Já o fortuito externo corresponde à ocorrência de um fato sem ligação alguma com a empresa ou a pessoa do responsável, sendo uma impossibilidade absoluta, para todos⁸¹.

Assim, no contexto da responsabilidade objetiva, somente o fortuito externo deve ser considerado excludente de causalidade, uma vez que o fortuito interno integra o risco da atividade⁸². Não obstante, a jurisprudência pátria tem estendido a responsabilidade por risco em casos de fortuitos externos, quando o mesmo é considerado uma causa conexas à atividade do autor. Destaca-se que o fato de terceiro pode ser, em tudo, equiparado à situação de caso fortuito, uma vez que, não havendo qualquer domínio do indigitado responsável sobre a conduta de quem com ele não mantém relação, tal conduta afigura-se, de regra, imprevisível. Por tal razão, aplica-se a tal excludente o mesmo raciocínio desenvolvido supra, a respeito de diferenciar se o mesmo decorre de fator completamente externo à atividade, caso em que não haverá responsabilidade, ou se o decorre de uma atividade conexas ou dá ensejo a uma situação de estado de necessidade⁸³. Nesses casos, embora não se exonere a responsabilidade, poderá o responsabilizado manejar ação de regresso em face do verdadeiro culpado⁸⁴.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 68.

⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 854, p. 11-39, dez. 2006. p. 30.

⁸² DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 62.

⁸³ São exemplos reconhecidos pela jurisprudência nacional: danos causados por *assaltos ocorridos em estacionamento de hipermercado e shopping center* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 419.059 - SP**, da Terceira Turma. Recorrentes: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, Supermercados Paes Mendonça S/A, Julie Caroline França Jordão e outros. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 out. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=437266&sReg=200200214026&sData=20041129&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012); *no interior de agência bancária* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento n. 997.929 - BA**, da Quarta Turma. Agravante: Banco Bradesco S/A. Agravados: Isa Novas Sobral e Outros. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 12 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1051538&sReg=200702949009&sData=20110428&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012); *extravio de talonário de cheques durante o transporte, posteriormente utilizado* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 685.662 - RJ**, da Terceira Turma. Recorrente: Rita de Cássia de Sousa Machado. Recorrido: Banco ABN Amro Real S/A. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 10 nov. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=593103&sReg=200401229836&sData=20051205&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012); Recentemente, uniformizando o entendimento em face dos precedentes sobre atividade bancária, foi editada a Súmula n. 479 do Superior Tribunal de Justiça: “*as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, a causa do dano pode ser a conduta exclusiva da própria vítima, cabendo, no particular, a análise das hipóteses de consentimento do ofendido e da assunção do próprio risco. Ainda que de risco seja a atividade, não caberá a responsabilização do suposto autor quando o bem jurídico lesado for disponível e a vítima tiver dado seu consentimento, nem quando a vítima tenha, voluntária e conscientemente, assumido o risco de dano a bem jurídico indisponível⁸⁵.

Há situações, porém, em que tais excludentes não possuem aptidão para, por si sós, produzirem o resultado danoso, somando-se a outra conduta para, em conjunto, gerarem o dano. Em situações tais, tratar-se-ão de *concausas*, que não impedirão o nexos causal, mas atenuarão, proporcionalmente, a responsabilidade. Concausas são, portanto, outras causas que têm capacidade de influenciar o processo de relação de causalidade já em andamento⁸⁶.

Como visto, não é fácil a determinação do nexos causal, sobretudo quando se aborda situação para a qual concorre uma pluralidade de circunstâncias. E, a depender das premissas teóricas adotadas, diversas podem ser as conclusões obtidas, não raro absolutamente opostas⁸⁷.

Mas algumas decorrências podem ser inferidas do quanto até aqui exposto. As concausas pré-existentes, na medida em que já existiam ao momento da deflagração do nexos causal, não têm aptidão para rompê-lo. Com relação às concausas supervenientes, somente serão aptas a romper o desdobramento causal quando venham a adquirir o status de causa necessária do dano, tendo, nesse sentido, por si só produzido o resultado danoso. Não o fará caso apenas agrave ou reforce o *iter* causal. Idêntico raciocínio pode ser feito em relação às concausas concomitantes⁸⁸.

O indigitado autor do fato danoso poderá escusar-se da indenização, nesse sentido, se provar que, apesar da necessidade da causa, o dano aconteceu efetivamente em virtude de um fato novo – concomitante ou superveniente – e independente, que sozinho pode ser considerado a origem do liame causal e, por isso, exclui a anterior relação de causalidade.

Súmula n. 479. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn='000000955'>>. Acesso em 08 ago. 2012).

⁸⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 854, p. 11-39, dez. 2006. p. 31.

⁸⁵ MORAES, loc. cit.

⁸⁶ BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de causalidade e o dever de indenizar. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 27, p. 32-41, jul./set. 1998. p. 37.

⁸⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=65363>>. Acesso em: 20 maio 2012. p. 2.

⁸⁸ BARROS, loc. cit.

Nesse conjunto se incluem os referidos fatos qualificados como casos fortuitos, de força maior, de terceiros ou da própria vítima⁸⁹.

É válido lembrar que, nos casos de responsabilidade estatal por omissões, a causalidade será estabelecida justamente por uma dessas causas: o causador real do dano é a força da natureza, o terceiro ou a própria vítima. Mas o Estado responderá por ter, como dito, um dever legal de evitar tal dano, pelo que já se afirmou que nesses casos a causalidade é normativa⁹⁰. Mas, para atrair a responsabilidade, o Estado tem que ter, em concreto, condições efetivas de impedir a produção do dano. Assim, as omissões estatais ou serão ilícitas, por violar o referido dever de agir, ou não ensejarão a responsabilidade do Estado.

Conquanto predomine na prática dos tribunais a teoria da causalidade necessária, tem-se que, cada vez mais, afigura-se inviável uma uniformidade, vez que os intrincados problemas gerados pela causalidade impõem a adoção, pelo julgador, do preceito da razoabilidade. Referido entendimento se coaduna com a complexidade inequívoca da causalidade múltipla, realidade fática que se entrelaça com o paradigma da pós-modernidade e impõe a análise *in concreto* de cada situação fática, a fim de obter a justa solução. Assim, tem-se que a determinação do nexos causal torna-se, inexoravelmente, uma questão de fato. A própria jurisprudência brasileira, como observou Tepedino, apresenta uma variedade de soluções, decorrente de uma diversidade de hipóteses, sendo aparentemente contraditória⁹¹, mas o que se deve lembrar é que, no particular, nenhuma teoria ou regra deve ser aplicada de forma automática.

Nesse diapasão, a expressão “dano direto e imediato”, contemplada tanto no Código Civil vigente como no anterior, presta-se à interpretação dos juristas, uma vez fixado que sua significação não é afeita apenas a um critério cronológico. Apenas à luz de cada caso concreto é que se poderá identificar se determinado fato foi ou não causa do dano, para o que será essencial o recurso à razoabilidade, seja para qualificá-lo como causa adequada, seja como causa necessária. Isso demonstra que tais teorias não se distinguem ontologicamente: trata-se, antes, de uma questão de grau de convencimento. A extrema vacilação doutrinária é demonstração da real impossibilidade de apartar tais teorias.

⁸⁹ NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 816, p. 733-752, out. 2003. p. 750.

⁹⁰ V. seção 4.1.2, *supra*.

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Jurídica**. [São Paulo], ano 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002. p. 15.

O que não se pode aceitar é que se aponte, arbitrariamente, um dos fatos integrantes da cadeia causal como o fato gerador da responsabilidade⁹². Portanto a decisão que considerar determinado fato como causa necessária do dano alegado deve ser racionalmente fundamentada, à luz de um juízo de ponderação lastreado na máxima da proporcionalidade⁹³.

O exposto demonstra que se constata, cada vez mais, “a erosão do nexos causal como filtro da reparação⁹⁴”. Nesse contexto, deve-se ter o cuidado para que a ampla margem de discricionariedade na aferição da causalidade jurídica não resulte em insegurança no que concerne às próprias responsabilidades, nem produza decisões incoerentes. Já se afirmou que na análise do nexos causal interferem “fatores os mais variados, de cunho mais político, moral e ideológico do que jurídico, e que tornam verdadeiramente imprevisível o resultado de certas demandas⁹⁵”, contra os quais se deve acautelar.

Do contrário, restarão estimulados pedidos de reparação fundados mais na penúria da vítima do que na possibilidade jurídica de imputação do infortúnio ao sujeito apontado como responsável, ensejando a chamada vitimização social ou *blame culture*⁹⁶. Trata-se de postura a se evitar, por constituir um desvio de finalidade da teoria da responsabilidade civil, que “imputa a responsabilidade de tragédias pessoais a outros indivíduos ou agentes econômicos que acabam suportando, individualmente, um ônus que uma postura coerente atribuiria à sociedade como um todo, e não simplesmente à pessoa mais próxima da fatalidade⁹⁷”. O infortúnio puro e simples deve ser objeto de preocupação da assistência ou da previdência social, não da responsabilidade civil, a qual possui pressupostos próprios para sua mobilização.

Tal preocupação, contudo, tem importância diferenciada quando o causador do dano é o Estado, tendo em vista que a condenação que lhe venha a ser imposta já implica, pela sua própria natureza, na repartição desse ônus por toda a sociedade, que o financia. A questão, assim, ganha outra coloração: a de definir, razoavelmente, os danos que merecem ser compartilhados por toda a sociedade (quando caberá ao Estado assumi-los) e os danos que devem ser suportados individualmente pela vítima. Mas, como visto, a análise do nexos perde

⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.80.

⁹³ Que, como adiante se demonstrará (seção 6.4), são premissas do direito fundamental à boa administração e à boa jurisdição.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 66-67.

⁹⁶ PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A socialização da responsabilidade civil: a evolução do subjetivo-liberal ao objetivo-social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 32, p. 65-77, dez. 2011. p. 71.

⁹⁷ SCHREIBER, *op. cit.*, p. 79.

sua relevância nesse particular, restando, pois, apenas ao *dano* o papel de elemento filtrante da responsabilidade.

4.3 DANO

O dano é, atualmente, o elemento central da responsabilidade civil. Há muito se fala de responsabilidade sem culpa; já se defende a responsabilidade sem nexos causal (teoria do risco integral); até responsabilidade sem conduta específica se defende (teoria do risco social). No entanto ninguém ainda ousou defender a responsabilidade sem dano, uma vez que tal elemento participa, inclusive, do próprio conceito de responsabilidade civil. Não havendo dano, não há o que reparar, de modo que a responsabilidade sem dano implicaria em enriquecimento sem causa, vedado por princípio geral em nosso ordenamento.

Trabalha-se, isso sim, com a amplitude do conceito de dano, atualmente havendo quem pregue, para além dos clássicos danos material e moral, o dano à imagem e o dano estético. Na jurisprudência italiana, colhem-se exemplos de “dano à vida de relação”, “dano pela perda de concorrencialidade”, “dano por redução de capacidade laboral genérica”, “dano sexual”, “dano hedonístico” e “dano existencial de emissão de ruído”; a jurisprudência comunitária europeia já reconheceu “dano de férias arruinadas”; na Europa já se fala de “dano de *mobbing*”, “dano de *mass media*”, “dano de processo lento”, “dano de brincadeiras cruéis (*bullying*)”, gerando o temor de que a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência possam ir muito longe⁹⁸.

Entretanto não é qualquer dano que será indenizável. Nem todas as pessoas que causam prejuízos a outrem estão obrigadas a indenizá-lo, nem tampouco todo dano deve ser ressarcido. Os danos são aspectos inerentes da vida em sociedade. É preciso, pois, ao lado de saber em que circunstâncias nasce a obrigação de reparar o dano causado, quais são os prejuízos indenizáveis⁹⁹.

Ante a erosão do poder filtrante da culpa e do nexos causal, visto nas seções anteriores deste trabalho, resta o dano como último filtro à expansão ilimitada da responsabilidade – o que comprometeria sua dignidade como instituto jurídico tendente ao reequilíbrio patrimonial.

⁹⁸ Para maiores referências a essas novas espécies de dano, que não constituem objeto do presente trabalho, v. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.91-95.

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 83.

Com isso, o dano passa a funcionar como uma cláusula geral, que permite averiguar, em cada caso concreto, “se o interesse alegadamente violado consiste, à luz do ordenamento jurídico vigente, em um interesse digno de proteção, não apenas em abstrato, mas, também e sobretudo, face ao interesse que se lhe contrapõe¹⁰⁰”.

Portanto é necessário que tal elemento possua algumas características para ensejar a responsabilização estatal. Nesse sentido, tradicionalmente, o que se deve investigar por primeiro é se o dano constitui-se em uma efetiva violação a direito ou interesse juridicamente tutelado. Não é qualquer prejuízo que basta para acionar o cânone fundamental da responsabilidade¹⁰¹, é imperioso tratar-se da configuração de um dano *jurídico*: não é suficiente que haja uma mera repercussão econômica negativa, tal prejuízo deve corresponder a uma lesão a um direito¹⁰². Em outras palavras, há que se averiguar se “o interesse dito lesado corresponde a um interesse merecedor de tutela em abstrato, ou seja, se vem protegido por alguma norma do ordenamento jurídico¹⁰³”.

Ademais, como decorrência do que se acabou de afirmar, deve ainda o dano ser qualificado como *certo*, isto é, efetivo, e não meramente eventual ou possível, a ser razoavelmente quantificado. O dano certo abrange tanto o dano emergente quanto o lucro cessante, além da perda de uma chance. Ressalta-se que o dano certo não precisa ser atual, podendo ser futuro, desde que seja consequência necessária, inevitável e previsível da conduta¹⁰⁴, numa avaliação também permeada pela razoabilidade. Nesse sentido, cabe observar que o art. 402 do CC/02 foi claro ao prever que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que *razoavelmente* deixou de lucrar¹⁰⁵”. O que efetivamente se perdeu corresponde aos danos emergentes: por já acontecidos, sua quantificação deve ser realizada, para fins de liquidação do dano. A seu turno, aquilo que se deixou de ganhar não implica em uma análise

¹⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 140.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981. p. 12.

¹⁰² Exemplos de danos evidentemente econômicos, mas não jurídicos, podem ser identificado com a transferência da sede das Varas do Trabalho de Salvador, do bairro de Nazaré para o bairro do Comércio, ocorrida em outubro de 2005. Tal transferência significou a redução ou até o encerramento das atividades de diversas empresas que se instalaram na região, por conta do fluxo de pessoas que o órgão federal atraía, como restaurantes, estacionamentos, papelarias, mercados, dentre outros. É certo que todos eles sofreram prejuízos de ordem econômica, mas, como nenhum deles era titular de um direito à não mudança do Fórum, não lhes assistiu, juridicamente, nenhuma indenização.

¹⁰³ SCHREIBER, op. cit., p. 162.

¹⁰⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 26.

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

fantasiosa na qual se incluíam todos os possíveis ganhos que a vítima teria caso todas as circunstâncias lhe fossem favoráveis, mas numa avaliação *razoável* dos ganhos *prováveis*¹⁰⁶.

Tal aferição é o pressuposto básico para a reparabilidade do dano. Como dito, se o ordenamento jurídico não proteger o interesse que se diz violado, ou se não houver certeza (ou, pelo menos, séria probabilidade) de que tal interesse tenha sido violado, não há que se falar em obrigação de indenizar, sob pena de enriquecimento sem causa. Do contrário, caso o interesse lesado seja tutelado pelo direito, poderá haver lugar para a imposição da obrigação de indenizar.

Caso a conduta ensejadora do dano seja ilícita, esses dois adjetivos (jurídico e certo) serão suficientes e bastantes para configurá-lo como indenizável. Neste ponto, relembra-se que, por dicção constitucional, tal responsabilidade é qualificada como objetiva, tornando irrelevante qualquer controvérsia acerca da existência de culpa: no particular, a responsabilidade civil do Estado se satisfaz com a ilicitude objetiva (antijuridicidade).

Tal ponto é de importante destaque, pois, como acima se expôs¹⁰⁷, o elemento subjetivo (culpa) é essencial para a qualificação de um ato como ilícito *stricto sensu*. Mas, como também já afirmado¹⁰⁸, a teoria que inspira a responsabilidade civil do Estado é a do risco, uma vez que sua atividade normalmente desenvolvida implica, por sua natureza, risco para os direitos dos cidadãos.

Certo é que o Estado, por ser um ente de existência ideal, é desprovido de vontade autônoma. Contudo, ao revés das pessoas jurídicas de direito privado, não se pode considerar que a vontade da pessoa jurídica é, simplesmente, aquela emitida pelos seus legítimos representantes, uma vez que o direito público é orientado, essencialmente, pelo princípio da legalidade. Desse modo, a “vontade” do Estado é aquela objetivamente prevista na Constituição e nas leis com ela compatíveis. Se algum de seus agentes operar contra essa “vontade”, poderá ocorrer em culpa, mas tal fato somente será relevante para assegurar o direito de regresso do Estado, eventualmente condenado, em face do seu agente culpado.

Com isso, vê-se que, nos atos ilícitos praticados pelo Estado, não se impede a existência da culpa, por conta de sua responsabilização objetiva constitucionalmente determinada: ela continuará a existir, podendo, se for o caso, qualificar o ato como ilícito em sentido estrito; mas sua relevância será deslocada para uma segunda fase de apuração, a saber,

¹⁰⁶ Os princípios da prevenção e precaução trazem enorme complexidade a essa aferição. As ideias referentes à certeza e atualidade do dano devem ser analisadas à luz do contexto das sociedades do risco, no bojo das quais os danos são avaliados segundo uma perspectiva de probabilidades a partir de interpretações, como será adiante exposto, na seção 6.4.3.

¹⁰⁷ V. seção 4.

¹⁰⁸ V. seções 3.2.2 e 4.1.1.

o eventual exercício do direito de regresso contra o agente que houver laborado culposamente. Se não se lograr identificar um servidor que tenha laborado com dolo ou culpa, o Estado assumirá a obrigação de indenizar, por expressa determinação da Carta Maior.

Todavia, em cada vez mais numerosas situações, o ordenamento jurídico determina a obrigação de indenizar danos causados, não obstante a licitude da ação ou da atividade, a fim de evitar que a vítima fique irressarcida. Isso porque o individualismo que representou o norte teórico do liberalismo cedeu espaço a uma visão mais solidarista do direito e das próprias relações intersubjetivas¹⁰⁹. Nesse caso enquadram-se, por exemplo, as diversas hipóteses de responsabilidade objetiva, hoje reguladas tanto através de cláusula geral¹¹⁰, quanto mediante dispositivos específicos, consubstanciando-se, pois, em figuras de danos ressarcíveis independentemente da prática de qualquer ilícito¹¹¹.

Tais fundamentos também se aplicam à responsabilidade civil do Estado, à vista da também cláusula geral do art. 37, § 6º, da CF/88, cuja dicção ampla abrange a responsabilidade tanto por atos lícitos, quanto por ilícitos. Mas, no que se refere aos danos causados por atos lícitos, os qualificativos “jurídico” e “certo” não serão suficientes, uma vez que seus fundamentos residem na ilicitude *latu sensu* da conduta. No conflito entre um interesse lesado, tutelado pelo direito, e um interesse na prática do ato lesivo que não possui a mesma proteção, o primeiro gozará *ab initio* de primazia.

Situação diversa ocorre quando o dano é causado por atos lícitos. No caso, haverá, *in concreto*, a colisão de dois interesses legítimos, ambos protegidos pelo direito: o interesse em praticar a conduta causadora do dano e o interesse em não ser lesado em seu patrimônio (material ou moral). Assim, não havendo uma relação de prevalência *a priori*, será necessário buscar outros critérios para identificar, no caso, qual o interesse a prevalecer: se o interesse lesado, caberá indenização; se o interesse na prática do ato lesivo, não se falará em obrigação de indenizar.

Nesse caso, deve-se observar se o dano pode ser qualificado como *específico*, assim entendido como aquele que onera especificamente a situação particular de um ou mais

¹⁰⁹ PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A socialização da responsabilidade civil: a evolução do subjetivo-liberal ao objetivo-social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 32, p. 65-77, dez. 2011. p. 65.

¹¹⁰ V. o já citado art. 927, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 29, p. 233-258, jun./dez. 2006. p. 240.

indivíduos determinados¹¹². Como dito alhures, a atividade estatal somente é legítima se visa a consecução do interesse público, ou seja, o atendimento das necessidades públicas tidas por prioritárias, com o que se beneficia toda a coletividade. Dessa forma, se algum ou alguns membros da sociedade sofrem um gravame específico, que não se comunica aos demais membros da sociedade, merecerão ver-se indenizados dos prejuízos¹¹³, em face da já citada teoria da repartição dos ônus e dos encargos sociais¹¹⁴.

Caso contrário, se o dano afetar indistintamente toda a coletividade, os ônus já estarão repartidos, respeitado, pois, o princípio da isonomia que lhe serve de base. Desse modo, não se falará em indenização – todos já estarão contribuindo com uma cota de sacrifício para o bem de todos. Não havendo ilícito a ser reparado, a atividade do Estado é juridicamente perfeita, representando forma regular de restrição administrativa ao direito do particular. Não poderá, destarte, se equiparar a causa determinante da indenização àquela que legitima a reparação do dano resultante do emprego anômalo, deficiente ou abusivo dos poderes da Administração¹¹⁵.

Ademais, para viabilizar o direito à indenização por ato estatal lícito, o dano deve ser qualificado como *anormal*, assim entendido como aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social¹¹⁶. Simples atividades cotidianas, derivadas da normal ação humana, com frequência causam prejuízos a terceiros. Tais comportamentos, ainda que causadores de danos, são autorizados pelo ordenamento jurídico, uma vez que aí se encontram as situações em que o interesse na prática do ato lesivo é valorado superiormente em relação ao interesse lesado. Os danos que se produzem são, portanto, legítimos, não acarretando a responsabilização daquele que, embora tenha dado causa a prejuízos, não se afastou dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao pautar sua atuação¹¹⁷.

A convivência em sociedade traz, em si, riscos intrínsecos. Certos aborrecimentos cotidianos, portanto, devem ser tidos por toleráveis, sob pena de inviabilizar a própria existência humana em coletividade. As condutas, lícitas ou ilícitas, do Estado, podem ensejar

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981. p. 19.

¹¹³ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 165.

¹¹⁴ V. seção 4.1.

¹¹⁵ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 69.

¹¹⁶ MELLO, loc. cit.

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e Seus Efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUC-RJ, vol. 9, n. 29, p. 233 a 258, jun./dez. 2006. p. 240.

a sua responsabilidade, mas apenas quando tais condutas gerarem um dano que o lesado não estava obrigado a suportar¹¹⁸.

Como afirmou Cahali, enquanto a juridicidade e a certeza do dano podem ser deduzidas de circunstâncias mais ou menos objetivas, a especialidade e a anormalidade não o podem, pois se faz presente certa carga de sensibilidade do julgador na aferição valorativa dos incômodos e prejuízos causados a certos particulares¹¹⁹. Contudo, é necessário observar que, considerando a cada vez maior utilização de conceitos indeterminados para a consagração jurídica de direitos – sobretudo os de índole constitucional –, é indissociável a tendência de abertura à subjetividade da própria juridicidade, o que leva à necessidade da adoção de parâmetros mais consentâneos com essa característica da atualidade, para assegurar a legitimidade das decisões judiciais.

Sob esta ótica, será necessário indicar os critérios para a identificação da qualidade do direito ou interesse, para definir se e quando será considerado digno da tutela jurídica. O critério mais consistente, como se verá¹²⁰, sustenta que indenizável será o dano relevante segundo uma ponderação dos interesses em jogo à luz dos princípios constitucionais¹²¹. Tal ponderação, nesse sentido, “consiste, essencialmente, em analisar de forma comparativa o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraíndo-se do dado normativo uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame¹²²”.

Caberá, pois, indagar se o grau de realização do interesse lesivo justifica o sacrifício do interesse afetado pelo dano, a fim de definir a existência da obrigação de indenizar. Porém, a fim de que tal aferição não seja feita de forma irracional e aleatória pelo magistrado, é que se deve buscar um padrão de legitimação da atuação estatal, que deverá ser utilizado tanto para a aferição da conduta imputada como lesiva, como para o estabelecimento de padrões de atuação do órgão de controle dessa conduta, que decidirá, em concreto, pelo surgimento ou não do dever de indenizar.

¹¹⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, out./dez. 2003. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=12535>>. Acesso em: 01 jun. 2012. p. 4.

¹¹⁹ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 70.

¹²⁰ V. seção 6.4 e subseções, *infra*.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 29, p. 233-258, jun./dez. 2006. p. 241.

¹²² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 166.

Em face do objeto específico deste trabalho, tal discussão é especialmente relevante, considerando que a atuação jurisdicional do Estado é, potencialmente, causadora de danos, e, também, aquela por meio da qual se decidirá pela ocorrência ou não do consequente dever de indenizar. Assim, mister se faz, a este momento, analisar a natureza da atividade jurisdicional, para, a partir de sua definição, propor-se parâmetros para a legitimidade da atuação jurisdicional e o seu controle.

5 O ATO JURISDICIONAL NO CONTEXTO DO ESTADO E DO PODER ESTATAL

Mister se faz salientar, a este momento, que, por ato jurisdicional, aqui se entende aquele praticado especificamente pelo magistrado, no bojo do exercício da jurisdição. Trata-se dos atos praticados no âmbito da função típica do Poder Judiciário, a exemplo de sentenças, acórdãos, despachos e decisões interlocutórias.

Em um conceito mais geral, denominam-se atos judiciais ou judiciários todos aqueles praticados no exercício das funções incumbidas ao Judiciário. Incluem, além dos referidos no parágrafo anterior, os atos praticados por juízes sem cariz jurisdicional, a exemplo do poder de polícia em audiências, providências para composição do júri e alistamento eleitoral, bem como os atos praticados por servidores e auxiliares da justiça.

Sob certo aspecto, mesmo os atos especificamente jurisdicionais não podem ser considerados meros atos do magistrado. Num processo, os atos praticados pelo juiz, pelas partes, pelos servidores ou pelos auxiliares da justiça, convergem, influenciando-se, reciprocamente, para a solução final de mérito, formalizada na sentença – ato culminante de toda atividade judicial. Portanto, embora o corte metodológico deste trabalho enfoque os atos jurisdicionais, não se perderá de vista que os mesmos estão inseridos em um contexto. É nessa toada que, para a devida compreensão de sua natureza, necessário se faz remontar, ainda que ligeiramente, à origem do tema: a teoria da separação das funções estatais.

5.1 PODER POLÍTICO E FUNÇÕES ESTATAIS

O conceito de poder é objeto de intensos debates no bojo das Ciências Sociais. Trata-se de algo indeterminado, difícil de ser precisamente definido. Seu significado, por isso, é normalmente acompanhado de termos auxiliares, a exemplo de *dominação, força, superioridade, autoridade, influência, soberania, império*¹.

Inegável é que o poder é um fato social, imprescindível para regular a conduta dos indivíduos e suas relações, entre si e na sociedade. Ademais, é um fenômeno sempre bilateral, relacional, uma vez que não existe poder por si só: todo poder é poder sobre alguém. Será ele

¹ CHALITA, Gabriel. **O poder**. 2ªed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

sempre uma relação entre duas ou mais vontades – a do dominador, de um lado, e a dos dominados, de outro² – que pode ter por fundamento tanto a força (coação), quanto a crença na necessidade de obedecer aos seus detentores.

Nessa linha, Reale entende por poder o processo através do qual “os indivíduos são induzidos, muitas vezes quase que inconscientemente, a agir em certo sentido, com obediência a determinados esquemas e diretrizes que se impõem como um valor a que se deve respeito ou mesmo submissão³”. No mesmo sentido, Weber define poder como a probabilidade de impor a própria vontade dentro de uma relação social, ainda que contra toda resistência e qualquer que seja o fundamento dessa probabilidade⁴.

Observe-se que esses conceitos não tratam a força (apta a superar a resistência ou a induzir o comportamento) como essencial, mas a admitem, com o que contemplam a ideação de poder baseada essencialmente tanto no consentimento quanto na força. Nesse sentido, legítimo será o poder que dela não necessita para se fazer sentir, reservando-a para os casos extremos⁵.

Exercido pelo Estado, o poder adquire o qualificativo de político, como manifestação da soberania. Destarte, o poder é elemento essencial ao Estado, pois é o que lhe imprime substância, base fática que o socorre nos momentos de dificuldade. Não há, pois, Estado sem poder⁶.

Clássica é a definição no sentido de que o Estado é a organização juridicamente soberana de um povo em um dado território. O Estado contemporâneo, identificado como *democrático de direito* é, pois, o poder “que emana do povo⁷”, organizado e autolimitado, a partir de sua expressão máxima, que é o poder constituinte.

A nota distintiva do poder estatal em relação a outras formas de poder, em resumo, é o sentido de totalidade que o informa: o poder provém da totalidade dos indivíduos, categorias e classes, e se destina também à totalidade, na qual aqueles devem harmonicamente se integrar. “O poder de um ente estatal se distingue dos demais por originar-se de um *todo* (o querer

² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 326-327.

³ REALE, Miguel. Da responsabilidade do poder. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano II, n. 7, p. 7-15, jan./mar. 1969. p. 7.

⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 1. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 33.

⁵ CHALITA, Gabriel. **O poder**. 2ªed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 12.

⁶ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 47-48.

⁷ V. art. 1º, parágrafo único, da CF/88 (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012).

comum do povo) a serviço do bem comum que lhe corresponde⁸”. O direito, que a partir daí surge, destarte, vincula não só a sociedade, mas também o próprio Estado.

É a Constituição o documento que disciplina o exercício desse poder. Ao lado de estabelecer os objetivos fundamentais do Estado, ela também estabelece a forma pela qual o seu poder deve ser exercido. O poder público, expressão institucionalizada do poder político, é, assim, uno e indivisível, expressão da sua própria soberania. Disso decorre que todos os atos estatais se revestem e emanam do mesmo poder⁹.

Daí porque atualmente se considera impróprio falar-se em separação de poderes: sendo uno o poder estatal, o que se cogita é de separação de funções, modo peculiar do Estado de direito de manifestar sua vontade. A comumente chamada “separação de poderes” traduz um princípio de organização política, uma fórmula contingente e historicamente condicionada de ordenar e enumerar os órgãos mediante os quais o Estado atua como pessoa jurídica¹⁰.

Nesse passo, tem-se por mais adequado tratar o tema por separação de *funções*, e não, de *poderes*. O critério de repartição é essencialmente político, sendo previsto, para cada divisão, uma esfera de competência que enseja a configuração de relações de interdependência, complementariedade e controle recíprocos. Juridicamente, tal estudo deve, pois, necessariamente, reportar-se ao direito positivo de cada Estado. Por seu caráter contingente, a configuração específica das funções estatais sofrerá os influxos das coordenadas de espaço e tempo, refletindo, sobremaneira, a experiência social em cada país.

Exemplificativamente, a Venezuela consagrou constitucionalmente uma pentapartição de funções, envolvendo, além dos três clássicos, o Poder Cidadão, que engloba a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Controladoria-Geral da República, e o Poder Eleitoral, exercido pelo Conselho Nacional Eleitoral e órgãos subordinados¹¹. No extremo oposto, a Lei Fundamental da Cidade do Vaticano concentra no Sumo Pontífice “a plenitude dos poderes executivo, legislativo e judicial”, nos termos de seu art. 1º¹². A referida Lei Fundamental é

⁸ REALE, Miguel. Da responsabilidade do poder. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano II, n. 7, p. 7-15, jan./mar. 1969. p. 7.

⁹ FANUCK, Lia Celi. O Estado, os serviços públicos e a administração de pessoal. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 4, p. 440-448, out./dez. 1986. p. 440-441.

¹⁰ MODESTO, Paulo. Função administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2012. p. 3.

¹¹ VENEZUELA. **Constitución**. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2000. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Acesso em: 27 maio 2012.

¹² VATICANO. **A Nova Lei Fundamental da Cidade do Vaticano**. Vaticano, 2000. Disponível em: <http://www.vatican.va/vatican_city_state/legislation/documents/scv_doc_20001126_legge-fondamentale-scv_po.html>. Acesso em: 27 maio 2012.

exemplo palmar de Estado que contempla uma tripartição de *funções*, apesar de concentrá-las em apenas um órgão.

Na CF/88, tal separação é feita em dois planos. No plano vertical, que trata da criação de ordens jurídicas especiais, próprias dos Estados federais, mediante a criação de esferas de competência segundo uma divisão sucessiva de ordem territorial. Dá origem às pessoas jurídicas que integram a federação – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Já no plano horizontal, surge a diferenciação funcional dos órgãos superiores do Estado, por meio da referência às três funções estatais clássicas: legislação, administração e jurisdição. Essa divisão prescreve ao mesmo tempo um limite e um dever de atuação para cada órgão instituído¹³.

Tal distribuição é consequência da clássica advertência de Maquiavel, sintetizada na passagem “*le pouvoir arrête le pouvoir*”. Na sua visão, todo homem que possui o poder tende a abusar dele, a menos que encontre limites. Daí porque o *exercício* do poder deve ser repartido em três funções, a serem exercidas por três corpos distintos, pois somente o poder pode conter o poder¹⁴. Se aquele que exerce parcela do poder estatal tender a dele abusar, os demais, que exercem outras parcelas desse mesmo poder, podem controlá-lo.

Essa é a base da teoria dos *checks and balances*, ou dos freios e contrapesos. Cada Poder (aqui referido em seu aspecto orgânico¹⁵) além de suas atribuições próprias, típicas, possui também funções atípicas, as quais se legitimam para que possa ter instrumentos para limitar os demais Poderes, impedindo que invistam contra o equilíbrio das funções estatais¹⁶, sem que isso signifique fratura à sua autonomia institucional.

¹³ MODESTO, Paulo. Função Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2012. p. 2-3.

¹⁴ MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Nouvelle édition. Paris: Garnier Frères, [1869]. p. 142. É a passagem original: “[...] c’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites. Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, *le pouvoir arrête le pouvoir*” (grifos acrescidos).

¹⁵ O termo *Poder*, toda vez que for utilizado nesse trabalho para identificar os órgãos superiores, que exercem tipicamente cada uma das três funções estatais clássicas, será grafado com inicial maiúscula (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário), em virtude da força do uso e da consagração constitucional de tais termos, ainda que se tenha consciência da atecnia do referido uso, conforme exposto nesta seção.

¹⁶ O poder do Presidente da República de iniciar o processo legislativo, em casos previstos na Constituição (art. 84, III), de vetar projetos de lei aprovados pelo Congresso (art. 84, V), de nomear os ministros do STF (art. 84, XIV); poder do Legislativo de sustar atos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou delegação legislativa (art. 49, V), de deliberar sobre o veto presidencial a projetos de lei (art. 57, § 3º, IV); de exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de atos dos demais Poderes (art. 70); do Judiciário, de julgar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos atos da administração pública (arts. 97; 102, I, “a”; 125, § 2º), são exemplos clássicos previstos na CF/88 (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República:

Destaque-se que, conscientemente, aqui se evita falar em “independência”, preferindo-se o termo “autonomia institucional”. Isso porque se entende ser tecnicamente incorreto afirmar que os Poderes são *independentes*.

Independência pressupõe ausência de limites superiores; independente é aquele que não reconhece poder acima do seu¹⁷. Assim, apesar de tal termo ter sido consagrado no art. 2º da CF/88¹⁸, a “independência” ali prevista deve ser interpretada no sentido de uma autonomia especialmente qualificada. Essa digressão é relevante, sobretudo para firmar posição contra ideias que se firmam numa suposta insubordinação ao “poder constitucional”, superior a todos os Poderes, numa interpretação de independência manifestamente incompatível com o Estado democrático de direito¹⁹.

Existe uma especialização de funções, exercidas pelos ditos Poderes, não havendo que se falar em divisão estanque. “Tem a sociedade órgãos distintos, autônomos, até independentes; porém, não-separados. Como no corpo do homem, não há no do Estado isolamento de órgãos, e, sim, especialização de funções²⁰”. Assim, nem todo ato jurisdicional é praticado pelo Poder Judiciário²¹, e este Poder também pratica atos para além da função jurisdicional²². Não há, pois, uma estrutura rígida de funções, mas uma verdadeira coordenação ou colaboração entre os Poderes em certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, na função de outro – que conserva a sua. Isso enseja um funcionamento harmônico, mas com uma autonomia especialmente qualificada, tendo por objetivo o equilíbrio político, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum²³.

Caso se entendesse que Executivo, Legislativo e Judiciário constituiriam verdadeiros poderes independentes, tal controle recíproco não seria possível, uma vez que, conforme assentado desde o período medievo, *par in parem non habet imperium*. Nenhum deles dependeria, portanto, em nada da atuação de outro, nem poderia influir em nada nas funções

Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EAo.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012).

¹⁷ SILVA, Juary C. **A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 45.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EAo.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

¹⁹ V. seção 7.1, em especial as subseções 7.1.1 a 7.1.3.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. 2. ed., ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923. p. 264.

²¹ Como previsto, por exemplo, no art. 52, I e II, da CF/88, que atribui ao Senado competência para julgar determinadas autoridades por crimes de responsabilidade (BRASIL, op. cit.).

²² Exemplificativamente, os casos constitucionalmente previstos no art. 96, I, “a”, para função legislativa atípica, e no art. 96, I, “d” a “f”, para funções administrativas atípicas, exercidas por tribunais judiciários (BRASIL, op. cit.).

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 338-339.

de outro. A própria existência de Estados federados seria inviabilizada se não se entender o poder como uno. A multiplicidade de “Poderes” exprime, na verdade, uma mera distribuição de competências no âmbito interno do Estado, sendo que cada ente exerce apenas uma fração ideal do poder, que permanece único e indivisível. Tal ideia apresenta-se em toda sua plenitude quando se analisa a hipótese de intervenção federal nos Estados-membros: caso houvesse vários poderes em conflito, tal previsão seria inexplicável²⁴, pois em nenhuma hipótese o poder regional poderia ser suplantado pelo poder nacional.

No mesmo diapasão, adiante²⁵ não se abordará uma suposta “independência” do juiz. Também ele está adstrito à supremacia da Constituição, de modo que se preferirá utilizar a expressão “autonomia funcional qualificada” dos magistrados, para destacar que, apesar de tratar-se de uma autonomia extremamente elevada, maior do que qualquer servidor público possa dispor, ainda assim não se o pode considerar “independente” do poder estatal disciplinado na Constituição.

Como dito, o fato de haver uma distribuição de funções entre os diversos órgãos que compõem os Poderes, organicamente considerados, não é suficiente para, por si só, definir a natureza de tais funções. Veja-se o fato de, no evolver da história, ter havido Estados em que as funções estiveram enfeixadas nas mãos de uma mesma autoridade (Estados absolutos), não impediu de se identificar quando o monarca estava a exercer funções legislativas, administrativas ou jurisdicionais.

Por esta razão, não é despendioso investigar a natureza de tais funções. Cabe ao jurista identificá-la para conceber, interpretar e aplicar o correspondente regime jurídico a cada uma das atuações, mas sem perder de vista que todas elas constituem-se em manifestações do mesmo poder estatal.

5.2 O ATO JURISDICIONAL E A INDIFERENCIAÇÃO ONTOLÓGICA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS ATOS ESTATAIS

Fixado que a tradicional classificação das funções públicas enseja a análise de três categorias clássicas – a legislação, a jurisdição e a administração –, ressalta-se que, apesar de

²⁴ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 52.

²⁵ V. seção 7.1.3, *supra*.

aparentemente simples a identificação dos atos praticados no exercício de cada uma delas, não é harmônica a doutrina acerca da precisa delimitação dessas manifestações do poder estatal.

Como fixado na seção anterior deste trabalho, é mister ter em mente que todas as funções clássicas do Estado derivam do mesmo poder estatal, uno e indivisível, do qual são meras manifestações. Nesse sentido, diversas propostas de delimitação de tais funções advieram ao longo da história.

Tradicional e objetivamente, pode-se dizer que a função legislativa do Estado manifesta-se na inovação da ordem jurídica, com a formulação de regras gerais e abstratas, possuindo a lei como veículo típico. A seu turno, a função administrativa destina-se a gerir os negócios públicos, por meio de uma atividade que visa dar execução, de ofício, ao estabelecido na lei. Por fim, a função jurisdicional fica reservada à composição de conflitos de interesses, com a aplicação da lei aos casos controvertidos, por meio de decisões individuais e concretas derivadas das normas gerais²⁶.

Entretanto de longa data advém a dificuldade em precisar os limites entre as funções estatais, sobretudo quando se trata da função jurisdicional e da função administrativa. Diversos foram os autores que defenderam mesmo a sua indistinção ontológica.

Kelsen, por exemplo, reduzia a clássica tripartição de funções a apenas duas. Inspirando-se no direito romano, referia-se à *legis latio* e à *legis executio*, na primeira englobando a legislativa, e na segunda, a executiva (administrativa) e a judicial. Ao referir-se à execução, destaca que são as normas gerais aquilo que é executado, de modo que tanto o Judiciário quanto o Executivo “executam” as normas. Em suas palavras, “a função de ambos é realmente a mesma [...]; a diferença é, simplesmente, que, num caso, a execução das normas gerais é confiada aos tribunais e, no outro, aos chamados órgãos ‘executivos’ ou administrativos²⁷”.

O próprio Kelsen deixa claro que a essência das funções estatais é a mesma, ao afirmar que tanto a função executiva quanto a judicial “consistem na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução das normas individuais²⁸”, pelo que “o poder legislativo, por um lado, e o poder executivo e o judiciário, por outro, representam apenas

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 328.

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 365.

²⁸ *Ibid.*, p. 368.

diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – e acordo com seus próprios dispositivos – é criada e aplicada²⁹”.

Em síntese de seu pensamento, ressalta que “a doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica nacional³⁰”. Nessa linha, expresso é ele quando afirma também a identificação essencial entre a função legislativa e a jurisdicional, considerando que a dinâmica do direito envolve, nitidamente, a *criação* de normas, mediante a *aplicação* de normas superiores, no contexto de sua célebre pirâmide normativa (relações de fundamentação e aplicação). Quanto edita uma lei, o Legislativo aplica a Constituição, enquanto, simultaneamente, cria uma norma geral. Em idêntico procedimento, quando soluciona uma disputa entre duas partes, o Judiciário aplica uma norma geral, enquanto, simultaneamente, cria uma norma individual, que estipula que uma sanção definida seja executada contra um indivíduo definido³¹.

Claro é que aqui não se endossa a integralidade da teoria kelseniana, a qual, apesar de constituir inegavelmente um grande marco do pensamento jurídico ocidental, revela-se insuficiente para abarcar a totalidade do fenômeno jurídico, em virtude do extraordinário desenvolvimento ocorrido no último século. Não obstante há que se reconhecer que, nesse particular, sua lição guarda grande atualidade, tanto é que mesmo autores contemporâneos aderem a tal entendimento.

Mauro Cappelletti, por exemplo, aduz que, as distinções entre jurisdição e legislação somente são identificáveis do ponto de vista formal ou procedimental, uma vez que, do ponto de vista substancial, inexistente qualquer diferença. Para ele, ambos os processos, o jurisdicional e o legislativo, resultam em criação do direito, são *law making processes*. Diverso é apenas o *modo* dessa criação³².

Aguiar Júnior, a seu turno, é expresso ao vaticinar que “o ato estatal praticado através do Juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar, uma vez presentes os requisitos³³”.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet chega afirmar que quem “governa” um Estado não é o administrador, nem o legislador, nem o juiz: quem governa é a Constituição, sendo os Poderes “apenas agentes encarregados de implementar esse governo, cada um dentro de suas

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 368.

³⁰ KELSEN, loc. cit.

³¹ Ibid., p. 195.

³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 74.

³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 79.

atribuições³⁴”. Trata-se de lição que guarda plena consonância com a ora defendida, pois, se aos Poderes nada mais cabe senão implementar o “governo” previsto na Lei Maior, dentro das respectivas esferas de competência, confirma-se que eles são simples meios de expressão do mesmo poder estatal – que o autor identifica como o “governo da Constituição”.

Outra não é a lição de Stassinopoulos, para quem “*on ne saurait nier que le contenu des deux fonctions, administrative et juridictionnelle, tout en étant soumis à la loi, ne soit substantiellement différent. L’acte administratif détermine le droit dans le cas individuel; Il en est de même pour la décision juridictionnelle*”³⁵.

Também Edmir Araújo expõe que, “cientificamente, a função jurisdicional não difere essencialmente da executiva, pois ambas, em sentido lato, compreendem a mesma coisa: aplicar a lei, o direito, ao caso concreto, cumprir a lei”³⁶.

Dessa forma, demonstrado fica que o compartilhamento de essências entre os atos praticados no exercício das diversas funções estatais não é novidade, mas doutrina tradicional no pensamento jurídico ocidental.

Atualmente, já é francamente aceito que não se pode destituir o direito de todo o valor, o que culminou na contemporânea ideação do neoconstitucionalismo. Dito fenômeno representa o ápice da evolução do Direito Constitucional, reafirmando sua supremacia em relação aos demais ramos do Direito, espalhando-lhes os seus efeitos. Tem-se aí o que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito. Considerando, pois, que a Constituição é o *locus* privilegiado para o registro dos direitos e garantias fundamentais, seus valores e sentido passam a impregnar todo o direito infraconstitucional, a condicionar a atuação do Estado, bem como a limitar as relações entre particulares. E tal ideação constitui a noção fundamental do tão festejado Estado democrático de direito.

Dessa forma, não se pode mais considerar a lei estrita, isoladamente, como fundamento da ação estatal. Superada está a vetusta concepção no sentido de que o juiz é “*la*

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, [2006]. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangarlet.pdf>. Acesso em: 05 maio 2012. p. 2. Vale a pena a transcrição *in litteris* de suas palavras, ante o acerto e a contundência: “[...] quem governa, no sentido de quem estabelece as diretrizes superiores do governo de um Estado, não é nem o administrador, nem o Juiz, nem o Legislativo, pois quem governa (ou deveria governar) é a Constituição, a partir dos parâmetros contidos nos princípios e nos direitos fundamentais. Os órgãos estatais, todos instituídos pela Constituição, são apenas agentes encarregados de implementar esse governo, cada um dentro de suas atribuições [...]. A Constituição, evidentemente, não excluiu o Judiciário desse governo. O Judiciário, portanto, é co-governante, é co-administrador, no âmbito das suas funções e possibilidades. Isso não é uma opção por parte do Judiciário”.

³⁵ STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité des actes administratifs**. Atenas: [Recueil Sirey], 1954. p. 71.

³⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 22.

*bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés que n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*³⁷”.

Já se tem defendido que, atualmente, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar *diretamente* as normas constitucionais, sobretudo as normas definidoras de direitos fundamentais, podendo, inclusive, colmatar as lacunas deixadas pelo Legislativo na regulamentação de tais direitos, a fim de concretizá-los³⁸.

Identicamente, não se pode mais considerar a Administração como um autômato aplicador de prescrições legais, numa concepção estiolada do princípio da legalidade estrita. Segundo o princípio da juridicidade administrativa, a atuação da Administração Pública não se circunscreve mais apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo sistêmico³⁹. Tal princípio é permeável, assim, aos postulados do neoconstitucionalismo, admitindo-se como fundamento e limite da Administração principalmente a Constituição, em seu complexo de regras e princípios, a qual passa a ser tida como o núcleo unificador de todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Binjenbojm, “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade⁴⁰”. Como consequência relevante de tal ideiação, reconhece-se que na Constituição repousam normas diretamente habilitadoras de competências administrativas, bem como que a norma magna serve de critério imediato de decisão⁴¹, temas que tradicionalmente se defendia serem restritos à lei formal.

Nesse sentido, a lei deixou de ser a expressão primeira da vontade geral, lugar que passou a ser assumido pela Constituição. Enquanto sistema de princípios – expressão deontológica de valores – a Lei Maior adquiriu forma normativa e passou a irradiar seus efeitos perante todo o ordenamento⁴².

Disso se conclui que, em essência, não há distinção entre atos praticados no exercício das funções legislativa, executiva, ou judicial. Em todas, o núcleo essencial é o exercício do poder estatal, uno, através de órgãos cujas competências são estabelecidas

³⁷ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Nouvelle édition. Paris: Garnier Frères, [1869]. p. 149.

³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 343.

³⁹ Aí reside o fundamento da legitimidade da Administração Pública para declarar a própria inconstitucionalidade de leis. Como tal desdobramento refoge aos propósitos deste trabalho, remeta-se ao local onde o tema, em outra oportunidade, foi discutido pelo autor deste trabalho: BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Legitimidade da Administração Pública para declarar a inconstitucionalidade de lei. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 19, n. 34, p. 79-97, ago. 2012.

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

⁴¹ *Ibid.*, p. 131.

⁴² *Ibid.*, p. 130.

constitucionalmente, com vistas à efetivação da própria Constituição. Os Poderes voltam-se (ou devem voltar-se) para o atingimento dos objetivos da República, disciplinados no art. 3º da CF/88. Exige-se uma atuação eficiente e focada na consecução das necessidades dos cidadãos. As prerrogativas do poder somente se legitimam na medida em que seu detentor delas necessite para desempenhar de forma satisfatória seu mister, a fim de desincumbir-se dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico⁴³. Como bem sintetizou Albuquerque, todos os Poderes, bem como aqueles encarregados de efetivar suas atribuições, devem buscar sua legitimidade no bem que proporcionam à comunidade. Nenhum poder é soberano, soberana é a cidadania⁴⁴.

Todos os Poderes devem, assim, quando da sua atuação, levar em consideração uma multiplicidade de exigências, de interesses e de necessidades não raro conflitantes entre si. Para tanto, deve-se ter em vista que a única constante a ser seguida encontra-se na prevalência da tutela da pessoa humana, princípio previsto no art. 1º, III, da CF/88, considerada a sua dignidade como o valor precípua do ordenamento, finalidade última e razão de ser do próprio Estado⁴⁵.

Assim, falar-se legitimamente em ato legislativo, administrativo ou judicial significa falar em *ato estatal tendente à efetivação dos objetivos constitucionais*. As diferenças existentes são acessórias, no que respeita, por exemplo, ao grau de abstração, inegavelmente maior no âmbito da função legislativa, ou ao momento, sendo a atuação jurisdicional ordinariamente posterior à atuação das demais.

No que se refere especificamente a tais distinções meramente contingentes entre atos jurisdicionais e administrativos, tem lugar a lição de Alves de Souza, para quem o direito de acesso à justiça “é o mais importante dos direitos fundamentais, pelo menos quando houver a violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral ficam na dependência do acesso à justiça⁴⁶”. Nesse trecho, pode-se observar a lúcida obtemperação de sua assertiva superlativa, ao restringi-la

⁴³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, jan. 2009. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=56600>>. Acesso em: 20 maio 2012. p. 14.

⁴⁴ ALBUQUERQUE, Roberto. A revolução francesa e o princípio da responsabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n. 104, p. 299-304, out./dez. 1989. p. 303.

⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 29, p. 233-258, jun./dez. 2006. p. 238.

⁴⁶ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 84.

aos casos em que “houver a violação a algum direito”. Isto porque a situação ideal recomenda que o Estado-administração atue sem que haja qualquer violação a direitos, cumprindo com o programa constitucional de forma plena e razoável. O trecho citado deixa claro que a intervenção judicial é subsidiária, reservada aos casos em que o Estado-administração, primeiro legitimado para tanto, falha na sua conduta. Ninguém, razoavelmente, defenderia que o remédio é mais importante do que a própria manutenção da saúde.

Observa-se aí mais uma demonstração da similitude ontológica entre as funções administrativa e judicial. Como ambas visam a efetivação de direitos, notadamente os fundamentais, a distinção, meramente contingente, reside essencialmente no momento desta atuação: a segunda entra em cena normalmente como instância de controle (preventivo ou repressivo), depois de uma ação ou omissão relevante da primeira, que não se desincumbe devidamente de seu mister.

Nessa toada, as notas que se costumam levantar para sua diferenciação não afetam sua essência, já que todas as manifestações do poder estatal têm por fundamento a efetivação das finalidades insculpidas na Constituição, auxiliando-se e controlando-se mutuamente.

6 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA JURISDIÇÃO

O direito fundamental à boa jurisdição, aqui defendido, representa, à luz das considerações expostas no capítulo anterior, uma expansão, para o âmbito da atividade jurisdicional, das ideias referentes ao direito fundamental a uma boa administração¹, hodiernamente em voga no ordenamento jurídico europeu. Considerando-se que, conforme exposto, não existe diferença ontológica entre jurisdição e administração – já que ambas deitam raízes comuns, possuindo fundamento no poder estatal, uno, e finalidade na efetivação dos direitos fundamentais; considerando-se ainda que as diferenças existentes entre ambas residem em caracteres meramente contingentes, a exemplo do momento ou dos efeitos dos atos respectivos, não existe razão para não aplicar as mesmas considerações e conclusões acerca do direito à boa administração ao âmbito da jurisdição.

Por tal razão, é mister abordar, de início, os antecedentes do direito fundamental a uma boa administração, a fim de situá-lo historicamente e permitir a colheita de importantes subsídios para o ulterior desenvolvimento do tema.

O advento e o reconhecimento formal de tal direito fundamental é fruto de um longo processo, que perdura há mais de dois séculos. Percebe-se que a Administração Pública passou de uma situação em que era considerada soberana, confundida na pessoa do príncipe e, por isso, livre de qualquer restrição (Estados absolutos), para uma posterior fase de submissão à lei, que contém parâmetros e limites para sua atuação (Estado de direito). Numa terceira fase, tais parâmetros passam a ser expressamente constitucionalizados em diversos ordenamentos, ao que se seguiu uma fase de expansão desse paradigma ao nível supranacional e global, com previsão em diversos tratados e convenções internacionais.

Nesse contexto, a positivação do direito fundamental a uma boa administração na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia² (CDFUE) é sintoma da relevância que tal tema vem ganhando no espaço jurídico daquele continente, que não é de agora exerce significativa influência sobre o ordenamento pátrio.

¹ Destaque-se que, enquanto na Europa utiliza-se a denominação “direito fundamental a uma boa administração”, a doutrina brasileira tem predileção pelo *nomen juris* “direito fundamental à boa administração”. Trata-se de ligeira distinção, que não chega trazer consequências, embora aqui também se prefira a denominação pátria, pois o uso do artigo definido dá ênfase à ideia de que somente se pode admitir uma única administração – a que seja *boa*, segundo os parâmetros constitucionais. Nesse passo, a utilização do artigo indefinido no direito europeu pode ser explicada por se tratar, conforme adiante se verá (seção 6.1), de direito reconhecido no plano comunitário, a abrigar diversos ordenamentos nacionais, cada um com parâmetros próprios para a identificação de uma administração como boa.

² A referida carta foi assinada e proclamada pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho Europeu e da Comissão Europeia, quando do Conselho Europeu de Nice, de 7 de Dezembro de 2000.

A consagração, no seio do direito comunitário, do direito a uma boa administração - que traz embutida a obrigação da União Europeia de indenizar eventuais prejuízos causados a qualquer pessoa pelos seus agentes no exercício das respectivas funções - demonstra a relevância com que o tema da responsabilidade civil do Estado vem sendo tratado, dentro do contexto de mutações pelas quais passa o Direito Administrativo.

6.1 ANTECEDENTES DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO

Remotamente, encontram-se referências a um ideal de bom governo pelo menos desde a idade média, a propósito das reflexões, então elaboradas, acerca da educação dos príncipes para o exercício da monarquia. A oposição entre o bom e o mau governo pertencia, pois, ao *ethos* dos séculos XIII e XIV, expressa na literatura e nas artes. Um exemplo lapidar de tal oposição é refletido nos afrescos da *Alegoria do Bom e do Mau Governo*, de Ambrogio Lorenzetti, pintados nas paredes do Palácio Comunal de Siena (*Sala dei Nove*) entre os anos de 1337 e 1340³.

Na alegoria do bom governo, o rei virtuoso possui em sua corte a Paz, a Fortaleza, a Prudência, a Magnanimidade, a Temperança e a Justiça, sendo ainda aconselhado pelos anjos da Caridade, Fé e Esperança. A seu turno, na alegoria do mau governo, o tirano possui em sua corte a Crueldade, a Traição, a Maldade, o Furor, a Divisão e a Guerra, sendo aconselhado pela Soberba, Avareza, e Van glória⁴. Veja-se que, pelo menos desde então, já se identificavam valores que permitiam qualificar um governo como bom ou mau⁵.

Entretanto a aplicação e o estudo sistemático do tema no direito comunitário europeu é fenômeno bem mais recente. A CDFUE, ao positivar o direito fundamental a uma boa

³ COSTA, Ricardo. Um espelho de príncipes artístico e profano: a representação das virtudes do bom governo e os vícios do mau governo nos afrescos de Ambrogio Lorenzetti (c. 1290-1348?). **Utopia y Praxis Latinoamericana - Revista Internacional de Filosofia Iberoamericana y Teoría Social**, Macaraibo, vol. 8, n. 23, p. 55-71, out. 2003. p. 56.

⁴ *Ibid.*, p. 57-64.

⁵ Interessante lembrar que, em Ciência Política, a expressão *governo* costuma ser tomada em sentido amplo, abrangendo o poder público global - o que inclui a função jurisdicional do Estado. Ademais, na época em que adveio a referida obra (baixa idade média tardia, quando já restava em crise o modo de produção feudal e vinha à luz o renascimento comercial e urbano), ainda vigia uma concepção de poder político que não diferenciava as funções executivas e jurisdicionais. Ante tais constatações, é lícito inferir que, ao referir-se a *buono governo* e a *cattivo governo*, o artista não distinguia as funções exercidas pelo príncipe para atribuição dos qualificativos ali personificados. Isso permite identificar aí uma referência histórica não só ao direito fundamental à boa administração, mas também à boa jurisdição.

administração, na verdade, nada mais fez do que incorporar valores que vinham sendo identificados na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância europeus nas pouco mais de duas décadas que a antecederam. De diversas decisões, à luz dos dispositivos comunitários então vigentes, tais cortes foram extraíndo os parâmetros de um direito à boa administração.

Como se observa na Nota do *Præsidium* ao Projeto da CDFUE, a mais antiga decisão expressamente adotada como fundamento daquela previsão normativa remonta a um processo inaugurado em 1986, e julgado pelo Tribunal de Justiça em 15 de Outubro de 1987, o qual versou sobre o dever de motivação das decisões administrativas⁶.

Outra vertente reputada relevante na definição do direito fundamental à boa administração é identificada na atuação do Provedor de Justiça da União Europeia, também chamado de Ombudsman⁷. Trata-se de órgão, nos termos do então art. 228, 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁸, com poderes para receber queixas relativas a casos de *má administração* na atuação das instituições ou organismos comunitários. Para bem atuar, é dotado de “plena independência” para exercício de suas funções.

Veja-se, então, que a própria competência do Provedor de Justiça europeu é determinada pelo conceito de má administração. No entanto, naquele tratado, não há qualquer referência ao que se deva interpretar por má administração, nem por seu antônimo, a boa administração – que ora interessa.

Nesse sentido, o alcance do conceito de má administração começou a ser elaborado pelo próprio Provedor de Justiça, e cristalizado nos seus relatórios anuais encaminhados ao

⁶ Eis o rol completo de decisões apontadas como fundamento pela citada nota: “O artigo 41º fundamenta-se na existência de uma Comunidade de direito, cujas características foram desenvolvidas pela jurisprudência que consagrou o princípio da boa administração (ver, nomeadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1992, processo C-255/90 P, Burban, Colect. 1992, I-2253, bem como os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 18 de setembro de 1995, processo T-167/94, Nölle, Colect. 1995, II-2589; de 9 de julho de 1999, processo T-231/97, New Europe Consulting e Michael P. Brown, Colect. II-2403). As formas deste direito enunciadas nos dois primeiros números resultam da jurisprudência (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 1987, processo 222/86, Heylens, Colect. 1987, p. 4097, ponto 15; de 18 de outubro de 1989, processo 374/87, Orkem, Colect. 1989, p. 3283; de 21 de novembro de 1991, processo C-269/90, TU München, Colect. 1991, I-5469; e os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de dezembro de 1994, processo T-450/93, Lisrestal, Colect. 1994, II-1177; de 18 de setembro de 1995, processo T-167/94, Nölle, Colect. 1995, II-258)”. (UNIÃO EUROPEIA. **Projecto de carta de direitos fundamentais da União Europeia**: nota do Præsidium. Bruxelas, 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_pt.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012. p. 36).

⁷ Originado do sueco, que significa, literalmente, “representante do povo”, o referido termo já foi incorporado ao Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=24>>. Acesso em: 14 maio 2012.

⁸ UNIÃO EUROPEIA. Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. Luxemburgo, 53º ano, série C, n. 83, p. 47-199, 30 mar. 2010. p. 150.

Parlamento Europeu⁹. Assim, no primeiro relatório enviado, houve uma preocupação em determinar o escopo de suas funções, definindo a má administração como “deixar de agir em consonância com os tratados e com os actos comunitários de carácter vinculativo, ou ainda no caso de não observar as regras e os princípios de direito estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância¹⁰”.

Como se vê, o Provedor de Justiça adotou, conscientemente, uma definição extremamente ampla. O mesmo deixou claro que a experiência dos Provedores de Justiça Nacionais revelava que era preferível não tentar fazer uma definição rígida daquilo que podia equivaler a um caso de má administração, pois a natureza não restritiva do termo é uma das características que distingue o papel do provedor de justiça do papel de um juiz. Tratou ainda de arrolar uma lista exemplificativa de casos de má administração, que incluiu irregularidades administrativas, omissões administrativas, abuso de poder, negligência, procedimentos ilegais, deslealdade, disfunção ou incompetência, discriminação, atraso evitável e falta ou recusa de informação¹¹.

O Comitê de Petições, órgão do Parlamento Europeu competente para apreciar os relatórios do Ombudsman, felicitou-o pela atuação e registrou que uma definição de má administração sabiamente não foi tentada¹². Possivelmente por esse fato, o relatório de 1996 não se preocupou em trazer novos esclarecimentos acerca dos contornos do conceito de má administração, centrando-se mais na abordagem processual e na análise de casos concretos¹³. Porém, dessa feita, a Comissão de Petições expressou sua preocupação sobre “em que medida esse mandato, claramente definido, inclui investigações que ultrapassam eventualmente o objetivo concreto da eliminação de uma situação de má administração, por conseguinte, é necessário definir claramente a expressão ‘má administração’¹⁴”. Isso porque, tendo em mente que não havia regras administrativas comuns aos organismos europeus e pela grande variação

⁹ O Provedor de Justiça deve apresentar ao Parlamento, anualmente, um relatório sobre os resultados dos inquéritos que tenha efetuado, nos termos do art. 228, 1, terceiro parágrafo, do referido tratado.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1995**. Estrasburgo, 1996. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1226398061702_rap95_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 9.

¹¹ *Ibid.*, p. 10.

¹² UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comitê da Petições. **Report on the annual activity report (1995) of the Ombudsman of the European Union (European Ombudsman) (C4-0257/96)**. Rapporteur Mrs. Nuala Ahern. [Brussels], 1996. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1996-0176+0+DOC+XML+V0//EN>>. Acesso em 12 maio 2012.

¹³ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1996**. Luxembourg: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1997. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225902550068_rap96_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. *passim*.

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. PARLAMENTO EUROPEU. COMISSÃO DAS PETIÇÕES. **Relatório sobre o relatório anual do Provedor de Justiça Europeu para 1996 (C4-0293/97)**. Rel. Deputado Nikolaos Papakryazis. Comissão das Petições: Bruxelas, 1997. p. 5.

entre as tradições administrativas dos Estados-membros da União, era mister definir até onde o Ombudsman tinha poderes para atuar.

Em resposta, o Relatório de 1997 do Provedor de Justiça fixou o seguinte conceito: “a má administração ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado¹⁵”. Tal delineamento foi cunhado a partir de consulta aos Provedores de Justiça nacionais e seus congêneres, para que informassem o significado de má administração nos respectivos ordenamentos¹⁶.

Acerca do conceito formulado, o mesmo Provedor esclarece que as normas e princípios específicos aos quais estão vinculados os organismos públicos variam em função do quadro constitucional, jurídico e administrativo de cada país. Ademais, as normas e princípios não são estáticos, mas “mudam e evoluem em resultado da atividade do legislador, dos tribunais, do Provedor de Justiça e da própria administração¹⁷”. Reconhece-se, pois, que a definição material de boa ou má administração é determinada historicamente, sofrendo as influências das coordenadas de espaço e de tempo em que é avaliada.

Assim, o efetivo conteúdo material da noção de má administração – e, evidentemente, de seu antônimo, a *boa administração* – deve ser buscado à luz do ordenamento jurídico e da experiência de cada Estado. Como, aliás, registrado no Relatório da Comissão das Petições, “pessoas de países diferentes com tradições e legislação diferentes têm opiniões diversas sobre as responsabilidades e as possibilidades de intervenção do Provedor de Justiça¹⁸”.

Nesse sentido, é que foi registrado que a edição de Códigos de Boas Práticas Administrativas seria um excelente instrumento para orientar os servidores no desempenho de suas funções, bem como para colocar a população a par de seus direitos. Tal sugestão foi acolhida pelo Parlamento, que registrou ser o ideal um conjunto de regras gerais (um “código universal”), complementado por cada instituição e organismo em conformidade com a natureza específica de seus trabalhos¹⁹.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1997**. [Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias], 1998. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225901586407_rap97_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 25.

¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu, loc. cit.

¹⁷ Ibid., p. 26.

¹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 1997 (C4-0270/98)**. Rel. Deputado Edward Newman. [Bruxelas], 1998. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0211+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 8.

¹⁹ Ibid., p. 9.

Em resposta, o Relatório do Ombudsman de 1998 dedicou um capítulo à defesa da necessidade da edição de um Código de Boas Práticas Administrativas, o qual “permitiria informar os funcionários das instituições e organismos comunitários sobre a forma como devem lidar com os pedidos ou as queixas dos cidadãos²⁰”, além de destacar que, mediante acesso a um código desse naipe, “os cidadãos poderão estar ao corrente dos seus direitos e dos serviços que é lícito esperar de uma administração pública²¹”. O código, nessa linha, ensejaria um maior conhecimento, por parte dos cidadãos, de seus direitos, e viabilizaria um melhor controle social sobre as atividades da Administração, contribuindo para sua maior efetividade.

O relatório ousou ainda traçar uma lista de possíveis regras a serem inseridas nesse código, a partir da consulta realizada a códigos análogos já adotados por administrações nacionais. Trata-se da primeira tentativa de definir, positivamente, o conteúdo da boa administração – até então somente analisado de forma negativa (por oposição ao conceito de má administração) – e uniformizar sua aplicação nos diversos estados membros da União Europeia, apesar de ainda não trazer referência expressa à boa administração como direito.

O Relatório da Comissão de Petições, a seu turno, além de felicitar o trabalho do Ombudsman, “sublinha a importância de se elaborar o mais rapidamente possível um código de boa conduta administrativa a ser aplicado por todas as instituições e organismos comunitários e acessível a todo cidadão europeu²²”. Nessa linha, defendeu que “a existência de um tal código de boa conduta administrativa é condição indispensável para se criar uma relação de confiança e de transparência entre os cidadãos e as instituições comunitárias”. Ressalvou, contudo, que “sem perder de vista as especificidades de cada uma das instituições, ele deve ser semelhante para todas as instituições e órgãos no que diz respeito aos seus princípios básicos²³”.

O Relatório Anual de 1999 não trouxe grandes novidades, limitando-se, além da tradicional exposição e análise de casos concretos, a reafirmar o conceito de má administração

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1998**. [Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias], 1999. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225895248467_rap98_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 19.

²¹ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu, loc. cit.

²² UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 1998 (C4-0138/99)**. Rel. Deputada Laura De Esteban Martin. [Bruxelas], 1999. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1999-0119+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 6.

²³ Ibid., p. 10.

já firmado desde 1997 e noticiar a apresentação de um código de boa conduta sob a forma de projetos de recomendações para várias instituições comunitárias europeias²⁴.

Foi apenas no Relatório da Comissão de Petições que analisou o Relatório de 1999 que, pela primeira vez, apareceu a expressão *direito a uma boa administração*. Ali foi expressamente afirmado que “a construção da União Europeia só tem uma real justificação aos olhos dos cidadãos se estes forem titulares de direitos que lhes permitam uma participação activa no diálogo civil e político da União Europeia²⁵”, e noticiou que “a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia deverá proporcionar regras que concedam aos cidadãos o direito a uma boa administração²⁶”. Nesse sentido, sublinhou-se a urgência na elaboração de um código de boa conduta administrativa, em mais um forte estímulo à positivação do direito à boa administração pública como direito fundamental.

Com tal definição formal de má administração, remetendo-se o conteúdo para o direito interno de cada país, somada à exortação para a edição de uma norma geral de boa conduta administrativa, buscou-se superar as dificuldades da imensa diversidade jurídico-administrativa entre os membros da União Europeia, e dar maior densidade ao direito fundamental à boa administração.

Tal desenvolvimento culminou com a introdução de parâmetros objetivos de boa administração na CDFUE, de 07 de dezembro de 2000, a qual, pela primeira vez na história, confere aos cidadãos o *direito fundamental* a uma boa administração²⁷. Seu art. 41 é de imperiosa transcrição:

Artigo 41.º

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

²⁴ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1999**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225893873186_rap99_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 22.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 1999 (C5-0303/2000)**. Rel. Astrid Thors. [Bruxelas], 2000. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0181+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 6.

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu, loc. cit.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 2000**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225890864143_rap00_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 11.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,
- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua²⁸.

Como se pode observar, a dificuldade para a identificação e delimitação do conteúdo do direito fundamental à boa administração derivou do fato de seu desenvolvimento ter-se dado no bojo do direito comunitário, entre países de diferentes tradições jurídicas e administrativas. Assim, a par de uma definição inicialmente formal, buscou-se, de forma consensuada, uma pauta mínima de valores, a fim de preencher o conceito de boa administração, que, afinal, foi consagrado na CDFUE. Como foi destacado pelo próprio Provedor de Justiça, “é óbvio que estes requisitos básicos para uma boa conduta administrativa não são as únicas regras e princípios que as Instituições e os organismos comunitários, bem como os seus funcionários, têm de observar para garantir uma boa administração²⁹”, de modo que, ante a ausência de regras universais, “é [...] importante que cada instituição e organismo adopte um conjunto de regras e princípios, ou seja um Código de Boa Conduta Administrativa, no qual se definam claramente os direitos dos cidadãos europeus³⁰”.

O Informe do Provedor de Justiça de 2000 noticia que o projeto de código que apresentara em julho do ano anterior foi adotado por oito das dez agências descentralizadas da

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Luxemburgo, 43º ano, série C, n. 364, p. 1-22, 18 dez. 2000. p. 18.

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 2000**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225890864143_rap00_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 11.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu, loc. cit.

União Europeia. Relatou ainda que, em abril de 2000, submeteu um relatório especial sobre a matéria ao Parlamento, recomendando a adoção de um código de direito administrativo europeu³¹. O parecer da Comissão de Petições, a seu turno, foi expresso em registrar que o Ombudsman “deve aplicar os princípios do código de boa conduta administrativa ao examinar se existem situações de má administração, a fim de dar execução ao direito dos cidadãos à boa administração, como estipulado no artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³²”.

Atendendo à exortação do Parlamento, e com vistas a dar maior densidade ao referido direito fundamental, foi editado, em 6 de setembro de 2001, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa. Como declarou o então Provedor de Justiça Europeu, “o Código esclarece o que na prática esse direito [fundamental a uma boa administração] significa e, concretamente, o que se pode esperar duma Administração Europeia³³”.

A partir da positivação expressa como direito fundamental e sua especificação por meio de um Código, o diálogo institucional entre o Ombudsman e o Parlamento Europeu, por meio dos relatórios anuais, a partir de 2001, prestou-se a lapidar a moldura do referido direito, especificando-o sempre à luz dos casos concretos apreciados pela Provedoria de Justiça.

Por fim, registra-se não se desconhecer que, justamente, por ser uma pauta mínima, o direito à boa administração não exclui outros valores já incorporados ao ordenamento jurídico local ou às peculiaridades de algum serviço público em especial. Cabe, pois, à luz do citado preceito formal, a investigação jurídica em cada país para a definição dos seus precisos contornos.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 2000**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225890864143_rap00_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 19.

³² UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 2000 (C5-0302/2001 – 2001/2043(COS))**. Rel. Herbert Bösch. [Bruxelas], 2001. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0280+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012. p. 7.

³³ UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Código Europeu de Boa Conduta Administrativa**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. p. 5.

6.2 RECONHECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O marco inicial do estudo sistemático acerca do reconhecimento de um direito fundamental à boa administração pública no direito brasileiro foi a publicação, em 2007, da primeira edição da obra *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, de Juarez Freitas³⁴. Sua definição é ponto de partida obrigatório nos estudos que posteriormente se desenvolveram sobre o tema, razão pela qual é oportuna sua transcrição:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem³⁵.

Fundamentando-se em Galetta, o citado autor prossegue afirmando que o direito fundamental à boa administração é “lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados nessa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos³⁶”. Tal frase sintetiza a evolução do conceito tal qual adotado pelo diálogo institucional entre o Provedor de Justiça europeu e o respectivo Parlamento, nos moldes expostos na seção anterior deste trabalho.

Relembra-se que o conceito formal de boa administração é, *a contrario sensu* da definição de má administração formulada pelo Ombudsman europeu, a atuação estatal em conformidade com as normas e princípios a que se vincula tal atividade, e que o conteúdo material desse direito deve ser buscado na experiência de cada país, pelo que, no âmbito do espaço jurídico europeu, em virtude de sua heterogeneidade, era recomendável a edição de códigos de conduta.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, por não padecer do problema da diversidade de tradições de que padece a Europa, já tem consagrado, no seio de sua própria Constituição, toda uma plêiade de princípios e regras que vinculam a Administração Pública,

³⁴ Entretanto, em doutrina muito mais remota já podem ser identificados lampejos de um tal direito: “O estatuto supremo deu o valor de matéria constitucional ao *compromisso de bem servir*, reduzido a termo subscripto pelo funcionário ao tomar posse e entrar em exercício do seu cargo” (MAXIMILIANO, Carlos. **Commentários à Constituição Brasileira**. 2. ed., ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923. p. 740).

³⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

³⁶ FREITAS, loc. cit.

donde se podem extrair os preceitos que comporão o núcleo material do direito fundamental à boa administração. Assim, apesar de o Título II da CF/88 não conter a enunciação expressa de um tal direito fundamental, seu conteúdo pode ser extraído, notadamente, do seu art. 37, cujo *caput* sintetiza esse núcleo essencial, complementado, sobretudo, por disposições integrantes do seu art. 5º³⁷.

Como se manifestou Moreno, “*el cuerpo jurídico-administrativo reúne toda serie de normas de las que se pueden desgranar un amplio listado de derechos de los ciudadanos y deberes de la Administración cuya verificación nos conduce, sin duda, al modelo de buena Administración que se pretende*”³⁸. Daí a afirmação de que o direito fundamental à boa administração é um conceito-síntese, que agrupa uma série de direitos reconhecidos de maneira dispersa.

Sarlet, a seu turno, chega mesmo a afirmar que “a Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consagrou um direito fundamental à boa administração”³⁹. Prossegue o autor afirmando poder tal direito ser extraído, além do art. 37, do próprio art. 1º, III, da Constituição, uma vez que “uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes”⁴⁰. Nesse sentido, é considerada uma boa Administração aquela que cumpre de maneira correta e adequada com todos e cada um dos deveres que lhe são impostos pelo ordenamento, de modo a facilitar os direitos dos cidadãos e alcançar os objetivos de atenção ao interesse público⁴¹.

É válido notar que os tribunais superiores pátrios já tiveram oportunidade de referir, textualmente, a ideia de “boa administração”. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), foram localizados quatro acórdãos que contêm a expressão “boa administração”, utilizada em sentido relevante para este trabalho. Já no STF, apenas um acórdão foi localizado, o qual, entretanto, apenas traz referência a “boa administração” em parecer ministerial transcrito no

³⁷ Notadamente os incisos que disciplinam deveres da Administração na condução de processos, a exemplo dos incisos XXXIII, XXXIV, LIV, LV, LXI a LXIV, LX e LXXVIII.

³⁸ MORENO, Pedro. T. Nevado-Batalla. Ciudadanos y Administración. El derecho al buen gobierno: reflexiones desde una perspectiva administrativa. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=48543>>. Acesso em 12 maio 2012. p.2.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, [2006]. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 05 maio 2012. p. 1.

⁴⁰ Ibid., p. 1-2.

⁴¹ MORENO, loc. cit.

seu relatório. Tratando-se das primeiras manifestações jurisprudenciais superiores sobre a matéria, torna-se imprescindível sua referência⁴².

No REsp. nº 269.683, a própria ementa trouxe que o ato de improbidade administrativa é “a prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos *deveres de boa administração*, lealdade e boa-fé⁴³” (grifos acrescidos). A relevância do citado aresto, pioneiro na Corte Especial, foi reconhecer expressamente que a boa administração é um *dever* do Estado, do que se pode deduzir logicamente que o referido tribunal acolheu aí a ideia de um direito à boa administração, exercitável pelo cidadão.

Já no REsp. nº 892.818, apesar de não estatuir a ideia de boa administração como dever do Estado ou direito do cidadão, referiu em sua ementa que “o marco constitucional e a legislação [...] consagram e garantem *os princípios estruturantes da boa administração*⁴⁴” (grifos acrescidos). Em seu voto, o Min. Herman Benjamin esclarece que o princípio da moralidade “é pressuposto de validade de todo e qualquer ato administrativo, como *elemento essencial à boa administração*, e, remotamente, ao núcleo ético, à honestidade, ao interesse público, à dignidade da pessoa humana (no seu sentido político) e ao bem comum, bases do Estado brasileiro⁴⁵” (grifos acrescidos). Veja-se que o citado relator identifica a moralidade como um dos elementos da boa administração, relacionando-o com outros valores constitucionais, o que permite entrever sua intuição no sentido de que tal conceito (boa administração) refere-se a um plexo de deveres do Estado.

Mais importante contribuição desse voto se extrai do trecho em que o relator, ao abordar a característica da tipicidade aberta da lei de improbidade, expressamente aduz que “o legislador não teria como antecipar exaustivamente todas as ações contrárias à boa

⁴² A este ponto, serão analisados os três primeiros julgados do STJ, tendo em vista que o último, bem como o único do STF, referem-se expressamente tratar-se de direito fundamental e, portanto, serão abordados na seção seguinte deste trabalho, na qual se discutirá precisamente essa qualificação.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 269.683 - SC**, da Segunda Turma. Recorrentes: União, Alexis Stepanenko e Outros. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Laurita Vaz. Relator para o acórdão: Min. Paulo Medina. Brasília, 6 ago. 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=102426&sReg=200000766186&sData=20041103&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012, p. 1.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 892.818 – RS (2006/0219182-6)**, da Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Amaro Borges da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 11 nov. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=832004&sReg=200602191826&sData=20100210&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012, p. 2.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 892.818 – RS (2006/0219182-6)**, da Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Amaro Borges da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 11 nov. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=832004&sReg=200602191826&sData=20100210&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012, p. 7.

Administração⁴⁶”. Essa passagem resume o mesmo dilema pelo qual passou o ordenamento europeu, considerando que o conteúdo material da boa administração é variável no tempo e espaço.

Por sua vez, o agravo regimental no REsp. nº 949.931, também tratando de questão de improbidade administrativa, faz referência “aos bens e valores materiais e imateriais da *boa Administração*⁴⁷” (grifos acrescidos) como suscetíveis de serem objetos de danos causados pelo ato ímprobo, mas sem desenvolver maiores considerações sobre o tema.

Note-se que os arestos mencionados referem-se a casos de improbidade administrativa. Assim, em que pese trabalharem o conceito de boa administração do ponto de vista do agente público, trata-se do início de uma nova abordagem, pois o agente nada mais é do que o Estado feito presente no mundo físico. Como os atos dos agentes são imputados diretamente ao Estado, com fincas na teoria do órgão, não se pode deixar de considerar que tais deveres, imputados aos agentes do Estado, o serão ao próprio Estado, razão pela qual se pode neles localizar o início da permeabilidade da Corte Especial a essa nova categoria jurídica.

Cabe observar que os parâmetros de boa administração fixados no art. 41 da CDFUE (que constituem apenas uma pauta mínima, reprise-se) encontram, todos, assento na Constituição pátria. É útil, nesse momento, traçar um paralelo, para fins de esclarecimento.

O item 1 possui inegável semelhança com o art. 5º, LXXVIII, que contempla, no rol de garantias fundamentais, o direito à duração razoável do processo, assegurado “a todos, no âmbito judicial e administrativo⁴⁸”. Especial atenção deve ser dada ao fato de que esse dispositivo, apesar de aplicar-se também aos processos administrativos, foi gestado no âmbito da chamada “reforma do Judiciário” (veiculada pela EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004⁴⁹), o que demonstra que tal garantia foi pensada com vistas muito mais nos próprios processos

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 892.818 – RS (2006/0219182-6)**, da Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Amaro Borges da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 11 nov. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=832004&sReg=200602191826&sData=20100210&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012. p. 13.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial n. 949.931 – SC (2007/0097861-9)**, da Segunda Turma. Agravante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Agravado: Nelson Teófilo Grando. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 18 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=850129&sReg=200700978619&sData=20100210&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012. p. 1.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

judiciais, cujo retardo crônico é diuturnamente noticiado. Ademais, consagra os postulados da imparcialidade e equidade, implicitamente acolhidos na Constituição e expressamente definidos em leis.

Por sua vez, o item 2, primeiro parágrafo, possui ideia análoga à de nosso art. 5º, LV, que assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes, aos litigantes em processo judicial ou administrativo⁵⁰, o que se afigura um dos corolários mais basilares do Estado democrático de direito.

Já no segundo parágrafo do mesmo item, pode-se reportar ao art. 5º, XXXIII, que consagra a todos o direito ao recebimento de informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas hipóteses de sigilo⁵¹. Tal previsão é aplicável a qualquer órgão público “dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público”, como expressamente disciplinado pelo art. 1º, parágrafo único, da recente Lei de Acesso à Informação (lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011⁵²). Ademais, disciplina tema análogo o art. 5º, LX, que dispõe sobre a publicidade dos atos processuais e acesso aos autos, ressalvadas algumas hipóteses, no que tem aplicabilidade tanto a processos administrativos quanto a judiciais⁵³.

No terceiro parágrafo, por sua vez, ao albergar o dever de motivação das decisões, encontra-se expressa referência constitucional pátria apenas no que se refere ao Judiciário (em suas atividades típicas e atípicas), a saber, decisões judiciais e deliberações administrativas de tribunais (art. 93, X e XI). Para a Administração Pública, o dever de motivar as decisões é considerado princípio constitucional implícito, além de reconhecido em normas infralegais, a exemplo do art. 50 da Lei 9.784/1999⁵⁴.

O item 3 guarda consonância com o art. 37, § 6º, várias vezes já referido ao longo desse trabalho.

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁵¹ Ibid.

⁵² BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012.

E o item 4, por fim, de inarredável importância para o direito europeu em face de seu caráter necessariamente multilíngue, encontra eco no art. 13 da Lei Maior. Contudo nossa homogeneidade linguística não estimulou grandes controvérsias acerca do tema, ainda que o uso da língua portuguesa como idioma oficial esteja previsto no título II da Constituição, reservado aos direitos e garantias fundamentais⁵⁵, e, por lógico, seja aplicável a todos os órgãos públicos, independentemente do poder a que pertença.

Como se pode ainda observar, todos os direitos fundamentais referidos no ordenamento brasileiro que encontram paralelo no citado art. 41 da CDFUE se aplicam, tanto para a Administração Pública, quanto para o Poder Judiciário. Isso reforça a ideia de que não há razão para excluir, *a priori*, da incidência do direito fundamental à boa administração, a própria função jurisdicional.

Tal conclusão é apenas mais um sintoma da indistinção ontológica entre administração e jurisdição: a própria CF/88 disciplina diversos direitos e garantias fundamentais como limitadoras do poder estatal, de forma conjunta para ambas as funções. Logo, seria até mesmo desnecessário abordar o direito à boa administração separadamente do direito à boa jurisdição, uma vez que ambos são apenas faces de um mesmo direito fundamental, que se poderia chamar de direito à boa atuação estatal.

Nesse sentido, o direito à boa jurisdição, tanto quanto à boa administração, pode ser considerado uma norma implícita, como um feixe de princípios e regras, de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional⁵⁶. Ele é composto não só por aqueles preceitos expressamente contemplados no art. 41 da CDFUE (reputado pelos próprios europeus como pauta mínima, consoante já abordado supra), mas por todo o complexo de normas, sobretudo constitucionais, que disciplinam a atuação dos órgãos públicos.

6.3 FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO E À BOA JURISDIÇÃO

Mister se faz, neste momento, fundamentar a utilidade do reconhecimento de um direito à boa jurisdição (e à boa administração) no direito brasileiro, bem como apresentar as

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 9.

razões pelas quais tal direito merece o qualificativo de *fundamental*. Afinal, se o conteúdo material desse direito é composto por outros princípios e regras que regem a atividade estatal, algumas das quais já são contempladas constitucionalmente como direitos fundamentais, não seria pleonástico inserir mais um direito, como sobreposição, nesse catálogo?

Em que pese a rica discussão que se encerra em torno do conceito de direito fundamental não caber nos contornos deste trabalho, é importante traçar algumas linhas acerca da concepção que o norteará. Nesse sentido, entende-se por direitos fundamentais as normas-princípio que funcionam como instrumentos de legitimação do próprio Estado democrático de direito na cultura ocidental, as quais expressam valores de hierarquia tão elevada em um dado ordenamento jurídico que chegam a se confundir com a norma básica de reconhecimento das demais normas jurídicas. Funcionam também como parâmetros de interpretação, de tal modo que a melhor hermenêutica deles mesmos e das demais normas jurídicas venha a maximizar seu próprio conteúdo. Trata-se do que se convencionou chamar de *força expansiva dos direitos fundamentais*⁵⁷.

A fundamentalização de um direito traz sérias consequências, dentre as quais se inclui o reconhecimento de que tais normas, que ostentam caráter principiológico, situam-se em um grau axiologicamente superior, dentro do plano constitucional, o que lhes confere prevalência nas operações de ponderação, quando em conflito com outros princípios. Isso decorre, dentre outros fatores, do fato de tais direitos implicarem em limites materiais à própria revisão constitucional, numa proteção potenciada contra erosão por parte do constituinte derivado⁵⁸. Decorre ainda do fato de possuírem vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituindo parâmetros materiais e fundamentos diretos da atuação estatal, a nortear suas decisões, ações e omissões, bem como do controle tanto dos órgãos administrativos, quanto dos legislativos e jurisdicionais⁵⁹.

Uma leitura atenta dos dispositivos constitucionais que guardam paralelo com os postulados do direito a uma boa administração, tal qual previsto na CDFUE, permite revelar que o conteúdo jurídico básico de tal direito é constituído de princípios que, até hoje, vêm sendo analisados no Brasil de forma isolada. A novidade reside em compreendê-los integrada e harmonicamente, de modo a permitir a extração de seus fundamentos comuns e, com isso, permitir ao jurista, dentro do contexto de mudanças estruturais do Direito Administrativo,

⁵⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7-8.

⁵⁸ V. art. 60, § 4, IV, da CF/88 (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012).

⁵⁹ V. art. 5º, § 1º, da CF/88 (Ibid.).

antever os novos desafios que se apresentem. Com isso se viabilizará uma atividade a que Moreira Neto se referiu como de prospecção científica, que envolve a necessidade derivada de as sociedades se prevenirem diante da possibilidade de eclodirem novas necessidades⁶⁰. A importância dessa atividade é salientada sobretudo diante do contexto da “sociedade do risco”, decorrente da evolução tecnológica, que eleva o risco a que todos se submetem a níveis extremamente elevados, e, ao revés daquele oriundo da revolução industrial, abordado *supra*⁶¹, não conhece classes sociais ou fronteiras, nem é sensível aos sentidos⁶².

Nesse ponto, pode-se destacar que a função administrativa é a função tipicamente incumbida de concretizar os direitos fundamentais e conceder, dessa forma, efetividade às normas constitucionais. É a Administração Pública, em especial o Poder Executivo, o incumbido de conceber e executar, em primeiro plano, as políticas públicas, sempre de acordo com os comandos constitucionais e legais aplicáveis. O aperfeiçoamento do exercício da função administrativa, primária e diretamente relacionada à concretização dos direitos fundamentais, é, pois, o caminho mais eficaz para assegurar sua efetividade⁶³. Ademais, é também o mais legítimo para atender aos anseios da sociedade, desde que composto democraticamente.

Toma-se aqui o cuidado de frisar esse aspecto, justamente, em virtude da recente tendência a deslocar do Executivo para o Judiciário o palco acerca das discussões sobre efetivação de direitos fundamentais⁶⁴. Sem entrar no mérito da discussão, visto que tal empresa extrapolaria os limites deste trabalho, forçoso é reconhecer que ao Judiciário é reservado o papel de controle, nessa seara. E como o Judiciário só pode atuar se provocado,

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, jun./jul./ago., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-DIOGO%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2010. p. 15.

⁶¹ V. seção 2.2.

⁶² Esse tema será retomado e melhor desenvolvido na seção 6.4.3.

⁶³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 76.

⁶⁴ Como expressou Fábio Lima Quintas, a “hipertrofia do Judiciário conduz à atrofia da Administração Pública e à desconsideração do Legislativo como espaço de embate político. Mais do que isso, algo essencial para o funcionamento da atividade administrativa, do direito e da sociedade se perde com essa nova postura do Judiciário: previsibilidade. A falta de previsibilidade do direito gera, entre outras circunstâncias, a crença de que a atividade legislativa não tem aptidão hoje para definir, durante e após o processo legislativo, o conteúdo do direito e regular a vida das pessoas. Por outro lado, conduz à imobilização da atividade administrativa, sobretudo no que se refere à implementação de políticas públicas” (QUINTAS, Fábio Lima. O juiz como última instância da Administração Pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2011. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=77356>>. Acesso em: 15 maio 2012. p. 2).

em face da inércia da jurisdição⁶⁵, a atuação judicial será sempre mais tardia, pois somente poderá operar, mediante provocação específica, após a atuação irregular ou omissão do Poder inicialmente incumbido da promoção de tais direitos fundamentais⁶⁶. Lembre-se, ainda, a atual dificuldade do processo judicial em acomodar pretensões coletivas, resolvendo-se, no mais das vezes, controvérsias sobre direitos fundamentais no nível da microjustiça, o que pode levar a iniquidades⁶⁷.

O Executivo, a seu turno, tem legitimidade para atuar tempestivamente, por iniciativa própria, e priorizar o direcionamento dos esforços às demandas mais preeminentes, contemplando holisticamente as várias necessidades da sociedade – o que se insere, perfeitamente, no conceito de *administrar*. Assim, considerando que à Administração Pública cabe, precipuamente, a efetivação de direitos fundamentais, é lícito reconhecer aos cidadãos o direito a que essa atuação seja desempenhada adequadamente. Como sua finalidade é justamente assegurar a efetivação dos demais direitos fundamentais, o próprio direito à boa administração merece o qualificativo de fundamental, sob pena de se inviabilizar a eficiente efetivação de todos os demais direitos.

Esse raciocínio é semelhante ao cunhado por Alves de Souza, ao defender a fundamentalidade do direito de acesso à justiça. Para ele, “o Estado, ao se afirmar com o poder jurisdicional único caso não garantisse o direito de ação seria o mesmo que dizer que os direitos podem ser abertamente violados sem qualquer possibilidade de realização desses direitos contra os violadores⁶⁸”. *Mutatis mutandis*, quando a Constituição incumbe ao Estado-administração efetivar os direitos fundamentais, deve, necessariamente, garantir um direito a que tal atuação se dê de forma correta. O contrário seria o mesmo que esvaziar completamente os demais direitos fundamentais, pois restaria aberta a cancela para sistemáticas violações, por omissão ou ação indevidas, à sua efetivação.

⁶⁵ V. arts. 2º e 262 do estatuto processual civil pátrio (BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

⁶⁶ Destaque-se que a possibilidade de atuação preventiva do Judiciário (contra ameaça de lesão a direito) não infirma esse argumento. Mesmo nesses casos, a função jurisdicional somente atua quando a Administração pratica condutas que permitam inferir que um direito será violado, sendo que essas condutas, por si só, já se apresentam como más – do contrário, não gerariam sequer o receio de violar direitos.

⁶⁷ A noção de microjustiça refere-se às decisões de casos concretos, de lides específicas, que não transcendem, do ponto de vista material, a controvérsia concretamente posta em análise. Tal noção opõe-se à de macrojustiça, cujo escopo envolve a adoção da mesma solução a todos os que estão ou venham a estar em situação similar à decidida, a fim de evitar fratura à isonomia. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e a decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18).

⁶⁸ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 84.

A afirmação do direito fundamental entelado é uma ampliação da esfera de proteção dos demais direitos fundamentais, que passa a alcançar não mais só os resultados concretos da ação estatal, mas também o desenvolvimento da função pública como um todo, e desde o início. Trata-se, pois, de direito fundamental de índole instrumental, mas diretamente relacionado à dignidade humana, pois protege todos os direitos que visam consagrá-la⁶⁹.

Contudo seria extremamente incoerente exigir da administração o respeito a tais parâmetros de boa atuação, enquanto a jurisdição ficasse livre do mesmo condicionamento. Como atos administrativos e jurisdicionais, conforme já exposto⁷⁰, compartilham a mesma essência, não seria de se aceitar tratamento díspar, já que ambos estão comprometidos com a supremacia da Constituição, que os disciplina, em diversas passagens, conjuntamente.

De mais a mais, muito maior legitimidade terá o Judiciário para atuar na correção de condutas dos outros dois poderes, ao submeter-se aos mesmos parâmetros de atuação. Soa, de fato, no mínimo estranho, que o Judiciário leve vários anos para condenar a Administração por não ter respondido um pedido administrativo no prazo legalmente fixado, ou que um processo judicial em que se discuta a omissão da Administração em efetivar direitos fundamentais, como saúde, educação, moradia, etc., fique longos anos repousando em escaninhos judiciais. A mesma ordem de ideias aplica-se em processo entre particulares: como justificar moralmente a condenação de um sujeito nas consequências da mora no adimplemento de uma obrigação, quando o próprio Judiciário tiver obrado com mora no cumprimento de sua obrigação constitucional de fornecer o serviço público judiciário?

Nesse diapasão, não se pode considerar o direito à boa jurisdição, tanto quanto à boa administração, como um direito fundamental tão somente à vista da topografia de alguns de seus parâmetros no Título II da CF/88. A fundamentalidade do referido direito possui natureza material, uma vez que ele representa, por si só, um dos valores mais caros ao Estado democrático de direito: o direito de exigir do Estado que atue legitimamente para a concretização dos demais direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito jurisdicional.

Assim, o reconhecimento do caráter de fundamental ao direito em tela visa conceber os elementos e fornecer os instrumentos pelos quais o cidadão pode exigir do poder público que sua atuação se dê de forma correta, legal, legítima – em uma palavra, *boa*. Com isso,

⁶⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81.

⁷⁰ V. seção 5.2, *supra*.

capacita-se o cidadão a combater a corrupção, a desídia, enfim, tudo o que contradiz a *boa jurisdição e a boa administração*.

Isto porque, ao qualificá-lo como fundamental, esse direito passa a ter prioridade em face de outros direitos que não ostentem a mesma qualidade, quando da realização de operações de ponderação. Além disso, torna-se protegido contra erosão por parte do constituinte derivado, e, não menos relevante, assume caráter universal e acessível a qualquer cidadão⁷¹. Outra consequência é tornar dispensável a interposição legislativa para a sua imediata efetivação, consoante disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF/88⁷².

Ademais, os direitos fundamentais, para além da dimensão objetiva (perspectiva dos direitos fundamentais como sistema de valores legitimador do ordenamento), possuem uma dimensão subjetiva, da qual decorrem efeitos sobre a esfera jurídica individual. Isso quer dizer que os direitos fundamentais são erigidos em direitos subjetivos e, como tal, *exigíveis* pelos seus titulares – todos os membros da sociedade.

É sintomático que, no capítulo V da CDFUE, intitulado “Cidadania”, o direito a uma boa administração seja o único assegurado a “todas as pessoas”, e não somente aos “cidadãos da União”, como os demais, o que demonstra a preocupação do legislador europeu em acentuar a dimensão subjetiva desse direito. Aliás, a inovação do art. 41 da citada Carta foi, justamente, transformar elementos, outrora tratados apenas como princípios, em um direito subjetivo “para todas as pessoas”⁷³. E tal direito pode ser considerado fundamental porque cria o direito dos cidadãos a certo padrão de atuação do Estado, baseado nos princípios que a informam⁷⁴.

Qualificar um fenômeno jurídico implica em permitir a aplicação do regime jurídico referente à categoria em questão ao tal fenômeno. Nesse sentido, “qualificar os direitos fundamentais como direitos subjetivos nada mais significa do que dizer que a eles aplica-se o regime jurídico dos direitos subjetivos⁷⁵”.

⁷¹ FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 58, p. 133-143, nov./dez. 2009. p. 134-135.

⁷² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁷³ UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Luxemburgo, 43º ano, série C, n. 364, p. 1-22, 18 dez. 2000. p. 18-19.

⁷⁴ LANZA, Elisabetta, The right to good administration in the european union: roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. **Teoria del Diritto e dello Stato: Rivista Europea di Cultura e Scienza Giuridica**, Roma, n. 1-2-3, p. 479-490, set. 2008. p. 483.

⁷⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 145.

Por conseguinte, o reconhecimento da fundamentalidade do direito à boa administração e à boa jurisdição implica na sua categorização como direito subjetivo, do que decorre que, ao tempo em que atribui uma pretensão aos cidadãos – de exigir o comportamento estatal de acordo com os parâmetros fixados no próprio ordenamento – impõe ao Estado a correspectiva obrigação (dever) de satisfazer tal pretensão.

O próprio STJ, em acórdão pioneiro – e, até agora, único – referiu-se expressamente à boa administração como direito fundamental no REsp. nº 1.139.486. Trata-se do caso de um adquirente de automóvel sobre o qual, quando da realização do negócio, não constava qualquer registro de gravame no certificado de registro e licenciamento do veículo. Posteriormente, quando a autarquia de trânsito passou a integrar o Sistema Nacional de Gravame, importou restrição pretérita decorrente de alienação fiduciária.

Ante tal quadro, a Corte Especial deu provimento ao recurso para determinar a exclusão da anotação pretérita, considerando que “a situação descrita malfero o princípio segundo o qual se deve proteger terceiros de boa-fé. Abala também a confiança que deve existir entre os administrados e o Poder Público, em última análise, *viola o direito fundamental à boa administração pública*⁷⁶” (grifos acrescidos). Note-se que o STJ concluiu não ter respeitado a boa administração o órgão que não fez constar nos seus registros o gravame existente sobre o veículo alienado. Assim, não pode, retroativamente, em prejuízo do adquirente, lançar a anotação, cabendo à própria Administração a responsabilidade pela falha, e não ao adquirente de boa-fé.

No STF, a seu turno, apenas um aresto que trazia a menção a “boa administração” foi localizado: o RE nº 248.202. Na verdade, a referência à boa administração constou apenas no relatório, no trecho em que transcreveu parecer da Procuradoria-Geral da República, que, ao trabalhar a questão da legitimidade do Ministério Público no caso, reconheceu que “*o direito à boa administração e à correta aplicação dos recursos públicos pertence a todos os cidadãos, de forma indeterminada, ou seja, é direito social titularizado pela coletividade como um todo*⁷⁷” (grifos acrescidos). Mais adiante, referiu ainda que “que cada indivíduo, na condição

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.139.486 – DF (2009/0172293-0)**, da Segunda Turma. Recorrente: Paulo Ribeiro Machado. Recorrido: Departamento de Trânsito do Distrito Federal Detran DF. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 24 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7380603&sReg=200901722930&sData=20091207&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012. p. 1.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 248.202-1 Minas Gerais**, da Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Hipólito Carvalho de Souza. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 30 abr. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257753>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 10.

de destinatário e credor da boa gestão dos negócios públicos, tem título originário para dela participar ativamente⁷⁸”.

Entretanto, de forma aparentemente contraditória, aduziu que o direito à boa administração e à correta aplicação dos recursos públicos “não pode ser pleiteado singularmente em Juízo, mas interessa, no caso vertente, a todos os habitantes do Município⁷⁹”. Se o direito à boa administração foi qualificado como direito social, sua natureza é jusfundamental, de modo que não se justifica a afirmação de que o mesmo seria titularizado por “cada indivíduo” mas não poderia ser exigido judicialmente. Todavia, pelo restante da fundamentação, constata-se que o propósito do procurador que elaborou o referido parecer foi tão somente o de justificar a atuação do Ministério Público no contexto da ação civil pública intentada para anular atos administrativos reputados ilegais e lesivos ao patrimônio, objeto específico do recurso, não se detendo na análise da natureza desse direito.

Lamentavelmente, o ministro relator não se pronunciou expressamente sobre a questão, mas apenas deu provimento ao recurso com base em aresto anterior, com o que se perdeu excelente oportunidade para o Pretório Excelso inaugurar um *leading case* sobre o tema.

Destarte, impondo tal direito fundamental uma obrigação ao Estado, qual seja, a de cumprir as prescrições que disciplinam sua atividade, seu eventual inadimplemento poderá, em caso de dano daí decorrente, ensejar sua responsabilização civil, como, aliás, é regra básica para o inadimplemento de obrigações, tal como abordado mais cedo neste trabalho⁸⁰.

Desta forma, o papel do Judiciário também restará duplamente fortalecido, pois o referido direito fundamental fornece parâmetros de boa administração, que permitirão que a atuação administrativa seja sindicada em bases mais amplas e legítimas; bem como sua própria atuação, ao pautar-se nas mesmas bases alargadas de legitimidade, contribuirá para a recuperação do prestígio que tão relevante função merece ter no seio da sociedade.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 248.202-1 Minas Gerais**, da Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Hipólito Carvalho de Souza. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 30 abr. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257753>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 12.

⁷⁹ Ibid., p. 10.

⁸⁰ V. seção 2.1, *supra*.

6.4 REFLEXOS PRÁTICOS

Ao disciplinar a atuação da jurisdição, prevendo os preceitos para que se possa qualificá-la como “boa”, o direito fundamental em referência enseja um controle potenciado do exercício do poder de decidir. No âmbito da boa administração, tal constatação é sobremaneira relevante no exercício da discricionariedade. Paralelamente, no que tem pertinência com a boa jurisdição, a “independência” do magistrado tampouco pode escapar a tais parâmetros. Como já afirmado linhas atrás⁸¹, não existe independência – *rectius*, autonomia, ainda que qualificada – *sobre* a Constituição, mas apenas *sob* a Constituição, de modo que a atecnicamente chamada independência técnica não constitui salvo conduto para atuação em desconformidade com a Lei Maior.

Referindo-se à administração pública, Freitas observa que tal direito permite, “terçar armas contra a discricionariedade exercida fora dos limites ou aquém dos limites – a saber, de maneira extremada ou omissa⁸²”. Da mesma forma, a sociedade há que se armar contra o exercício exorbitante da “independência funcional”, tanto por excesso, quanto por omissão.

Calcado na centralidade dos direitos fundamentais, o direito à boa jurisdição permite ao cidadão exigir do Estado-juiz o respeito aos princípios constitucionais inerentes à sua atuação, do que se pode concluir que toda autonomia (qualificada), a fim de ser exercida legitimamente, está, sob certos aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. A liberdade para decidir apenas se legitima ao se fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, determinam⁸³. Nesse sentido, assim como “o direito fundamental à boa administração vincula, e a liberdade é concedida apenas para que o bom administrador desempenhe de forma exemplar o seu mister⁸⁴”, o direito fundamental à boa jurisdição também vincula o magistrado, de modo que tal autonomia qualificada somente serve para que o bom juiz tenha à disposição instrumentos idôneos para atuar com exemplaridade, no exercício do seu mister.

⁸¹ V. seção 5.1.

⁸² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 9.

⁸³ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, jan. 2009. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=56600>>. Acesso em: 20 maio 2012. p. 12.

Ainda nessa ordem de ideias, nem a discricionariedade, nem a autonomia funcional, podem significar, no Estado Constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais. Adverte-se, por oportuno, que o extremo oposto tampouco é salutar. O excesso de vinculação e de controle tende a estiolar as relevantes atividades públicas. Ainda que a carga vinculada da atuação seja elevada, sempre existirá espaço para a tomada de decisão. Os direitos fundamentais são carregados de valores, de modo que a escolha axiológica dos resultados pode até apresentar-se rarefeita, mas nunca inexistente⁸⁵. Nem o juiz, nem o administrador podem ser a mera “boca que pronuncia as palavras da lei⁸⁶”, estando todas as funções estatais imbuídas, no exercício de suas competências, da autonomia necessária para a boa execução de suas finalidades.

Na outra ponta, não existe, em termos absolutos, liberdade de escolha para o agente público, por maior que seja a sua esfera de autonomia (ou “independência”). Em qualquer decisão pública, há a incidência de normas constitucionais, as quais não podem ser vulneradas. Tal assertiva é a decorrência lógica do dever do Estado, em qualquer de suas manifestações – inclusive do Estado-juiz – de dar efetividade aos direitos fundamentais⁸⁷. E o papel do Judiciário nessa efetividade não pode ser desempenhado apenas determinando aos outros Poderes como atuar, mas atuando, ele mesmo, no sentido do efetivo respeito às normas dessa natureza.

Deve-se registrar, a esse ponto, que muitos aspectos do direito fundamental à boa jurisdição são qualificados, tradicionalmente, como princípios autônomos, e sujeitos a análises que carecem de integração recíproca. Ao enfeixá-los no referido direito fundamental, todos passam a ser dele faces, ou decorrências. E, como exposto na seção anterior deste trabalho, tratando-se de direito fundamental, a eles corresponde um respectivo dever, a ser exigido, primariamente, do Estado – o qual, inadimplido, poderá ensejar danos, o que fará surgir a sua responsabilidade civil. Esta é a razão pela qual as próximas subseções serão nomeadas por *deveres*, apesar de sua usual identificação como *princípios*.

É certo que existe uma multiplicidade de princípios – ou deveres, como aqui considerados – que integram o conteúdo material do direito fundamental à boa administração, o que já foi objeto de menção⁸⁸. Entretanto, como tal tema é aqui abordado tão somente para fins da releitura da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, abordar-se-ão

⁸⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 10-11.

⁸⁶ MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Nouvelle édition. Paris: Garnier Frères, [1869]. p. 149.

⁸⁷ Como exposto *supra*, seção 5.2.

⁸⁸ V. seções 6.1 e 6.2, *supra*.

aqueles que trazem reflexos mais relevantes para o desenlace pretendido, sem pretensão de exaustividade.

6.4.1 Dever de proporcionalidade

Na esteira do pensamento de Alexy, pode-se afirmar que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem caráter marcadamente principiológico. Mesmo as *regras* de direitos fundamentais, ainda em seu entendimento, ostentam um caráter duplo, se forem construídas de forma a contemplar uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios (relativa à primazia de princípios colidentes), caso em que estará sujeita a sopesamentos⁸⁹.

Dessa constatação, decorrem inúmeras consequências relevantes, dentre as quais, a necessidade de *ponderação* entre princípios – e, portanto, das normas de direito fundamental com essa estrutura – quando, em um dado caso concreto, há um conflito entre eles. Entretanto, apesar de aceita tal ideiação, ainda reina controvérsia acerca da forma como tal ponderação pode ser racionalmente realizada.

A solução de uma colisão entre regras implica, tradicionalmente, que, ou se estabelece uma exceção a uma delas, de modo a afastar a situação fática de sua incidência, ou se declara a invalidade de pelo menos uma das normas em conflito – o que trará, como consequência, sua expulsão do ordenamento jurídico. Isso porque, ao contrário dos princípios, o juízo sobre a validade de uma regra não é graduável, uma vez que não se admitem dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si⁹⁰.

A forma pela qual esse conflito será dirimido não é relevante para a sua caracterização como regra. Assim, podem ser usados os critérios clássicos da cronologia, especialidade ou hierarquia, ou da importância das regras em conflito; o que é imprescindível é que seja decidida qual regra permanece, e qual deve ser declarada inválida.

A seu turno, a colisão entre princípios é solucionada de forma inteiramente diversa. Em situações tais, um dos princípios terá que ceder, *diante das circunstâncias do caso concreto*. Daí afirmar-se que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob condições diversas, a questão da precedência pode ser resolvida

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 141.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 92.

de forma oposta⁹¹”. A partir da identificação das circunstâncias sob as quais determinado princípio tem “mais peso” do que outro – os quais, *a priori*, estão no mesmo nível – pode-se extrair uma regra. Essa operação é regida pela *lei de colisão*.

Tais circunstâncias constituirão os fatos ante os quais um dos princípios prevalecerá sobre o que lhe é colidente, ou seja: correspondem ao suporte fático de uma regra, a expressar a relação de precedência entre os princípios em conflito. Assim, utilizando-se da formulação lógica de Alexy, se sob as condições C_1 o princípio P_1 tem mais peso que P_2 , sob as condições C_2 é possível que P_2 tenha a preferência. Nas palavras do citado autor, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência⁹²”. Essa é a chamada *lei de colisão*.

Tratando-se os princípios envolvidos de normas de direito fundamental, então as regras derivadas da lei de colisão são consideradas normas de direito fundamental atribuídas⁹³, pois possuem fundamentação diretamente referida a direitos fundamentais. Diante disso, “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido⁹⁴”.

Compreendido que a relação de preferência entre princípios, ao contrário das regras, somente pode ser aferida diante das condições de preferência, à luz do caso concreto posto à apreciação, tem lugar a análise da *máxima da proporcionalidade*, que tem por escopo racionalizar tal processo de sopesamento.

A proporcionalidade⁹⁵, que tem íntima conexão com a teoria dos princípios, pois decorre da própria natureza dessa espécie normativa, é constituída a partir de três máximas parciais e possui uma estrutura de aplicação racionalmente definida, segundo uma ordem pré-

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 93.

⁹² *Ibid.*, p. 98-99.

⁹³ Para maior detalhamento das normas de direito fundamental atribuídas, v. ALEXY, op. cit., p. 69-76.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 102.

⁹⁵ A proporcionalidade é comumente referida como “princípio da proporcionalidade”. A equivocidade dessa qualificação decorre do quanto até aqui já exposto: não se trata de um mandamento de otimização, a ser efetivado na maior medida possível, nem pode ser sopesado contra algo. Para Alexy, se tal máxima não for satisfeita, terá lugar uma invalidade, o que a situa no âmbito das regras (*Ibid.*, p. 112), no que é seguido por Luís Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, vol. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 25). Lembra-se aqui a divergência terminológica de Humberto Ávila, para quem a proporcionalidade é uma metanorma, ou seja, uma norma sobre a aplicação de outras normas, pelo que é errôneo qualificá-la no mesmo nível daquelas sobre as quais será aplicada. Por isso, prefere qualificá-la como postulado normativo aplicativo (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 133 et seq.). Mas para os efeitos desse trabalho, não há impacto qualificar a proporcionalidade como regra, princípio ou postulado, mas compreender seu significado e contribuir para uma aplicação mais eficiente dessa espécie.

determinada: a análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*. É justamente nessa *subsidiariedade* que reside a razão de ser da divisão em máximas parciais⁹⁶.

Na lição de Ávila, a adequação “exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim⁹⁷”. Afonso da Silva, por sua vez, complementa essa ideia, acrescentando que adequado “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado⁹⁸”. Assim, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido⁹⁹”.

A necessidade pode ser conceituada como a impossibilidade de promoção do objetivo pretendido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido¹⁰⁰.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe “um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva¹⁰¹”. Para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido¹⁰²”.

Alexy constata, com razão, que os exames da adequação e da necessidade referem-se aos pressupostos fáticos de aplicação da norma, ou seja, “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas¹⁰³”. Isso porque, como visto, tais análises sempre exigirão apreciação das circunstâncias de fato, a fim de aferir as consequências e custos da decisão e das potenciais alternativas. Já o exame da proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades

⁹⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, vol. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 34.

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 177.

⁹⁸ SILVA, op. cit., p. 36.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰⁰ ÁVILA, op. cit., p. 38.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 40.

¹⁰² SILVA, op. cit., p. 41.

¹⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 118.

jurídicas, é saber, envolve uma análise da norma-princípio que fundamenta a decisão em face das normas-princípio colidentes, num exame tipicamente deontológico¹⁰⁴.

Ao se qualificar os princípios como normas que pressupõem ponderação, diante do caso concreto, para se aferir qual possui mais peso, a máxima da proporcionalidade surge como mecanismo natural para tal aferição, decorrendo da própria estrutura dos direitos fundamentais. “A análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra (ou máxima) da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação¹⁰⁵”.

A máxima da proporcionalidade, sob certo sentido, vem a vedar, simultaneamente, tanto o excesso quanto a omissão. Isso porque o ordenamento jurídico, em especial a Constituição, prescreve pressupostos e limites, positivos e negativos, à atuação do Estado, que não podem ser olvidados. Assim, não cabe ao Estado ir além dos limites constitucionais, nem, tampouco, ficar aquém dos pressupostos e objetivos constitucionalmente fixados, sobretudo quando se consideram os deveres da prevenção e da precaução¹⁰⁶.

O dever de proporcionalidade é, pois, inerente ao dever de proceder a escolhas legítimas¹⁰⁷. No contexto específico deste trabalho, as escolhas são realizadas no âmbito das decisões jurisdicionais (que necessitam adotar uma das várias teses possíveis, em debate), as quais materializam a boa jurisdição. Assim, somente pode ser considerada *boa* a jurisdição que atente para a racional ponderação dos interesses eventualmente conflitantes quando do desempenho de sua tarefa de dar efetividade aos direitos fundamentais, aliás, sua tarefa mais basililar. É certo que a análise da proporcionalidade, em sendas doutrinárias, tem-se focado

¹⁰⁴ Afonso da Silva diagnostica bem essa relação, *in verbis*: “Qual é a relação entre a otimização diante das possibilidades fáticas e a regra da proporcionalidade? As possibilidades fáticas dizem respeito às medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento e a proteção de direitos fundamentais. Se para o fomento do princípio P1, há duas medidas estatais, M1 e M2 que são igualmente adequadas para esse fim, mas M1 restringe um outro direito fundamental P2, é de se admitir que a otimização desse princípio P2 exija que seja empregada a medida M2. Essa consequência da otimização de P2 em relação às possibilidades fáticas presentes nada mais é do que a já analisada sub-regra da necessidade. Já o exame da terceira sub-regra – a proporcionalidade em sentido estrito – nada mais é do que um mandamento de ponderação ou sopesamento [...]. Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito”. (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, vol. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 44).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁶ Tais deveres serão abordados com mais vagar na seção 6.4.3, *infra*.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, jan. 2009. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=56600>>. Acesso em: 20 maio 2012. p. 12.

sobremaneira no uso de tais diretivas por parte do Judiciário, no exercício de sua atividade de controle da função administrativa. Contudo, com mais razão, tais raciocínios devem ser realizados pela jurisdição, a respeito dos fundamentos e consequências da tomada e execução de suas próprias decisões. A tomada de uma decisão judicial exige a ponderação entre o interesse que se pretende atingir com a concessão ou denegação de uma medida e o seu potencial de causar danos.

Para o correto cumprimento do dever entelado, não basta um raciocínio simplista ou uma alegação genérica de que o dado ato ou decisão é proporcional. Mister se faz a demonstração dos caminhos percorridos para concluir que a decisão tomada resistiu aos três filtros, sagrando-se como a que melhor se presta à finalidade para a qual foi tomada. Daí a importância do dever a ser em seguida analisado, o de motivação.

6.4.2 Dever de motivação

A racionalidade do processo de sopesamento, na visão de Alexy, está condicionada à fundamentação da decisão, ideia com a qual busca refutar as críticas dos que imputam à sua teoria a pecha de modelo aberto e irracional. Expressamente, ele reconhece que “se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso – que decorre desse enunciado –, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional”¹⁰⁸, mas configuraria um modelo *decisionista*, que se contrapõe ao modelo *fundamentado* por ele proposto.

Nesse modelo, Alexy desloca o problema da racionalidade do sopesamento para a fundamentação racional dos enunciados das regras de direito fundamental atribuídas que estabelecem a preferência condicionada entre princípios colidentes¹⁰⁹. Tal fundamentação deve basear-se no que ele chama de *lei do sopesamento*, assim enunciada: “quanto maior for o grau de não-afetação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 164.

¹⁰⁹ Em suas palavras: “O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional” (Ibid., p. 165).

satisfação do outro¹¹⁰”. Assim, conclui ele que, em que pese o sopesamento, isoladamente, não forneça nenhum parâmetro definitivo para a solução dos casos, o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério seguro, “ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. Nesse sentido, não se pode dizer que ela nada diz e que é, portanto, uma fórmula vazia¹¹¹”.

Veja-se como Alexy insiste em afirmar que a racionalidade de sua proposta repousa na coerente fundamentação da regra que estabelece a preferência condicionada de um princípio em face do princípio colidente. Interpretando, pois, *a contrario sensu*, suas palavras, é forçoso reconhecer que em sua obra encontram-se elementos para tachar de irracionais decisões, que, a pretexto de aplicar a técnica do sopesamento, não logram fundamentar-se coerentemente, à luz de sólida argumentação jurídica, em face dos condicionantes fáticos e jurídicos do caso posto à decisão.

E, como imperativo de racionalização das decisões, é que se deve exigir, para a sua perfeita legitimidade, motivação consistente e coerente, com base na hierarquização axiológica dos princípios eventualmente em conflito. Este é o comando decorrente do dever de escolher bem, uma das facetas do direito à boa administração e, identicamente, à boa jurisdição.

Legítima será, pois, a “liberdade” decisória exercida em conformidade com as regras e, acima delas, com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição, o que deve ser, caso a caso, demonstrado racionalmente. Nesse sentido, o Direito Público deve ser entendido, nas palavras de Juarez Freitas, como “o direito da motivação consistente e do controle principialista e fundamentado das decisões estatais¹¹²”.

Nesse ensejo, cabe lembrar que o mérito do ato administrativo é insindicável pelo Judiciário – já que se trata da função típica da Administração decidir a melhor forma, dentro dos limites que lhe são inerentes, de atender ao interesse público na efetivação dos objetivos constitucionais, por estar mais bem equipada e estruturada para tais análises sob o ponto de vista macro¹¹³. O mérito apenas pode ser revisto pela própria Administração, o que se pode proceder por meio do próprio agente prolator da decisão ou por recursos administrativos (autotutela). Da mesma forma, o mérito do ato jurisdicional é insindicável pela

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 167.

¹¹¹ Ibid., p. 173-174.

¹¹² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 16.

¹¹³ Como já foi referido na seção 6.3, *supra*.

Administração, e somente pode ser revisto pelo próprio Judiciário (reconsideração pelo próprio magistrado, nos casos legalmente admitidos, ou em sede de recursos ou ações de impugnação próprias).

Como já afirmado *supra*¹¹⁴, uma das distinções entre o ato administrativo e o jurisdicional se dá quanto ao momento da atuação: o ato jurisdicional tem lugar em um segundo momento, quando o sujeito obrigado não se desincumbe de suas obrigações. O esperado, idealmente, é que os sujeitos cumpram espontaneamente as obrigações a que estão vinculados. Por tal razão é que, no aspecto específico do controle judicial da administração pública, os atos administrativos podem ser revistos, nos aspectos ligados à legalidade (no sentido amplo da juridicidade¹¹⁵), pela atuação jurisdicional.

O controle jurisdicional das decisões administrativas, nesse ensejo, não se pode voltar para a análise de mérito propriamente dito, mas para a motivação obrigatória das decisões tomadas, e sua compatibilidade plena com os princípios constitucionais e a finalidade da efetivação dos direitos fundamentais. A partir das razões declinadas é que o ato será sindicado, não para se identificar se a conduta foi a melhor, mas se foi racionalmente fundamentada e legitimamente aceitável.

Contudo o controle de mérito do ato jurisdicional possui bases bem mais estreitas. Os recursos judiciais são cravados de requisitos para sua admissibilidade, e as sucessivas reformas do direito processual têm tornado ainda mais excepcional o seu cabimento. Vias autônomas de impugnação (cujo exemplo palmar é a ação rescisória) são de ainda mais difícil manejo. E a garantia constitucional da coisa julgada perpetua a decisão tomada, o que pode chegar a impedir, definitivamente, a rediscussão do mérito do ato jurisdicional.

As constatações que se acabam de fazer, apesar da evidente obviedade, são relevantes para destacar o quão importante é a necessidade de motivação das decisões, sobretudo das jurisdicionais, considerando que as possibilidades de sua revisão são muito mais limitadas que a dos próprios atos administrativos.

A questão ganha ainda mais relevância quando se constata que os fundamentos da decisão, seja do juiz, seja do administrador público, são, em larga medida, probabilísticos¹¹⁶, mesmo diante da mais estrita previsão legal. A cognição humana possui limitações, derivadas, por exemplo, do atual desenvolvimento tecnológico para apurar danos futuros ou de condutas

¹¹⁴ V. seção 5.2.

¹¹⁵ Acerca da evolução da legalidade para a juridicidade, já noticiada na seção 5.2 desta dissertação, v. BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Atuação administrativa *contra legem* com fundamento na máxima da eficiência. **Revista Síntese [de] Direito Administrativo**, São Paulo, ano VII, n. 79, p. 69-89. jul. 2012.

¹¹⁶ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43.

dolosas de terceiros que distorcem a verdade disponível ao julgador, de modo que uma decisão jurisdicional pode significar a imutabilidade jurídica do provimento e a cristalização de danos injustos, nos casos em que a probabilidade antevista não se concretiza.

Em qualquer decisão, o direito fundamental à boa jurisdição sempre vinculará a atuação estatal, conferindo ao magistrado apenas a liberdade necessária para o desempenho adequado de suas funções – o que implica em uma atuação nem excessiva, nem omissa, ou seja, proporcional. Tal direito fundamental impõe à jurisdição o dever de observar a totalidade dos princípios constitucionais que regem a sua atividade, sempre orientada finalisticamente para a efetivação dos demais direitos fundamentais.

Considerando o exposto na seção anterior, tem-se que toda decisão, não importa a carga de discricionariedade ou vinculação que contenha – ante a necessidade de observância dos princípios constitucionais – deve ser lastreada na proporcionalidade. Em consequência, a motivação, assim entendida como a indicação dos fundamentos de fato e de direito que levaram o agente a adotar tal decisão, passa a ser obrigatória, pois é a partir da motivação que se viabilizará a apreciação intersubjetiva do ato, e, conseqüentemente, a legitimação do controle e da apuração das conseqüências dos atos. Por tal razão, o dever de motivação é um dos mais relevantes aspectos do direito fundamental à boa jurisdição.

Sua relevância se avulta na revelação dos princípios jurídicos envolvidos e as ponderações realizadas na decisão do caso concreto, de sorte que permita o debate em bases racionais e a determinação de critérios capazes de nortear novas decisões de maneira isonômica¹¹⁷. É, justamente, a devida motivação, um instrumento de combate às arbitrariedades ocultadas sob o manto de uma suposta “independência”. São os motivos alegados que permitem a aferição da legitimidade da decisão, e sua compatibilidade com os objetivos constitucionais.

É por isso que a discricionariedade, a autonomia, a independência funcional – ou qualquer que seja o nome que se empreste à liberdade (jurídica) para tomar decisões públicas – é delimitada, em sua extensão, pelo direito fundamental à boa administração pública ou à boa jurisdição. Tal liberdade, desvinculada, seria uma afrontosa arbitrariedade, geradora de lesão a direitos, pelo que se preconiza emprestar o alcance devido ao controle governado por princípios, sem frouxidão ou vinculação excessiva¹¹⁸.

¹¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 29, p. 233-258, jun./dez. 2006. p. 235-236.

¹¹⁸ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52.

Nesse sentido, não se desincumbe do dever de motivação a autoridade que lança alegações de cunho genérico. É insuficiente para a devida motivação alegar-se que a decisão é discricionária, ou que o agente goza de “independência” para decidir. São justamente os motivos alegados, especificamente demonstrados, que permitem o controle adequado do ato, para aferir se o mesmo encontra-se viciado por excesso ou omissão. Em suma, a motivação é o veículo da interdição da arbitrariedade, pelo que sua exigência deve ser tão mais rigorosa quanto maior for a autonomia decisória do agente público.

Só uma motivação consistente oferece razões universalizáveis e satisfatórias, aptas a conferir eficácia ao princípio da impessoalidade e ensejar a criação de um ambiente seguro e confiável para as relações jurídicas de longo prazo. Ademais, tende a impedir prejuízos e danos juridicamente injustos a direitos de terceiros¹¹⁹, justamente porque impõe a demonstração de reflexão racional e ponderação da questão envolvida na decisão sob diversos ângulos, com o que se produz uma decisão mais cautelosa e mais atenta aos deveres de prevenção e precaução, adiante examinados.

6.4.3 Deveres de prevenção e precaução

Os princípios da prevenção e da precaução têm seu estudo bastante aprofundado no âmbito da doutrina jusambientalista, em virtude de sua contemplação pelo art. 225 da CF/88. Contudo, nos demais ramos jurídicos, sua contribuição é, não raro, negligenciada. Trata-se de dois grandes princípios que permitem ao Direito fazer frente aos riscos inerentes à vida em sociedade, sobretudo os decorrentes da evolução tecnológica.

Dessa forma, tais princípios podem ter plena aplicação no âmbito da atuação estatal – tanto na administração pública, quanto na jurisdição –, pois tais atividades possuem, intrinsecamente, um risco a elas associado. Tais princípios ensejam a previsão e assunção proporcional desses riscos.

Prevenção e precaução têm sua relevância avultada quando se toma em conta que, nos termos do pensamento de Beck, vive-se atualmente em sociedades de risco, assim consideradas as que se organizam para fazer frente ao aumento das hipóteses de incremento do risco decorrente dos avanços tecnológicos e pela intensa interferência humana no meio

¹¹⁹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60-61.

ambiente. Seu argumento central é que, na era atual, pelo menos desde o acidente de Chernobil, o perigo suprime todas as zonas protegidas e todas as diferenciações sociais, econômicas e geográficas, típicas da primeira modernidade. Trata-se de um perigo que não respeita fronteiras¹²⁰ e, ao contrário do que sucedia no passado, o risco não possui mais um cariz pessoal, mas envolve a possibilidade de autodestruição da própria vida na Terra¹²¹.

Ademais, os riscos da nova modernidade não são mais perceptíveis aos sentidos: ameaça nuclear, elementos tóxicos, poluentes, são exemplos de perigos invisíveis, que se espalham mundo afora, sem considerar fronteiras geográficas. É a globalização dos riscos: as consequências que as atividades humanas, no atual estágio de desenvolvimento (fusão e fissão nuclear, engenharia genética, engenharia química, etc.), produzem, não ficam mais atadas apenas ao lugar e ao tempo do seu surgimento, mas ameaçam todo o planeta, inclusive impactando seu futuro¹²². Os riscos potencializados pela vigente modernidade, pois, desnaturam-se em conjecturas, que *“tienen que ver esencialmente con la previsión, con destrucciones que aún no han tenido lugar, pero que son iminentes, y que precisamente em este significado ya son reales hoy”*¹²³.

Destarte, os riscos adquirem a conotação de projeção de ameaças para o futuro. *“El debate sobre el futuro se basa en una ‘variable proyectada’, en una ‘causa proyectada’ de la actuación presente (personal y política) cuya relevancia y significado crecen de una manera directamente proporcional a su incalculabilidad y a su contenido de amenaza”*¹²⁴.

Nesse sentido, o desenvolvimento da ciência e da técnica não podem mais dar conta da predição e controle dos riscos que contribuiu decisivamente para criar, e que geram consequências de alta gravidade, ordinariamente irreversíveis, para a saúde humana e para o meio ambiente, desconhecidas a longo prazo. É, justamente, por conta dessa dificuldade em estabelecer o vínculo entre condutas atuais e eventuais danos futuros, como efetivação dos riscos antes apenas projetados, que as análises não podem ser fundadas senão em *interpretaciones causais*¹²⁵, do que decorre que a existência e a repartição de perigos e riscos na sociedade serão sempre medidas argumentativamente¹²⁶. Os riscos deixam de poder ser objetivamente aferidos, para serem constituídos não mais apenas sobre fatos, mas

¹²⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traduzido por Jorge Navarro (caps. I, II [3, 4 y 5], III y IV), Daniel Jiménez (cap. II [1 y 2]) e Maria Rosa Borrás (caps. V-VIII). Paidós: Barcelona, 1998. p. 11.

¹²¹ Ibid., p. 27.

¹²² Ibid., p. 28.

¹²³ Ibid., p. 39.

¹²⁴ Ibid., p. 40.

¹²⁵ Ibid., p. 28.

¹²⁶ Ibid., p. 33.

interpretações (englobando perspectivas argumentativas e normativas). O risco é, assim, projetado, conjecturado, de forma insegura e provisória.

Por conseguinte, as ciências naturais passam a se quedar impotentes para explicar coerentemente tais fenômenos, que restam abertos para processos sociais de definição dos riscos. As afirmações sobre perigos nunca se reduzirão a meras afirmações sobre fatos, mas conterão, constitutivamente, também componentes teóricos e normativos. As conjecturas de causalidade, pois, não de ser somente *supostas* como verdadeiras, pelo que serão sempre mais ou menos inseguras e provisórias¹²⁷. Perde-se, pois, a segurança e a confiança outrora depositadas na “ciência”, então tida como única fonte da verdade¹²⁸.

A dificuldade aí revelada levou o autor a declarar, sem disfarçar seu pessimismo, que *“la sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidade”*¹²⁹. No entanto não se pode acovardar ante os enormes desafios a enfrentar: é necessário às sociedades instituir instrumentos que possam garantir a sobrevivência das gerações futuras, sem que isso implique em recusa ao futuro, uma vez que o progresso é sentido como inevitável.

Oliveira, por sua vez, resumiu as consequências jurídicas de tal fenômeno, no que tem pertinência com o papel do Estado. A partir da constatação de que os riscos se avolumaram em grau excessivo, passa-se a demandar ações estatais cada vez mais intensas e energéticas dos Poderes Públicos, por meio de decisões que são tomadas agora, das quais, não raro, decorrerão danos à população, muito tempo depois. Nesse diapasão, a sociedade do risco – entendido este como a potencialidade de um perigo – a responsabilidade do Estado passa a alcançar patamares muito maiores do que se imaginava quando da formulação de concepção no Direito francês, sob uma perspectiva de uma teoria pública da responsabilidade do Estado, a partir do caso Blanco¹³⁰.

¹²⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traduzido por Jorge Navarro (caps. I, II [3, 4 y 5], III y IV), Daniel Jiménez (cap. II [1 y 2]) e Maria Rosa Borrás (caps. V-VIII). Paidós: Barcelona, 1998. p. 33-34.

¹²⁸ Indispensáveis, para aclarar o quanto exposto, a transcrição das palavras do próprio Beck: *“La pretensión de racionalidad de las ciencias de averiguar objetivamente el contenido de riesgo del riesgo se debilita a sí misma permanentemente: por una parte, reposa en un castillo de naipes de suposiciones especulativas y se mueve exclusivamente en el marco de unas afirmaciones de probabilidade cuyas prognosis de seguridad stricto sensu ni siquiera pueden ser refutadas por accidentes reales. Por otra parte, hay que haber adoptado una posición axiológica para poder hablar con sentido de los riesgos. Las constataciones del riesgo se basan en posibilidades matemáticas e intereses sociales incluso y precisamente allí donde se presentan con certeza técnica. Al ocuparse de los riesgos civilizatorios, las ciencias ya han abandonado su fundamento en la lógica experimental y han contraído un matrimonio polígamo con la economía, la política y la ética, o más exactamente: viven com éstas sin haber formalizado el matrimonio”* (Ibid., p. 35).

¹²⁹ Ibid., p. 30.

¹³⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 876, p. 44-51, out. 2008. p. 45-46.

O princípio da prevenção, como instituto jurídico tendente ao acautelamento contra tais novos riscos, estatui que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, encontra-se na obrigação de evitá-lo¹³¹, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Por sua vez, o princípio da precaução implica a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos, apurados em um juízo de forte verossimilhança¹³². Tais concepções impõem ao Estado o dever de agir preventivamente, evitando danos mediante a gestão consciente dos riscos inerentes à sua atividade.

Note-se, pois, que a diferença entre os princípios da prevenção e da precaução não é ontológica, mas de grau: ambos importam na imposição ao Estado do dever de gerenciar riscos; mas, enquanto no primeiro a produção do dano é uma certeza (altíssimo risco), no segundo trata-se de uma alta probabilidade de produção de dano (risco relevante).

Destaque-se que especial advertência cabe quando da análise das questões referentes à precaução. Como dito, o risco a ser evitado deve ser alto, ou seja, não se trata de mera possibilidade, mas de efetiva probabilidade de dano. Toda atividade humana envolve algum grau de risco, de modo que, levado ao extremo, tal princípio vedaria, paradoxalmente, a ação, a inação, e tudo o que se contivesse entre esses extremos¹³³.

Dessa forma, descabe utilizar, como fundamento, riscos irrelevantes, assim considerados aqueles que são decorrência natural da vida. Esses devem ser, por consectário da justiça, assumidos por quem os cria, como inerentes às atividades desempenhadas¹³⁴. Por outro lado, os riscos devem ser estimados de acordo com o atual estado de conhecimentos, e não a partir de um temor irreal. “A insuficiência reticente e a dose irrealista de precaução, cada uma a seu modo, conduzem a idêntica frustração do direito à boa administração¹³⁵”, assim como à boa jurisdição.

A aplicação de tais princípios no bojo da atuação estatal pressupõe o correto manejo do princípio da proporcionalidade, a ser analisado ponderando-se os custos da atividade interruptiva do nexo causal e aqueles do dano que se pretende evitar, a partir da probabilidade de sua ocorrência. A ação deve ser deliberada a partir da demonstração de que a interrupção

¹³¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 99.

¹³² *Ibid.*, p. 101.

¹³³ SUNSTEIN, Cass. **Laws of fears: beyond the precautionary principle**. New York: Cambridge University, 2005. p. 14.

¹³⁴ Acerca do tema, vide seções 3.3.2 e 4.1.1, *supra*.

¹³⁵ FREITAS, *op. cit.*, p. 103.

do nexo de causalidade consubstancia, no plano concreto, atitude mais adequada, necessária e proporcional do que a liberação do liame¹³⁶, raciocínio que pode ser plenamente estendido à jurisdição. Os “custos” da decisão, num ou noutra sentido, devem ser ponderados, em termos de probabilidade de risco, à luz da razoabilidade, sob pena de a máquina jurisdicional converter-se numa estrutura destinada a semear a ineficiência – e, conseqüentemente, a injustiça¹³⁷ – na sociedade.

Ademais, considerando que o risco está presente tanto na ação quanto na omissão, os riscos de todas as possíveis condutas – inclusive da omissão – devem ser levados em conta¹³⁸. E a decisão deve ser tomada, fundamentadamente, a partir dos valores constitucionais. Na esfera específica da jurisdição, a omissão não pode ser interpretada como o simples não decidir (omissão por inércia), em face do princípio da ubiquidade, mas como o decidir positivamente em não alterar o curso dos acontecimentos, por exemplo, deixando a apreciação de um pedido de antecipação de tutela para um momento futuro (omissão deliberada).

Disso decorre que, na análise da proporcionalidade, não basta mais a ponderação entre as opções de ação diante do caso concreto. A própria omissão passa a ser destacada como uma das opções de conduta, que deve ser avaliada perante as circunstâncias, ao lado das opções de agir. É possível que da ponderação resulte que o não agir é a medida mais razoável no caso concreto. Tal particular, apesar de comumente negligenciado no bojo da doutrina, possui profundas implicações no campo da responsabilidade civil do Estado, uma vez que, caso a omissão tenha sido razoável – lícita, portanto – não haverá que se falar em dever de indenizar¹³⁹.

Todavia a análise da omissão ganha contornos mais amplos. Não raro, somente muito depois se poderão aferir as suas conseqüências e determinar se sua adoção foi, de fato, a conduta que deveria ter sido adotada, a partir de um juízo de ponderação entre o interesse visado pela omissão e os danos por ela ensejados. A análise da ilicitude passa, pois, a ser enfocada mais do ponto de vista do seu resultado: caso se verifique, *a posteriori*, que o

¹³⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 103.

¹³⁷ Acerca das relações entre eficiência e justiça, v. BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Atuação administrativa *contra legem* com fundamento na máxima da eficiência. **Revista Síntese [de] Direito Administrativo**, São Paulo, ano VII, n. 79, p. 69-89. jul. 2012. p. 78-86.

¹³⁸ Nesse sentido, interessante ilação de Cass Sunstein, num comparativo entre a aplicação do dever de precaução nos Estados Unidos e na Europa: em questões relativas ao meio ambiente, e às decisões em matéria de regulação das atividades que podem afetá-lo, os europeus dão mais relevância ao risco de aquecimento global, que é o risco decorrente da omissão do Estado em regular tais atividades, enquanto os americanos avultam o risco de desemprego e aumento excessivo no preço de combustíveis e energia – o risco de regulação intensa das atividades (SUNSTEIN, Cass. **Laws of fears: beyond the precautionary principle**. New York: Cambridge University, 2005. p. 14).

¹³⁹ Consoante já abordado na seção 4.1.2, *supra*.

sacrifício ao interesse do lesado não lhe poderia ser exigível, assistir-lhe-á direito à indenização, pois o risco há de ser assumido pelo Estado que o criou, ou que foi incumbido de evitar. A razoabilidade da omissão há de ser investigada, por outro lado, também à luz dos elementos disponíveis na época de sua ocorrência, a fim de, a partir de motivação apresentada, aferir o grau de culpa do agente público e, eventualmente, legitimar o direito de regresso¹⁴⁰.

A própria evolução científica não pode ser levada adiante sem a assunção de certos riscos, os quais devem ser razoavelmente estimados. Evitar a adoção de novas tecnologias simplesmente porque ainda não se sabe o total impacto delas conduziria ao estiolamento da própria ciência. Aliás, foi justamente esse um dos pressupostos que ensejaram a elaboração da teoria do risco, para atribuir a responsabilidade pelos danos causados por atividades humanas àqueles que houveram produzido o risco que os gerou.

Por isso, uma atuação responsável implica em estimar os riscos daí decorrentes, a partir, por exemplo, de estudos prévios, testes em pequena escala, etc., de modo a conferir elementos a serem utilizados na fundamentação de uma decisão – que apreciará as opções de *evitar o risco* ou *correr o risco*, assumindo, nessa última hipótese, a responsabilidade em caso de sua efetivação. Tratando-se de decisões públicas, devem ser franqueadas à sociedade as razões que levaram o agente público a optar por uma ou outra solução (evitar ou assumir o risco), a fim de possibilitar o controle de tais decisões – no que se revela a íntima relação que deve haver entre os deveres da prevenção e precaução, da motivação, e da proporcionalidade.

Somente a motivação consistente, apresentada com lastro no princípio da proporcionalidade e contemplando razões relevantes é que permitirá a aferição da legitimidade da decisão estatal acerca do risco de suas atividades, para fins de sua qualificação como “boa”. E, por consequência, é justamente a conjugação de tais deveres-princípios que servirá de critério basilar indispensável para a apuração da eventual responsabilidade do Estado pela violação do direito fundamental à boa jurisdição.

¹⁴⁰ Tais questões serão desdobradas na seção 7.2 e subseções, *infra*.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA JURISDIÇÃO

A responsabilidade civil do Estado por atos da administração é tradição de longa data, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro, o qual sequer chegou a agasalhar as teorias que propugnavam pela irresponsabilidade estatal¹. Contudo a mesma evolução não se verificou quanto ao entendimento acerca da reparabilidade de danos causados por atos de legislação ou de jurisdição. A corrente que impera, sobretudo jurisprudencialmente, ainda é a irresponsabilidade por tais atos, concessão feita a casos pontuais e expressamente previstos. O autor do anteprojeto ao Código de Processo Civil (CPC) de 1939, Pedro Martins, chegou mesmo a afirmar, em lição ainda repetida por contemporâneos, que “tornar o juiz responsável pelos julgamentos que profere é absurdo que a doutrina jamais pode tolerar. Nem o juiz, nem o Estado que o houver investido na função, responde pelos danos causados em consequência de erro judiciário²”.

Com relação aos atos legislativos, já existe um entendimento relativamente sedimentado no sentido da possibilidade de responsabilização estatal em caso de leis de efeitos concretos e leis inconstitucionais. Mas, ao tratar a responsabilidade como excepcional, não avança na concepção de que a boa atuação estatal é um direito fundamental, exigível pelo cidadão, e que deve ser reparado acaso malferido³.

Já acerca dos atos judiciais, a resistência é ainda maior, podendo-se dizer que o Judiciário é o derradeiro bastião contra a responsabilidade unitária do Estado. Cahali chega mesmo a afirmar que os atos judiciais “constituem o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado⁴”, a qual “continua resistindo às investidas da doutrina mais veemente, constituindo-se no aspecto em que a necessidade de reformulação de certos conceitos antiquados mais se faz acentuada⁵”.

Mário Guimarães, ex-ministro do STF, deixou registrado que, “em princípio, não são os juízes responsáveis pelos danos que decisões erradas acaso venham a produzir. Com

¹ V. seção 3.2.1, *supra*.

² MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 361.

³ Destaque-se que, por não ser objeto específico deste trabalho, não se desenvolverá aqui a responsabilidade do Estado por atos legislativos.

⁴ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 469.

⁵ *Ibid.*, p. 490.

amarga finura, já se disse que o poder de julgar envolve o de praticar injustiças⁶”, sendo este o verdadeiro absurdo que não se pode mais tolerar.

Entretanto não se pode perder de mente que o poder estatal é único⁷, atribuído a Poderes – em sentido orgânico – diversos enquanto meras especializações de funções. Em todos, manifesta-se a totalidade do poder estatal, cabendo a cada um deles, por assim dizer, frações-ideais desse poder. Assim, nenhuma razão existe para que haja uma distinção no que se refere ao regime da responsabilidade estatal por atos administrativos em face dos praticados no exercício da atividade dos demais Poderes⁸. A evolução sentida na responsabilidade por atos administrativos apenas se explicaria em virtude da teoria clássica da separação de “poderes”, em conjunto com a ascendência do Executivo sobre os demais Poderes ao longo da história⁹.

Dessa forma, não se justifica logicamente a distinção que tradicionalmente vem-se fazendo em matéria de responsabilidade do Estado, o que se constitui, no dizer de Araújo, “uma das maiores contradições possíveis em Direito Administrativo, qual seja, a diferenciação entre atividades do mesmo Poder Público para fins de responsabilização¹⁰”. Ao revés, uma teoria unitária da responsabilidade pública passa a ser consectária indeclinável da própria unicidade do poder estatal. A responsabilidade do Estado não é inerente aos atos danosos do Executivo, mas, antes, a todos os atos estatais que acarretem dano a terceiro¹¹. Até porque, como bem advertiu Cappelletti, “um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia, ou seja, isto [...] que, em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania¹²”.

⁶ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 239.

⁷ V. seção 5.1.

⁸ Dois exemplos trazidos por Salazar ilustram bem o tema: “Como se há de compreender e admitir que alguém receba dos cofres públicos uma indenização por prejuízos decorrentes, *verbi gratia*, de uma apreensão ilegal de mercadorias levada a efeito por agentes do fisco, enquanto que, ao revés, o seu vizinho reclame em vão que se lhe indenize o valor de mercadoria que lhe foi também apreendida, mas por oficiais de justiça em cumprimento de uma ordem judicial expedida ilegal e arbitrariamente!? Que justificativa haverá para a contradição entre conceder-se a quem caucionou seus títulos no Tesouro, para garantir uma responsabilidade, a indenização do valor desses títulos no caso de terem sido indebitamente apropriados pelo funcionário incumbido de guarda-los e, diversamente, negar-se a quem depositou valores à disposição do juiz a mesma reparação na hipótese semelhante de indevido levantamento do depósito por parte de terceiro, em virtude de ordem ilegal e intempestivamente expedida?” (SALAZAR, Alcino de Paula. **Responsabilidade do Poder Público por atos judiciais**. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941. p. 83-84).

⁹ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 53.

¹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 12.

¹¹ SILVA, op. cit., p. 53.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. p. 18.

Aguiar Júnior, na mesma esteira, já identificou que a tendência ao reconhecimento de uma aplicação muito restrita de responsabilidade por atos jurisdicionais resta em desacordo com as aspirações do Estado moderno, além de contribuir para “a despreocupação com o aperfeiçoamento dos serviços judiciários e simplificação dos procedimentos¹³”.

Assim, o esforço no sentido de equiparar, o tanto quanto possível, a responsabilidade civil do Estado por seus atos, praticados no exercício de qualquer de suas funções, faz com que sua construção dogmática, no que se refere aos jurisdicionais, perca “o seu *nefelibatismo* habitual, para converter-se num sistema a um só tempo simples e lógico, claramente dedutível dos princípios constitucionais e legais vigentes a propósito da matéria¹⁴”.

Não se concorda, pois, com a ideação de Di Pietro, para quem a responsabilidade civil do Estado por atos administrativos e jurisdicionais são “hipóteses bem diversas e que não merecem o mesmo tratamento¹⁵”. Nessa esteira de raciocínio, compartilhando os atos praticados no exercício de qualquer das funções estatais a mesma essência, forçoso é reconhecer que o regime jurídico que inspira a noção de responsabilidade civil não merece as distinções que a doutrina e a jurisprudência hodiernamente costumam identificar.

Defende-se aqui que tal dissociação não se justifica, pois todo poder estatal exercido envolve os mesmos fundamentos. Desse modo, as mesmas teorias que inspiram a responsabilidade civil por ato administrativo devem inspirar aquela derivada de atos legislativos e jurisdicionais – em especial, como se demonstrará, a teoria do risco.

Tudo isso é reforçado pelo reconhecimento, no ordenamento jurídico pátrio, do direito fundamental à boa jurisdição e à boa administração, que reunifica, sob um fundamento comum, os parâmetros para atuação do Estado por meio de qualquer de suas funções (ou Poderes, caso se prefira manter a terminologia clássica), em especial, para o que interessa ao presente trabalho, das funções administrativa e jurisdicional. Tais parâmetros reforçam a carga argumentativa contra a imunidade estatal à responsabilidade civil por atos jurisdicionais, na medida em que, tratando-se de direito fundamental, sua efetivação pode ser diretamente exigida pelo cidadão, reverberando no dever do Estado em bem atuar. Mas, acaso a tutela específica reste inviabilizada, e cristalizado seja o dano, restará ao lesado a pretensão de exigir reparação civil pelos prejuízos sofridos, o que é especialmente relevante considerando que as vias de impugnação às decisões jurisdicionais, quando existentes – o

¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 67.

¹⁴ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 185.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 86.

problema decorrente da coisa julgada agrava o problema – são bastante mais estreitas que aquelas à disposição para a impugnação de um ato administrativo¹⁶.

Doravante será demonstrado como o compartilhamento de essências entre atos administrativos e atos jurisdicionais mais do que permite, na verdade determina que se identifique o regime jurídico da responsabilidade civil que envolve ambos. Não se olvida que, apesar de contingentes, diferenças existem entre os atos administrativos e jurisdicionais; o que se defende é que tais diferenças não ensejam a divergência de teorias, mas, apenas, a necessidade de adaptação da forma de aplicação da *mesma* teoria, suficiente para abarcar tais variações sem a necessidade de desnaturá-la.

Diversos são os argumentos comumente levantados contra essa possibilidade, pelo que se faz mister a análise dos principais, para a demonstração de suas insuficiências, antes de prosseguir rumo à edificação de um entendimento renovado sobre o tema, tudo à base dos fundamentos até aqui erigidos.

7.1 SUPERAÇÃO DOS ÓBICES TRADICIONALMENTE OPOSTOS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Em que pese o largo desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado no que se refere aos atos administrativos, observa-se, ainda, quanto aos atos jurisdicionais, uma tendência inercial de aplicação das teorias da irresponsabilidade, salvo em situações expressamente previstas em lei. Veja-se que, como já noticiado anteriormente¹⁷, era essa exatamente a ideiação prevalente na época do Estado absolutista.

Tais concepções parecem constituir uma incoerência em relação ao extraordinário desenvolvimento que o Direito Administrativo experimentou sob as raias do neoconstitucionalismo. Considerando a existência de uma previsão constitucional ampla acerca da responsabilidade do Estado por atos de seus *agentes*, sem qualquer distinção sobre a natureza desse agente; considerando ainda que tal previsão visa instrumentalizar uma série de outros direitos e garantias fundamentais, é de controversa aceitação a sobrevivência da tese da irresponsabilidade, não importa em que nicho de atuação estatal. Ademais, “a necessidade de realizar a justiça material, finalidade que deve presidir o sistema jurídico estatal, não se

¹⁶ V. seção 6.4.2, *supra*.

¹⁷ V. seção 3.1, *supra*.

satisfaz com o sacrifício individual injusto, mesmo quando consequência do ato jurisdicional¹⁸”.

Diversas são, apesar do exposto, as críticas e os óbices levantados contra a responsabilização civil do Estado por atos praticados no exercício da função típica do Judiciário. Conforme adiante se demonstrará, contudo, nenhum desses óbices é bastante para obstar tal responsabilidade. Ao revés, “negar indenização às vítimas importa em negar a própria missão do Poder Judiciário, já que sua função é a de semear justiça¹⁹”.

Acerca de tais argumentos, Cahali assevera, em forte passagem, que “pressente-se neles uma postura autodefensiva de nossos julgadores, justificadora, por vezes, até de certas mazelas que maculam a dignidade do nobre Poder Judiciário²⁰”. Trata-se da mesma impressão de Araújo, para quem “a própria condição de julgadores, julgando membros da própria classe, influi, sem qualquer dúvida, em grande parte das decisões que concluem pela irresponsabilidade do Poder Público por atos danosos, praticados no exercício de sua função de dizer o Direito²¹”.

Assim, é hora de analisar as objeções mais comumente levantadas pela corrente que refuta a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, bem como as razões pelas quais, entende-se, as mesmas não merecem acolhida, sempre sob a luz do direito fundamental à boa jurisdição.

7.1.1 “Soberania” do Poder Judiciário

Um dos argumentos utilizados nesse contexto é o que defende que tal responsabilização comprometeria a “soberania” do Poder Judiciário, uma vez que a função jurisdicional corresponde ao exercício de parcela da soberania estatal²². O próprio STF, em

¹⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 79.

¹⁹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 121.

²⁰ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 503.

²¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 11.

²² V. MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. 2. ed., ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923. p. 602; SANTOS, João Manuel Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico**. Vol. I. Rio de Janeiro: [Freitas Bastos], 1934. p. 376; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 807; 818.

antigo acórdão, ainda tomado como paradigma, consagrou 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 soberania²³”.

Hauriou leva tal ideiação a um outro nível ao aduzir que o Judiciário, assim como o Legislativo, não podem ser responsabilizados porque as decisões tomadas por esses órgãos o são em nome do povo, mas não são atos diretos do Estado, uma vez que eles não integram sua personalidade jurídica²⁴. Parece aí que a concepção extremada de soberania do Poder Judiciário foi levada ao cúmulo, tornando-o externo à própria figura do Estado.

Trata-se, nas palavras de Ardant, de “*un argument de musée*”²⁵. Diversas objeções se podem levantar contra essa ideiação. Por primeiro, refuta-se facilmente a concepção de Hauriou, a qual confunde Estado com uma de suas funções, a executiva. Ademais, é basilar que a soberania é característica do Estado – ou mais exatamente, “uma qualidade do poder estatal, o grau supremo desse poder²⁶”. Seus Poderes constituídos são meras divisões *funcionais* do uno poder estatal, todas dotadas de independência *entre si* – jamais independentes do Estado brasileiro. Trata-se da clássica cláusula de tripartição dos poderes, onde os mesmos sofrem e exercem controles recíprocos, com vistas à contenção do próprio poder²⁷.

Por segundo, já não se discute que mesmo o Estado – este sim, soberano – responde pelos seus atos, donde se denota que não existe incompatibilidade entre soberania e responsabilidade na sua atual concepção. Se cada Poder exerce uma fração ideal do poder estatal todo, não importa o órgão do qual o ato se originou, existe aí uma manifestação da soberania estatal. Logo, se a “soberania do Poder” for apta a afastar a responsabilidade do Estado, lógico será concluir que os atos do próprio Poder Executivo, que também exerce essa soberania, seriam imunes à responsabilização. Como o Poder Judiciário não está num plano superior aos dois demais Poderes²⁸, os mesmos argumentos utilizados para imunizá-lo poderiam ser estendidos tanto ao Executivo quanto ao Legislativo. Sob todas as luzes, tal

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 70.121 – Minas Gerais**, do Tribunal Pleno. Recorrente: Júlio Batista da Silva. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Relator para o Acórdão: Min. Djaci Falcão. Brasília, 13 out. 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166040>>. Acesso em: 07 maio 2012.

²⁴ HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12^{ème}. ed. Édition revue et mise à jour par André Hauriou. Réédition présentée par Pierre Delvolvé et Franck Moderne. Paris: Dalloz, 1933. p. 507.

²⁵ ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 179.

²⁶ SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 79, n. 652, p. 29-49, fev. 1990. p. 32.

²⁷ V. seção 5.1, *supra*.

²⁸ PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 51, vol. 152, fasc. 609-610, p. 43-51, mar./abr. 1951. p. 44.

conclusão seria esdrúxula, pois, “acima do poder público, acima dos órgãos pelos quais ela [a soberania] se manifesta, existe um direito superior, que a ninguém é lícito violar²⁹”.

Duguit já evidenciava essa inconsistência quando expôs que se a soberania for uma realidade para os Poderes constituídos, ela se manifesta igualmente nos atos administrativos e jurisdicionais, pelo que, se ninguém se opõe à responsabilidade por atos administrativos, não haveria razão para se opor a dos jurisdicionais. E se não existir soberania nesse âmbito, não se veria o porquê da diversidade de regimes de responsabilidade³⁰.

Ademais, em um Estado democrático de direito, não existe independência ou autonomia *sobre* a Constituição, mas somente *sob* a Constituição. É lição basilar que todos, inclusive o próprio Estado que cria o direito, deve a ele se submeter. Todos os Poderes restam submetidos à supremacia da Constituição, de modo que falar em irresponsabilidade do Judiciário por conta de uma tal soberania seria situá-lo acima da lei fundamental, ressuscitando os vetustos dogmas do *the King can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*, já historicamente superados.

Tal sorte de argumento inspira-se nitidamente em teorias arcaicas da irresponsabilidade. Fundadas na soberania estatal, remontam a Estados absolutistas, no qual o príncipe era dotado de uma autoridade incontestável para exercer a tutela do direito, pelo que qualquer responsabilidade que lhe fosse atribuída significaria colocá-lo no mesmo patamar do súdito³¹.

O argumento, portanto, nada mais faz do que deslocar a figura de autoridade incontrolável do príncipe para o magistrado, considerando-o, tal como os antigos déspotas, o tutor do direito, que não pode ser chamado a prestar contas de seus atos, cultivando o germe do Estado absoluto no seio do festejado Estado democrático de direito. Se ninguém, hoje, de boa-fé, defende que o Estado, criador formal do direito, está acima dele, não se concebe a razão pela qual ainda se pretenda defender que tal ideiação não se aplica ao Estado-juiz,

²⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. 2. 5ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 271.

³⁰ Válida é a transcrição de suas próprias palavras, pela clareza e didatismo: “*Il semble, au premier abord, que l'exercice de la fonction juridictionnelle doit entraîner la responsabilité du patrimoine public sous les mêmes conditions et dans la même mesure que l'exercice de la fonction administrative. Si la souveraineté est une réalité, elle ne se manifeste pas d'une manière plus intense dans l'acte juridictionnel que dans l'acte administratif, et si elle ne s'oppose pas à la responsabilité de l'État administrateur, il n'y a pas de raison qu'elle s'oppose à la responsabilité de l'État juge. Si comme nous le croyons, il n'y a point de souveraineté, on ne voit pas, semble-t-il, pourquoi la responsabilité du patrimoine public ne serait pas engagée par l'acte juridictionnel comme elle est par l'acte administratif [...]*”. DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2^{ème} ed. Tome III. Paris: Fontemoing & Cie, 1923. p. 499.

³¹ V. seção 3.1, *supra*.

sobretudo quando se considera que o poder estatal é uno, sendo a divisão orgânica em “Poderes” apenas uma repartição de competências³².

Dessa forma, o exercício de poder jurisdicional, ainda que por meio de agentes dotados de especiais garantias com vistas a preservar sua dilatada autonomia, não é absoluto, devendo prestar deferência às normas constitucionais, do que decorre que, causando dano, o Estado, monopolizador de tal função, deve por ele responder.

Tal constatação guarda plena consonância com o aqui defendido direito fundamental à boa jurisdição: toda autoridade existe para efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição, onde a própria autoridade se fundamenta. Logo, ela só se justifica enquanto atuar corretamente, nos termos ali fixados, de modo que, nas hipóteses em que não se desincumba de tal dever, deverá indenizar aqueles que sofreram danos.

Os próprios fundamentos da teoria do risco podem ser aqui trazidos para por à luz a fragilidade da argumentação contrária. A atividade estatal traz em si um risco potenciado, em face das prerrogativas conferidas pelo ordenamento. Sendo a atividade especificamente jurisdicional dotada de ainda mais prerrogativas e garantias, cujos atos possuem vias mais estreitas de impugnação, é inexorável que a mesma possua ainda mais aptidão para gerar riscos para terceiros, os quais são criados com vistas a satisfazer uma necessidade de toda a sociedade – que não pode passar sem tais serviços. Destarte, os ônus de tal atividade devem, como os decorrentes de qualquer atividade pública, ser repartidos entre os beneficiários, efetivando-se o princípio da repartição dos encargos sociais³³ e, em última análise, da isonomia.

Nessa linha, é necessário frisar que tal corrente é incompatível com a hoje já pacificada responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados pelo Judiciário no exercício atípico da função administrativa. Se a razão da suposta irresponsabilidade do Judiciário é, por assim dizer, orgânica, não importaria que tipo de ato fosse praticado, administrativo ou jurisdicional em sentido estrito, pois o seu fundamento não residiria no ato, mas no órgão.

Destarte, não importa sob qual ângulo se vislumbre o argumento, não há, hoje, sustentação lógica ou jurídica para o mesmo, razão pela qual já se o pode considerar superado. Como cláusula pétrea de nosso ordenamento, há que se expandir a concepção de que onde há autoridade, há que ter lugar a responsabilidade.

³² Como exposto na seção 5.1, *supra*.

³³ V. seção 4.1, *supra*.

7.1.2 Magistrado não é servidor público

Fala-se, ainda, que o magistrado não pode ser alcançado pela regra do art. 37, § 6º, da CF/88, quando da prática de atos tipicamente jurisdicionais, considerando-se que o mesmo não está englobado pela categoria de servidores públicos, mas de agentes políticos. Seria o juiz “um funcionário de categoria especial”, de modo que o legislador ordinário teria poder para não o incluir entre os funcionários a que alude o dispositivo constitucional³⁴. Tal argumento presta-se, assim, a tentar afastar a própria responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, vez que, nessa esteira, o Estado somente responderia por atos praticados pelos servidores, não pelos atos de seus juízes, o que elidiria a aplicação do referido dispositivo constitucional ao tema em tela.

A esse momento, pode-se lembrar de toda a controvérsia acerca da qualificação de magistrados e membros do Ministério Público como agentes políticos ou servidores públicos. Contudo entende-se aqui que, ao menos para fins de apuração da possibilidade de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, que é o objeto de interesse deste trabalho, pode-se passar ao largo de tal debate.

Deve-se notar que tal controvérsia originou-se da redação do art. 194 da Constituição de 1946 (repetida nos arts. 105 da Constituição de 1967 e 107 da EC 1/1969), que se utilizara do vocábulo “funcionários” ao referir-se àqueles que atuam em nome das pessoas jurídicas de direito público, quando da disciplina da responsabilidade. Entretanto, mesmo àquela época, já se defendia que os magistrados estavam abrangidos pelo citado dispositivo. Nas palavras de Guimarães, o termo *funcionário*, utilizado na redação dos dispositivos constitucionais referidos, era passível de dois sentidos, sendo que, no sentido lato, todos que exerçam qualquer função pública são funcionários, sem embargo de não o serem os juízes, em sentido estrito. E, prossequindo em lição que ainda guarda atualidade, defende que “como se trata de disposição que visa resguardar melhor os direitos individuais, não nos parece desaconselhável a interpretação ampla [...] à palavra funcionário³⁵”, o que abrangia, inclusive, os magistrados³⁶.

³⁴ PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 71, vol. 563, p. 9-14, set. 1982. p. 10.

³⁵ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 250. Mas o autor limita a responsabilidade por atos jurisdicionais por outros fundamentos, abordados ao longo deste trabalho.

³⁶ No mesmo sentido: ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 199-205. p. 205; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade

Contudo a CF/88, no multicitado art. 37, § 6º, é clara ao estabelecer que o Estado responde por atos de seus *agentes*, num conceito amplo, evitando, eloquentemente, utilizar conceitos de abrangência menor, como *servidores*, *empregados*, ou *funcionários* – empregados pelas Cartas anteriores. Assim, “o dispositivo não dá margem a dúvidas ao incluir o magistrado no rol de agentes causadores de danos³⁷”. Por essa razão, o debate perde a relevância, no particular. Assim, o regime especial de garantias outorgado aos magistrados, independentemente de sua configuração ou não como agente político, não é bastante para lhes retirar o caráter de agentes do Estado. O próprio STF acolheu expressamente tal ideação no agravo regimental no RE n. 518.278, julgado por unanimidade³⁸.

Constata-se, pois, que o conceito de agente público é um gênero, do qual são espécies tanto os agentes políticos, quanto os servidores públicos, estatutários, celetistas ou temporários, além dos particulares em colaboração. Tanto é que não mais se discute a responsabilidade do Estado por atos do chefe do Poder Executivo e seus auxiliares diretos, além de atos legislativos (ainda que em bases excepcionais), cujos membros também integram a categoria de agentes políticos – estes, sem controvérsias, razão pela qual não subsiste razão para tal discussão quando se trata de magistrados.

Todos, sem exceção, na qualidade de agentes do Estado, devem laborar para atender as finalidades previstas na Constituição, dentro dos limites que ela mesma traça. Assim, todos estão submetidos ao dever de bem exercer suas funções, que é a contrapartida inerente ao direito fundamental à boa jurisdição e à boa administração.

extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981. p. 12; PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 51, vol. 152, fasc. 609-610, p. 43-51, mar./abr. 1951. p. 44.

³⁷ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 5-46, jan./mar. 2003. p. 24.

³⁸ É ilustrativo o seguinte trecho do voto do Min. Eros Grau: “o texto constitucional não restringiu a responsabilidade do Estado aos atos praticados pelos funcionários públicos como na Carta anterior, mas consignou o termo agente – gênero do qual é espécie o agente político –, abarcando, assim, os atos praticados por todos os agentes públicos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no Recurso extraordinário n. 518.278-9 Goiás**, da Segunda Turma. Agravante: Carlos Humberto de Sousa. Agravados: Carlos Alberto Carvalho de Vilhena e Fábio George Cruz da Nóbrega. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589533>>. Acesso em: 01 maio 2012. p. 3).

7.1.3 “Independência” funcional dos magistrados

Outra linha de argumentação contrária repousa no fundamento da “independência” funcional dos magistrados, de modo que a sua responsabilização lhes tolheria a liberdade de decidir conforme a sua consciência, diante do caso concreto, pelo temor que lhes despertaria³⁹. Ademais, por decidirem de forma independente, se responsabilidade houver será da pessoa do juiz, e não do Estado, que não teria nenhum poder de influir sobre sua decisão⁴⁰.

Desde logo, destaca-se que as aspas em torno do termo “independência” se justificam pela atecnia do seu uso neste contexto, como já exposto *supra*⁴¹. Na verdade, mais correto é conceituar a prerrogativa como uma autonomia funcional especialmente qualificada, por ter fundamento direto na Constituição e ser mais pronunciada do que a dos demais agentes públicos em geral. Independente é aquilo que não conhece limites superiores, enquanto a autonomia é uma liberdade dentro de certos limites que, no caso dos magistrados, como no de qualquer agente público, são erigidos pela própria Constituição.

O argumento em tela, se acolhido, seria apto a ensejar o afastamento da responsabilidade de qualquer outro agente público, pois todos podem ter esse temor. Também parlamentares, cuja autonomia decisória (pelo menos quando considerada coletivamente) é ainda maior, pois editam as próprias normas primárias do ordenamento jurídico, e agentes do Executivo, cuja autonomia decisória é relevante em especial no que tange aos atos discricionários, sofrem pressões de toda a ordem, e nem por isso se defende hoje que tais agentes sejam genericamente irresponsáveis no exercício de suas funções. Em todo caso, a “independência” dos magistrados deve respeitar os limites constitucionais e legais aplicáveis⁴², como é típico em um Estado democrático de direito. “A independência da Magistratura é princípio que não comporta interpretação isolada, devendo ser compatibilizado com o princípio da responsabilidade democrática⁴³”.

Nesse sentido, as palavras de Alves de Souza, para quem “a independência dos juízes não significa, em absoluto, que se está a conferir ao juiz uma carta em branco para agir

³⁹ V. GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 239-240; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 818.

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. 2. ed., ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923. p. 740.

⁴¹ V. seção 5.1.

⁴² COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 40-50, dez. 2007. p.42.

⁴³ CHAVES, Rogério Marinho Leite. A responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n. 127, jul./set., p. 267-274, 1995. p. 268.

abertamente contra a ordem jurídica de boa ou, o que é mais evidente, de má fé⁴⁴”. Por tal razão, a “independência” não legitima, necessariamente, uma atuação com total e absoluta irresponsabilidade.

É certo que a autonomia jurídico-funcional especialmente qualificada do magistrado também é um valor fundamental num Estado democrático de direito, o que evita influências ilegítimas sobre as decisões judiciais, garantindo a imparcialidade do Estado-juiz. Mas tal dado não torna a citada autonomia incompatível com a responsabilidade *do Estado* por atos de seus magistrados, na medida em que “a necessária independência conferida aos juízes está posta, na realidade, em favor do jurisdicionado e não dos próprios juízes⁴⁵”.

Nesse contexto, contudo, convém citar que o art. 133, I, do CPC⁴⁶ – bem como o art. 49, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)⁴⁷, que traz redação substancialmente idêntica – prevê expressamente que o magistrado responderá por perdas e danos quando proceder com *dolo* ou *fraude*, do que resulta que, pelo menos no ordenamento pátrio, não se pode defender a irresponsabilidade pessoal do juiz. Como se observa, porém, tais dispositivos nada disciplinam acerca da responsabilidade por *culpa* do magistrado⁴⁸.

Entretanto entende-se que, ante a expressa previsão constitucional que *assegura* o direito de regresso em caso de *dolo* ou *culpa*, fixado que os magistrados também são agentes públicos, e considerando-se que tais dispositivos são anteriores à CF/88, deve ser-lhes dada uma interpretação conforme a Constituição.

Na verdade, o art. 133 do vigente CPC nada mais é do que uma reprodução, com variações cosméticas de redação, do art. 121 do CPC de 1939⁴⁹, editado ainda na vigência da

⁴⁴ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 324.

⁴⁵ SOUZA, loc. cit. No mesmo sentido: MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 398.

⁴⁶ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁴⁷ BRASIL. **Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁴⁸ De notar-se que as raízes de tal dispositivo são longínquas, apesar de sua inspiração recente ter vindo do CPC italiano. Já na Roma antiga, permitia-se que os contendores voltassem-se contra o juiz, imputando-lhe ter procedido com erro, *dolo* ou *culpa*, caso em que o juiz *litem suam faciebat* – o juiz teria feito a lide sua (GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 241).

⁴⁹ Art. 121. O juiz será civilmente responsável quando: I – no exercício das suas funções, incorrer em *dolo* ou *fraude*; II – sem justo motivo, recusar omitir ou retardar providências que deva ordenar *ex-officio* ou a requerimento da parte. As hipóteses do nº II sómente se considerarão verificadas decorridos dez (10) dias da notificação ao juiz, feita pela parte por intermédio do escrivão da causa (BRASIL. **Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da

Constituição de 1937, a qual não previa a responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus agentes. Somente com a Constituição de 1946, em seu art. 194, inaugurou-se em nosso ordenamento tal sorte de responsabilidade, bem como o direito de regresso do Estado em caso de dolo *ou culpa* do seu agente⁵⁰. Assim, conclui-se que o art. 121 do CPC de 1939, numa interpretação literal, não fora recepcionado pela Constituição de 1946, e as suas reproduções no CPC de 1973 e na LOMAN, de 1979, são inconstitucionais, por ferirem regra insculpida no art. 107 da Constituição de 1969⁵¹.

Defende-se aqui que tais artigos não têm o condão de afastar a responsabilidade civil do Estado quando o magistrado tenha agido com culpa⁵², embora possa prever, num rol exemplificativo, determinados procedimentos específicos para produção de prova do dano ou da culpa individual. Dessa forma, as situações ali previstas não excluem, nem podem restringir, o escopo de uma norma constitucional que estabelece uma garantia fundamental⁵³.

Explica-se: como se percebe no inciso II e parágrafo único dos citados artigos, a responsabilidade pessoal do juiz pela recusa, omissão ou retardamento sem justo motivo de providência que deveria ordenar de ofício ou a requerimento das partes fica condicionada a requerimento expresso da parte, por intermédio do escrivão, para suprimimento da omissão, e a falta de atendimento do pedido no prazo de dez dias⁵⁴. Tal previsão deve ser interpretada não como um requisito essencial à responsabilização do Estado, mas, para o terceiro lesado, como um procedimento tendente à facilitação da prova do dano causado e, para o Estado, como um procedimento tendente à facilitação da prova da culpa do magistrado, para fins do eventual

República: Brasília, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

⁵⁰ Como visto nas seções 3.2.1 e 3.3.2, *supra*.

⁵¹ Pelo mesmo motivo, são inconstitucionais todas as disposições legais que visam atribuir responsabilidade civil direta e pessoal ao magistrado ou a qualquer agente público, a exemplo do art. 1.744, II, do CC/02 e do art. 801 do CP, restando para tanto a via regressiva.

⁵² Contra: PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 71, vol. 563, p. 9-14, set. 1982. p. 11-12; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 633, p. 34-42, jul. 1988. p. 37-38. Esse entendimento também é refutado por Pedro Martins (MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 361), mas, em seu caso, isto pode ser justificado pelo fato de ter escrito a obra antes da CF/46 que, como dito, consagrou pela primeira vez como cláusula geral constitucional responsabilidade objetiva do Estado, e o conseqüente direito de regresso em caso de dolo ou culpa individual do funcionário.

⁵³ Nesse sentido, Yussef Said Cahali, apoiando-se em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Os parâmetros de responsabilidade regressiva estatuídos pela norma constitucional são de caráter absoluto, não comportando ser atenuados ou diminuídos pelo legislador ordinário de qualquer esfera do Poder Público” (CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213).

⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

exercício do direito de regresso. Se mesmo depois de cientificado, a providência judicial não foi adotada, nem justificada expressamente a impossibilidade de fazê-lo, reforça-se a falha do serviço, decorrente da culpa do magistrado. Mas há que se admitir tal prova por outros meios, em nome da garantia da ampla defesa.

Por outro lado, mesmo nos casos em que tal providência tenha sido levada a cabo, é possível ao Estado, na ação de reparação de danos, tanto quanto ao juiz, na ação de regresso, fazer prova de alguma excludente (força maior, culpa de terceiro, etc.), pelo que a notificação ali referida não implicará, necessariamente, na responsabilização do Estado ou do juiz.

Entendimento diverso levaria a uma interpretação da Constituição conforme a lei infraconstitucional⁵⁵, o que é manifestamente contraditório com os contornos contemporâneos da teoria constitucional, calcada na supremacia da Constituição e na centralidade dos direitos fundamentais.

A este momento, deve ser destacado que está em trâmite o projeto de lei nº 412/2011, apresentado pelo Deputado Hugo Leal⁵⁶, o qual se propõe a disciplinar a responsabilidade civil do Estado. Contudo, ao tratar, em seu Capítulo X, da “responsabilidade civil do Estado quanto ao exercício da função jurisdicional”, inscreve, no art. 19, que “o Estado responde pelos danos causados por dolo ou fraude do julgador, sem prejuízo do direito de regresso⁵⁷”. Trata-se de disposição manifestamente inconstitucional, considerando que limita, indevidamente, um direito fundamental, partindo das disposições restritivas do CPC e da LOMAN – que se referem apenas à responsabilidade do juiz – para confundi-la com a responsabilidade do próprio Estado, fazendo *tabula rasa* da responsabilidade objetiva contemplada no art. 37, § 6º, da CF/88⁵⁸.

⁵⁵ É o que fazem, com a devida vênia, Hentz, Stoco e Tucci e Tucci, para quem o art. 133 do CPC/73 e o art. 49 da LOMAN foram recepcionados pela CF/88, a fim de condicionar o direito de regresso contra magistrados apenas nos casos neles previstos (HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Leud, 1995. p. 99-100; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.799; 818; TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 221).

⁵⁶ Ao qual foram apensados os projetos de lei nº 923/2011 e 2.763/2011, que lhe são exatamente idênticos, pois todos se basearam no anterior projeto de lei nº 5.480/2009, encaminhado pelo Deputado Flávio Dino, mas arquivado em virtude da sua não recondução para a legislatura 2011-2014. Trata-se de projeto elaborado por uma comissão de juristas instituída no âmbito do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União em 2002, presidida por Caio Tácito.

⁵⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 412/2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=708DD2DB60E2284090C42A588AE4E26B.node1?codteor=840403&filename=PL+412/2011>. Acesso em 01 ago. 2012. p. 9.

⁵⁸ Atualmente, o projeto se encontra na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, contando com parecer favorável dos dois relatores já designados para a matéria. De lá, o projeto deve seguir para a Comissão de Finanças e Tributação e para a Comissão de Constituição e Justiça, onde se espera que o referido dispositivo seja readequado aos parâmetros constitucionais e faça avultar a dignidade jusfundamental do direito à reparação dos danos causados pelo Estado.

O referido dispositivo constitucional é claro ao afirmar que o *Estado* responde pelos atos de seus agentes, ressalvado o direito de regresso *em caso de dolo ou culpa*. Em que pese certa divergência doutrinária, vem se consolidando a tese de que o citado dispositivo constitucional não é apenas uma garantia do cidadão de ver reparados os danos a ele causados, mas também uma garantia do agente público, de somente responder pelos seus atos perante o próprio Estado, em sede de ação regressiva. Com isso, visa-se evitar o abuso do direito de ação direta contra o agente, o que, de fato, seria apto a constranger tal agente e periclitir o exercício de suas atribuições.

E a ação de regresso é limitada aos casos de dolo ou culpa do agente, reservando-se a responsabilidade objetiva apenas para a relação entre o Estado e o terceiro que sofreu o dano. Nessa toada, tal sorte de argumentação, quando muito, ensejaria apenas a irresponsabilidade pessoal do magistrado, jamais a irresponsabilidade do Estado, posto que o receio que vulneraria a independência do juiz seria o de ver o seu patrimônio pessoal atingido. Respondendo apenas o Estado, tal receio seria dirimido, razão pela qual nada justificaria estender tal irresponsabilidade para a própria pessoa jurídica de direito público, ao arripio do art. 37, § 6º da CF/88.

O próprio STF, no RE nº 228.977⁵⁹, em louvável evolução de entendimento, deixou claro que o Estado deve responder exclusivamente pelo dano causado pela atividade jurisdicional, ou seja, não cabe a quem sofreu o dano acionar pessoalmente o magistrado. Contudo fica ressalvado o direito de regresso em caso de *dolo* ou *culpa*, aplicando-se integralmente o art. 37, § 6º, da CF/88, no caso, e afastando-se as disposições inconstitucionalmente restritivas do art. 133 do CPC e do art. 49 da LOMAN⁶⁰.

⁵⁹ “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, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário n. conhecido e provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 228.977-2 São Paulo**, da Segunda Turma. Recorrente: José Antônio Lavouras Haicki. Recorrido: Elias Antônio Jorge Nunes. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 05 mar. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252829>>. Acesso em: 07 maio 2012).

⁶⁰ Frisa-se que no AI-AgR 552.366/MG e no RE-AgR 518.278/GO, que versavam acerca de responsabilidade de membros do Ministério Público – também considerados pelo STF como agentes políticos, tal entendimento foi identicamente aplicado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento n. 552.366-0 Minas Gerais**, da Segunda Turma. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Espólio de Álvaro Neves. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 06 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605178>>. Acesso em: 01 maio 2012;

Tal entendimento foi reafirmado no RE nº 327.904/SP, onde constou textualmente que o art. 37, § 6º, constitui uma *dupla garantia*: uma em favor da vítima, outra em favor do agente público, de somente responder perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional estiver vinculado⁶¹.

Reflexo desta ideação ficou ainda estampado no veto presidencial ao § 3º do art. 1.211-B do CPC, tal qual trazido pelo projeto que originou a lei nº 12.008/2009. Referido dispositivo previa que “o descumprimento do regime de tramitação prioritária sujeitará o magistrado ou servidor público responsável às penalidades previstas em lei e à reparação das perdas e danos sofridos pelo beneficiado⁶²”. Redação semelhante se pretendeu inserir na lei federal de processo administrativo, mediante o também vetado § 4º do art. 69-A da lei nº 9.784/1999⁶³.

O veto foi proposto pelo Ministério da Justiça, que, acolhendo expressamente os argumentos aqui defendidos, foi assim fundamentado:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no Recurso extraordinário n. 518.278-9 Goiás**, da Segunda Turma. Agravante: Carlos Humberto de Sousa. Agravados: Carlos Alberto Carvalho de Vilhena e Fábio George Cruz da Nóbrega. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589533>>. Acesso em: 01 maio 2012). No mesmo sentido, SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 325; DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 214.

⁶¹ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. . ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário n. a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 327.904-1 São Paulo**, da Primeira Turma. Recorrente: Associação de Caridade da Santa Casa de Misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 1).

⁶² BRASIL. **Mensagem nº 609, de 29 de julho de 2009**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Msg/VEP-609-09.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁶³ “O descumprimento do regime de tramitação prioritária sujeitará o agente público responsável às penalidades previstas em lei e à reparação das perdas e danos sofridos pelo beneficiado” (BRASIL. **Mensagem nº 609, de 29 de julho de 2009**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Msg/VEP-609-09.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012).

De acordo com o texto constitucional, a pessoa jurídica de direito público responde diretamente pelos danos causados a terceiros por seus agentes, mandamento que não foi observado pelos dispositivos em questão, os quais responsabilizam diretamente o agente público pelo dano causado em razão do descumprimento do regime de tramitação prioritária⁶⁴.

O acolhimento dessas razões, assim no Judiciário como no Executivo, é digno de elogios, uma vez que, ao tempo em que se mantém a autoridade do art. 37, § 6º, da CF/88, preserva o magistrado de pressões espúrias, que poderiam comprometer sua independência funcional. De fato, aqui se acolhe a advertência de Guimarães, para quem “nem se coadunaria com a dignidade do magistrado, coagi-lo, a descer à arena, após a sentença, para discutir, como parte, o acêrto de suas decisões⁶⁵”.

Adotar entendimento que advogue a possibilidade de acionar diretamente o juiz, seja exclusiva ou facultativamente⁶⁶, permitiria que os mesmos fossem vítimas de assédio judicial, com o sucessivo ajuizamento de ações de indenização, por advogados ou partes mal-intencionadas, com o intuito de constrangê-los a adotar determinada postura ou decisão, ante o receio de terem seus patrimônios afetados.

Adicionalmente, o ajuizamento de uma ação diretamente em face do juiz ensejaria, caso a demanda original ainda estivesse pendente, o afastamento do magistrado por suspeição, porque seria parte diretamente interessada na solução de litígio que tem pertinência com o inicial⁶⁷. O direito de ação perigaria, assim, prestar-se ao abuso do direito, com nítido propósito manipulatório.

Quem quer os fins tem que fornecer os pertinentes meios, pelo que, ao magistrado (assim como para qualquer agente público), que diuturnamente lidam com escolhas, não raro

⁶⁴ BRASIL. **Mensagem nº 609, de 29 de julho de 2009**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Msg/VEP-609-09.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012.

⁶⁵ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 240. No mesmo sentido, v. TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 221, embora esse autor advogue que o direito de regresso só se deve dar nas hipóteses do art. 133 do CPC/73 e art. 49 da LOMAN.

⁶⁶ Como admitem, por exemplo, BUZUID, Alfredo. Da responsabilidade do Juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, ano III, vol. 9, p. 15-36, jan./mar. 1978. p. 29-30; COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 40-50, dez. 2007. p. 45-46; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 5-46, jan./mar. 2003. p. 27-28; NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos do direito brasileiro positivo vigente: CF 37, §6º e CC 15. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 1, p. 29-42, jan./mar. 2000. p. 36; SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 79, n. 652, p. 29-49, fev. 1990. p. 41; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 812; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 215.

⁶⁷ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 214.

trágicas⁶⁸ – devendo optar pela satisfação de interesses mutuamente excludentes – devem ser conferidos instrumentos para decidir legitimamente, de maneira que possa prestar uma boa jurisdição. Tal direito fundamental acabaria gravemente comprometido acaso magistrados restassem temerosos de bem exercer suas funções, ante o receio de serem “jogados na arena” ou indevidamente afastados, pelo fabrico de uma suspeição, dos casos sob sua responsabilidade, com o que a finalidade maior de dar efetividades aos direitos fundamentais quedaria estiolada pelas preocupações com o próprio patrimônio, econômico e moral.

Nesse diapasão, a responsabilidade primária do Estado, e a exclusivamente regressiva do seu agente, geram um “escudo” protetor da independência e da tranquilidade do magistrado. Tal ideiação busca proteger o juiz contra ações intimidatórias ou perturbatórias por parte de litigantes insatisfeitos ou maliciosos, ao tempo em que oferece às vítimas uma via efetiva para a reparação dos danos sofridos⁶⁹. Com isso, concilia-se a necessidade de um Estado responsável com a necessária salvaguarda das garantias necessárias ao bom desempenho da atividade jurisdicional.

7.1.4 Falibilidade contingencial do juiz como risco assumido pelas partes

Há ainda quem objete a responsabilidade civil do Estado por ato judicial fundamentando-se na falibilidade do juiz que, como ser humano, é passível de errar, seja de boa ou de má-fé⁷⁰. Evidentemente, o cargo de juiz não retira de seus ocupantes a natureza humana; contudo, a julgar por tal teorização, qualquer agente público – que se pressupõe humano – também é intrinsecamente falível, o que se prestaria a afastar por completo a responsabilidade civil do Estado. Levando-se tal argumento às últimas consequências,

⁶⁸ Sobre o conceito de “decisões trágicas”, v. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-163; AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e a decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 81-83.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. p. 54.

⁷⁰ V. MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1940. p. 361; GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 239; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil do estado. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v.4, n.8, p.1-17, 1990. p. 17; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p 14.

nenhum ser humano poderia ser responsabilizado pelos seus atos, já que são todos suscetíveis a falhas, de modo que qualquer teoria da responsabilidade seria desprovida de conteúdo⁷¹.

Ainda nessa esteira, levantam-se objeções no sentido de que tal risco de erro do juiz é assumido pelas partes no momento em que optam pela via judicial, já que a jurisdição é, por princípio, inerte. Essa sorte de argumentação também não merece prosperar.

Tratando-se o juiz de agente público, seus erros são imputados ao Estado, e, considerando a teoria do risco, por eles deve responder objetivamente, como de regra para qualquer atividade estatal. O erro eventual está inserido genericamente na falha do serviço judicial, integrando o risco a ser assumido por quem o cria.

Dessa forma, “a falibilidade do juiz, antes de negar, reafirma o dever do Estado de responder pelos seus atos judiciais danosos⁷²”. Como o serviço jurisdicional é imposto aos cidadãos, ante a vedação da autotutela privada, sendo prestado em benefício de toda a sociedade, não deve caber ao particular, mas ao Estado, o risco dessa atividade – no qual se inclui o risco de erro, inerente que é à natureza humana⁷³.

O juiz, a seu turno, estará protegido dessa contingência, na medida em que seu erro não derivar de dolo, fraude, ou culpa, como já exposto na seção anterior deste trabalho, casos que viabilizariam a ação de regresso.

Ademais, mesmo a concepção que prega caber ao autor optar por ingressar ou não na via judicial é um sofisma. Vigem no ordenamento pátrio monopólio estatal da jurisdição, admitindo-se a autotutela privada em restritíssimas situações. Assim, para resolver um conflito no qual não se logrou uma composição amigável, não resta alternativa a esse autor, o que solapa o fundamento do entendimento ora vergastado. Ademais, evidencia-se falha em tal teorização quando se tem em vista que ao réu não é dado escolher ser ou não parte num processo judicial, até porque sua omissão em participar pode trazer-lhe gravosas consequências, a partir da condenação à revelia. Tal constatação é relevante, sobretudo, no âmbito do processo penal – jurisdição potencialmente mais gravosa – em que a iniciativa deriva, via de regra, de ação do Ministério Público, isto é, do próprio Estado⁷⁴, o que reforça a legitimidade para que ele arque com o dano daí decorrente.

⁷¹ ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 226.

⁷² SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 143.

⁷³ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 148.

⁷⁴ DERGINT, loc. cit.

A transposição do risco da atividade para a vítima do dano, por ocasião da atividade jurisdicional do Estado “é um retrocesso histórico no que se refere a toda uma construção doutrinária e jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil do Estado, que não encontra qualquer justificativa razoável⁷⁵”. Tal entendimento significaria retornar a teses medievais de irresponsabilidade, segundo as quais o dano causado pela coletividade a um membro seu não seria indenizável por ser o indivíduo parte da própria coletividade, que só atua em seu favor⁷⁶.

Por fim, existem serviços tipicamente administrativos, aos quais cabe ao cidadão realmente optar pelo seu uso ou não (serviços públicos não obrigatórios, como abastecimento de água, distribuição de energia elétrica, telecomunicações, etc.)⁷⁷, e nem por isso se defende que nesses casos se exclui a aplicação do artigo 37, § 6º, da CF/88. Por tal razão, nenhuma credibilidade merece essa sorte de argumentação, contrária à responsabilização do Estado por seus atos judiciais. Não importa o âmbito do poder estatal, toda sua atuação deve ser desempenhada de forma *boa*, o que se constitui num direito fundamental magno. E isso envolve o assumir, consciente e proporcional, a par de considerações devidamente fundamentadas, dos riscos causados pela sua própria atividade, quando a mesma causa danos a interesses jurídicos legítimos.

7.1.5 Necessidade de esgotamento dos recursos disponíveis

Não há que se falar, tampouco, que a possibilidade de recorrer da decisão que causa prejuízo inviabiliza o direito à indenização. Nessa linha de entendimento, enquanto houver a possibilidade de recurso, fica inviabilizada a ação de reparação, e caso a parte deixe transcorrer *in albis* o prazo para algum recurso, assumido teria o prejuízo⁷⁸.

⁷⁵ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 329.

⁷⁶ V. seção 3.1, *supra*.

⁷⁷ Interessante é a ponderação de Ardant: “[...] *il paraît beaucoup plus normal que l’Etat réponde de la justice qui est une de ses activités essentielles que d’un service publique et commercial dont l’etatisation est souvent contestable*” (ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l’État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 178).

⁷⁸ V. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 97; CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 519; LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 164-165; CHAVES, Rogério Marinho Leite. A Responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, nº 127, jul./set., p. 267-274, 1995. p. 273; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**,

Diversas são as decisões que nosso ordenamento jurídico qualifica de irrecorríveis, a exemplo das decisões interlocutórias dos juizados especiais e da Justiça do Trabalho. O fato de poderem ser desafiadas em bloco no recurso contra a sentença não é suficiente, uma vez que, durante o tempo em que tal decisão perdurar, já poderá ter havido dano indenizável suficiente, que não deverá ser imputado ao próprio cidadão.

Da mesma forma, a possibilidade em tese de utilização de mandado de segurança ou de recurso manejável imediatamente tampouco pode, por si só, servir de óbice à pretensão de reparação, pelo mesmo motivo: julgamentos (da ação autônoma de impugnação ou do recurso) não são instantâneos, e até que a decisão seja reformada ou anulada, danos podem ter sido causados. A reforma de uma decisão não impede que a mesma tenha causado prejuízo, o qual demanda reparação⁷⁹.

Lamentavelmente, o já referido projeto de lei nº 412/2011 pretende ressuscitar esse argumento, inserindo, como parágrafo único ao art. 19, que “enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional⁸⁰”. Trata-se de dispositivo que pretende restringir, indevidamente, direito fundamental, por limitar o alcance do art. 37, § 6º, já que excluiria de sua incidência a reparação de danos causados por agentes do Estado por meio de decisões recorríveis. Entender pela sua validade seria conceber uma interpretação da Constituição conforme a lei, o que não se poderá tolerar.

É possível que a omissão em recorrer ou impugnar de outra forma a decisão seja identificada como a causa necessária do dano, e, diante do caso concreto, elidir o nexo causal entre o ato jurisdicional e a lesão. É possível, por exemplo, que se trate de erro manifesto, que ainda não tenha causado dano indenizável, facilmente reversível ante a favorabilidade da jurisprudência, mas que a parte tenha-se omitido propositalmente, para, em seguida, postular indenização. Nesse caso, pareceria evidente a culpa exclusiva da vítima. Mas tal exclusão não pode ser feita *a priori*, dependendo da análise das circunstâncias do caso concreto.

Ardant já objetou a essa sorte de argumento, que buscava fundamentar a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais em virtude do risco de colusão ou atuação de má-fé das partes. O receio de que alguns indivíduos afirmem de forma ilegítima uma

Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=78312>>. Acesso em 12 jul. 2012. p. 5-6; 8.

⁷⁹ ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 177.

⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 412/2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=708DD2DB60E2284090C42A588AE4E26B.node1?codteor=840403&filename=PL+412/2011>. Acesso em 01 ago. 2012. p. 9.

indenização tida por justa não deve, por princípio, inviabilizar o número ainda maior de reparações justas e devidas⁸¹.

Aliás, o adotar dessa ideia deixa o cidadão lesado num beco sem saída: não poderia pleitear reparação enquanto ainda houvesse a possibilidade de recorrer da decisão, e tampouco poderia pleiteá-la depois de esgotados tais recursos, pelo advento da coisa julgada⁸², o que resultaria na completa inviabilidade do exercício do direito fundamental à reparação⁸³. Ou seja, busca-se, por raciocínios vários, consagrar, reacionariamente, a irresponsabilidade estatal, o que não se pode admitir em um Estado democrático de direito.

7.1.6 Afronta à coisa julgada

Há ainda o argumento no sentido de que eventual condenação do Estado em indenização por ato judicial constituiria uma afronta à coisa julgada *material*, garantia fundamental que presta deferência à própria segurança jurídica⁸⁴. O reconhecimento de tal responsabilidade implicaria, pois, no reconhecimento de que a decisão fora proferida de forma ilegal, contrastando com a imutabilidade da coisa julgada. Transitada em julgado, pressupõe-se a legitimidade da decisão, a qual passa a ser considerada uma verdade legal, que anula definitivamente toda contestação⁸⁵.

Nesse sentido, se cunhou o pitoresco adágio medieval *res judicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum* – a coisa julgada transforma o branco em preto e o quadrado em redondo, criando, esquizofrenicamente, sua própria verdade e seu próprio direito. Assim, dano dela não podia resultar⁸⁶, já que a sentença, por declarar o direito, não pode fazer surgir

⁸¹ ARDANT, Philippe. **La Responsabilité de l'État du Fait de la Fonction Juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 175-176.

⁸² V. seção 7.1.6, *infra*.

⁸³ Pedro Lessa expõe às claras essa contradição, para concluir pela irresponsabilidade do Estado, no caso, salvo quando rescindida a sentença: “Ao particular lesado por uma sentença judicial só poderia ser facultada a propositura de uma ação de indenização, depois de ter esgotado todos os recursos processuais; mas depois de esgotados todos esses recursos a sentença é irretirável. Reclamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável fôra iniciar um novo litígio sobre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado. Consequentemente, só nos casos de revisão e de rescisão da sentença é que podem os particulares obter o ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal” (LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 164-165).

⁸⁴ V. GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 240; ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 186.

⁸⁵ STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité des actes administratifs**. Atenas: [Recueil Sirey], 1954. p. 74.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. p. 27.

responsabilidade. Todo dano por ela criado seria, portanto, legítimo. Contudo pode-se afirmar que a “lógica” do argumento no sentido de que a coisa julgada, por criar o direito, não tem como contraditá-lo, não é mais absolutamente rigorosa do que a “lógica” do antigo princípio de que o ato do soberano (ou do Estado) não pode contrariar o direito, por ser ele a única fonte do próprio direito⁸⁷.

Para a devida iluminação da questão, mister se faz remontar aos célebres debates acerca da natureza jurídica da coisa julgada, por muito tempo controvertida na doutrina.

7.1.6.1 Natureza jurídica da coisa julgada

Num primeiro momento, sob a tradição romanística, atualmente prevalente na doutrina alemã⁸⁸, entendeu-se que a coisa julgada seria “um dos vários efeitos produzidos pela sentença ou, ainda, identificar-se-ia com o próprio efeito declaratório⁸⁹”. Segundo essa ideiação, “a autoridade de estabilidade do julgado seria a própria declaração, com força obrigatória e indiscutível, presente em todas as sentenças cognitivas⁹⁰”. Não participariam da coisa julgada, pois, os efeitos constitutivos e condenatórios.

Tal ordem de ideias é conseqüência dos fundamentos do próprio Direito Romano, no qual não se falava em autonomia do direito material ante o processual. Por isso, a coisa julgada nada mais era do que o próprio direito consumado pela *actio*, de modo que a *res iudicata* se tornava o único e exclusivo efeito do *iudicatum*. Nesse passo, seria incoerente falar em coisa julgada como presunção de verdade: ele era a própria verdade jurídica reconhecida⁹¹.

Em Chiovenda, encontram-se fundamentos iniciais, ainda fragmentários, para a superação de tal entendimento, considerando a necessidade de se distinguir os *efeitos da*

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989. p. 29.

⁸⁸ De que são representantes, como informa Barbosa Moreira, Hellwig, Goldschmidt, Rosenberg, Nikisch e Tübingen (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 59, vol. 416, p. 9-17, jun./1970. p. 10).

⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-246. p. 193-194. Segundo o autor, essa concepção é adotada por Goldschmit, Schönke, Rosenberg, Lent, Jauernig e Stefan Leible, exemplificativamente.

⁹⁰ *Ibid.*, p.195.

⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 3-4.

sentença, de um lado, e a *coisa julgada*, de outro. Os efeitos da sentença, em sua lição, ocorrem e valem perante todos, como se dá com qualquer ato jurídico: por exemplo, um contrato, enquanto vínculo entre A e B, não deixa de dever ser considerado por terceiros que com eles venham a se relacionar; assim também a sentença prevalece perante aqueles que não tomaram parte no litígio.

Tais efeitos, contudo, não se confundem com a coisa julgada, que se restringe às partes. O fato de a sentença ser apta a gerar efeitos perante terceiros não significa que se deva admitir que ela possa prejudicar juridicamente outros, que permaneceram estranhos à lide⁹². Nesse sentido, Chiovenda, afirma que “*la sentencia se limita a las partes y vale sólo como sentencia entre éstas*”⁹³. Em outra passagem, aparta expressamente coisa julgada e efeitos da sentença, ao aduzir que “*las partes pueden renunciar a los efectos de la sentencia, no pretender, aun estando conforme, una nueva decisión sobre una relación ya decidida*”⁹⁴.

Foi Liebman quem, por sua vez, sistematizou melhor a teoria, ao enunciar a conhecida lição no sentido de que a coisa julgada “não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias de sentenças”⁹⁵. Em seu entendimento, a equiparação entre o conceito de coisa julgada e o de efeito declaratório da sentença “deixa sem a proteção da coisa julgada o efeito condenatório e o constitutivo e desconhece, por outro lado, a autonomia do efeito declaratório, que vem a ser absorvido na coisa julgada”⁹⁶.

O posicionamento, para ele, padece de um grave “erro lógico”, uma vez que o efeito declaratório pode dar-se, inclusive, antes ou independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que tenha sua essência desnaturada. Nesse sentido, efeito declaratório pode ocorrer, por exemplo, em atos administrativos, que não transitam em julgado. Assim, “a coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes [aos efeitos da sentença] a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças”⁹⁷.

Noticia Talamini que, quanto ao cerne da doutrina liebmaniana em referência, há ampla adesão na Itália e na França, contando com o apoio de Chiara Besso, Micheli, Fazzalari, Verdi, Caponi e Lagarde, dentre outros, e é objeto de “consenso generalizado” no

⁹² CHIOVENDA, Jose. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Traduzido por José Casais y Santaló. Tomo II, vol. I. Madrid: Reus, 1941. p. 429.

⁹³ Ibid., p. 432.

⁹⁴ Ibid., p. 420.

⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6.

⁹⁶ LIEBMAN, loc. cit.

⁹⁷ Ibid., p. 19-20; 38.

Brasil⁹⁸. Contudo, em sendas pátrias, conhecida é a ressalva de Barbosa Moreira acerca do tema.

Para este autor, a coisa julgada se relaciona com a imutabilidade do *conteúdo* da sentença. Critica, pois, a concepção de Liebman acerca da imutabilidade dos *efeitos* da sentença. Embora concordando que a coisa julgada não poderia ser equiparada a um mero efeito, diagnostica um equívoco em Liebman, uma vez que os efeitos da sentença podem ser modificados ou extintos, seja pela sua normal atuação (por exemplo, o pagamento após a condenação), seja por tratar de direito disponível, quando as partes podem ajustar solução diversa⁹⁹.

Para ele, a contradição de Liebman reside no fato de que “a imutabilidade (ainda ilimitada) do conteúdo da sentença não importa, é óbvio, na imutabilidade da situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial¹⁰⁰”. O que restará inviabilizado é a obtenção de outro comando, junto a qualquer juiz, para aquele mesmo objeto do processo antes decidido pela sentença revestida da coisa julgada.

Mas, como bem observou Talamini, “a crítica de Barbosa Moreira é antes um reparo à fórmula sintética da tese de Liebman (‘coisa julgada é qualidade dos efeitos’) do que uma oposição ao conteúdo da teoria liebmaniana como um todo¹⁰¹”. O próprio Liebman reconhecia que a relação jurídica objeto da sentença pode ser posteriormente modificada pelas partes, sem que isso afete a coisa julgada¹⁰². Reconhecia também que a definição da coisa julgada é a

⁹⁸ TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-246. p.197.

⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 59, vol. 416, p. 9-17, jun./1970. p. 12-13.

¹⁰⁰ Ibid., p. 15.

¹⁰¹ TALAMINI, op. cit., p. 198.

¹⁰² Liebman deixa claro tal entendimento nos seguintes trechos: “De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o valor” (LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvidino Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 25); “De fato, quaisquer que sejam e de qualquer modo que se definam os efeitos da sentença, limita-se a autoridade da coisa julgada a torná-los imutáveis. Observou-se, contudo, que essa definição contradiria a circunstância inegável de que uma relação jurídica que foi objeto da sentença pode ser sucessivamente modificada pelas partes. A objeção, porém, não me parece fundada, porquanto confunde o objeto com o resultado do processo: o que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença, isto é, a declaração ou a mudança, não a relação jurídica em que incide o efeito, relação sobre a qual conservam as partes plena e íntegra a sua liberdade de disposição. Se uma sentença declara Tício devedor de Caio, pode este, todavia, fazer a remissão do débito; qual é aqui o papel da coisa julgada? A declaração do débito permanece invariável e não poderá Tício negar ter sido devedor antes que o liberasse a generosidade de Caio” (Ibid., p. 183).

“imutabilidade do comando emergente da sentença¹⁰³”, embora explique que tal imutabilidade se estende aos efeitos da sentença. Disso deduz-se que a concepção de Moreira não nega, mas refina tecnicamente a ideia de Liebman.

Adota-se neste trabalho, pelas razões expostas, a concepção de Liebman, refinada por Barbosa Moreira. Duas consequências serão aqui bastante relevantes: a uma, distinguindo-se entre a autoridade da coisa julgada e os efeitos da sentença, estatui-se que, em que pese a coisa julgada determine a imutabilidade do conteúdo do *decisum*, os efeitos que dele decorrem não são imutáveis, podendo ser, em muitos casos, livremente alterados pelas partes; a duas, a concepção de coisa julgada como verdade presumida torna-se destituída de fundamento, pois ela “apenas pragmaticamente, torna imutável o resultado da atuação jurisdicional¹⁰⁴”.

Ao apartar coisa julgada e efeitos da sentença, tal concepção permite melhor compreender porque a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, ainda que transitados em julgado, não é obstada pela imutabilidade da coisa julgada.

7.1.6.2 Limites da coisa julgada material

É lição fundamental em Direito Processual que a coisa julgada pode ser compreendida sob dois prismas. De um lado, como coisa julgada *formal*, assim entendida aquela que representa a preclusão máxima num processo judicial, a inviabilizar o reexame do mérito da causa naquele mesmo processo. Trata-se da conclusão da prestação do serviço jurisdicional. De outro, como coisa julgada *material*, ou seja, aquela que inviabiliza a rediscussão da causa não apenas no próprio processo, mas também projeta efeitos para fora dele, tornando imutável – a princípio – o comando nela contido¹⁰⁵. O CPC disciplina o instituto da coisa julgada material a partir do seu art. 467, identificando-a como “a eficácia, que torna imutável e

¹⁰³ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 54.

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-246. p. 201.

¹⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 59, vol. 416, p. 9-17, jun./1970. p. 14.

indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário¹⁰⁶”. A controvérsia, no que tem pertinência ao tema deste trabalho, portanto, reside na coisa julgada material, uma vez que a coisa julgada meramente formal não obsta a rediscussão do mérito da causa em processo posterior.

De logo, cabe registrar que, ainda que se aceitasse que a coisa julgada material fosse um óbice à rediscussão da questão da responsabilidade por danos por ela causados, isto não seria bastante, por si só, para fundamentar uma geral irresponsabilidade do Estado por atos praticados no exercício da jurisdição. Diversas são as razões para tal assertiva.

Nem todo ato jurisdicional se reveste ou tem aptidão para se revestir da qualidade de coisa julgada material, a exemplo das inúmeras decisões interlocutórias, despachos de expediente, sentenças proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária e atos jurisdicionais executivos. São atos que, em tese, podem gerar dano, de modo que, ainda que se admitisse que a coisa julgada fosse um óbice, o máximo que se poderia concluir seria pela limitação da irresponsabilidade a alguns atos¹⁰⁷, nunca pela vedação geral¹⁰⁸. Ademais, nenhum obstáculo haveria à responsabilidade pelas omissões judiciais (que constituem negação do acesso à justiça), pois, não agindo, não há o que transitar em julgado.

Hodiernamente, inclusive, não se pode mais defender que a coisa julgada material seja uma garantia absoluta, uma vez que se trata de uma norma de direito fundamental, de natureza principiológica e, portanto, ponderável diante das circunstâncias do caso concreto¹⁰⁹. O próprio ordenamento pátrio já consagra de há muito institutos que permitem o afastamento da coisa julgada em determinadas situações: a ação rescisória, no âmbito cível, e a revisão criminal, no âmbito penal¹¹⁰. Assim, qualquer interpretação no sentido de que a coisa julgada fosse uma garantia absoluta levaria, por coerência, à conclusão de que os artigos 495 do CPC e 622 do Código de Processo Penal (CPP) não teriam sido recepcionados pela CF/88.

Ademais, o ordenamento jurídico pátrio também admite a impugnação de sentenças transitadas em julgado por outros meios processuais, a exemplo da ação anulatória, sobretudo

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹⁰⁷ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 254.

¹⁰⁸ Vale notar que Mário Guimarães estendia a irresponsabilidade estatal aos atos preparatórios e executórios da sentença, entendendo que tais atos “formam, com a sentença, um todo que não se deve cindir”, pois “permitir o seu reexame seria abrir fendas na sentença, destruindo os elementos que a formaram ou que surgiram na fase executória, em cumprimento do julgado” (GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 246). Mas, como demonstrado, se sequer a própria sentença enseja tal conclusão, quanto menos os atos que não a integram, pelo que resta facilmente refutado tal entendimento.

¹⁰⁹ V. a respeito a seção 6.4.1, *supra*.

¹¹⁰ V. Seção 7.1.6, *infra*.

no que se refere às sentenças inconstitucionais, em fenômeno que se convencionou chamar de relativização da coisa julgada¹¹¹. Seu fundamento reside na necessidade de ponderação entre os valores de *segurança* (que fundamenta a coisa julgada) e *justiça*, que constitui o ideal próprio do Direito¹¹². Há mais de três décadas, Cretella Júnior já vaticinava que “elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano, ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante do erro manifesto¹¹³”.

Em todo caso, entende-se aqui que mesmo as decisões transitadas materialmente em julgado, que não possam ser relativizadas, são aptas a gerar dano. Para fundamentar devidamente tal assertiva, são válidas algumas considerações acerca da coisa julgada material.

Em sede de Direito Processual, costuma-se abordar o regime jurídico da coisa julgada material a partir dos seus limites, classificados em *limites subjetivos* e *limites objetivos*.

Os *limites subjetivos* da coisa julgada referem-se à identificação das pessoas que estão abrangidas pelos efeitos da referida decisão. A regra em nosso sistema é a coisa julgada *intra partes*, à luz do art. 472, primeira parte, do CPC: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros¹¹⁴”.

A lição de Barbosa Moreira acerca da coisa julgada, referida linhas atrás¹¹⁵, é de destacada relevância para fins da fixação dos seus limites subjetivos. Veja-se que é inegável que a sentença transitada em julgado gera efeitos perante terceiros. Mas, ante a distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada, *não* se pode falar que a coisa julgada torna os efeitos da sentença inatacáveis por terceiros.

Entender que a coisa julgada vincula terceiros implicaria em admitir a vulneração das garantias fundamentais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e

¹¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=78312>>. Acesso em 12 jul. 2012. p. 4; 14.

¹¹² Assim, por exemplo, já decidiu o STJ: “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 226.436 - PR**, da Quarta Turma. Recorrente: Júlio César Moreira. Recorrido: Ivanir Otávio Becker. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 28 jun. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=34284&nreg=199900714989&dt=20020204&formato=PDF>>. Acesso em: 01 mai. 2012. p.1).

¹¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 265.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹¹⁵ V. seção 7.1.6.1.

inafastabilidade da tutela jurisdicional, já que a pessoa teria uma decisão em seu desfavor que sequer poderia ser questionada, por não ter participado do processo no qual ela adveio. Como bem expressou Talamini, “apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes – o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses em disputa¹¹⁶”. Nesse sentido, somente aqueles que tiveram a oportunidade de participar do processo e influir na decisão podem ser enredados pelo comando irreversível nele gerado.

Verifica-se que o citado autor abebera-se em Liebman, que já havia estatuído que só as partes “puderam fazer ouvir e valer as suas razões no processo que se ultimou com o julgado, e é essa possibilidade, que tiveram, que justifica praticamente a necessidade em que se puseram de conformar-se com o resultado alcançado e de já não poderem esperar modificá-lo¹¹⁷”. De fato, nenhum sentido haveria em assegurar às *partes* tais garantias, e, ao mesmo tempo, estabelecer a decisão daí proveniente como imutável e vinculante a *terceiros* que, por não terem participado do processo original, ficariam impedidos de postular a sua reforma. Vedar-se-lhes-ia, com isso, o próprio acesso à justiça¹¹⁸ – pressuposto lógico do próprio direito fundamental à boa jurisdição, já que sequer se poderá qualificar de bom ou mau aquilo que não se obtém.

Nesse sentido, nenhum óbice haveria à posterior ação de reparação de danos, fundada em decisão judicial passada em julgado. Enquanto naquela decisão controvertem duas partes, permanecendo o Estado-juiz como desinteressado, na ação de reparação de danos o Estado aparecerá no polo passivo. Ele não está acobertado pela autoridade da coisa julgada anterior, por não ter tomado *parte* na discussão que antes se travou¹¹⁹. Em nenhum momento terá sido apreciada a pretensão do lesado perante o Estado, que poderá ser chamado a responder, inclusive judicialmente, oportunidade em que terá garantido o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Por outro lado, fala-se ainda em *limites objetivos* da coisa julgada, assim entendida a abrangência do conteúdo da decisão passada em julgado. Sua previsão básica está no art. 468 do CPC, ao dispor que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei

¹¹⁶ TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-246. p. 202.

¹¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 56.

¹¹⁸ TALAMINI, op. cit., p. 203.

¹¹⁹ No mesmo sentido: HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Leud, 1995. p. 73.

nos limites da lide e das questões decididas¹²⁰”. O artigo seguinte exclui, expressamente, da autoridade da coisa julgada os motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão, bem como as questões prejudiciais, salvo, quanto a estas, quando forem objeto de pedido específico da parte, a fim de que seja decidida *principaliter tantum*¹²¹.

O CPP, a seu turno, traz disposições sensivelmente distintas em relação à coisa julgada, quanto aos limites objetivos¹²². Apesar de não trazer um conceito tal qual o fez o CPC, disciplinou-a em alguns dispositivos, a exemplo do art. 110, § 2º, do qual se pode deduzir que somente faz coisa julgada o fato principal – ou seja, a conduta do agente – que tiver sido objeto da sentença, já que, quanto aos demais, não se pode opor a respectiva exceção¹²³. E o art. 386, ao determinar que o motivo de absolvição do réu deve integrar o dispositivo¹²⁴ – parte da sentença que transita, tradicionalmente, em julgado – também reveste da autoridade da coisa julgada a referida causa.

Na esfera penal, assim como na cível, tampouco se pode sustentar que a coisa julgada anterior impediria o conseqüente ajuizamento de ação de reparação de danos causados pela decisão transitada em julgado, que em nenhum momento terá se manifestado acerca da reparabilidade dos danos que ela mesma tiver causado (até porque de ordinário lhe serão futuros). Tratar-se-á de uma nova demanda, estando, pois, fora dos limites da coisa julgada do processo anterior, do qual o dano foi originado.

A ação de indenização não busca – nem visa buscar – a desconstituição da sentença lesiva transitada em julgado. “A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível¹²⁵”. Trata-se de ação com pedidos e causa de pedir diversos: pleitear-se-á uma

¹²⁰ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹²¹ “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide” (Ibid.).

¹²² Quando aos limites subjetivos, vale a regra geral já exposta, sem as exceções, em face do princípio da intrancendência da ação penal: nem a conexão entre crimes enseja a extensão da coisa julgada penal a terceiros (SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 135).

¹²³ “Art. 110. [...] § 2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença” (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

¹²⁴ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...]” (Ibid.).

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 87.

indenização por danos causados pela sentença judicial, em virtude de ter sido fruto de uma jurisdição que não se poderá caracterizar como *boa*. “Se danos advierem em decorrência do provimento estatal imperfeito, nada mais justo que se promova a responsabilização do Estado e o dever ressarcitório lhe seja imposto, como modo de restabelecer a harmonia rompida¹²⁶”. Na indenizatória, averiguar-se-á a conduta estatal geradora do dano, os danos causados à parte, e o nexo de causalidade entre eles. Em nenhum momento, tal discussão afronta a coisa julgada anterior.

A razão para a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença passada em julgado é a estabilidade e a segurança jurídicas, ainda que se considerasse que a sentença contém, presumidamente, a verdade consagrada no caso concreto, por representar a solução do litígio. Mas isso não é razão para se admitir a cristalização de um dano injusto.

Veja-se que a jurisdição é uma atividade cujo elevado nível de prerrogativas a torna de elevado risco – o qual deve ser assumido por quem o produziu. As decisões judiciais, para serem consideradas legítimas, devem lastrear-se nos parâmetros de boa jurisdição, que envolvem motivação racional, juízo proporcional e, sobretudo, ponderação com vistas à prevenção e à precaução contra a efetivação desses riscos, que lhe são inerentes.

Caso a decisão judicial não seja fruto de uma boa jurisdição (ou seja, não respeite os parâmetros aqui indicados, além dos demais que lhe são inerentes), por exemplo, por não ter se acautelado para prevenir ou precaver, adequadamente, a efetivação dos riscos potenciais, poder-se-á qualificar tal ato jurisdicional como ilícito (*lato sensu*), com o que se legitima mais facilmente a responsabilidade civil do Estado. Como o trânsito em julgado não permitirá, de ordinário, a restauração do citado direito fundamental violado (mediante execução específica), a imposição da obrigação de indenizar, decorrente do inadimplemento da obrigação de prestar uma boa jurisdição, será a consequência natural. Nessa situação, poderá caber, inclusive, a eventual apuração da desídia do agente público prolator da decisão no respeito a tais direitos fundamentais.

Do contrário, ainda que a jurisdição tenha efetivamente respeitado tais parâmetros, é de se lembrar que as decisões, sobretudo à luz dos juízos de prevenção e precaução, são tomadas em bases prospectivas, probabilísticas, de modo que é possível que os danos sejam causados ainda que o magistrado tenha tomado todas as cautelas possíveis na motivação proporcional de sua decisão. Ainda assim, caberá a responsabilidade do Estado, mas, desta feita, por atos lícitos, mediante a aplicação integral da teoria do risco.

¹²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos Atos Jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 633, p. 34-42, jul. 1988. p. 40.

O risco, efetivado, deverá ser assumido pelo seu causador, não pela sua vítima. Contudo, como já assentado, a responsabilidade por atos lícitos tem bases mais restritas – mas existe, e deve ser apurada e reconhecida, quando for o caso. Ademais, na responsabilidade do Estado decorrente de condutas lícitas, o próprio direito de regresso contra o magistrado resta inviabilizado, por ausência de elemento subjetivo.

Assim, nenhum óbice existe à responsabilização daquele que exerce atividade de risco, ainda que lícita. Ademais, essa função existe em favor de toda a coletividade, a fim de evitarem-se atos privados de vingança e promover-se a justiça e a paz social, pelo que não se concebe a razão pela qual ainda se defenda que, por representar a justiça no caso concreto, o Estado não possa responder por danos causados por decisões transitadas em julgado.

7.1.6.3 Desnecessidade de prévio desfazimento da sentença transitada em julgado

Há ainda os que defendem que somente há que se falar em responsabilização do Estado por ato jurisdicional caso se providencie, previamente, a rescisão do julgado, via ação rescisória ou revisão criminal, sendo este o entendimento atualmente dominante¹²⁷. Entretanto

¹²⁷ V. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 87; ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 221-222; CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 71, vol. 557, p. 15-26, mar. 1982. p.21; CHAVES, Rogério Marinho Leite. A Responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, nº 127, jul./set., p. 267-274, 1995. p. 272-273; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=78312>>. Acesso em 12 jul. 2012. p.8; CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 277; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 93; DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 254; HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12^{ème} ed. Édition revue et mise à jour par André Hauriou. Réédition présenté par Pierre Delvolvé et Franck Moderne. Paris: Dalloz, 1933. p. 512; LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 165; PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 51, vol. 152, fasc. 609-610, p. 43-51, mar./abr. 1951. p. 44; SALAZAR, Alcino de Paula. **Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais**. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941. p. 98-99; SENTO SÉ, João Nunes. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. 1974. 110 f. Tese (Curso para Professor Assistente II) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1974. p. 67; SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 174-175; SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português**. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 362; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 796.

defender tal teoria implica em entender que somente há responsabilidade caso se demonstre a ilicitude da sentença passada em julgado – o que envolve análise de fraude, dolo, culpa ou erro, *ex vi* do art. 485 do CPC e art. 621 do CPP – em manifesto descompasso com o atual estágio da teoria da responsabilidade civil.

Como vem sendo afirmado ao longo deste trabalho¹²⁸, resta superada historicamente a ideiação de que apenas atos ilícitos são aptos a ensejar a responsabilidade. Ainda que essa seja a regra básica, a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC/02, deixou estreme de dúvidas que, mesmo no âmbito do direito privado, o risco assume, em grande medida, o lugar da culpa como centro axiológico da responsabilidade civil. No âmbito do direito público, a disciplina é encontrada no art. 37, § 6º, da CF/88, inspirada pelos mesmos fundamentos: a atividade estatal traz, intrinsecamente, um risco, que deve ser por todos assumido, já que tal risco é criado em benefício de toda a coletividade.

Entender que a responsabilização do Estado por sentença passada em julgado não prescinde de sua rescisão implica em impor ao cidadão, individualmente, um sacrifício passado em favor da coletividade. Não se defende aqui que todo prejuízo causado por tal sorte de sentença deva ser indenizado, mas que, na análise dos danos causados, devam ser utilizados os mesmos fundamentos para a aferição da responsabilidade civil do Estado pelos seus atos administrativos¹²⁹. Em especial, o dano indenizável, tratando-se de decorrência de ato lícito, deve ser qualificável como jurídico, certo, específico e anormal¹³⁰. Do contrário, qualquer sucumbente teria ação contra o Estado, o que não se pode admitir.

É válido lembrar que, no âmbito da ação rescisória, existe um prazo para seu manejo, fixado em dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença rescindenda¹³¹. Após tal decurso, fala-se em coisa soberanamente julgada, a qual seria imodificável. Na revisão criminal, a seu turno, há a peculiaridade da possibilidade de seu manejo a qualquer tempo, bem como pela previsão expressa da possibilidade do condenado postular, na própria ação de revisão, o reconhecimento a uma justa indenização, a ser liquidada no juízo cível¹³².

Nesse passo, ainda que não rescindida a sentença cível, ou revista a sentença penal, legítima se afigura a possibilidade de condenar-se o Estado a reparar o dano causado por suas

¹²⁸ V. seções 2.2, 3.3.2 e 4.1.

¹²⁹ V. seção 7.

¹³⁰ V. seção 4.3.

¹³¹ V. art. 495 do CPC (BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

¹³² V. art. 630 e § 1º do CPP (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

sentenças¹³³, desde que dentro do prazo prescricional da pretensão indenizatória. Tanto é que a sentença subsiste, mesmo que a ação de indenização seja julgada procedente¹³⁴.

Apenas do ponto de vista formal pode-se afirmar que a função da justiça termina com a sentença transitada em julgado. Se de tal decisão adveio dano indenizável, a justiça somente se perfará, sob o ângulo substancial, com a reparação do mal causado. Nesse sentido, a rescisão ou revisão da sentença apenas restabelecem, formalmente, a ordem jurídica: a efetivação da verdadeira justiça pressupõe a reparação substancial do dano causado¹³⁵, independentemente da formalização da eventual equivocidade da sentença mediante seu desfazimento.

A relevância da eventual rescisão ou revisão da sentença recai não no direito à reparação considerado em tese, mas na eventual dosimetria da indenização, em face da extensão do dano. Obviamente, se a sentença for desconstituída, menor será o dano sofrido, pois, do contrário, seus efeitos declaratórios persistirão. Como se demonstrou, caso rescindida ou revista a sentença, aquele ato será considerado expressamente como ilícito, o que torna mais fácil a qualificação do dano como indenizável, pois bastará que seja jurídico e certo para ensejar a indenização¹³⁶.

Existem, é verdade, algumas hipóteses legalmente previstas para rescisão do julgado que podem se constituir em causas excludentes, ou mesmo atenuantes, da responsabilidade do Estado, dentre as quais se identificam, por exemplo, o dolo da parte vencedora ou a colusão entre as partes, a configurar culpa exclusiva de terceiro ou da própria vítima e elidir o nexo

¹³³ No mesmo sentido, ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 143; BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do Juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, ano III, vol. 9, p. 15-36, jan./mar. 1978. p. 28; CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 476; ; DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 145; HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Leud, 1995. p. 43-45.

¹³⁴ Interessante notar que Di Pietro, em seu artigo “Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais”, parece, num primeiro momento, concordar com essa tese, ao escrever que “ainda nessa hipótese [de coisa soberanamente julgada] em que não cabe mais ação rescisória, por estar prescrita, não há por que recursar-se o reconhecimento do direito à indenização a quem foi lesado pela decisão; não se trata de pleitear a alteração da mesma, que já se tornou imutável, mas de, em outro processo entre partes diversas, já que o Estado é, necessariamente, o réu, pleitear indenização decorrente do erro judiciário (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 88.)”. Contudo, mais adiante (fl. 93), ela parece contradizer-se quando afirma que, caso se trate de erro da própria sentença, a mesma “deve ser desconstituída por via de ação rescisória, pois, do contrário, “parece contraditório aceitar que em outra ação se possa voltara discutir a ocorrência ou não do erro da decisão, pois, com isto, cairia por terra o velho princípio segundo o qual a coisa julgada contém uma verdade legal (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 92)”.

¹³⁵ BIELSA, Rafael. As vítimas dos erros judiciários nas causas criminais e o direito à reparação. Traduzido por Gil Castelo Branco. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano XLIII, vol. 105, fasc. 511, p. 482-486, jan. 1946. p. 483; 486.

¹³⁶ V. seção 4.3.

causal. Nesses casos, o fundamento acolhido na rescisória pode ter alguma influência no processo de reparação de danos, minorando (concausalidade) ou impossibilitando (excludente) a indenização¹³⁷.

Frise-se que o art. 630 do CPP, ao prever a possibilidade de postulação da indenização no bojo do próprio processo de revisão¹³⁸, não torna tal conduta imperativa, nem condiciona a reparação à revisão. Trata-se, apenas, de uma faculdade concedida ao lesado, a fim de facilitar-lhe o acesso a tal direito, uma vez reconhecida a ilicitude da sentença condenatória. Como expôs Dergint, “o tribunal [no julgamento da revisão criminal] somente poderá reconhecer o direito à indenização após julgada procedente a revisão e absolvido o réu, pela prova de sua inocência. Assim, o direito à indenização não ocorre dentro da revisão, mas fora dela¹³⁹”. Ressalte-se que o referido autor não vincula a reparação do dano à procedência da revisão, mas apenas destaca que, quando tal pleito for postulado, ele somente pode ser acolhido num segundo momento, tratando-se de verdadeira cumulação objetiva de ações. Dessa forma, nada impediria que o interessado optasse por discutir a questão da responsabilidade em outro processo, no juízo cível, destacando esse segundo momento de que fala Dergint para seu foro típico¹⁴⁰. Entender pela impossibilidade de pleitear indenização fora da ação de revisão significaria criar “uma forma de decadência não prevista na lei¹⁴¹”.

Reforça a ideia o fato de o art. 5º, LXXV, da CF/88 em nenhum momento ter vinculado a indenização por erro judiciário à revisão da sentença penal, de modo que qualquer interpretação nesse sentido vulneraria, indevidamente, uma garantia fundamental, que deve ser inspirada pelo princípio da máxima efetividade.

Nada obsta, assim, a busca pela indenização em ação própria, ainda que antes da revisão da sentença, caso em que a responsabilidade se lastreará em conduta lícita do Estado-juiz. O mesmo raciocínio se aplica aos casos cíveis, em que não se requer a espera pela rescisão da sentença para legitimar o ingresso da ação de reparação de danos.

Os mesmos fundamentos permitem concluir que a possibilidade da ação de reparação de danos não fica prejudicada nem mesmo pela improcedência da ação rescisória ou

¹³⁷ V. seção 4.2.2.

¹³⁸ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹³⁹ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 175.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p.177; SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 192.

¹⁴¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. 2. 5ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 280.

revisional, já que tal resultado nada mais fará do que confirmar a “presunção de verdade legal” de que as sentenças transitadas em julgado já gozavam – o que, como exposto, não inviabiliza a reparação dos danos indenizáveis.

Destaque-se que, nesse contexto, o trânsito em julgado deixa de ser considerado óbice à reparação, para ser alçado à categoria de pressuposto da mesma: se a sentença transitada em julgado vier a ser rescindida, e a restituição ao *status quo ante* seja lograda plenamente (situação de rara ocorrência, é verdade, ante as gravosas consequências de um dos mais poderosos veículos do poder estatal, mas teoricamente possível), não haverá que se falar em dano. Do contrário, o dano pode consistir justamente na impossibilidade de desconstituição dessa sentença, pelo que a indenização ao lesado impor-se-á.

7.1.6.4 Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais como afirmação da autoridade da coisa julgada

A coisa julgada gera efeito não só negativo – impossibilidade de rediscussão da mesma causa em outro processo – mas também positivo. O efeito positivo vincula o julgador, quando a mesma questão estiver sendo discutida de forma incidental em processo posterior. O juiz fica adstrito ao que foi anteriormente decidido, não podendo julgar essa questão de modo diverso, sob pena de malversação da autoridade da coisa julgada. Enquanto o efeito negativo é matéria de defesa, o efeito positivo é utilizado como fundamento de nova demanda.

Como exemplo, tem-se que, decidida em ação própria a paternidade, tal questão não pode ser rediscutida em posterior ação de alimentos. Ainda que a paternidade seja questão incidental na segunda demanda, o juiz não pode julgar diversamente do que já foi decidido. Da mesma forma, decidida em ação própria a validade de contrato de locação, não se pode mais rediscutir a questão incidentalmente em ação de cobrança de alugueres.

Nessa ordem de ideias, se encaixam as palavras de Souza, para quem:

todos devem se comportar nas relações jurídicas entre as partes do processo e o bem da vida nele disputado segundo o estatuído na sentença. Em qualquer outro processo, não importa quem sejam as partes, não importa qual o pedido ou a causa de pedir, não importa o ato que venha nele a ser praticado, como, por exemplo, uma penhora, tem de levar em conta que existe uma certeza jurídica firmada por sentença passada em julgado, por mais injusta que seja tal sentença [...]

Sendo assim, no fundo, admitir ação de indenização contra o Estado, sob alegação de erro judiciário sem revisão da sentença criminal ou rescisão da sentença cível é o mesmo que eternizar lides envolvendo o Estado. Por mais que se queira dizer que a lide é outra [...], a ação de indenização está a questionar a sentença passada em julgado sem prévia revisão ou rescisão, o que não se pode admitir¹⁴².

Concorda-se aqui com tal premissa adotada pelo autor, mas discorda-se de sua conclusão. Aparentemente ele confunde a autoridade da coisa julgada com os efeitos da sentença, equívoco que Chiovenda, Liebman e Barbosa Moreira, retrocitados¹⁴³, esmeraram-se para superar. O fato de todos deverem se comportar de acordo com o estatuído na sentença é uma projeção dos efeitos da mesma, os quais, como fartamente demonstrado na seção anterior, não são imutáveis – o que nada tem que ver com a imutabilidade do comando sentencial, consectário da coisa julgada. Entender que uma ação de reparação de danos causados por ato jurisdicional constitui questionamento da sentença passada em julgado levaria à necessidade de aceitar, por imposição lógica, que o autor que, por sentença transitada em julgado, teve reconhecido um crédito em face do réu, não poderia, sob pena de estar “questionando a sentença passada em julgado”, perdoar a dívida. Evidentemente, o perdão, no caso, significa a alteração dos efeitos da sentença, o que em nada afeta a coisa julgada: na situação deduzida em juízo, o crédito existia, e isto é o que não pode mais ser discutido.

O desdobramento da questão a que procede Alves de Souza merece também análise. Ao arguir que admitir ação de indenização contra o Estado por erro judiciário, independentemente da desconstituição do julgado, “é o mesmo que eternizar lides envolvendo o Estado”, o autor não se aparta daqueles que defendiam a teoria da irresponsabilidade, sob o fundamento da criação de enormes encargos ao tesouro público. Como já se abordou *supra*¹⁴⁴, se as condenações do Estado são tão frequentes que chegam a comprometer o patrimônio público, isso será um sintoma de uma grave desordem administrativa, que cumpre ser remediada o quanto antes – e o chamamento do Estado à responsabilidade por erros sucessivos é justamente o remédio mais eficaz¹⁴⁵.

Mutatis mutandis, se, ao ser chamado a decidir sobre a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, mesmo passados em julgado, o Estado-juiz causa novo dano, não se

¹⁴² SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 363-364.

¹⁴³ V. seção 7.1.6.1.

¹⁴⁴ V. seção 3.1.2, *supra*.

¹⁴⁵ SOURDAT, M. A. **Traité Général de la Responsabilité ou de l'Action em Dommages-Intérêts em Dehors des Contrats**. Tome II. 3^{ème} édition revue et augmentée. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1876. p. 418.

haverá de utilizar esse argumento para, simplesmente, negar tal direito fundamental ao cidadão. O direito fundamental à boa jurisdição deve ser observado desde o processo original, onde o dano foi causado. Caso tenha havido violação a tal direito, e disso haja resultado dano, caberá, caso não seja a questão resolvida administrativamente, nova ação judicial – na qual também deverá ser observado o citado direito fundamental. Caso violado novamente, por qualquer motivo, isso ensejará novo direito à reparação, e assim sucessivamente. Legítimo é ao cidadão voltar-se contra o próprio Estado e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade. “Só o acionar já representa uma forma de pressão legítima e publicização do seu inconformismo contra a Justiça emperrada, desvirtuada e burocratizada¹⁴⁶”.

Observe-se que tal situação é análoga – na verdade, é decorrência, é a manifestação no plano processual – do fenômeno, já abordado *supra*¹⁴⁷, da “retroalimentação entre os efeitos do inadimplemento e o da obrigação de indenizar¹⁴⁸”, diagnosticado por Edvaldo Brito. O inadimplemento de uma obrigação – inclusive a de prestar uma boa jurisdição – produz efeitos, dentre os quais a obrigação de indenizar. Inadimplida tal obrigação, gerar-se-ão normalmente os efeitos do inadimplemento como em qualquer outra obrigação, o que pode fazer surgir nova obrigação de indenizar. E nem por isso se ouvem vozes no sentido de que esse fenômeno significaria uma “eternização das obrigações de indenizar”.

Decerto, sucessivas violações ao direito fundamental à boa jurisdição revelarão sintoma de grave desordem no sistema judicial, caso em que responsabilizar o Estado será uma forma excelente para instá-lo a adotar as providências necessárias ao saneamento das falhas estruturais que serão expostas.

Por outro lado, há casos evidentes em que o trânsito em julgado é o próprio fundamento da ação de indenização a ser proposta em face do Estado. Se um indivíduo beneficiado por sentença absolutória alega a injustiça da perseguição judicial, a prova do trânsito em julgado da decisão que o inocentou passa a ser essencial para a configuração do seu direito à indenização¹⁴⁹, assim como o será no caso de buscar indenização pela injusta prisão processual a que foi submetido, tendo sido, ao final do processo, inocentado. O próprio trânsito em julgado demasiadamente tardio ensejará a responsabilidade: seu advento, quando

¹⁴⁶ DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Busca Legis**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, [1983]. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9702-9701-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012. p. 16-17.

¹⁴⁷ V. seção 2.1 deste trabalho.

¹⁴⁸ BRITO, Edvaldo. Revisão do Atualizador. In: GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. *passim*. p. 12.

¹⁴⁹ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 255.

extrapola o tempo razoável para sua prolação, é esvaziado de sua utilidade e, com isso, cristaliza o dano à parte¹⁵⁰.

Nesse sentido, pode-se ir além: qualquer que seja a decisão transitada em julgado que gere dano indenizável, ela possuirá, como efeito positivo, a impossibilidade de rediscussão da questão na posterior ação de reparação desse mesmo dano. A coisa julgada anterior é justamente o fundamento da demanda de indenização: a mesma tem lugar, inclusive, porque a decisão resta imodificável. Assim, consagra-se a ideia de que posterior ação indenizatória por danos causados por decisão transitada em julgado não viola a autoridade da coisa julgada, antes a confirma e a reforça.

Como já dito, nenhum óbice existe ao reconhecimento de responsabilidade decorrente de atos lícitos, em face do acolhimento expresso em nosso ordenamento da teoria do risco, pelo art. 927, parágrafo único, do CC/02 e pelo art. 37, § 6º da CF/88. Assim, mesmo que a coisa julgada tratasse da “verdade” cristalizada – *res judicata pro veritate accipitur*, na clássica lição de Ulpiano¹⁵¹ – o fato de essa sentença causar dano indenizável não implica, necessariamente, no fato de ela ser injusta ou ilícita. Dessa forma, não se questiona, na ação de reparação de danos, a integridade da sentença. Como questão prejudicial acobertada pela coisa julgada, deverá a mesma ser tomada como ato lícito.

Assim, é certo que “não é dado aos ordenamentos jurídicos exigir das pessoas comportamento contraditório prescrevendo normas incoerentes, afirmando que determinada conduta é lícita e ilícita¹⁵²”. Contudo, somente a partir de um apego a vetustas teorias da responsabilidade civil, que a enxergam, exclusivamente, nos atos ilícitos *stricto sensu*, poder-se-ia compreender a afirmação de Alves de Souza, no sentido de que isso seria “de certo modo, o que ocorreria se o Estado fosse obrigado a fazer cumprir a sentença, respeitando-a como direito certificado, e ao mesmo tempo ter que pagar indenização como resultado de outra sentença ao fundamento de que a sentença anterior que passou em julgado é injusta¹⁵³”. Como dito e repisado, não é necessário que a “sentença anterior que passou em julgado” seja injusta, para ensejar o direito à indenização; basta que ela haja imposto a alguém um dano jurídico, certo, específico e anormal, a ser distribuído por toda a coletividade, de cujos interesses o serviço público da jurisdição vem ao encontro.

¹⁵⁰ V. seção 7.2.2, *infra*.

¹⁵¹ ROMA. Digesta. Recognovit Theodorus Mommsen. In: _____. **Corpus Juris Civilis**. Volumen Primum. Editio Stereotypa Quinta. [Berlin]: Berolini Apud Weidmannos, 1889. p. 8.

¹⁵² SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 364.

¹⁵³ SOUZA, loc. cit.

Interessante notar, a propósito, que o próprio CPC estatui, em seu art. 468, que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, *tem força de lei* nos limites da lide e das questões decididas¹⁵⁴”. Doutrina e jurisprudência já são assentes em reconhecer a responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais, e mesmo pelas constitucionais, se de efeitos concretos. Se a coisa julgada “tem força de lei”, e de ordinário ela possui efeitos concretos, nenhuma razão persistiria, então, para negar a responsabilidade pela coisa julgada, ainda que legítima: *ubi eadem ratio ibi idem jus*.

7.2 ATIVIDADE JURISDICIONAL DANOSA

Superados, assim, os óbices costumeiramente levantados pela doutrina tradicional, resta aberto o caminho para a consagração da responsabilidade civil do Estado em moldes homogêneos, lastreada em fundamento comum, independentemente da função exercida, causadora do dano. Pode-se, assim, falar em uma teoria unitária da responsabilidade do poder público, uma vez que, como já exposto¹⁵⁵, o poder estatal é uno, variando apenas a competência para exercê-lo, distribuída que é entre vários órgãos componentes de sua própria estrutura. Nesse sentido é a cinquentenária lição de Pondé, para quem “não há que se distinguir o órgão emissor do ato lesivo: qualquer que seja êle, – judicial, legislativo, administrativo, – de sua ação pode decorrer aquela obrigação [de reparar o dano]¹⁵⁶”.

Sendo, pois, unitária, não haveria, em tese, necessidade de subdividir o tema em responsabilidade por atos judiciais e administrativos. Com mais razão, sequer se justificaria uma análise diferenciada entre os danos praticados no exercício da jurisdição em matéria cível ou criminal. Ambas as manifestações são substancialmente idênticas, pois em ambas se exercita por igual a jurisdição. “O que os distingue são peculiaridades, que respondem à diversidade de natureza da pretensão à tutela jurisdicional em cada caso, e notadamente a extensão dos poderes conferidos ao juiz no tocante à prova, nas duas modalidades¹⁵⁷”.

¹⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹⁵⁵ V. seção 5.1, *supra*.

¹⁵⁶ PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 51, vol. 152, fasc. 609-610, p. 43-51, mar./abr. 1954. p. 43.

¹⁵⁷ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 150.

Premissa inelutável dessa constatação é que o direito fundamental à boa administração, já reconhecido expressamente no espaço jurídico europeu, e encontrado na CF/88, pode e deve ter aplicabilidade também no âmbito do exercício da atividade jurisdicional do Estado, pelo que se pode falar em um direito fundamental à boa jurisdição¹⁵⁸.

A proposta aqui defendida, no sentido da adoção de uma teoria unificada da responsabilidade civil do Estado, para ações e omissões, administrativas e judiciais, permite aproveitar todo o amadurecimento pelo qual já passou a questão da responsabilidade do Estado, sem a necessidade de “reinventar a roda” para adequar supostas barreiras erguidas pelas características específicas da atividade jurisdicional. A própria teoria do risco pode ser aplicável a esses casos, sendo suficientemente abrangente para dar conta de apropriar tais peculiaridades sem a necessidade de abertura de exceções. Tal ideiação conferirá maior legitimidade ao próprio Poder Judiciário, contribuindo para que passe a ser visto não mais como um reduto de seres absolutos e inatingíveis, mas uma instituição democrática que visa à consagração dos valores maiores da Constituição.

Contudo, considerando que tradicionalmente a doutrina tem tratado tais matérias apartadamente, sobretudo em face de previsões legais específicas – que em seara criminal conheceram mais cedo a luz – convém que aqui também sejam separadamente abordadas as principais questões acerca do tema, a fim de mais especificamente fornecer argumentos e razões para facilitar a superação das inevitáveis resistências.

De fato, seria hercúlea a tarefa de catalogar e enunciar todas as múltiplas possibilidades de causação de dano a terceiros pela prática de atos jurisdicionais. Tais danos podem ocorrer por condutas de boa ou má-fé dos atores públicos, derivar do simples mau funcionamento do serviço, ou mesmo decorrer de condutas perfeitamente lícitas, mas que causem dano injusto, específico e anormal a quem não é dado exigir-se suportá-lo.

Desse modo, opta-se aqui pela sistematização da exposição em tópicos relativos à denegação do acesso à justiça, que englobam a ausência de prestação jurisdicional e a prestação a destempo, além de questões relativas a danos causados em processos criminais, por meio de sentenças e prisões processuais, e cíveis, também por sentenças e medidas antecipatórias de tutela.

Não se haverá, é verdade, de esgotar as múltiplas possibilidades, mas de oferecer um esquema lógico, a partir de exemplos significativos, para auxiliar o jurista no enfrentamento diuturno das situações novas que se venham apresentar. Até porque todos os casos de

¹⁵⁸ Como já demonstrado na seção 6.2, *supra*.

responsabilidade do Estado são inspirados por fundamentos comuns, como se buscou expor até aqui.

7.2.1 Ausência de Prestação Jurisdicional

A ausência de prestação jurisdicional, em face do exercício do direito de ação, é a forma mais grave de violação do direito fundamental de acesso à justiça, “pois deixa sem contrapartida o direito constitucionalmente previsto de obter, pela via da ação judicial, a proteção aos direitos lesados ou ameaçados¹⁵⁹”. Existe a possibilidade, em tese, disso ocorrer quando o magistrado prolata decisão no sentido de que não possui jurisdição para julgar aquela matéria, ao fundamento de que a jurisdição é de outro Estado. Ainda que existam recursos previstos no ordenamento pátrio, uma vez utilizados sem êxito, estabelece-se um ato negatório de acesso à jurisdição, que é apto a causar dano ao cidadão¹⁶⁰. E, mais grave, o cidadão, a prevalecer a tese da irresponsabilidade genérica do Estado no caso, teria de se conformar com a violação de seu direito – repise-se, fundamental – e não haveria remédio jurídico previsto no ordenamento a reparar tal dano.

Ressalte-se que *ainda* não se fez distinção, para efeitos de responsabilidade, no sentido de que a decisão entelada tenha sido correta ou incorreta, justa ou injusta. Como já se afirmou, entende-se aqui desnecessário afirmar-se *a priori* que o Estado somente responderá se a decisão for equivocada juridicamente.

Tal constatação não significa dizer que o Estado deveria indenizar em toda e qualquer decisão análoga, mas, simplesmente, que a teoria geral da responsabilidade civil do Estado dá conta de extremar as situações em que haverá, *in concreto*, o dever ou não de indenizar. Veja-se: a conduta consistiu numa ação estatal que impediu o cidadão de ter acesso à justiça (ação estatal). Lícita ou ilícita, tal ação somente gerará o dever de indenizar caso o dano sofrido pela parte seja *jurídico e certo*.

Caso a decisão tenha sido correta, é forçoso concluir que o cidadão, naquele caso, não tinha o *direito* de ver sua lide julgada no Judiciário nacional, de modo que o dano eventualmente sofrido não seria jurídico. Caso contrário, seu direito de acesso à jurisdição,

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 94.

¹⁶⁰ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 367.

existente, terá sido francamente violado, e o dano, além de jurídico, deverá ser certo, o que basta, em casos de ação ilícita do Estado, para ser considerado indenizável.

Como tal sorte de decisão não gera coisa julgada material, já que não decide o mérito da questão, sequer se poderiam levantar argumentos no sentido da inviabilidade de rediscussão da coisa julgada. Nesse diapasão, caberá o manejo da mesma teoria aplicável aos atos administrativos em geral, com o que se chega à mesma conclusão da teoria que prega que o Estado só responderá, *nesse caso*, em face de erro judicial. Contudo a vantagem desse raciocínio é firmar a posição de que os atos judiciais não estão nem apartados nem acima do ordenamento jurídico, como os antigos atos dos monarcas absolutos, mas submetem-se, como qualquer outro, à força da Constituição. Suas peculiaridades podem até deixar intuir certas regularidades, como no caso, mas não por uma suposta prerrogativa, mas pelos próprios limites de uma teoria geral.

Mesmo que, posteriormente, em sede de recurso, tenha-se sucesso em reverter a equivocada decisão, nem sempre a correção do ato impede a ocorrência de danos a serem devidamente reparados pelo Estado, no mínimo, pelo atraso na devida prestação jurisdicional.

Outra situação denegatória do acesso à jurisdição ocorre quando a sentença extingue, sem julgamento de mérito, determinado processo. Tal decisão obsta o enfrentamento do mérito, não permitindo, pois, o acesso à jurisdição naquele momento. Deve-se lembrar que o direito de ação não consiste simplesmente no direito de protocolar uma petição inicial, mas no direito de obter uma resposta efetiva na solução da situação de litígio.

Imagine-se, como ilustração, que, em determinado caso concreto, um juiz despacha determinando ao autor que emende sua inicial, sob pena de extinção julgamento do mérito, sem qualquer esclarecimento adicional. O advogado, com larga experiência, reanalisa toda a petição e não vislumbra nenhuma falha, pelo que peticiona ao juízo, requerendo que informe em que consiste o fundamento daquele despacho. Tal requerimento é indeferido, ao fundamento de que não cabe ao juiz aconselhar as partes, e conclui pela extinção do feito, em decorrência do indeferimento da inicial.

Ora, a todas as luzes, tal decisão viola, frontalmente, além do acesso à jurisdição, o direito fundamental à boa jurisdição. Como demonstrado¹⁶¹, o dever de motivação é um dos mais relevantes dentro do referido direito fundamental, justamente o que permite o controle da legitimidade das decisões estatais. Esse seria um caso em que a falta de fundamentação ensejaria a causação de dano indenizável, considerando que o Estado, tendo-se omitido em

¹⁶¹ V. seção 6.4.2, *supra*.

sua obrigação de motivar as decisões, frustrou o direito fundamental à boa jurisdição e, como tal, diante da impossibilidade de restaurar o *status quo ante*, caberá, como efetivação desse próprio direito, a reparação dos danos causados.

Por conta da distribuição por dependência (art. 253, II, do CPC¹⁶²), ainda que o advogado protocolasse outra petição inicial, esta seria distribuída para aquele mesmo juízo, que, provavelmente, decidiria de forma idêntica. Ou, ainda que manejasse o recurso pertinente, a demora da solução da questão, por si só, já teria aptidão para causar prejuízos ao autor.

Nesse caso, é bastante evidente que o Estado deve responder pela decisão ilegítima, que, na prática, vedou o acesso do autor à justiça, na forma de uma má atuação. Contudo, mais uma vez, é desnecessário recorrer a apriorismos para afirmar que o Estado só responde em caso de decisão tal que cristalice erro judiciário: caso o juiz reconheça, equivocadamente, qualquer uma das causas do art. 267 do CPC, parece inevitável que, causando dano, haverá o dever de responder; caso a decisão se revele acertada, o Estado terá sua responsabilidade excluída pela conduta exclusiva da própria vítima ou de terceiro. Por exemplo, a paralisação do processo, por mais de um ano, por negligência da parte (art. 267, II), não suprida após intimação pessoal, trata de conduta da vítima; ou o indeferimento da inicial, que se refere a conduta de terceiro (do advogado que não cumpriu as prescrições legais).

Por fim, a ausência de prestação jurisdicional pode ocorrer por pura e simples inação por parte do Estado-juiz, como, por exemplo, nos famosos casos de “engavetamento” de processos, que ficam por anos a fio esquecidos nos escaninhos judiciais à espera de um despacho. Trata-se, aí, de pura e simples omissão, que, ilícita, gera o dever de indenizar por parte do Estado.

Veja-se que, para os adeptos da corrente que prega tratar-se de responsabilidade objetiva a decorrente da omissão, a não prestação do serviço jurisdicional é erigida em causa normativa, necessária, do dano sofrido pela parte; para os adeptos da teoria da culpa do serviço, há evidente culpa anônima, pois o serviço não terá funcionado. Em qualquer caso, independe a responsabilidade da eventual identificação de dolo ou culpa individual de quem quer que seja: o máximo que tal sorte de argumentação poderia ensejar é a obstaculização do direito de regresso do Estado.

¹⁶² BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

De qualquer sorte, em casos tais, evidente será a ilicitude da omissão do Estado em prover o serviço jurisdicional, o que legitima a responsabilidade civil pelos danos causados. Jurisdição boa é jurisdição tempestivamente prestada. Como já exposto¹⁶³, a omissão pode até ser uma das opções a serem consideradas quando da tomada de decisões públicas, mas somente no sentido de uma omissão conscientemente deliberada, por ter sido fixado, num juízo proporcional e fundamentado, que melhor atende aos deveres de prevenção ou precaução o não intervir no fluir causal. A omissão por simples inércia representa a negação da própria dignidade da jurisdição, razão pela qual não pode ser tolerada. Deve-se cuidar para que se logre um real desestímulo desse tipo de comportamento estatal, o que deve reverberar para o efetivo exercício do direito de regresso, caso tal omissão decorra de negligência do agente público que deveria ter agido.

7.2.2 Prestação jurisdicional em tempo além do razoável

Diversas são as causas apontadas como determinantes da demora na prestação jurisdicional. Alves de Souza esclarece que tais razões podem resultar de má atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do próprio Poder Judiciário. No âmbito do último, a falta do serviço pode decorrer tanto por má atuação do juiz, quanto dos serviços de apoio¹⁶⁴.

Entretanto, para o cidadão lesionado em seus direitos, não importa a origem da culpa que ensejou a conduta danosa. Dessa forma, atribuível ao Executivo, Legislativo ou ao próprio Judiciário, em suas funções típicas ou atípicas, será o Estado quem responderá pelo dano, cabendo ao próprio Estado, em sendo o caso, apurar, regressivamente, a existência de dolo ou culpa de seus agentes.

O direito à duração razoável do processo foi erguido à categoria de direito fundamental expresso, incluído pela EC nº 45/2004 no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88¹⁶⁵. *Duração razoável*, como é cediço, é um conceito jurídico indeterminado, que carece de apreciação e densificação diante do caso concreto.

¹⁶³ V. seção 6.4.3.

¹⁶⁴ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 366.

¹⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

Registra-se que, mesmo antes da publicação da referida emenda, já se podia entender que tal direito decorria da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88)¹⁶⁶, e que a prestação jurisdicional dentro dos prazos legalmente fixados era garantia constitucional implícita, “não só com apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também por ser inconciliável com o sistema o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado¹⁶⁷”. Sucintamente, pode-se dizer que um processo justo necessita alcançar seu termo em tempo razoável, sob pena de não ser considerado *devido*.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica – ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 – em seu artigo 8º, 1º¹⁶⁸, previu expressamente o direito ao processo em prazo razoável, incorporando-se ao ordenamento jurídico pátrio por força do art. 5º, § 2º, da CF/88¹⁶⁹.

De toda sorte, é inegável que, ao explicitar, no rol do art. 5º, a duração razoável do processo, a EC nº 45 trouxe ao centro das atenções a problemática que envolve o tema, e robusteceu o ânimo daqueles que buscam soluções para a morosidade judicial. Igualmente, renovou os argumentos daqueles que já defendiam que, por se tratar de um direito fundamental, inerente ao devido processo legal e essencial para a efetivação do acesso à justiça, sua violação enseja responsabilidade do Estado.

Nesse sentido, já antes da edição da citada emenda, já prelecionava Vargas que, mesmo na ausência de dispositivo legal expresso a garantir tal direito, “o Estado não poderia alegar esta omissão para excluir sua responsabilidade, pois é princípio de direito secularmente consagrado que a ninguém é dado alegar em seu favor a própria torpeza¹⁷⁰”.

Tem-se conceituado o direito à duração razoável do processo como o direito de obter do órgão jurisdicional ou administrativo uma decisão legal dentro de um prazo proporcional,

¹⁶⁶ SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006. p. 25.

¹⁶⁷ DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Busca Legis**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, [1983]. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9702-9701-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012. p. 9.

¹⁶⁸ “Artigo 8 – Garantias Judiciais – 1. Toda pessoa tem direito a 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 qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (BRASIL. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2012. p. 3).

¹⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

¹⁷⁰ VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 77.

admissível e adequado à complexidade do processo¹⁷¹. Nesse sentido, constitui uma garantia à prestação jurisdicional sem *dilações indevidas*.

A indeterminação do conceito de *duração razoável* pode trazer algumas dificuldades na correta abrangência do conceito. Nesse sentido, seria inviável fixar, *a priori*, um prazo a partir do qual se consideraria um processo irrazoavelmente demorado. “São tantas as variáveis que militam contra uma padronização desse jaez [...] que nem mesmo um número infinito de regras conseguiria implementar um padrão único a ser aplicado para cada processo judicial¹⁷²”. Tal constatação, destarte, somente poderia ser feita à luz do caso concreto.

Contudo tais dificuldades não podem significar inviabilização do direito à reparação dos danos causados por sua violação, que constituem, em essência, violação ao acesso à justiça. Ruy Barbosa já estatua, em 1920, que a “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade¹⁷³”. Prossegue a Águia de Haia no seu brado contra os “juízes tardinheiros”, cuja culpa, em suas palavras, “tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente¹⁷⁴”. Nesse mesmo sentido, declarou Carlin que “a lentidão do controle jurisdicional, representando mais do que uma deserção do juiz, constitui verdadeiro fracasso de sua missão¹⁷⁵”.

Assim, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem entendendo que três devem ser os critérios a serem observados na análise da razoabilidade do tempo do processo: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional¹⁷⁶.

É sabido que a celeridade processual é um valor que se queda em tensão com o valor segurança: quanto mais rápido tramitar um processo, maior a probabilidade de serem atropeladas garantias processuais; quanto mais se garantir a segurança, maiores os incidentes e os prazos necessários para as suas instaurações. Contudo tal correlação não significa

¹⁷¹ VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social**. 2007. 271 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. p.194.

¹⁷² SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006. p. 27.

¹⁷³ BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999. p. 40.

¹⁷⁴ BARBOSA, loc. cit.

¹⁷⁵ CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 71, vol. 557, p. 15-26, mar. 1982. p. 17.

¹⁷⁶ ANNONI, Danielle. Acesso à justiça e direitos humanos: a Emenda Constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, vol. 2, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/89/67>>. Acesso em: 19 nov. 2011. p. 6.

defender que se deva tolerar um “retardamento exageradamente crônico e tormentoso da prestação jurisdicional¹⁷⁷”, uma vez que “a decisão retardada, inobstante correta e conforme a lei, pode ser inoperante¹⁷⁸”.

É certo que o processo excessivamente demorado pode acarretar danos ao usuário do serviço jurisdicional, a exemplo de dificuldades probatórias, que minam as chances de obter uma decisão favorável; problemas de saúde frente à tensão psicológica, sofrimentos e traumas que a longa expectativa traz à vida dos litigantes, a depender dos direitos que estejam em jogo, possíveis independentemente do resultado do processo; ou a inviabilização do cumprimento de uma sentença favorável – que significam, na prática, negação do acesso à justiça¹⁷⁹.

Contudo, em que pese não se possa tabelar os prazos entendidos como razoáveis para cada processo, é possível extrair, do próprio ordenamento, algumas balizas que auxiliam em tal análise. De início, deve-se lembrar que as leis processuais estabelecem prazos para a atuação judicial, prazos esses que, quando direcionados ao próprio órgão jurisdicional, sobretudo ao juiz, são considerados *impróprios*, ou seja, destituídos de preclusividade, que não acarretam consequências processuais.

Ainda que, em determinados casos, os prazos normativamente fixados sejam inviáveis ante as peculiaridades do ato a ser praticado e das circunstâncias que envolvem o processo (carência de pessoal, excesso de processos, comportamento das partes ou de seus procuradores, etc.), tais previsões, quando existentes, constituem parâmetro a ser observado. O atendimento dos prazos legalmente fixados, pois, constitui-se em um dos postulados da boa jurisdição, de modo que o seu respeito deve ser tido como regra, do que decorre que o seu excesso, ainda que possa, em tese, existir, deve ser necessariamente motivado, mediante fundamentação específica à luz da proporcionalidade, a fim de resguardar o agente público do eventual exercício do direito de regresso pelo Estado.

A mesma EC nº 45, ao modificar a redação do art. 93, II, da CF/88, incorpora esse entendimento, ao dispor, na nova alínea “e”, que “não será promovido o juiz que, *injustificadamente*, retiver autos em seu poder *além do prazo legal*, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão judicial¹⁸⁰” (grifos acrescentados).

¹⁷⁷ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 323.

¹⁷⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 196.

¹⁷⁹ SOUZA, op. cit., p. 324.

¹⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

Nesse contexto, pode-se aproximar do conceito de duração razoável do processo o tempo necessário para a prática dos atos processuais dentro dos prazos legalmente fixados, ou, quando não o forem, em prazo suficiente para sua prática.

Veja-se que, ainda nesse sentido, pode-se reler tal argumento para considerar que, ao descumprir os prazos legalmente definidos, o Estado viola o direito fundamental à boa jurisdição. Ao fixar legalmente prazos específicos para a prática de atos jurisdicionais, o Estado assume a obrigação de cumpri-los, de modo que será considerada boa a jurisdição tempestiva, acorde com os prazos que o próprio Estado se impôs. Ao descumprir essa obrigação, e disso decorrer danos, inexorável será a constituição da obrigação de indenizar, como efeito do inadimplemento da obrigação originária de prestar uma boa jurisdição, em específico, de atuar nos prazos estabelecidos.

Destaque-se que o descumprimento dos prazos expressamente fixados na legislação implica na ilicitude do atraso. Mas nem todo descumprimento de prazo gerará o dever de indenizar para o Estado: forçosa será a demonstração da ocorrência de um dano jurídico e certo para o surgimento da obrigação de indenizar, sob pena de enriquecimento ilícito do administrado¹⁸¹.

Dever-se-á ainda investigar o nexo causal para apurar se a delonga pode, em alguma medida, ser imputada ao Estado, ou seja, se o retardo pode ser tachado de causa necessária do dano. Caso a resposta seja negativa, não haverá dever de indenizar, ante a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, fortuito externo, sem relação com a atividade jurisdicional¹⁸², ou força maior. Caso a resposta seja positiva, caberá ou a matização da responsabilidade, ou sua imputação integral ao Estado, conforme, respectivamente, se identifique, na participação de terceiros ou da vítima na causação do dano, uma causa concorrente ao comportamento estatal ou uma conduta causalmente irrelevante.

Assim, desrespeitados os prazos legalmente fixados, por conduta imputável ao Estado, resta violado o direito do jurisdicionado à boa jurisdição, no caso, à atuação jurisdicional tempestiva, do que decorre a qualificação do dano que daí advenha como dano jurídico. O dever de motivação entra em cena para separar a procrastinação pura e simples do agente do Estado, da atuação justificadamente atrasada, ante as circunstâncias do caso concreto, que

¹⁸¹ V. seção 4.3, *supra*.

¹⁸² Como já abordado na seção 4.2.2, nem o fortuito interno, que integra o risco da atividade, nem o fortuito externo, quando conexo à atividade, podem ser considerados excludentes, uma vez que se subsumem no risco, que deve ser assumido por que o produziu, no termos da teoria do risco e consoante jurisprudência consolidada no âmbito do STJ.

podem envolver, exemplificativamente, a complexidade da causa ou a falta de cooperação das partes.

Só há que ser tolerado o descumprimento de tais prazos, por comportamento do agente público, caso se esteja a privilegiar outros direitos ou princípios que, no caso concreto, sobreponham-se à legalidade, a exemplo da necessidade de dar mais pronta resposta a processos que envolvam direitos mais sensíveis e relevantes, de acordo com a hierarquia axiológica consagrada na Constituição, sobretudo num contexto de acúmulo de processos. Trata-se de análise na qual se ponderará os riscos a serem assumidos, de modo que o dever de prevenção ou precaução imporá a adoção das cautelas necessárias para a preservação dos direitos envolvidos, ainda que numa situação de necessidade de retardo jurisdicional – que deverá ser uma decisão deliberada conscientemente, para se compatibilizar com o direito à boa jurisdição. Tal dever é aí relevante para resguardar o magistrado ou servidores que no processo atuam do exercício do direito de regresso, pois, caso dele se desincumba com sucesso, restará demonstrada a inexistência de culpa individual no dano causado.

Deve-se destacar que, mesmo que o retardo seja justificado, partindo-se da ponderação entre o atraso (conduta estatal que visa atender a um interesse na correta administração da justiça) e do interesse do lesado no cumprimento dos prazos legalmente ou razoavelmente fixados, não há impedimento ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado. Ainda que, em concreto, um interesse superior ao do lesado imponha o atraso da prestação jurisdicional, tal atraso será ilícito, por contrariar expressa previsão legal que impõe o prazo para atuação. Não se poderá falar, em tese, em impossibilidade de reparação, ao revés do que defende Moraes da Silva, para quem o retardo razoável e motivado do processo constitui o estrito cumprimento de dever jurídico, que erige a excludente da responsabilidade estatal¹⁸³. Justificadamente ou não, se dano injusto houve, ele terá derivado de um risco da própria atividade jurisdicional que, para ser considerada boa, deverá assumi-lo, a fim de evitar que o usuário desse serviço arque sozinho com os ônus de uma atividade essencial para a manutenção da sociedade como um todo.

É irrelevante, para fins de responsabilidade do Estado, o fato de a demora ter sua origem no mau aparelhamento do Judiciário, em deficiências estruturais, na anacronicidade da legislação processual, ou na simples negligência ou desídia do magistrado ou outro agente

¹⁸³ Veja-se que o próprio autor declara que a excludente por ele denominada “estrito cumprimento de dever jurídico” afastaria o dever de indenizar do Estado, uma vez que teria o condão de tornar lícito o comportamento do Estado” (SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006. p.33-34). Tal afirmação é paradoxal, uma vez que, conforme já demonstrado ao longo deste trabalho, em especial na seção 4.1.1, mesmo de atividades lícitas pode derivar a responsabilidade do Estado.

público. Tratando-se de responsabilidade objetiva, cabe ao próprio Estado responder pelo dano causado, sendo a culpa individual dos agentes públicos relevante somente para fins de eventual direito de regresso do Estado contra seu agente, causador do dano¹⁸⁴.

Outro parâmetro pode ser encontrado na atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), notadamente a partir da realização do 2º Encontro Nacional do Judiciário, em 16 de fevereiro de 2009¹⁸⁵. Nesse encontro, os tribunais brasileiros definiram as chamadas “metas de nivelamento para o Judiciário”, dentre as quais ganhou destaque a “meta 2”, que previu o julgamento, até o fim de 2009, de todos os processos distribuídos até 31/12/2005¹⁸⁶.

Em 2010, no 3º Encontro Nacional do Judiciário, a referida meta foi atualizada, contemplando o julgamento de todos os processos de conhecimento distribuídos até 31/12/2006, e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, os distribuídos até 31/12/2007, até o final de 2010¹⁸⁷. Essas metas foram mantidas no 4º Encontro, de 2011, consideradas como “metas pendentes”¹⁸⁸.

Já no 5º Encontro Nacional do Judiciário, foram fixadas as metas para 2012 e 2013, dentre as quais aquela referente à celeridade, a qual, no entanto, foi afrouxada. Estabeleceu-se que apenas um percentual de processos distribuídos até determinada data – variável de acordo com o ramo do Judiciário – deveria ser julgado o final dos citados anos¹⁸⁹.

Dessas metas, percebe-se que o CNJ atualmente considera, a depender do ramo do Judiciário em referência, entre dois e cinco anos como o prazo razoável para o julgamento dos processos, com o que insta o Estado-juiz ao cumprimento do dever de proporcionalidade,

¹⁸⁴ O que não fica obstado nem mesmo em relação aos magistrados, como já exposto na seção 7.1.3, *supra*.

¹⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **2º Encontro Nacional do Judiciário**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

¹⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

¹⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas prioritárias de 2010**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-prioritarias-de-2010>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

¹⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2011>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

¹⁸⁹ Eis o teor da citada meta: “Julgar, até 31/12/2012, pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2007, no STJ; 70%, em 2009, na Justiça Militar da União; 50%, em 2007, na Justiça Federal; 50%, de 2007 a 2009, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2008, na Justiça do Trabalho; 90%, de 2008 a 2009, na Justiça Eleitoral; 90%, de 2008 a 2010, na Justiça Militar dos Estados; e 90% em 2007, nas Turmas Recursais Estaduais, e no 2º Grau da Justiça Estadual” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2012**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-realizados/5-encontro-nacional-do-judiciario/metas-2012>>. Acesso em: 10 ago. 2012). Para 2013, o mesmo Encontro repetiu a meta, apenas acrescentando um ano aos indicados na meta de 2012 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2013**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013>>. Acesso em: 10 ago. 2012).

inerente ao direito fundamental à boa jurisdição¹⁹⁰. Tanto é que, em seu sítio virtual, fundamenta expressamente a adoção do sistema de metas no direito à duração razoável do processo, *in verbis*: “com a Meta 2, o Poder Judiciário começou a se alinhar com o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros que estabelece a duração razoável do processo na Justiça¹⁹¹”. Trata-se de um órgão de controle que impõe um parâmetro a ser observado pelo órgão controlado, do que resulta um efeito prático semelhante ao anteriormente abordado; mas, desta feita, os prazos são impostos não por lei específica, mas por efetivação direta da Constituição, no salutar reconhecimento de sua supremacia.

Tendo-se chegado a uma aproximação do significado da duração razoável, cumpre defender que, violando-se a referida garantia, violado resta o direito à boa jurisdição que, como visto *supra*, envolve o direito de obter uma resposta efetiva, em tempo hábil a evitar a lesão a um direito ou restaurar a lesão já praticada. Em consequência, não se desincumbindo o Estado em prestar, devidamente, o serviço público jurisdicional, incorre em evidente omissão lesiva, passível de reparação¹⁹².

Como já foram refutados os argumentos que visavam imunizar o Estado contra a responsabilidade por atos judiciais, nenhum óbice subsiste ao reconhecimento do atraso na prestação jurisdicional como comportamento ilícito – violação de um dever de agir imposto pela Constituição – nem nos casos de atrasos razoavelmente motivados, mas geradores de danos indenizáveis.

Mais uma vez, pois, demonstra-se que as situações acerca de responsabilidade do Estado pela denegação do acesso à justiça prescindem da formulação de uma teoria apartada da responsabilidade por atos jurisdicionais, já que aquela já consolidada acerca do tema para

¹⁹⁰ Observe-se que na primeira fixação da meta, o prazo foi uniforme, de quatro anos, para todos os casos. No ano seguinte, manteve-se o prazo de quatro anos para os processos em curso no primeiro e segundo grau e tribunais superiores, salvo quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, fixado em três anos. Para 2012 e 2013, os prazos foram ainda mais segmentados: cinco anos para processos no STJ, na Justiça Federal, Turmas Recursais Federais e segundo grau da Justiça Estadual; quatro anos para a Justiça do Trabalho; três anos para a Justiça Militar da União, Juizados Especiais Federais, Turmas Recursais Federais e Justiça Eleitoral; e dois anos para a Justiça Militar dos Estados. Isso demonstra que o CNJ, ao passar do tempo, procurou adaptar as metas à realidade nacional, passando a considerar as peculiaridades de cada ramo do Judiciário e, passou a admitir que nem todos os processos sejam julgado até a data fixada, em atenção aos casos em que, *razoavelmente*, se pode admitir retardos.

¹⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

¹⁹² Nesse sentido, é o entendimento de Paulo Hoffman: “Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado – autor, réu, interveniente ou terceiro interessado – independentemente de sair-se vencedor ou não na demanda, pelos prejuízos materiais e morais” (HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. Quatier Latin do Brasil: São Paulo, 2006. p. 99).

os atos administrativos, relida à luz do direito fundamental à boa jurisdição, dá, perfeitamente, conta de disciplinar as questões daí decorrentes, possuindo o mérito de estimular a consolidação do entendimento de que o Poder Judiciário é uma dentre as funções estatais, ao lado das demais, todas de grande relevância, e deferentes à supremacia da Constituição.

Como visto linhas atrás, o próprio CNJ, ao fixar os prazos globais para julgamento dos feitos, não os impõe para a totalidade dos processos judiciais, mas para um percentual deles¹⁹³. Dessa forma, há margem para, em parte das causas, ter como lícita a extrapolação dos referidos prazos – mas apenas quando não houver prazos fixados em lei. Somente nesses casos é que caberá a ponderação entre o interesse na persecução da justiça (promovido pela lentidão processual) e o interesse pela celeridade processual (vulnerado pelo mesmo atraso), a qual deverá ser tanto mais rigorosa para o Estado quanto maior for o percentual de processos a serem concluídos no prazo fixado na referida meta 2.

Assim, “cumpre ponderar, concretamente, o grau de realização deste interesse com o grau de afetação do interesse lesado, a fim de aferir se, na hipótese, houve dano ressarcível, isto é, a invasão da área de atuação concretamente legítima de cada qual dos interessados envolvidos¹⁹⁴”. Tal avaliação repercutirá na qualificação da anormalidade do dano¹⁹⁵ e, conseqüentemente, na existência ou não da obrigação de indenizar a ser imposta ao Estado.

7.2.3 Sentença penal

Uma das hipóteses de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional sobre a qual não grassa controvérsia, por se tratar de previsão legal expressa já tradicional em nosso ordenamento, é a situação do erro judiciário em matéria penal. Desde o CP de 1890, em seu art. 86, as hipóteses de erro judiciário já legitimavam a responsabilização do Estado, quando o STF, em sede de revisão extraordinária da sentença condenatória, declarasse o condenado inocente. Nesse caso, deveriam ser restabelecidos todos os direitos que o condenado houvesse

¹⁹³ Que varia entre 50% e 90% do total de processos, a depender do ramo do Judiciário em questão.

¹⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 183.

¹⁹⁵ V. seção 4.3, *supra*.

perdido pela condenação, o que incluía “o direito do rehabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação¹⁹⁶”.

O CPP de 1941, atualmente em vigor, prevê a revisão sempre em benefício do condenado, e a consequente fixação, pelo próprio tribunal revisor, de uma indenização pelos prejuízos sofridos, *ex vi* de seu art. 630 e §§ 1º e 2º¹⁹⁷.

Por erro judiciário, costuma-se compreender a situação na qual uma sentença formaliza uma decisão que não apresenta correspondência com o plano fático, consagrando juridicamente uma situação injusta¹⁹⁸. Trata-se, nesse sentido, simplesmente, de “equivoco da sentença judicial¹⁹⁹”.

“É o erro judiciário a mais conhecida das atividades judiciárias danosas, e isso por ser, acima de tudo, a mais espetacular, em função de ser a que mais gravemente lesiona e ofende os direitos individuais²⁰⁰”. É justamente em decorrência de tal constatação que a CF/88, por sua vez, consagrou, no rol expresso de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LXXV), que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”²⁰¹.

A ideia de erro judiciário tem sido associada à de *error in iudicando* e à de *error in procedendo*, que decorrem de situações em que tenha havido dolo, culpa ou erro do juiz

¹⁹⁶ “Art. 86. A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequência de revisão extraordinária da sentença condenatória.

§ 1º A reabilitação resulta imediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2º A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do rehabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação.

A Nação, ou o Estado, são responsáveis pela indenização” (BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de Outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Subsecretaria de Informações do Senado Federal: Brasília, 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 25 jun. 2012).

¹⁹⁷ “Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

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

§ 2º A indenização não será devida:

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

b) se a acusação houver sido meramente privada” (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

¹⁹⁸ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. São Paulo: LTr, 2003. p. 67.

¹⁹⁹ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 164.

²⁰⁰ SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 79, n. 652, p. 29-49, fev. 1990. p. 37.

²⁰¹ Referido dispositivo foi reproduzido, com meras variações cosméticas, no art. 18, *caput*, do já referido projeto de lei nº 412/2011, razão pela qual o mesmo nada acrescenta à vertente discussão.

quanto à sentença ou quanto ao procedimento para sua válida produção, respectivamente. As situações de culpa ou erro podem ter sido espontâneas, somente constatadas *a posteriori*, como, por exemplo, pela descoberta de novas provas ou fatos; ou induzidas pelas partes ou terceiro, a exemplo da produção de provas falsas ou ocultação de provas. No âmbito penal, estão previstas situações exemplificativas no art. 621 do CPP²⁰².

A doutrina e a jurisprudência são fartas em reconhecer a responsabilidade nesse âmbito, ainda que tendam a estabelecer uma vinculação entre o direito à indenização e a revisão da sentença penal condenatória, apoiando-se no citado art. 630. Contudo, sob o epíteto de *erro judicial*, estão abrangidas situações de sentenças passadas com ilicitude (a exemplo das que padecem por dolo ou culpa do juiz) e as perfeitamente lícitas, cujo erro somente foi descoberto mediante uma prova surgida posteriormente, que não tinha como ser obtida no momento da condenação.

O § 2º do art. 630 do Código referido exclui, a seu turno, a indenização “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 poder²⁰³” e “se a acusação houver sido meramente privada”²⁰⁴. Trata-se da manutenção de duas das três hipóteses então previstas pela lei nº 221, de 1894, cujo art. 84 disciplinava o art. 86 do CP de 1890, excluindo-se a previsão de não indenização quando o réu não houvesse esgotado todos os recursos legais²⁰⁵.

Observe-se que a alínea “a” de tal parágrafo nada mais faz do que explicitar, como regra geral, uma possível causa de rompimento do nexo causal entre qualquer conduta estatal e o dano sofrido pelo cidadão, qualificável como a culpa da própria vítima. Entretanto os dois exemplos que o seguem devem ser interpretados em termos, sobretudo no que se refere à confissão. Lembre-se que a confissão, por si só, não é bastante para fundamentar uma condenação, sendo apenas uma das provas admitidas pelo direito. Caberá ao juiz, diante do

²⁰² BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

²⁰³ Dispositivo também repetido, em essência, no referido projeto de lei nº 412/2011, em seu art. 18, parágrafo único.

²⁰⁴ BRASIL, op. cit.

²⁰⁵ “Art. 84. A indenização garantida pelo art. 86 do Código Penal não será devida pela União ou pelo Estado: 1º Si o erro ou injustiça da condenação do réu rehabilitado proceder de acto ou falta imputável ao mesmo réu, como a confissão ou a ocultação da prova em seu poder; 2º Si o réu não houver esgotado todos os recursos legais; 3º Si a acusação houver sido meramente particular.

Parágrafo unico. A União ou o Estado terá em todo o caso acção regressiva contra as autoridades e as partes interessadas na condenação; que forem convencidas de culpa ou dolo” (BRASIL. **Lei n. 221, de 30 de novembro de 1894**. Completa a Organização da Justiça Federal da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012).

conjunto probatório, proferir sua decisão, verificando se entre a confissão e as demais provas existe compatibilidade ou concordância, consoante expressa dicção do art. 197 do CPP²⁰⁶.

É certo que uma confissão de fato não praticado é conduta tipificada no art. 341 do CP, sob o *nomen juris* de autoacusação falsa²⁰⁷. Seria exótico que alguém, que se viu condenado por um processo deflagrado ou impulsionado por uma conduta criminosa sua, venha depois a pleitear uma indenização pela condenação que ela própria ensejou. Porém é apenas diante do caso concreto que se deverá identificar se a confissão foi ou não a causa necessária do dano, bem como se operou exclusivamente ou concorrentemente com outras causas (concausalidade).

É certo que, consoante advertiu Juary Silva, é extremamente raro, diante do sistema processual penal, que uma condenação seja lastreada exclusivamente numa confissão. Em suas palavras, a citada alínea “configura uma hipótese tão pouco provável que se pode dizê-la sem qualquer alcance prático, em razão de sua manifesta incompatibilidade com toda a sistemática probatória criminal, e até mesmo com o Direito Penal substantivo²⁰⁸”.

Pode ocorrer também que o dano tenha sido causado por ato que nada tenha que ver com a condenação, ocorrido no curso do processo, como medidas cautelares ou mesmo prisões processuais, o que reforça a impossibilidade de dar, aos exemplos citados no dispositivo em referência, valor absoluto.

Com relação à alínea “b” do citado art. 630, § 2º, há de observar-se, também, que, às escâncaras, não se pode interpretá-lo como impedimento total e absoluto à responsabilização do Estado por danos causados por atos jurisdicionais praticados no bojo de ações penais privadas. Tal interpretação não pode ser tida por recepcionada pela CF/88, que, ao prever a indenização estatal do erro judicial, não fez qualquer ressalva²⁰⁹. E, tratando-se de garantia fundamental, não se há que dar interpretação restritiva, ante o princípio de sua máxima efetividade. É inviável cristalizar uma interpretação que remonta ao final do século XIX, desprezando toda a evolução jurídica ocorrida nesses mais de cem anos. Embora em casos tais

²⁰⁶ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

²⁰⁷ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

²⁰⁸ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 203.

²⁰⁹ V. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 796.

seja do querelante a iniciativa do processo, cabe ao Estado, através de seus agentes, sobretudo do juiz, conduzir e julgar a causa.

É do Estado o dever de prestar uma boa jurisdição, não importando quem tenha a iniciativa no processo. Entender que o Estado não responde somente porque a ação penal é privada importaria em excluir toda a possibilidade de indenização por danos num processo cível, deflagrado por iniciativa de um particular, o que, como aqui já fartamente demonstrado, não se pode aceitar. Ademais, mesmo na ação privada, cabe ao Ministério Público aditar a queixa e intervir nos atos subsequentes do processo, *ex vi* do art. 45 do CPP²¹⁰, o que reforça a responsabilidade do Estado sobre os destinos do processo.

O que pode ocorrer é que onexo causal entre a conduta judicial e o dano causado seja excluído em virtude da culpa de terceiro, no caso, o querelante²¹¹. É possível que ele haja omitido ou fraudado provas, por exemplo, caso em que não terá sido do Estado a conduta a ser qualificada como causa necessária do dano. Assim, a interpretação a ser dada ao art. 630, § 2º, “b”, do CPP é que a indenização não será devida quando a acusação houver sido meramente privada, e essa for a causa necessária do dano – por exemplo, quando for fruto de denúncia caluniosa, tipificada no art. 339 do CP²¹² – cabendo ainda, se for o caso, aqui também a análise da concausalidade, a proporcionalizar a responsabilidade do Estado.

De ver-se, pois, que o § 2º do art. 630 supracitado nada mais faz do que trazer um catálogo meramente exemplificativo de situações em que pode ter lugar a exclusão do nexocausal. Portanto, tais dispositivos não são aptos a excluir em absoluto a responsabilização do Estado, nem excluem outras hipóteses de rompimento da causalidade.

Por fim, é possível defender-se que também se incluiria no conceito de erro judiciário uma absolvição indevida, caso em que toda a sociedade seria prejudicada. Seria, é verdade, mais um caso de violação do direito fundamental à boa jurisdição, a qual, em tese, ensejaria a responsabilidade. Contudo, considerando a “presunção de verdade” que emana da sentença absolutória transitada em julgado – presunção essa absoluta, pois o ordenamento jurídico pátrio não prevê revisão criminal *pro societate* – o dano para ser indenizável deve ser,

²¹⁰ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

²¹¹ V. SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 196.

²¹² “Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. (BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

inclusive, específico e anormal. Mas, no caso posto, toda a sociedade, indeterminadamente, sofreria o dano, caso em que os ônus já estarão, *ab initio*, repartidos. Não haverá, destarte, *pelo menos em princípio*, ninguém em particular que arque com dano maior que os demais, para justificar qualquer reparação com base na teoria do risco.

Destaque-se que a não indenizabilidade, aqui, não deriva de uma imunidade em tese, mas dos próprios limites da teoria geral da responsabilidade. A situação não passaria pelo filtro do dano indenizável, retida que ficaria na malha da especialidade do dano.

O risco de uma absolvição indevida é inerente à jurisdição, da mesma forma que o é o da condenação indevida. Mas esse risco já é partilhado pela sociedade como um todo, onde cada um assume a sua cota-parte. Na condenação indevida, ao revés, todo o risco é imposto apenas ao condenado, pelo que resta justificada sua indenização.

Tal ideiação não impede, contudo, que alguém seja especificamente prejudicado por consequência de uma absolvição indevida, sofrendo prejuízo particularizado, de modo que lhe faça surgir uma pretensão à reparação. Por exemplo, pode ocorrer que o réu inocentado logre vingar-se de testemunhas que depuseram em seu desfavor²¹³, ou que venha a cometer novamente delitos pelos quais havia sido inocentado. Nesses casos, a absolvição indevida poderá ser identificada como causa necessária da produção dos posteriores danos, uma vez que o erro da sentença terá possibilitado que o mesmo não fosse segregado do convívio social e, portanto, restasse livre para cometer tais delitos. O cerne da questão, pois, repousará na análise da causalidade²¹⁴ – o que comprova que a possibilidade de indenização por danos causados permanece latente, mesmo nos casos de absolvição, desde que viole o direito fundamental à boa jurisdição.

Veja-se que, para que seja estabelecido o nexos causal na hipótese, os danos posteriormente causados devem ter ligação direta com os fatos pelos quais o mesmo foi inocentado, a fim de reconhecer o pertinente nexos causal. A absolvição de um indivíduo quanto à acusação de peculato, por exemplo, que vem a cometer, posteriormente, crime de homicídio culposo de trânsito, não enseja a responsabilidade do Estado, por completa ausência de nexos causal, considerando-se a prevalente teoria da necessariedade da causa. A absolvição anterior não teria nenhuma relevância para o caso, pois o dano causado não teria sido consequência “direta e imediata” da absolvição: a causa seria atribuída ao comportamento do próprio terceiro, e a nenhum outro fato.

²¹³ O exemplo é trazido por DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 166.

²¹⁴ V. seção 4.2 e subseções, *supra*.

7.2.4 Prisões cautelares e prisão além do tempo previsto

Ainda no âmbito penal, é sabido que diversas são as previsões legais de prisão processual (ou provisória), dentre as quais se encontram a prisão em flagrante²¹⁵, a prisão preventiva²¹⁶ e a prisão temporária²¹⁷. Tratam-se de medidas cautelares, a serem determinadas pelo juiz antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tendo cada modalidade pressupostos específicos para sua decretação e requisitos determinados para sua manutenção.

Dessa forma, em casos de decretação da prisão fora dos parâmetros legais, a responsabilidade do Estado resta incontestada, tenha ela sido determinada por agente administrativo (caso de prisão em flagrante) ou judicial do Estado. Ainda que a prisão ilegal seja brevemente relaxada, será este um evidente caso de mau funcionamento do serviço, restando violado o direito à boa administração ou jurisdição, conforme o caso.

Contudo mais controvérsia existe quanto à reparação do dano nos casos em que alguém se vê envolvido em processo criminal, é preso cautelarmente, mas, ao fim, livra-se inocentado. Evidentemente, tal situação causa enorme dano ao réu, não apenas moral, decorrente do constrangimento sofrido em sua honra e liberdade, mas também danos materiais, tendo em vista que seu afastamento do convívio social, e conseqüentemente, do mercado, possivelmente prejudicará as atividades com as quais até então ganhava seu sustento.

A viabilidade da responsabilização do Estado fundamenta-se, mais uma vez, na teoria do risco. “A absolvição final atesta que, no fundo, o cerceamento da liberdade individual fora uma injustiça, a exigir reparação, apesar de existir a possibilidade de tal decisão ter fundamento legal²¹⁸”. A prisão cautelar existe e é decretada em prol da sociedade, “no interesse do descobrimento da verdade, bem como para salvaguardar a segurança da sociedade (diante de indivíduo de alta periculosidade)²¹⁹”. Veja-se, por exemplo, que os pressupostos para a válida decretação da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP (e

²¹⁵ V. arts. 301 a 310 do CPP (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

²¹⁶ V. arts. 311 a 316 do CPP (Ibid.).

²¹⁷ V. lei nº 7.960/1989 (BRASIL. **Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

²¹⁸ SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 372.

²¹⁹ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 178.

exigidos para a manutenção da prisão em flagrante, *ex vi* do art. 310 do mesmo código), são a “ordem pública”, a “ordem econômica”, a “conveniência da instrução criminal” ou a “segurança para aplicação da lei penal”²²⁰, fatores esses de interesse de toda a coletividade. Também o é a finalidade da prisão temporária, que visa possibilitar as investigações, por ocasião do inquérito policial, de crimes tidos por graves.

Interessante notar a concepção de Ribeiro, para quem a possibilidade de prisão antes de sentença condenatória, por não ter sido abolida do ordenamento jurídico, estaria inserida em “um espaço de risco, permitido no atuar do Estado, posto que não faz parte, nem mesmo, do papel do Poder Público a eliminação total de todos os riscos ínsitos à vida social”²²¹. Mas o papel da teoria do risco é justamente esse: assegurar ao lesado uma reparação pelos danos causados pelo exercício de atividades geradoras de risco, já que toda a sociedade dele se beneficia. A realização de obras públicas, ainda que estritamente dentro dos limites da legalidade, enseja grande risco para terceiros, é um risco “ínsito à vida social”, “permitido no atuar do Estado”, e nem por isso se ouvem vozes defendendo que não deve o Estado reparar os danos por elas causados.

Da mesma forma, não se vê razão na doutrina de Chaves, para quem a responsabilização do Estado no caso é inviabilizada porque “a prisão não passa de exercício regular de direito do Estado”²²². Tampouco na de Stoco, que aduz que “se as medidas de caráter cautelar são previstas e permitidas não podem se transmudar em ato ilícito apenas porque houve a absolvição posterior”²²³. Como exhaustivamente já exposto ao longo deste trabalho, nenhum óbice existe à responsabilização do Estado por atos lícitos. Basta que o dano sofrido seja, além de jurídico e certo, específico (e o será, no caso, pois o cidadão sofrerá, individualmente, danos em sua liberdade), e anormal, identificado a partir da ponderação entre o interesse ferido (liberdade do cidadão) e o interesse que se pretendeu proteger com a conduta (ordem pública, conveniência da instrução criminal, etc.). No caso, considerando-se a liberdade como um dos mais caros direitos fundamentais, a tendência é que ela seja privilegiada – não se pode defender que ser preso sem ter efetivamente cometido crime algum

²²⁰ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

²²¹ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. São Paulo: LTr, 2003. p. 76-77.

²²² CHAVES, Rogério Marinho Leite. A Responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, nº 127, jul./set., p. 267-274, 1995. p. 273.

²²³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 820.

é um risco natural decorrente da vida em sociedade – o que justifica a anormalidade do dano e a responsabilização do Estado.

Não se pode, tampouco, concordar com Aguiar Dias, quando entende que somente será possível reconhecer indenização ao prejudicado nos casos em que a prisão processual “se mostre de todo desautorizada²²⁴”, nem com Di Pietro, para quem, no mesmo sentido, “o direito à indenização só pode ser reconhecido em casos de erros graves, manifestos, dolosos ou culposos, por parte do magistrado²²⁵”. O regular funcionamento do serviço judiciário beneficia toda a sociedade, de modo que alguém que sofre um dano particularizado, nitidamente anormal, pelo tão só fato do funcionamento desse serviço, merece ser indenizado. Não seria razoável ver-se o cidadão privado de sua liberdade, ameaçado em sua honra, quando, afinal, se conclui que o mesmo não é responsável pelo crime pelo qual era processado. Trata-se de um “pesado e especial constrangimento que lhe trouxe danos, que por imperativo de justiça e equidade, devem ser reparados²²⁶”.

E tal ideiação se aplica mesmo que a decretação da prisão tenha sido absolutamente lícita, ou seja, tenha respeitado integralmente os pressupostos para sua aplicação. Sendo o acusado ao final absolvido, “a intercorrência de qualquer forma de privação de sua liberdade caracteriza, objetivamente, prisão indevida e, sob a perspectiva do dano injusto, seria suficiente para assegurar ao sentenciado o direito de ser indenizado pelo Estado²²⁷”. A teoria da repartição dos encargos sociais tem aí plena aplicação.

O direito fundamental à boa jurisdição também ilumina a questão, sobretudo em referência aos deveres decorrentes da precaução e prevenção. Na persecução penal, o magistrado vê-se, diuturnamente, em face de dilemas: indivíduos acusados podem ser extremamente perigosos para a sociedade, de modo a merecer a segregação desde logo, ou, por outro lado, inocentes que, por alguma fatalidade, foram enredados num processo cujos fatos que o embasam não têm com ele qualquer relação. A decisão jurisdicional que decreta ou não uma prisão processual é fundamentada em raciocínios probabilísticos, baseando-se em elementos constantes dos autos, facilmente manipuláveis pelas partes interessadas.

Assim, caberá ao magistrado, para cumprir com os deveres inerentes à boa jurisdição, ponderar entre o risco, para sociedade, do deixar o réu solto, e o risco, para o réu, do prendê-

²²⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. 2. 5ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 280.

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 92.

²²⁶ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 154-155.

²²⁷ CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3ª ed. rev. atual. ampl. 3ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 480.

lo, a fim de, motivadamente, decidir, à luz da proporcionalidade, qual o risco deverá o Estado assumir, de modo que tome todas as medidas para evitá-lo. O caso poderá ser informado pelos deveres da prevenção ou precaução – como já dito, a diferença entre eles não é senão de grau: quanto mais certeza tiver o juiz da decisão a ser tomada, mais sua conduta deve ser inspirada pela prevenção –, que significará prevenir o dano causado à parte oposta (a sociedade ou o réu, a depender da ponderação feita). A atividade jurisdicional, em especial na esfera penal, é inerentemente preta de riscos, de modo que é equivocada qualquer teoria que vise imunizar o Estado por se tratar de “riscos permitidos”. Isso porque, aceitáveis ou não, como visto, devem ser assumidos por quem os produziu.

Assim, caso o risco da decisão tomada se efetive, por não ter o Estado se desincumbido a contento da evitação do dano, prevenindo-o ou dele se precavendo, a obrigação de prestar uma boa jurisdição converter-se-á na obrigação de reparar os danos causados. Destaque-se que a apuração da eventual culpa do agente prolator da decisão deverá ser realizada a partir da motivação lançada nos autos, em razão de seu caráter prospectivo-probabilístico. Caso o risco contra o qual se precaveu se tenha efetivado, apesar de toda a cautela materializada no sopesamento racional e fundamentado das circunstâncias, não haverá que se falar em direito de regresso. Do contrário, caso se trate de decisão açodada, infundada ou irracional, possível será identificar, no mínimo, a negligência de quem a prolatou, o que legitimaria o exercício do direito de regresso pelo Estado.

Ora, se é admitida expressamente uma reparação nos casos de uma condenação por erro, na qual o acusado teve todas as oportunidades inerentes à ampla defesa para influir na decisão, com mais razão merece a reparação nos casos de prisão cautelar em processo que concluiu pela sua inocência, para cuja decretação bastam algumas suspeitas fundadas de autoria e onde o réu, muitas vezes, sequer ainda teve oportunidade de defender-se. Do contrário, após uma prisão preventiva, seria melhor ser de logo condenado à prisão, para, imediatamente, postular revisão e indenização²²⁸.

Nesse sentido, embora a noção tradicional de erro judiciário restrinja-se à condenação equivocada, por sentença passada em julgado, é possível dar ao conceito uma definição mais ampla, abrangendo também as prisões processuais²²⁹, uma vez que “a Carta Magna estabelece

²²⁸ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996. p. 156.

²²⁹ Lamentavelmente, o STF ainda é refratário a essa ideiação, como se pode ilustrar pelos seguintes arestos: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração

princípios e não casuísmos²³⁰”. É o próprio Aguiar Dias que estatui que “se há erro judiciário em virtude da sentença condenatória, haverá também em consequência da prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem, por igual, de uma e de outros. Onde existe a mesma razão, deve valer a mesma disposição²³¹”. Assim, o mesmo art. 5º, LXXV, que traz fundamento específico para a pretensão de reparação do dano em face do Estado por sentença equivocada, pode ser usado para lastrear aquela que deriva de prisão processual injusta.

Não há que se distinguir, nessa toada, os diversos fundamentos pelos quais a absolvição pode-se sustentar. Nem mesmo a absolvição por falta de provas teria relevância para alterar a conclusão aqui exposta, pelo que, com a devida vênia, aqui se dissente da lição de Aguiar Júnior, para quem “a falta de provas de qualquer dos pressupostos da condenação criminal inibe a formulação do juízo condenatório, mas não tem reflexos na jurisdição civil, nem pode fazer surgir para o réu uma pretensão à indenização fundada em ofensa a direito sobre o qual se tem dúvida²³²”. Veja-se que, ainda que beneficiado pela dúvida, o que importa é que o réu foi absolvido, e a sua presunção de inocência, confirmada. Nenhuma distinção há quanto aos efeitos da sentença absolutória a partir de seus fundamentos, tanto que sequer a ação poderá ser reproposta, caso surjam novas provas, uma vez que é vedada a revisão criminal *pro societate*²³³.

recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes. 3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal. 4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem. 5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes. 6. Agravo regimental improvido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no Recurso extraordinário n. 553.637-8 São Paulo**, da Segunda Turma. Embargantes: Aparecido Geraldo Bertochi e Outros. Embargado: Estado de São Paulo. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 4 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603133>>. Acesso em: 07 maio 2012. p. 1); EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário - C.F., art. 5º, LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no Recurso extraordinário n. 429.518-1 Santa Catarina**, da Segunda Turma. Agravante: Eduardo Francisco dos Santos. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 5 out. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370988>>. Acesso em: 01 maio 2012. p. 1).

²³⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 800.

²³¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Vol. 2. 5ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 275. Dergint também adere ao entendimento ampliativo (DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 164).

²³² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 96.

²³³ No mesmo sentido, DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 181; SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade**

Não deve causar dilema ético o fato de que, em casos tais, poder-se-á estar indenizando alguém que, na verdade, é culpado, mas cuja culpa não logrou ser provada. Isto porque, provada a inocência ou não provada a culpa, em qualquer dos casos, o réu será, para todos os efeitos de direito, e por força de garantia fundamental, inocente. O receio de beneficiar indevidamente alguns não pode servir de pretexto para vulnerar o direito daqueles que efetivamente o merecem.

Entretanto, caso, após a absolvição, logre-se provar que o inocentado era, de fato culpado, resta evidenciado que a jurisdição prestada não foi boa. Mas a constatação da culpabilidade do réu pode ser utilizada para excluir a qualificação do dano por ele sofrido como indenizável, isso porque, ainda que a sentença absolutória permaneça intangível, seus efeitos, como já demonstrado *supra*²³⁴, não são imodificáveis. A sentença penal absolutória não disciplina a questão da legalidade ou não da prisão processual para fins de responsabilidade civil do Estado, de modo que o dano aí não poderá ser qualificado como jurídico: não teria havido direito a não ser preso, no caso, antes da sentença, já que tinha, de fato, cometido o ilícito penal. Se tal fato não foi conhecido a tempo de evitar a absolvição indevida, nada obsta que o seja a tempo de evitar uma indenização indevida.

Identicamente, merece reparação o dano causado pela prisão processual, caso, ao final, o cidadão seja condenado a pena distinta da privativa de liberdade. Não teria lógica que, após a condenação, firmada a sua culpa, não fosse a punição devida o recolhimento à prisão, mas, durante o processo, quando ainda se presumia a sua inocência, fosse o caso de mantê-lo preso. O próprio CPP é expresso ao afirmar que as medidas cautelares não se aplicam “à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade²³⁵”. Assim, não se justificaria a decretação da prisão quando a pena cominada, em concreto, não é a privação da liberdade, pois restará demonstrado que o réu nunca mereceu, por aquele fato, a prisão.

Outro caso que enseja o direito à indenização ocorre quando o réu é condenado à pena privativa de liberdade por tempo inferior ao que cumpriu de prisão processual. A própria legislação processual prevê que o tempo de prisão cautelar deve ser deduzido da pena a ser

civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006. p. 372.

²³⁴ V. seção 7.1.6.1.

²³⁵ V. art. 283, § 1º (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

executada²³⁶. Não há razoabilidade em manter o réu preso, enquanto ainda não elidida a presunção de inocência do acusado, por prazo superior ao da sua própria condenação. Assim, o réu fica preso por tempo superior ao devido, sendo o dano cristalizado na privação da liberdade excessiva.

A CF/88, em seu art. 5º, LXXV, *in fine*, alberga a pretensão indenizatória, garantindo-a a quem ficar “preso além do tempo fixado na sentença²³⁷”. Em nenhum momento, a Constituição limita o direito a quem ficar preso além do tempo *após a sentença*, de modo que, pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, a indenização se impõe nos casos de condenação a pena diversa da privativa de liberdade ou a pena privativa de liberdade por prazo inferior à cumprida com prisão processual. Nessa toada, demonstrado restará que a jurisdição prestada não foi boa, pois a medida de prevenção ou precaução tomada para evitar os riscos à sociedade foi mais intensa do que o necessário, com o que se revela a violação ao dever de proporcionalidade – o que traz, como consectário, o dever de reparar o dano. E, identicamente ao que foi exposto linhas atrás, é o atendimento ao dever de motivação que permitirá aferir a eventual culpa do agente público, a fim de se apurar a viabilidade do direito de regresso do Estado.

Em casos tais, por se tratar de violações menos graves que as anteriormente referidas, a questão seria matizada na dosimetria da condenação pelo dano moral.

Acresça-se que a inércia do condenado em utilizar-se de medidas processuais para reaver sua liberdade, em caso de excesso no cumprimento da prisão, não pode ser erigida em causa do dano, de modo que não exclui a responsabilidade do Estado. Quando preso, o cidadão resta impotente, na medida em que fica submetido a uma ordem restritiva de sua liberdade. Destarte, cabe ao magistrado o dever jurídico de zelar pelo correto cumprimento da pena (tarefa que, aliás, incumbe também a outros órgãos públicos, como Ministério Público, Conselho Penitenciário e a Defensoria Pública²³⁸).

Por fim, há que se afirmar que o passado do réu não pode ser levado em consideração para a definição de seu direito à reparação, embora possa ser um critério para a dosimetria da indenização pelo dano moral. Todos são titulares do direito fundamental à boa jurisdição,

²³⁶ V. art. 672, I, do CPP (BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012).

²³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

²³⁸ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. São Paulo: LTr, 2003. p. 64.

ainda que não seja o réu, nas palavras de Duez, um “*modèle de probité et de vertu*”²³⁹, e possua extensa ficha criminal. Caso seja ele, em algum momento, indevidamente preso, terá direito à indenização, ainda que em montante inferior ao que seria devido a alguém que possui antecedentes impecáveis: num juízo de proporcionalidade, e em acatamento ao princípio da isonomia, o dano moral que sofreria seria menor do que o daquele que possui reputação ilibada. Ademais, os danos materiais podem ser também sofridos, pois, por exemplo, ainda que reincidente, ele poderia, naquele momento, estar no mercado, e a prisão indevida o impediria de continuar a atividade com a qual auferia renda – da mesma forma que ocorreria com alguém sem qualquer antecedente desabonador.

Destaque-se que não se está aqui a tratar de uma indenização tão somente pelo fato de ter de responder a um processo. A isso todos estão sujeitos, não se podendo, assim, falar-se em dano anormal. “O Estado de Direito tem seu preço, e este é um preço que deve ser suportado por todos. O desconforto e o constrangimento normais não reclamam indenização”²⁴⁰. O mero *strepitus processus* não enseja indenização, uma vez que é princípio fundamental que ninguém é considerado culpado, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, se um cidadão responde a um processo penal, no bojo do qual não chegou a ser decretada sua prisão, e tendo sido respeitados todos os parâmetros legais e constitucionalmente previstos – sendo integralmente respeitado, pois o direito fundamental à boa jurisdição – não haveria conduta causadora de dano indenizável. Somente se falaria aí em indenização, havendo dano, caso o próprio serviço tenha funcionado mal, por exemplo, nos casos de extrapolação do tempo razoável ou de deflagração de processo que tenha tido por propósito somente a perseguição injusta do acusado, por parte de um agente público.

7.2.5 Sentença Cível

A indenização por erro judiciário na esfera cível se lastreia nas mesmas razões que aquela derivada de erro judiciário na seara penal. Contudo, como acima dito, considerando que doutrina e jurisprudência costumam tratar os casos separadamente, é válida uma análise à

²³⁹ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 256.

²⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=78312>>. Acesso em 12 jul. 2012. p. 5.

parte para o erro nesse âmbito. É certo que no processo penal estão em jogo valores axiologicamente superiores, como honra, liberdade e vida dos cidadãos, em comparação com o patrimônio²⁴¹, o que talvez explique a maior admissão da responsabilidade do Estado naquela esfera, positivada, inclusive, desde o final do século retrasado. Fala-se ainda que tal aceitação mais restrita se dá porque, no processo civil, a intervenção do Estado é mais discreta, sendo que não é a sociedade que tem a iniciativa do processo, como no âmbito penal²⁴².

Talvez por isso, em que pese a clareza do próprio art. 5º, LXXV, da CF/88, no sentido da indenizabilidade do dano causado por erro judiciário²⁴³, parte da doutrina tem insistido no sentido de que tal dispositivo apenas alberga o erro judiciário penal, excluindo, pois, o cometido na esfera cível. Fundamenta-se tal corrente numa interpretação histórica, alegando que o referido dispositivo constitucional é fruto da evolução do art. 630 do CPP.

Essa interpretação não pode mais prevalecer. Considerando os hodiernos ventos do neoconstitucionalismo, deve-se lembrar que aos direitos fundamentais deve ser dada máxima efetividade, não cabendo restringi-los onde o constituinte assim não dispôs expressamente. A interpretação acima vista padeceria ainda do grave equívoco de interpretar a Constituição à luz da lei ordinária, e não o inverso, como deve ser em nome da supremacia constitucional e da centralidade dos direitos fundamentais. Assim, o erro judiciário deve ser considerado como “locução [...] abrangente de todas as *falhas de percepção, atinentes à legislação em vigor*, cometidas pelo juiz nos autos de processo ou procedimento judicial: qualquer *ação* ou *omissão*, enfim, afrontosa de lei ou *extra legem*”²⁴⁴.

Nesse sentido, não importa o âmbito do erro judiciário, o Estado deve indenizar aquele que o sofreu, até porque se todo o poder estatal é uno, a própria jurisdição, como uma de suas expressões, também o é – sendo a distinção em cível e penal apenas uma repartição de competências, como frações ideais do mesmo poder. Não faria sentido, nem lógico nem jurídico, a distinção no tratamento da responsabilidade dentro da própria função jurisdicional. “Se a jurisdição é una, a responsabilidade dela emergente deveria conformar-se a um princípio também homogêneo, notadamente ante a ausência de fundamentos em que se

²⁴¹ DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 256.

²⁴² ARDANT, Philippe. **La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. p. 225.

²⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

²⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 221.

pudesse estribar a diversidade²⁴⁵”. Até porque, no âmbito do direito fundamental à boa jurisdição, não importa se esta é cível ou penal, ambas devem-lhe acatamento. Nos dois casos, o juiz age em nome do Estado, no exercício de atividade ensejadora de risco, cujo proveito é auferido por toda a coletividade, no sentido da pacificação social e da segurança jurídica.

Não merecem acolhida, pois, os argumentos de Di Pietro, para quem a atividade jurisdicional não beneficia toda a coletividade, mas apenas as partes envolvidas²⁴⁶. Toda a atuação do Estado é informada pelo interesse coletivo, público, o que justifica sua própria existência. Inclusive, é elemento do conceito de serviço público que o mesmo visa atender a necessidades coletivas. Aliás, a prática de qualquer ato estatal para o atendimento de interesses meramente privados constituiria vício de desvio de finalidade, consoante lição basilar de Direito Administrativo.

A função jurisdicional, nesse sentido, visa justamente à estabilidade social, à garantia da efetivação dos direitos, enfim, à consecução da justiça, que, inegavelmente, constitui-se numa magna necessidade coletiva. Isso fica ainda mais evidente quando se fala em jurisdição constitucional, penal, eleitoral e nas ações coletivas – sobretudo nas referentes a direitos difusos – mas revela-se em qualquer ato jurisdicional, inclusive no âmbito cível. A jurisdição, nesse sentido, é acessível a qualquer pessoa, que, aliás, é obrigada a ela recorrer, em face do monopólio estatal da justiça.

Se tal atividade é afeita ao interesse coletivo e, em seu bojo, é causado um dano que reúna os adjetivos necessários para ser considerado indenizável²⁴⁷, ainda que decorrente de ato lícito, deve o Estado ser chamado a repará-lo. Eis a essência da teoria da repartição dos encargos sociais, aqui já enunciada²⁴⁸.

Assim, nenhum reparo deve-se fazer na teoria do risco, no particular, independentemente de a sentença ensejadora de danos ter sido passada no juízo criminal ou cível, pois ela é suficiente para, em sua inteireza, inspirar o direito à reparação dos danos em ambos os casos. O fato de ser a jurisdição cível deflagrada por iniciativa de um particular não infirma esse entendimento, em virtude das mesmas razões já expostas a propósito da análise da responsabilidade civil do Estado por danos causados em sentença proferida em virtude

²⁴⁵ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 190.

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 94.

²⁴⁷ V. seção 4.3, *supra*.

²⁴⁸ V. seção 3.3.2.

ação penal privada²⁴⁹. O dever de prestar uma boa jurisdição é inerente ao Estado, pouco importando que a iniciativa do processo seja do cidadão.

O art. 5º, LXXV é, na verdade, um reforço, inscrito expressamente no *locus* reservado aos direitos e garantias fundamentais, do quanto disposto no art. 37, § 6º, que dispõe genericamente sobre a responsabilidade do Estado. Não se chega aqui a concordar com Dergint, para quem, “pode-se considerar despiciendo tanto este art. 5º, inc. LXXV, da Carta de 1988 quanto o art. 630 do Código de Processo Penal, tendo em vista a regra constitucional do art. 37, § 6º, que expressa de forma abrangente a responsabilidade estatal²⁵⁰”. Embora tal assertiva seja absolutamente correta em estritos termos lógico-jurídicos, a resistência, mais ideológica que jurídica, que historicamente vem refutando a responsabilidade do Estado por atos judiciais, justifica a inclusão expressa de tal tipo de responsabilidade do Estado no bloco constitucional expressamente reservado aos direitos e garantias fundamentais.

De qualquer forma, em nenhum momento pode-se autorizar a interpretação do citado inciso LXXV no sentido de que tenha vindo para limitar ou reduzir o alcance do referido § 6º do art. 37²⁵¹. A regra específica acerca da responsabilidade decorrente do erro judiciário “há de ser considerada como um ‘plus’ em relação às Constituições anteriores e não como um ‘minus’ que viria a restringir o alcance da regra pertinente à responsabilidade civil do Estado²⁵²”. Não teria sentido que o constituinte limitasse, com uma garantia no art. 5º, um direito previsto fora dele²⁵³, quando esse artigo é o painel compreensivo dos direitos

²⁴⁹ V. seção 7.2.3, *supra*.

²⁵⁰ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 177. No mesmo sentido, LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 5-46, jan./mar. 2003. p. 24.

²⁵¹ O próprio STF já teve oportunidade de se manifestar nesse sentido: “EMENTA: Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 505.393-8 Pernambuco**, da Primeira Turma. Recorrente: União. Recorrido: Waldecy Fernandes Pinto. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489932>>. Acesso em: 07 maio 2012).

²⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 91.

²⁵³ Como, de forma aqui entendida como equivocada, defenderam, exemplificativamente, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse**

fundamentais, ampliativos de garantias para o indivíduo. As restrições que nele se encontram são, no máximo, limites aos próprios direitos lá mesmo reconhecidos, de modo que interpretação contrária seria manifestamente contraditória com a própria função protetiva dos cidadãos, inerente aos direitos fundamentais.

7.2.6 Medidas antecipatórias de tutela e cautelares

Da mesma forma que a decretação das prisões cautelares, as medidas antecipatórias da tutela jurisdicional e as medidas cautelares são aptas a gerar dano indenizável, passadas que sejam lícita ou ilícitamente. Caso essa decisão, ao final, não seja confirmada, evidenciar-se-á que ocorrera um erro judicial, o qual pode ter sido a causa de danos gerados ao usuário do serviço jurisdicional, réu naquele processo.

Grande problema reside no fato de o CPC trazer disposições que pretendem atribuir ao autor da ação judicial, e não ao Estado, a responsabilidade por esses danos. Nesse sentido, o art. 273, § 3º, determina que a efetivação da tutela antecipada observará, “no que couber e conforme sua natureza²⁵⁴”, o art. 588 do mesmo Código, o qual, após a reforma de 2005, foi deslocado para o art. 475-O²⁵⁵. Tal artigo disciplina a execução provisória de sentença, a qual, nos termos do seu inciso I, “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido²⁵⁶”.

Deve-se frisar o entendimento segundo o qual a antecipação de tutela e a tutela cautelar são, na verdade, espécies do gênero tutela de urgência. Como afirmado por Lamy, “aquelas a que se acostumou chamar de tutelas cautelar e antecipatória constituem, na verdade, apenas medidas para a prestação da tutela urgente²⁵⁷”.

Por isso, fala-se em um “microsistema” de tutelas de urgência, formado, além dos citados arts. 273 e 475-O, pelo art. 811 do CPC – que prevê a responsabilidade do requerente pelos prejuízos causados ao requerido com a execução da medida cautelar. Os referidos

Público, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 93; MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Privado**, ano 9, n. 35, p. 229-245, jul. 2008. p. 241-242.

²⁵⁴ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: conseqüências para o escopo de sistematização. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, vol. 118, p. 289-302, nov./dez. 2004. p. 291.

dispositivos, como se pode perceber, atribuem ao autor da causa, requerente da antecipação de tutela, os riscos da atividade jurisdicional.

Medina, abordando a execução provisória de sentença, defendeu que, decorrendo somente de pedido da parte, a ela caberia optar entre requerê-la ou aguardar o seu trânsito em julgado, o que justificaria a atribuição da responsabilidade objetiva pelos danos causados ao réu pelo credor. “Quem requer execução provisória de uma sentença escolhe uma via excepcional para fazer valer, mais rapidamente, a prestação jurisdicional de que é beneficiário. Em consequência, há de suportar os riscos dessa escolha²⁵⁸”.

Tal entendimento, apesar de sufragado pela jurisprudência do STJ²⁵⁹, não é pacífico na doutrina. Grassa controvérsia acerca da possibilidade jurídica da aplicação do regime de responsabilidade civil objetiva ao autor da ação judicial que requereu antecipação da tutela ou medida cautelar, em virtude de sua não confirmação, sendo Baptista da Silva um de seus mais fervorosos detratores.

Em sua lição, a atribuição de tal responsabilidade ao autor consagra uma situação singular, pois, além do dever de arcar com as verbas da sucumbência, obriga-o a assumir todos os prejuízos causados ao réu, com fundamento no reconhecimento judicial de que sua pretensão fora destituída de suporte jurídico. Assim, tendo o réu sido lesado sem razão,

²⁵⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Execução provisória em mandado de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 14, vol. 54, p. 34-41, abr./jun. 1989. p. 36.

²⁵⁹ Como demonstra o seguinte aresto: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL LOCALIZADO EM SHOPPING CENTER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELOS DANOS CAUSADOS PELA EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. ARTS. 273, § 3º, ART. 475-O, INCISOS I E II, E ART. 811, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INDAGAÇÃO ACERCA DA MÁ-FÉ DO AUTOR OU DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE QUE INDEPENDE DE PEDIDO, AÇÃO AUTÔNOMA OU RECONVENÇÃO. [...] 2.1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de **responsabilidade objetiva**, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência. 2.2. A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência *ex lege* da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC. Precedentes. 2.3. A complexidade da causa, que certamente exigia ampla dilação probatória, não exime a responsabilidade do autor pelo dano processual. Ao contrário, neste caso a antecipação de tutela se evidenciava como providência ainda mais arriscada, circunstância que aconselhava conduta de redobrada cautela por parte do autor, com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido deduzido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.191.262 - DF**, da Quarta Turma. Recorrentes: Mozariém Gomes do Nascimento e Condomínio do Conjunto Nacional. Recorridos: Os mesmos. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1177335&sReg=201000779356&sData=20121016&formato=PDF>. Acesso em: 19 out. 2012. p. 1-2).

caberia ao autor o dever de indenizar. Contudo, na situação inversa, quando a antecipação da tutela é negada, mas, ao final, a sentença é de procedência, será o autor quem terá sofrido diversos danos. Mas, mesmo reconhecido que a resistência à pretensão fora indevida, não há atribuição, ao réu, de qualquer dever de indenizar, limitando-se a condenação às verbas de sucumbência²⁶⁰.

A contradição é manifesta: “O autor que se apressa a tornar efetivo o direito, que já merecera provisória aprovação judicial, deverá ressarcir os danos causados ao réu, quando resulte sucumbente. O réu, porém, que resistira sem qualquer direito, ficará isento de responsabilidade pelos danos²⁶¹”. Fica evidente que tal interpretação consagra uma odiosa violação à isonomia, incompatível com a Constituição.

Essa sorte de argumentação apresenta-se como reforço à tese que vem sendo construída ao longo deste trabalho. A decisão que antecipa a tutela é um ato jurisdicional, praticado por agente público, de modo que os danos dele decorrentes devem ser assumidos pelo Estado, e não pelo autor da ação – na verdade, o usuário do serviço público judicial. Os fundamentos são análogos aos já destilados quando se abordou a questão da responsabilidade civil do Estado por danos causados por sentenças oriundas de ações penais privadas²⁶².

Não se pode interpretar o art. 273, § 3º, combinado com os arts. 475-O e 811, todos do CPC, como uma vedação absoluta à responsabilidade do Estado por danos causados por decisões interlocutórias que concedem tutelas de urgência. Ainda que a iniciativa tenha sido do autor, cabe ao Estado, por meio do magistrado (seu agente público), avaliar o pedido e conceder, ou negar, a medida. É do Estado o dever de prestar uma boa jurisdição. Tratando-se de uma atividade pública, seu usuário é protegido pelo art. 37, §6º, da CF/88.

Tal constatação é, sobretudo, relevante no caso de medidas que se revelem, ao final, irreversíveis, visto que inviabilizada restará a restituição do *status quo ante*. Terá aí havido violação ao art. 273, § 2º, do CPC, que veda expressamente a concessão de tal medida “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado²⁶³”. Veja-se que a vedação existe quando houver mero perigo, e não certeza. É evidente a inspiração do princípio da prevenção, no caso, convolada em dever estatal no contexto do direito fundamental à boa jurisdição.

²⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, vol. 748, p. 32-46, fev. 1998. p. 41.

²⁶¹ SILVA, loc. cit.

²⁶² V. seção 7.2.3, *supra*.

²⁶³ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

Mas, mesmo nos casos em que seja possível a reversão do provimento, pode ocorrer que, durante a sua vigência, a mesma tenha causado prejuízos ao réu que, afinal, demonstrou, na sentença, estar com a razão. Não seria lícito excluir-lhe, *a priori*, o direito à indenização pelo Estado, considerando, mais uma vez, que a jurisdição não atua somente em favor do autor, mas de toda a sociedade²⁶⁴.

Aliás, entender que não cabe a responsabilização do Estado simplesmente porque a iniciativa do processo ou da medida antecipatória da tutela foi do autor significaria excluir sua responsabilidade em qualquer outro caso em que esse tenha agido mediante provocação. Assim, afastar-se-ia a responsabilidade do Estado quando danos fossem causados em decorrência de qualquer processo administrativo iniciado mediante requerimento, a exemplo de inabilitação de empresa, em processo licitatório, por impugnação protocolada por outro licitante, ou de afastamento cautelar de servidor público, em processo disciplinar iniciado por representação de um cidadão.

Não há lugar sequer para a afirmação de que, tratando-se de processo administrativo, caberia à Administração agir de ofício, o que legitimaria a responsabilidade civil do Estado. Ora, em casos tais, o órgão público até *poderia* ter agido por iniciativa própria, mas não agiu enquanto não tinha recebido a provocação do interessado. Em face do direito constitucional de petição, que envolve o direito de obter uma resposta, ainda que pretendesse continuar sem agir, deverá a Administração movimentar-se para instruir o feito e prolatar uma decisão, seja para acolher, seja para desacolher o pedido – da mesma forma que o faz o Judiciário. Disso se depreende que as mesmas razões que se utilizam para imunizar o Judiciário, no caso, poderiam ser aplicadas para imunizar a Administração, o que não se sustenta juridicamente, em nenhum dos casos.

A compatibilização dos arts. 273, 475-O e 811 do CPC com a disciplina constitucional da responsabilidade civil do Estado somente pode ser alcançada interpretando-os no sentido da sua exclusão somente quando a conduta do autor/requerente for identificada como a causa necessária do dano, o que romperia o nexo causal entre a atividade estatal e o dano sofrido pelo réu/requerido. Isso é o que poderia ocorrer, exemplificativamente, caso o autor esteja a utilizar o processo judicial com propósitos ilícitos, mediante a forja de documentos ou outras provas, a fim de induzir o juízo a erro e prejudicar a contraparte.

Ainda que a antecipação da tutela tenha observado estritamente os requisitos legais, o fato de ser lastreada em cognição sumária pode fazer com que o magistrado não tenha a

²⁶⁴ V. seção 7.2.5, *supra*.

perfeita compreensão da realidade, trabalhando apenas com juízos de probabilidade. Mesmo lícita, a decisão que não se confirma reflete falha do serviço, que, se ensejadora de dano, cria para o Estado a obrigação de indenizar.

Também podem causar danos as decisões que indeferem tais medidas, e, com isso, ensejam a responsabilidade estatal. “Liminar negada ou retardada sobre direito do administrado violado *hoje*, terá efeito irreparável, mesmo que *amanhã* a decisão do magistrado lhe seja favorável²⁶⁵”. Plenamente aplicáveis, destarte, as ilações acerca dos deveres da prevenção e precaução traçadas quando da análise das prisões processuais. A decisão implicará, pois, na ponderação entre o risco para o autor, decorrente do não provimento de uma medida assecuratória do direito que alega ter, e o risco para o réu, de ser lesado por uma indevida constrição em seu patrimônio jurídico, a que não era obrigado a suportar.

Caso, ao final do processo, o risco que se pretendeu prevenir ou precaver²⁶⁶ seja efetivado, caberá ao Estado assumi-lo, pois inerente às suas atividades. Caso o risco não se concretize (por exemplo, deferiu-se a tutela antecipada, e ao final se confirmou que o autor tinha razão: o risco de lesar o direito do autor foi evitado, com sucesso, revelando o pleno atendimento à boa jurisdição), não haverá o que se indenizar, por falta de conduta lesiva e dano jurídico.

Diante do exposto, resta evidente a necessidade de refutação do entendimento de Aguiar Júnior, o qual nega a responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais na esfera cível, porque “sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes²⁶⁷”. Olvida o citado autor que nem todo dano é indenizável, além do que a conduta e onexo causal também são filtros à reparação indiscriminada que ele tanto teme, como já exposto ao longo deste trabalho²⁶⁸. Ademais, o fundamento da teoria do risco é justamente a maior aptidão da atividade para gerar danos, de modo que resta contraditório pretender afastá-la justamente em relação às atividades cujos riscos produzidos são mais elevados.

É possível, também, que o dano seja causado pela simples omissão do magistrado em apreciar um pedido de antecipação de tutela, que, ao final, se constate gerou dano indenizável.

²⁶⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 96.

²⁶⁶ A distinção entre prevenção e precaução, como já dito (v. seção 6.4.3, *supra*), sendo de grau, torna despicinda a distinção em tese, cabendo, no caso concreto, cercar-se de tanto mais cuidados quando mais da prevenção se aproxime o raciocínio do juiz.

²⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007. p. 93.

²⁶⁸ Em especial, na seção 4 e suas subseções.

Tendo por dever e finalidade impedir violações de direitos, ou fazer cessar as já existentes, terá o órgão jurisdicional obrado com omissão ilícita no desempenho de suas atividades, o que é revelado pela final sentença de procedência da ação. Pode ocorrer que, nesse momento, a prestação jurisdicional já tenha sido esvaziada de utilidade, de modo que o prejuízo, cuja causa necessária tenha sido a omissão estatal, deva por ele ser indenizado, com fundamento na teoria do risco. Por outro lado, para os defensores da teoria da culpa anônima para as omissões, o Estado terá laborado culposamente, pois o serviço não terá funcionado ou, ao menos, funcionado tardiamente. Como expôs Dergint, “a inoportuna concessão da medida denota a ineficácia da respectiva sentença e o defeituoso funcionamento do serviço judiciário, que engendra a responsabilidade do Estado-juiz²⁶⁹”. Trata-se, aí, de evidente caso de denegação da justiça, apto a causar, em tese, dano ao autor que buscou proteção de seus direitos perante a jurisdição.

Assim, tanto a concessão, quando a negativa da medida – e também a mera omissão na sua apreciação, o que desloca a discussão para a demora da prestação jurisdicional – são condutas aptas a gerar dano indenizável. Em todos esses casos, resta comprometido o direito fundamental à boa jurisdição. Lembra-se, novamente, que tais observações independem da licitude ou ilicitude da decisão judicial, uma vez que a responsabilidade do Estado é objetiva.

Identicamente ao exposto na seção anterior, também aqui será necessário verificar o atendimento ao dever de motivação, que permitirá aferir a eventual culpa do agente público, conforme a demonstração da razoabilidade dos fundamentos adotados, a fim de se apurar a viabilidade do direito de regresso do Estado.

Nesse diapasão, não são infrequentes pronunciamentos judiciais acerca de pedidos de revogação da medida de antecipação de tutela ou cautelar, ou de reconsideração da decisão que as indeferiu, fundamentados em fatos novos ou argumentos não deduzidos previamente à sua prolação, que concluem por mantê-la “pelos seus próprios fundamentos”. Tendo sido trazidos elementos novos, devem eles ser específica e motivadamente abordados, sob pena de omissão violadora do direito fundamental à boa jurisdição, em especial no que se refere aos deveres de motivação e de proporcionalidade. Ainda que o pedido de revogação não traga fatos novos, no mínimo hão que ser tais circunstâncias explicitadas na motivação da decisão, a fim de legitimar a reiteração dos argumentos que levaram à concessão da medida. Ademais, os novos elementos trazidos podem ser aptos a alterar o juízo de prevenção ou precaução, ante a alteração da percepção do risco inspirado pelo objeto do litígio, a ser proporcionalmente

²⁶⁹ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 189.

assumido pelo Estado. Tal sorte de decisão, em tese, pode ser configuradora de negligência, o que legitimaria o direito de regresso em caso de dano indenizável sofrido pelo cidadão.

Hipótese peculiar, vale frisar, é a antecipação de tutela passada em virtude do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, prevista no art. 273, II, do CPC²⁷⁰. Em casos tais, a acertada decisão do magistrado, consistirá em sanção, legalmente prevista, para a reprovável conduta de não colaborar com a jurisdição. Desse modo, ainda que a sentença, ao final, seja de improcedência, não se ensejará, de ordinário, a responsabilidade do Estado, pois a causa do dano terá sido a culpa exclusiva da vítima. A conduta do próprio réu, ao abusar do seu direito (conduta que, à luz do art. 187 do CC/02, é equiparada a ato ilícito²⁷¹), é que será tachada de causa necessária do dano, não havendo, pois, que se falar em inadimplemento do Estado quanto à obrigação de efetivar a boa jurisdição.

²⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

²⁷¹ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

8 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, algumas conclusões puderam ser formuladas a respeito da matéria versada. Deve-se, neste momento, expô-las de forma sintética.

1) Não procedem entendimentos no sentido de que a responsabilidade civil do Estado há que ser abordada segundo parâmetros exclusivamente fundados no direito público. O tema vertente, antes de tratar-se da responsabilidade do Estado, trata-se de responsabilidade civil, embora seja certo que hão de ser consideradas certas peculiaridades juspublicistas, derivadas da particular natureza das pessoas que integram o Estado e suas atividades, a fim de ajustá-la, sem desnaturá-la.

2) Também ao Estado há de ser aplicada a teoria da unidade da responsabilidade civil, a abranger, a um só tempo, tanto a impropriamente chamada responsabilidade contratual quanto a extracontratual. Derivando a responsabilidade do inadimplemento de uma obrigação, pouco importa que sua origem seja contratual ou legal, as consequências serão as mesmas, pois a obrigação de indenizar, expressamente prevista no CC/02, aparece, em face do dano causado.

3) A própria obrigação de indenizar pode ser inadimplida e, com isso, outros danos terem lugar, o que pode gerar as mesmas consequências do inadimplemento de qualquer outra obrigação – inclusive o surgimento de nova obrigação de indenizar.

4) As ideias iniciais de culpa como elemento nuclear do sistema de responsabilidade civil, no direito privado, sofreram progressivo desprestígio, uma vez que a análise nitidamente individual, com fundamento moral, não mais bem se acomodava ante a evolução tecnológica e a pulverização dos riscos de dano gerados pela modernidade.

5) Já a evolução da responsabilidade civil do Estado dá-se em movimentos pendulares, ora afastando-se das teorias do direito privado, ora com elas se reencontrando. Hoje, o § 6º do art. 37 da CF/88 consagra sua responsabilidade objetiva, cujo fundamento é a mesma teoria do risco: a atividade Estatal, por envolver uma gama significativa de poderes sobre os particulares, traz em si a potencialidade de dano.

6) Não assiste razão a quem ainda defende a aplicação de teorias historicamente superadas a determinados setores da atividade estatal, ante a geral consagração constitucional da teoria do risco. Tais correntes, que se justificaram à luz de suas respectivas épocas, nada contribuem para a urgente afirmação do Estado democrático de direito, em virtude de sua manifesta incompatibilidade.

7) A noção de ato ilícito, como violação a direito por dolo ou culpa (sentido estrito), perdeu, no direito privado, sua pureza, e passou a abranger também atos violadores de interesses independentemente do elemento subjetivo (antijuridicidade – sentido lato). E nesse último sentido, o direito público utiliza o termo, até porque a “vontade” estatal não possui cariz subjetivo, mas é objetivamente prevista no ordenamento jurídico, que a determina.

8) Pela teoria do risco, não importa se a conduta estatal é lícita ou ilícita, pois a análise deve centrar-se mais na vítima do que no causador do dano. Basta que a atividade causadora do dano produza um risco, o qual deve ser suportado por quem o criou, e não pela vítima.

9) Embora se discuta sobre a amplitude do conceito de risco a embasá-la, prevalece que tal teoria funda-se na noção de risco-criado, o qual decorre de uma atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano, que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Tal definição abraça perfeitamente a atividade estatal.

10) Não somente por suas ações, mas também por suas omissões, pode o Estado ser responsabilizado. Apesar de grassar controvérsia acerca da natureza dessa responsabilidade, se objetiva (teoria do risco) ou subjetiva (teoria da culpa do serviço), defendeu-se que, na prática, tal controvérsia é mais aparente do que efetiva, uma vez que, em todos os casos, ambas conduzirão a resultados idênticos. Varia apenas o enfoque: o que para os defensores da responsabilidade objetiva refere-se ao nexos causal, para os seus opositores refere-se à culpa anônima. Desse modo, ambas as teorias são na prática intercambiáveis, o que amplia o espaço de debates e a possibilidade de argumentação.

11) O nexos causal, como elemento da responsabilidade civil, é entendido como o vínculo entre a conduta e o dano. Apesar de o CC/02 adotar expressamente a teoria do dano direto e imediato (causalidade necessária), identificou-se na doutrina uma profusão de teorias, utilizadas pela jurisprudência de forma aparentemente assistemática. Entretanto, a análise de precedentes dos tribunais superiores revelou que tal variação é proposital, a fim de assegurar ao lesado uma reparação quando se conclui que o dano sofrido não deve ser suportado pela vítima.

12) O poder filtrante do nexos causal tende a se deslocar para o dano, em especial para a identificação de quem deve suportá-lo, a partir de uma ponderação de interesses. Isso porque, erodidos a culpa e cada vez mais o nexos causal, resta somente o dano como última barreira à imposição desmedida de reparações.

13) Caso a conduta ensejadora do dano seja contrária ao direito (ilícita *latu sensu*), ela é, de início, ponderada desfavoravelmente já pela lei. Nesse caso, bastará a demonstração

de que o dano corresponde à efetiva lesão de um interesse jurídico, sem o que qualquer indenização se constituiria em enriquecimento sem causa, vedado por princípio no ordenamento jurídico. Deve ainda o dano ser certo, e não meramente hipotético ou eventual, a abranger danos emergentes, lucros cessantes, danos morais e a perda de uma chance, numa avaliação razoável dos ganhos prováveis, à luz, inclusive, dos princípios da prevenção e da precaução.

14) Já no caso de a conduta lesiva ser lícita, não terá havido prévia ponderação legislativa acerca do interesse que deverá prevalecer: se o do causador do dano, ou se o do que o sofre. Portanto o dano, além de necessitar ser caracterizado como jurídico e certo, deverá também ser anormal, ou seja, constituir-se em dano que, a partir de uma ponderação de interesses, não deva ser atribuído à própria vítima, como são os casos dos danos inerentes à vida em sociedade. Deverá ainda o dano atingir pessoa ou pessoas determinadas, já que, fundamentando-se a responsabilidade do Estado por atos ilícitos na repartição dos encargos sociais, se o dano for, *ab initio*, geral, nada mais haverá o que ser repartido.

15) Embora a doutrina e a jurisprudência, de um modo geral, desenvolvam os referidos elementos da responsabilidade civil do Estado apenas no que se refere aos atos administrativos, defendeu-se que também aos atos praticados no exercício da função jurisdicional devem tais ideias ser aplicadas. Isso porque a função jurisdicional, assim como a administrativa, são meras frações ideais do poder político, atribuídas a órgãos distintos com vistas à contenção do próprio poder, mediante limitações recíprocas. Embora exercido por diversos órgãos, permanece uno e indivisível, pois proveniente da totalidade dos indivíduos.

16) As funções jurisdicional e executiva são, destarte, diferentes formas de expressão do mesmo poder público, todas sujeitas à supremacia da Constituição e determinadas à efetivação dos objetivos constitucionais. As diferenças existentes entre ambas são meramente contingentes, por se reservar ao Judiciário, normalmente, um papel de controle.

17) A partir da identificação ontológica entre as funções administrativa e jurisdicional do Estado, viabilizou-se a extensão do direito fundamental a uma boa administração, atualmente em voga no ordenamento europeu, para a função jurisdicional. Formatado no bojo do diálogo institucional entre o Provedor de Justiça e o Parlamento europeus, pode ser sintetizado na obrigação da Administração Pública de atuar, em sua relação com os particulares, de acordo com as normas que a regem. Trata-se de um direito síntese, a atribuir a natureza jusfundamental a uma série de preceitos até então vistos somente

como princípios e, com, isso, atribuir-lhes vinculatividade imediata dos poderes públicos e legitimar a sua exigibilidade por qualquer pessoa.

18) A partir da análise da dimensão subjetiva do direito fundamental à boa administração, concluiu-se que existem obrigações impostas ao Estado, decorrentes do direito em referência, os quais, inadimplidos, ensejam sua responsabilização.

19) A aplicação de tal ordem de ideias também à função jurisdicional contribui para o maior reconhecimento de sua legitimidade, uma vez que pautaria sua atuação pelos mesmos parâmetros que utiliza para controlar a atividade dos demais poderes e, em certa medida, também dos particulares. Com isso, viabiliza-se um salutar controle democrático da própria função jurisdicional, fundamentado na própria Constituição.

20) Não há que se falar, tecnicamente, em “independência” do Judiciário, mas em autonomia, posto que constitucionalmente qualificada, pois todos os Poderes são subordinados à Constituição.

21) Dentro do amplo plexo de direitos enfeixados no direito fundamental à boa jurisdição, destacaram-se, sem pretensão de exaustividade, os reputados essenciais para a legitimidade da tomada de decisões públicas, observados sob a ótica do Estado como sujeito passivo de obrigações: os deveres de proporcionalidade, motivação e prevenção e precaução.

22) O dever de proporcionalidade vem vedar tanto o excesso quanto a omissão, no que se refere às decisões a serem tomadas, sendo especialmente relevante na aferição da anormalidade do dano e, por consequência, de sua indenizabilidade.

23) O dever de motivação visa oferecer parâmetros racionais para o controle intersubjetivo das decisões, sobretudo no que se refere às operações de ponderação.

24) Considerando a impossibilidade de excluir todo o risco da atuação estatal, que lhe é inerente, necessário se faz recorrer aos deveres da prevenção e precaução, faces de uma mesma moeda, a fim de bem deliberar quais riscos deverão ser assumidos e aqueles contra os quais se deve acautelar. Como, pela teoria do risco, o Estado deve assumir os danos derivados de sua atividade, deve a decisão tender para a assunção dos riscos cuja efetivação é menos provável – toda decisão lastreia-se em fundamentos probabilísticos, sobretudo no contexto das sociedades do risco – a fim de preservar também o interesse e o patrimônio públicos.

25) O direito fundamental à boa jurisdição permite uma completa releitura das teorias sobre a responsabilidade civil por atos jurisdicionais, uma vez que reunifica, sob fundamentos comuns, os parâmetros para a atuação estatal, por meio de qualquer de seus Poderes.

26) Os óbices costumeiramente levantados pela doutrina tradicional não resistem a uma análise amparada pelo referido direito fundamental, e são incompatíveis com o vigente Estado democrático de direito e os parâmetros do neoconstitucionalismo.

27) O argumento da “soberania” da atividade jurisdicional remonta às concepções absolutistas do início da Idade Moderna, equiparando os magistrados aos “reis, que não erravam”. Evidentemente, tal argumento é incompatível com o Estado democrático de direito, que a todos submete, e desconsidera que a função jurisdicional é apenas uma dentre as formas de manifestação do poder estatal, que tem a mesma natureza das demais.

28) A controvérsia sobre a natureza jurídica do magistrado, se servidor público ou agente político, é despicienda, no que se refere ao tema em pauta, pois a CF/88 utiliza-se do termo “agente públicos”, que a ambos abrange, ao disciplinar a responsabilidade civil do Estado. Não há tampouco que se falar também em “independência” funcional dos magistrados, considerando que não se pode admitir independência sobre a Constituição. Trata-se, na verdade, de uma autonomia funcional constitucionalmente qualificada, por ser superior à dos demais agentes, mas ainda assim, guardando respeito à Lei Suprema.

29) Esta autonomia especial constitucionalmente qualificada é resguardada quando se veda a possibilidade de acionar, pessoalmente, o magistrado, o qual responde apenas regressivamente, havendo dolo ou culpa.

30) Não se sustenta o argumento que fundamenta a irresponsabilidade estatal na falibilidade contingencial do juiz como risco assumido pelas partes, uma vez que incompatível com a teoria do risco, que determina seja o mesmo assumido por quem o produziu. Ademais, o mesmo argumento serviria para imunizar de responsabilidade qualquer atividade humana, já que a falibilidade é inerente à sua condição, o que implodiria todo o sistema de responsabilidade civil.

31) Não se há que falar, tampouco, na necessidade de prévio esgotamento dos recursos judiciais disponíveis para tentar-se a reversão da sentença ou decisão judicial. Diversas decisões são irrecorríveis, e mesmo os recursos ou meios autônomos de impugnação disponíveis não possuem eficácia instantânea, podendo gerar danos mesmo que sejam, ao depois, acolhidos.

32) Com relação ao argumento da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais como afronta à coisa julgada, tampouco há procedência. Nem todos os atos jurisdicionais transitam em julgado, mas todos são potenciais causadores de dano. Já se admite, por outro lado, a flexibilização da coisa julgada, em diversas situações. Ademais, mesmo os atos transitados em julgado podem ensejar danos, e buscar a responsabilização do

Estado pelos mesmos não implica em rediscutir a coisa julgada, a uma, porque na ação de reparação de danos, as partes são diversas; a duas, porque não se pode confundir a coisa julgada com seus efeitos.

33) A possibilidade da responsabilização civil do Estado, no caso, é assegurada pelos efeitos positivos da própria coisa julgada, que determina que os magistrados, ao julgarem qualquer causa, levem em consideração aquela já firmada, quando envolver questões prejudiciais. Frequentemente, o dano ocorre justamente em virtude da impossibilidade do desfazimento da coisa julgada, razão pela qual a responsabilidade do Estado em casos tais, longe de comprometer sua estabilidade, a reafirma e prestigia.

34) Como nenhum óbice existe à possibilidade de responsabilização por atos lícitos, sequer se exige o prévio desfazimento do trânsito em julgado para a identificação da responsabilidade, que se presume legal. Nesses casos, mister será apurar a anormalidade do dano, entendida como a deliberação acerca daquele que deverá, *in concreto*, suportá-lo, segundo uma ponderação entre o interesse lesado e o interesse na atividade produtora do dano.

35) Caso a sentença seja rescindida ou revisada, comprovada estará a sua ilicitude (*latu senso*), o que torna mais fácil a reparação, pois bastará que o dano seja qualificado como jurídico e certo.

36) Superados os óbices tradicionalmente levantados, viabilizou-se a releitura das principais situações ensejadoras de danos na via jurisdicional. Como parâmetro base, não há que se fazer distinção entre a teoria a ser aplicada para a responsabilidade civil por atos administrativos ou jurisdicionais, já que ambos, como manifestação do mesmo poder público, são ontologicamente idênticos. Suas distinções são meramente contingentes, o que enseja ajustes, e não a elaboração de critérios isolantes.

37) Em consequência, o direito fundamental à boa jurisdição, aqui defendido, é, em essência, o mesmo direito fundamental à boa administração, já reconhecido no direito europeu, aplicado à manifestação jurisdicional do poder estatal.

38) Não se pode, logicamente, qualificar como boa a prestação jurisdicional que não se obtém. Desse modo, a ausência ou negativa de prestação jurisdicional é uma das mais graves formas de violação ao direito fundamental à boa jurisdição, pois deixa o cidadão desamparado, sem ter a quem recorrer para salvaguardar seus direitos, o que pode ocorrer por ação ou omissão.

39) Por ação, ocorre quando o Judiciário nacional declara que lhe falece jurisdição para julgar o caso, por esta pertencer a outro Estado. Tal decisão deve ser coerentemente

fundamentada, a fim de se viabilizar o seu controle. É certo que, caso a decisão se revele correta, será forçoso reconhecer que o cidadão não teria direito a ver sua demanda julgada pelo Judiciário nacional, não havendo então dano jurídico, o que afastaria a indenização. Caso contrário, a decisão, ainda que posteriormente revertida via recurso, poderia ensejar danos indenizáveis, ainda que pelo mero retardo da providência postulada.

40) Disso se conclui que, nessa hipótese, o Estado responde nos casos de erro judicial, não por uma vedação em tese, mas pelos próprios limites da teoria geral da responsabilidade – já que não se pode falar em indenização sem dano. A mesma ideiação pode ser aplicada para os casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, ainda que revertida em sede recursal.

41) Já por omissão, isto ocorre quando há o puro “engavetamento” do processo, que permanece por longo tempo nos escaninhos judiciais à espera de uma decisão. Restará, em casos tais, evidentemente configurado o direito à indenização ao lesado, tanto com base na teoria da culpa anônima (o serviço não funcionou), quando na teoria do risco (a omissão foi a causa necessária do dano).

42) Identicamente, viola o direito à boa jurisdição a prestação jurisdicional atrasada, pouco importando, para o cidadão, se as causas do retardo são imputáveis ao Executivo, ao Legislativo ou ao próprio Poder Judiciário, uma vez que a responsabilidade é objetiva. A duração razoável do processo é hoje um direito fundamental expresso, incluído na CF/88 a partir da EC nº 45/2004, mas já reconhecido como implícito desde pelo menos a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, em 1992.

43) Sendo a “duração razoável” um conceito indeterminado, hão de ser buscados, no próprio ordenamento, parâmetros que permitam identificar, em cada caso concreto, se o processo se desenvolve sem dilações indevidas. O primeiro deles corresponde aos prazos judiciais, os quais, apesar de serem chamados “prazos impróprios”, por destituídos de preclusividade, constituem o padrão que o próprio Estado impôs a si mesmo, de modo que, ultrapassados, podem ensejar o surgimento da obrigação de reparar os danos causados.

44) Não importa se o atraso foi ou não justificável. Caberá ao Estado indenizar o dano sofrido pela vítima, a menos que não se possa estabelecer um nexo de causalidade entre o atraso e o dano. Eventuais justificativas para o retardo prestam-se, se for o caso, a elidir a culpa do agente público, mas não a responsabilidade do Estado, objetiva que é, fundada na teoria do risco.

45) Quando não houver prazo legalmente fixado, devem os mesmos ser trabalhados à luz da proporcionalidade, por aplicação direta do direito fundamental à duração razoável do processo, manifestação do direito à boa jurisdição.

46) Exercendo essa prerrogativa, o CNJ fixou, na sua conhecida “meta 2”, os prazos que entende razoáveis para que um processo seja julgado. Desde 2009, quando fixou pela primeira vez tais metas, até hoje, a percepção do prazo considerado razoável pelo órgão de controle variou, à luz da avaliação do seu cumprimento.

47) Atualmente, tais prazos variam entre dois e cinco anos, a depender do ramo da Justiça em que tramita o feito, admitindo-se que uma proporção do quantitativo de processos os ultrapasse.

48) Não havendo prazos específicos fixados em lei, haverão de ser aplicados, como razoáveis, os prazos fixados pelo CNJ, admitindo-se sua extrapolação quando se tratar de comportamento conscientemente deliberado e devidamente motivado, a partir de um juízo de ponderação proporcional entre o valor a se preservar com o atraso e o direito do cidadão à atuação jurisdicional tempestiva. Tal avaliação repercutirá na qualificação da anormalidade e, portanto, da indenizabilidade do dano.

49) Com relação aos comportamentos jurisdicionais positivos, a doutrina costuma separar a análise em relação às decisões na esfera penal e cível. Como restou demonstrado, todo o poder estatal é único, de modo que é evidente que a disparidade de tratamento dentro da própria jurisdição tem ainda menos sustentação. Assim, a mesma teoria é bastante para abraçar a ambas as esferas jurisdicionais.

50) Todavia o ordenamento pátrio contempla previsão expressa da responsabilidade do Estado apenas em virtude de revisão de sentença criminal, ressalvados os casos em que o próprio condenado deu causa à condenação, como por confissão ou ocultação de prova em seu poder e de acusação meramente privada. Tais previsões remontam ao CP de 1890, mantidas no CP em vigor, mas, atualmente, devem ser interpretadas em termos consentâneos com o direito fundamental à boa jurisdição: somente se afasta a responsabilidade do Estado caso se configure culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Em ambos os casos, é difícil reconhecer tais excludentes, considerando que a confissão, isoladamente, não basta para fundamentar uma condenação, e a ação penal, embora de iniciativa privada, é desenvolvida pelo Estado-juiz e fiscalizada pelo Ministério Público.

51) Também viola o direito fundamental à boa jurisdição a absolvição indevida, que causa dano a toda a coletividade. Como não se admite a revisão criminal *pro societate*, a sentença se manterá como ato presumidamente legítimo, de modo que o dano, por ser geral,

não será indenizável – os encargos sociais já estarão distribuídos, como regra. Apenas no caso alguém lograr provar que a absolvição indevida lhe trouxe dano (a exemplo da testemunha contra a qual o ex-réu violento, indevidamente absolvido, se vingou) poderá exigir indenização, quando a absolvição será considerada causa necessária do dano sofrido.

52) No que se refere às prisões cautelares e à prisão além do tempo devido, também é evidente a necessidade de responsabilizar civilmente o Estado, pois se trata de situações que revelam a deficiência na efetivação do direito fundamental à boa jurisdição. Isto se aplica tanto no caso de prisões ilegais (situação de mais fácil constatação, bastando a demonstração do dano jurídico e certo), quanto no caso de prisões que se deram licitamente, mas que, ao final do processo, o réu livrou-se solto (quando a anormalidade do dano será revelada).

53) Se a sentença penal absolveu o réu, que sofrera prisão cautelar, evidencia-se que a jurisdição prestada não foi boa: o Estado-juiz, na ponderação entre o risco para a sociedade em deixar o réu solto e o risco para o réu de ser privado indevidamente de sua liberdade, decidiu equivocadamente – ainda que de forma justificada. Como o risco deve ser assumido por quem o produziu, cabe ao Estado a obrigação de indenizar, independentemente do fundamento pela qual se tenha dado a absolvição.

54) Caso a absolvição tenha-se dado por falta de provas e, posteriormente, se logre provar que o mesmo era culpado, restará constatado que o ex-réu não tinha o direito de não ser preso e, dessa forma, fica excluído o dano jurídico, evitando-se, portanto, a indenização. Trata-se, no caso, de alteração dos efeitos da coisa julgada anterior (que não tratou sobre os danos decorrentes da prisão), e não de alteração da própria coisa julgada.

55) Identicamente, responde o Estado pela sentença que condenou o réu a pena inferior à já cumprida cautelarmente ou a pena diversa da privativa de liberdade. Quando a CF/88 determina que merece indenização quem permanecer preso além do tempo, não especifica que o excesso deve-se dar após a sentença condenatória. O que variará, em nome da isonomia, é a dosimetria do valor da indenização, uma vez que o inocente preso sofre dano (moral) axiologicamente maior do que o condenado, mas preso por tempo superior ao da condenação. A ficha criminal do réu preso indevidamente não é critério para definição do direito à indenização, mas para eventual definição do *quantum* do dano moral.

56) Não se pode, contudo, estender o direito à reparação a qualquer um que venha a responder a um processo criminal, conduzido legal e razoavelmente. Em uma democracia, o processo é justamente o *locus* do debate de teses, de modo que o dano aí causado não será, de

regra, anormal. Caberá ao cidadão, contudo, a prova do contrário, não se podendo excluir, *a priori*, a responsabilidade do Estado, a ser apurada com base da teoria do risco, aqui versada.

57) Já na esfera cível, devem ser aplicadas as mesmas ideias já lançadas em relação à sentença criminal. Apesar de nela estarem em jogo valores não tão caros como a liberdade e a vida, também o patrimônio é um direito fundamental e merece a mesma proteção, de sorte que não se sustentam concepções que vislumbram na expressão constitucional “erro judicial” apenas o praticado na esfera penal. Tal interpretação é reforçada pela constatação de que o poder estatal é uno, sendo a jurisdição, cível ou penal, dele apenas uma forma de manifestação. Nessa linha, a mesma CF/88, ao jusfundamentalizar a indenização por erro judicial, não distingue entre erro criminal ou cível.

58) Uma procedência indevida na esfera cível pode causar grande dano ao réu. Uma improcedência indevida, ao seu turno, diferentemente da abordagem da jurisdição penal (que importa, de regra, em dano geral, não indenizável), ordinariamente, significa dano específico para o autor, que pode ter direito à indenização, sempre à luz do direito fundamental à boa jurisdição.

59) Por fim, a concessão ou a denegação de medidas antecipatórias de tutela ou cautelares também é apta a causar danos indenizáveis. Muitas dessas decisões revelam-se irreversíveis, ao arrepio de sua disciplina legal, consagrando danos que merecem reparação pelo Estado. Mas, ainda que venham a ser revertidas, danos podem ser causados durante a sua permanência, razão pela qual a possibilidade de contra ela recorrer, ainda que bem sucedida, não tem o condão de obstar a indenização.

60) As previsões constantes do CPC que atribuem ao autor/requerente a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao réu/requerido em virtude da antecipação da tutela ou da execução da medida cautelar deve ser interpretada conforme a CF/88, nos sentido de somente excluir a responsabilidade do Estado quando a conduta dou autor/requerente for identificada com a causa necessária do dano – o que rompe o nexo causal entre a conduta estatal e o dano sofrido.

61) Da mesma forma, a negativa indevida pode ensejar danos que o recurso ao Judiciário pretendia evitar, ainda que a sentença seja, mais tarde, de procedência. Da mesma forma que o exposto quanto às prisões processuais, caberá ao Estado-juiz ponderar acerca de qual dos riscos irá assumir: o risco para o autor (negativa da medida) ou para o réu (concessão da medida). Caso a decisão, ao final, seja diversa, e dano seja causado, caberá ao Estado responder por esse risco, pois inerente às suas atividades. Do contrário, não haverá o que indenizar, por falta de dano jurídico.

62) Caso específico é a concessão de antecipação de tutela por abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, tendo em vista que, caso daí decorra dano, esse será imputado à conduta dele próprio, o que rompe o nexo causal entre qualquer conduta estatal e o dano sofrido.

63) Em todos esses casos, é a motivação proporcional da decisão sobre dos riscos a correr ou a evitar que permitirá a deliberação acerca da viabilidade do direito de regresso, pois a decisão infundada ou que assuma riscos elevados em detrimento dos insignificantes revela, no mínimo, a negligência do agente público, desatencioso com os deveres da boa jurisdição.

64) Por fim, conclui-se que não é possível conciliar o prevalente tratamento doutrinário e jurisprudencial que exclui – ou limita fortemente – a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais com os hodiernos postulados do neoconstitucionalismo, em virtude de sua manifesta incompatibilidade com o Estado democrático de direito. Sendo o poder estatal uno, uma deve ser a teoria que regula a responsabilidade civil por seus atos, a qual deve ser pautada na centralidade dos direitos fundamentais, em especial no direito fundamental à boa administração, evoluído para abranger também a função jurisdicional.

65) É, pois, o direito fundamental à boa jurisdição que permitirá um aprofundamento da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, conferindo parâmetros mais legítimos e seguros para a atuação do Estado-juiz, com o que se contribuirá para o resgate de sua credibilidade e valor perante a sociedade a quem ele deve servir.

REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=24>>. Acesso em: 14 maio 2012.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 67-99, jul./ago. 2007.
- ALBUQUERQUE, Roberto. A revolução francesa e o princípio da responsabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n. 104, p. 299-304, out./dez. 1989.
- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (coord.). **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 199-205.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALMEIDA NETO, Osvaldo. **A presunção de causalidade na responsabilidade civil**. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e a decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANNONI, Danielle. Acesso à justiça e direitos humanos: a Emenda Constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, vol. 2, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/89/67>>. Acesso em: 19 nov. 2011.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, out./dez. 2003. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=12535>>. Acesso em: 01 jun. 2012.

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

ARDANT, Philippe. **La responsabilite de l'État du fait de la fonction juridictionnelle**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BARBOSA, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas**: acção de perdas e danos de Antonio Martins Marinhos contra a Fazenda Municipal: razões finais. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Atuação administrativa *contra legem* com fundamento na máxima da eficiência. **Revista Síntese [de] Direito Administrativo**, São Paulo, ano VII, n. 79, p. 69-89. jul. 2012.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Legitimidade da Administração Pública para declarar a inconstitucionalidade de lei. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 19, n. 34, p. 79-97, ago. 2012.

BARROS, Raimundo Gomes de. Relação de causalidade e o dever de indenizar. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 27, p. 32-41, jul./set. 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traduzido por Jorge Navarro (caps. I, II [3, 4 y 5], III y IV), Daniel Jiménez (cap. II [1 y 2]) e Maria Rosa Borrás (caps. V-VIII). Paidós: Barcelona, 1998.

BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, vol. 47, p. 245-281, jul./set. 2011.

BIELSA, Rafael. As vítimas dos erros judiciários nas causas criminais e o direito à reparação. Traduzido por Gil Castelo Branco. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano XLIII, vol. 105, fasc. 511, p. 482-486, jan. 1946.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Flávio Marcelo Sérvio. **Responsabilidade do Estado por omissão objetiva ou subjetiva**: distinção real ou aparente? [s.l.]: Emagis, [2010]. Disponível em: <<http://www.emagis.com.br/arquivos/downloads/artigo-responsabilidade-por-omissao-subjetiva-ou-objetiva-com-logo-91291610.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. **Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2012.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 06 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de Outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Subsecretaria de Informações do Senado Federal: Brasília, 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912**. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm>. Acesso em: 02 jun. 2012.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 05 maio 2012

BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. **Coleção de Leis do Império do Brasil.** Câmara dos Deputados: Brasília, 1833. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_82.pdf>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 221, de 30 de novembro de 1894.** Completa a Organização da Justiça Federal da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1894. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/10221.htm>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 05 maio 2012

BRASIL. **Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 10.774, de 9 de outubro de 2003.** Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.744.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 01 jun. 2012.

BRASIL. **Mensagem nº 609, de 29 de julho de 2009.** Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República: Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Msg/VEP-609-09.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 412/2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=708DD2DB60E2284090C42A588AE4E26B.node1?codteor=840403&filename=PL+412/2011>. Acesso em 01 ago. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **2º Encontro Nacional do Judiciário**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2011>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2012**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-realizados/5-encontro-nacional-do-judiciario/metas-2012>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas 2013**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas prioritárias de 2010**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-prioritarias-de-2010>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento n. 997.929 - BA**, da Quarta Turma. Agravante: Banco Bradesco S/A. Agravados: Isa Novas Sobral e Outros. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, 12 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1051538&sReg=200702949009&sData=20110428&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial n. 949.931 – SC (2007/0097861-9)**, da Segunda Turma. Agravante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Agravado: Nelson Teófilo Grando. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 18 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=850129&sReg=200700978619&sData=20100210&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 226.436 - PR**, da Quarta Turma. Recorrente: Júlio César Moreira. Recorrido: Ivanir Otávio Becker. Relator: Min. Sálvio de

Figueiredo Teixeira. Brasília, 28 jun. 2001. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=34284&nreg=199900714989&dt=20020204&formato=PDF>>. Acesso em: 01 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 269.683 - SC**, da Segunda Turma. Recorrentes: União, Alexis Stepanenko e Outros. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Laurita Vaz. Relator para o acórdão: Min. Paulo Medina. Brasília, 6 ago. 2002.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=102426&sReg=200000766186&sData=20041103&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 419.059 - SP**, da Terceira Turma. Recorrentes: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, Supermercados Paes Mendonça S/A, Julie Caroline França Jordão e outros. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 19 out. 2004. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=437266&sReg=200200214026&sData=20041129&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 669.258 - RJ**, da Segunda Turma. Recorrentes: Sylvio Nunes Rodrigues e Outro. Recorridos: Estado do Rio de Janeiro e Cláudio Acizo Dutra. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 27 fev. 2007. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=674756&sReg=200400817152&sData=20090325&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 685.662 - RJ**, da Terceira Turma. Recorrente: Rita de Cássia de Sousa Machado. Recorrido: Banco ABN Amro Real S/A. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 10 nov. 2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=593103&sReg=200401229836&sData=20051205&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 892.818 – RS (2006/0219182-6)**, da Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Amaro Borges da Silva. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 11 nov. 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=832004&sReg=200602191826&sData=20100210&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.139.486 – DF (2009/0172293-0)**, da Segunda Turma. Recorrente: Paulo Ribeiro Machado. Recorrido: Departamento de Trânsito do Distrito Federal Detran DF. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 24 nov. 2009. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7380603&sReg=200901722930&sData=20091207&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 08 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.191.262 - DF**, da Quarta Turma. Recorrentes: Mozariém Gomes do Nascimento e Condomínio do Conjunto Nacional. Recorridos: Os mesmos. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 set. 2012.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1177335&sReg=201000779356&sData=20121016&formato=PDF>. Acesso em: 19 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 479**. Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn='000000955'>>. Acesso em 08 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento n. 552.366-0 Minas Gerais**, da Segunda Turma. Agravante: Estado de Minas Gerais. Agravado: Espólio de Álvaro Neves. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 06 out. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605178>>. Acesso em: 01 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário n. 429.518-1 Santa Catarina**, da Segunda Turma. Agravante: Eduardo Francisco dos Santos. Agravado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 5 out. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370988>>. Acesso em: 01 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário n. 518.278-9 Goiás**, da Segunda Turma. Agravante: Carlos Humberto de Sousa. Agravados: Carlos Alberto Carvalho de Vilhena e Fábio George Cruz da Nóbrega. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589533>>. Acesso em: 01 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração no recurso extraordinário n. 553.637-8 São Paulo**, da Segunda Turma. Embargantes: Aparecido Geraldo Bertochi e Outros. Embargado: Estado de São Paulo. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 4 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603133>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 70.121 – Minas Gerais**, do Tribunal Pleno. Recorrente: Júlio Batista da Silva. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Relator para o Acórdão: Min. Djaci Falcão. Brasília, 13 out. 1971. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166040>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 01135875/210**, da Segunda Turma. Recorrentes: José Carlos Deluca Magalhães e s/ mulher. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 18 out. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=204090>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 109.615-2 Rio de Janeiro**, da Primeira Turma. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrida: Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28 maio 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200815>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 130.764-1 - Paraná**, da Primeira Turma. Recorrentes: Estado do Paraná e Ministério Público do Paraná. Recorridos: H. Kaminsky & Cia. Ltda. e Outros. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 maio 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 179.147-1 São Paulo**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrida: Analia Vieira dos Santos. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 12 dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224285>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 228.977-2 São Paulo**, da Segunda Turma. Recorrente: José Antônio Lavouras Haicki. Recorrido: Elias Antônio Jorge Nunes. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 05 mar. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252829>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 248.202-1 Minas Gerais**, da Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Paulo Hipólito Carvalho de Souza. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 30 abr. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257753>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 327.904-1 São Paulo**, da Primeira Turma. Recorrente: Associação de Caridade da Santa Casa de Misericórdia de Assis.

Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, 15 ago. 2006.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 369.820-6 Rio Grande do Sul**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Maria Anísia Hauschild. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 4 nov. 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261622>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 409.203-4 Rio Grande do Sul**, da Segunda Turma. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Lucia Terezinha Pereira Iorio. Relator Originário: Min. Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 7 mar. 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 07 maio 2012.

BRITO, Edvaldo. Introdução. In: GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-5.

BRITO, Edvaldo. Revisão do Atualizador. In: GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. *passim*.

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do Juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, ano III, vol. 9, p. 15-36, jan./mar. 1978.

CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, Gabriel de Britto. Evolução histórica da responsabilidade civil. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 125, ago. 2011. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74477>>. Acesso em: 05 maio 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 71, vol. 557, p. 15-26, mar. 1982.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905.

CHALITA, Gabriel. **O poder**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAVES, Rogério Marinho Leite. A responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n. 127, jul./set., p. 267-274, 1995.

CHIOVENDA, Jose. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Traduzido por José Casais y Santaló. Tomo II, Vol. I. Madrid: Reus, 1941.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=78312>>. Acesso em 12 jul. 2012.

COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Fórum Administrativo –FA**, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 40-50, dez. 2007.

COSTA, Ricardo. Um espelho de príncipes artístico e profano: a representação das virtudes do bom governo e os vícios do mau governo nos afrescos de Ambrogio Lorenzetti (c. 1290-1348?). **Utopía y Praxis Latinoamericana - Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**, Macaraibo, vol. 8, n. 23, p. 55-71, out. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Busca Legis**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, [1983]. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9702-9701-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

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

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**. Vol. 2. 5. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 198, p. 85-96, out./dez. 1994.

DUEZ, Paul. **La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)**. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2^{ème} ed. Tome III. Paris: Fontemoing, 1923.

FANUCK, Lia Celi. O Estado, os serviços públicos e a administração de pessoal. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 4, p. 440-448, out./dez. 1986.

FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 58, p. 133-143, nov./dez. 2009.

FRANÇA. Assemblée Nationale. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Paris, 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 01 maio 2012.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Constitution du 22 Frimaire An VIII**. Paris, 1799. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. Acesso em: 01 jun. 2012.

FRANÇA. Tribunal des Conflits. **Arrêt de conflit n. 00012**. Recorrente: Adolphe Z. Recorrido: Jean Y. Relator: M. Mercier. Paris, 8 fev. 1873. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte=>>>. Acesso em: 02 maio 2012.

FRANÇA. **Code Civil des Français**. Paris: Imprimerie de la République, 1804. Édition originale et seule officielle. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 01 maio 2012.

FRANÇA. **Loi du 28 pluviôse an VIII**. Concernant le division du territoire français et l'administration. Amiens : Université de Picardie Jules Verne, 1800. Disponível em: <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/45/Annexe.pdf_4a0d2b2344d22/Annexe.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2012.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o Direito Privado**. 2010. 218f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 12^{ème}. ed. Édition revue et mise à jour par André Hauriou. Réédition présenté par Pierre Delvolvé et Franck Moderne. Paris: Dalloz, 1933.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Indenização do erro judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. Quatier Latin do Brasil: São Paulo, 2006.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade civil. Traduzido por Raul Lima. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 38, vol. 86, fasc. 454, p. 548-559, abr. 1941.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 1992.

LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: consequências para o escopo de sistematização. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, vol. 118, p. 289-302, nov./dez. 2004.

LANZA, Elisabetta, The right to good administration in the european union: roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. **Teoria del Diritto e dello Stato: Rivista Europea di Cultura e Scienza Giuridica**, Roma, n. 1-2-3, p. 479-490, set. 2008.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. Revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Rui Cirne. Direito Administrativo e Direito Privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 26, p. 19-33, out./dez. 1951.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 5-46, jan./mar. 2003.

MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Privado**, ano 9, n. 35, p. 229-245, jul. 2008.

MARIGNIÉ, M. **The king can do no wrong – le roi ne peut jamais avoir tort – le roi ne peut mal faire**. Paris: Le Normant, 1818.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Comentários ao Código de processo civil: (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939)**. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1923.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Aleman**. Tomo I. Tradução direta do original francês de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Execução provisória em mandado de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 14, vol. 54, p. 34-41, abr./jun. 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 70, n. 552, p. 11-20, out. 1981.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MODESTO, Paulo. Função administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, n. 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Nouvelle édition. Paris: Garnier Frères, [1869].

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 29, p. 233-258, jun./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 854, p. 11-39, dez. 2006.

MOREIRA, João Batista Gomes. Nexo de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 8, n. 39, p. 33-42, set./out. 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 59, vol. 416, p. 9-17, jun. 1970.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 2, jun./jul./ago., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-DIOGO%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2010.

MORENO, Pedro. T. Nevado-Batalla. Ciudadanos y Administración. El derecho al buen gobierno: reflexiones desde una perspectiva administrativa. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=48543>>. Acesso em 12 maio 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos do direito brasileiro positivo vigente: CF 37, §6º e CC 15. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 1, p. 29-42, jan./mar. 2000.

NORONHA, Fernando. O nexu de causalidade na responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 816, p. 733-752, out. 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 876, p. 44-51, out. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, jan. 2009. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=56600>>. Acesso em: 20 maio 2012.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A socialização da responsabilidade civil: a evolução do subjetivo-liberal ao objetivo-social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 32, p. 65-77, dez. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 51, vol. 152, fasc. 609-610, p. 43-51, mar./abr. 1954.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 71, vol. 563, p. 9-14, set. 1982.

PORTUGAL. Lei de 18 de Agosto de 1769. Declarando a autoridade do Direito Romano, e Canônico, Assentos, Estylos e Costumes. **Ordenações Filipinas**. Universidade de Coimbra: Coimbra, 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/13pa725.htm>>. Acesso em: 05 maio 2012.

PÜSCHEL, Flávia Portela. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Revista DireitoGV**. São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 91-107, maio 2005.

QUINTAS, Fábio Lima. O juiz como última instância da Administração Pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out./dez. 2011. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=77356>>. Acesso em: 15 maio 2012.

REALE, Miguel. Da responsabilidade do poder. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano II, n. 7, p. 7-15, jan./mar. 1969.

REALE, Miguel. **Emendas absurdas ao Código Civil**. São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/absncc.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2012.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. São Paulo: LTr, 2003.

ROMA. Digesta. Recognovit Theodorus Mommsen. In: _____. **Corpus Juris Civilis**. Volumen Primum. Editio Stereotypa Quinta. [Berlin]: Berolini Apud Weidmannos, 1889.

SALAZAR, Alcino de Paula. **Responsabilidade do Poder Público por atos judiciais**. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941.

SALEILLES, Raymond. **Étude sur la theorie generale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand**. 2^{ème} ed. Paris: F. Pichon; Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1901.

SANDARS, Thomas Collett. **The Institutes of Justinian with English introduction, translation, and notes.** London: J. W. Parker and Son, 1853.

SANTOS, João Manuel Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado:** principalmente sobre o ponto de vista pratico. Vol. I. Rio de Janeiro: [Freitas Bastos], 1934.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, jan./fev. 2010. Biblioteca Digital Fórum. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=65363>>. Acesso em: 20 maio 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os direitos fundamentais.** Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, [2006]. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 05 maio 2012.

SAVAUX, Eric. O fim da responsabilidade contratual? Traduzido por J. Dantas de Oliveira. **Justitia**. São Paulo, ano 63, n. 194, p. 130-152, abr./jun. 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SENTO SÉ, João Nunes. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.** 1974. 110 f. Tese (Concurso para Professor Assistente II) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1974.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais.** Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca. A responsabilidade objetiva do Estado por omissão. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, p. 5-11, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo01.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2011.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 172, p. 23-35, out./dez. 2006.

SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos.** São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, vol. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, vol. 748, p. 32-46, fev. 1998.

SOURDAT, M. A. **Traité Général de la Responsabilité ou de l'Action em Dommages-Intérêts em Dehors des Contrats**. Tome II. 3^{ème} édition revue et augmentée. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1876.

SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 79, n. 652, p. 29-49, fev. 1990.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador: Dois de Julho, 2011.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. 2006. 427 p. Tese (Pós-doutorado em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.

STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité des actes administratifs**. Atenas: [Recueil Sirey], 1954.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Laws of fears**: beyond the precautionary principle. New York: Cambridge University, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil (e assuntos afins)**. DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193-246.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. **Revista Jurídica**. [São Paulo], ano 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Luxemburgo, 43º ano, série C, n. 364, p. 1-22, 18 dez. 2000.

UNIÃO EUROPEIA. **Projecto de carta de direitos fundamentais da União Europeia**: nota do Præsidium. Bruxelas, 2000. Disponível em:
<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_pt.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**. Luxemburgo, 53º ano, série C, n. 83, p. 47-199, 30 mar. 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual do Provedor de Justiça Europeu para 1996 (C4-0293/97)**. Rel. Deputado Nikolaos Papakryzakis. [Bruxelas], 1997. Disponível em:
<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0211+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 1997 (C4-0270/98)**. Rel. Deputado Edward Newman. [Bruxelas], 1998. Disponível em:
<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0211+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 1998 (C4-0138/99)**. Rel. Deputada Laura De Esteban Martin. [Bruxelas], 1999. Disponível em:
<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1999-0119+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 1999 (C5-0303/2000)**. Rel. Astrid Thors. [Bruxelas], 2000. Disponível em:
<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0181+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comissão das Petições. **Relatório sobre o relatório anual sobre as actividades do Provedor de Justiça Europeu em 2000 (C5-**

0302/2001 – 2001/2043(COS)). Rel. Herbert Bösch. [Bruxelas], 2001. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0280+0+DOC+PDF+V0//PT&language=PT>>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Comitê da Petições. **Report on the annual activity report (1995) of the Ombudsman of the European Union (European Ombudsman) (C4-0257/96)**. Rapporteur Mrs. Nuala Ahern. [Brussels], 1996. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1996-0176+0+DOC+XML+V0//EN>>. Acesso em 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Código Europeu de Boa Conduta Administrativa**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1995**. Estrasburgo, 1996. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1226398061702_rap95_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1996**. Luxembourg: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1997. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225902550068_rap96_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1997**. [Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias], 1998. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225901586407_rap97_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1998**. [Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias], 1999. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225895248467_rap98_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 1999**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: <http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225893873186_rap99_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Provedor de Justiça Europeu. **Relatório anual 2000**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001. Disponível em:

<http://www.ombudsman.europa.eu/showResource?resourceId=1225890864143_rap00_pt.pdf&type=pdf&download=true&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2001.

VATICANO. **A Nova Lei Fundamental da Cidade do Vaticano**. Vaticano, 2000.

Disponível em:

<http://www.vatican.va/vatican_city_state/legislation/documents/scv_doc_20001126_legge-fondamentale-scv_po.html>. Acesso em: 27 maio 2012.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 24, n. 96, p. 233-252, out./dez. 1987.

VENEZUELA. **Constitución**. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2000. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Acesso em: 27 maio 2012.

VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social**. 2007. 271 p. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 633, p. 34-42, jul. 1988.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 1. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.