

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS JUDICIAIS: TENDÊNCIA DE
PUBLICIZAÇÃO**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS JUDICIALES: TENDENCIA DE
PUBLICITACIÓN**

Lorena Neves Macedo

Luzia Andressa Feliciano de Lira

RESUMO

Possui como objeto de trabalho a responsabilidade civil por atos judiciais, tema que adquire visibilidade diante da projeção social e política do Poder Judiciário. Considera, nesse contexto, uma duplicidade de sistemas punitivos - público e privado, enfocando-se a responsabilização pública no contexto do Estado democrático de Direito e concebendo-se o Judiciário enquanto reduto realizador de democracia. Percorre, para tanto, um esboço histórico do tratamento conferido ao tema pelo ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, aborda a responsabilização privada em viés teórico, com base em conhecida divisão proposta por Mauro Cappelletti: responsabilidade social, política e jurídica, para tratar, depois, da situação concreta atual dos sistemas de responsabilização pública e privada no Brasil. Trabalha a tendência percebida, na digressão feita em momento precedente, de publicização da responsabilização do Estado, enfrentando os argumentos favoráveis e contrários a tanto, entendendo pela defesa dos argumentos favoráveis, porquanto propõe uma leitura abrangente do art. 37, §6º, do texto constitucional, filiando-se à teoria do risco administrativo. Na sequência, desenvolve as consequências da leitura proposta para o direito posto, delineando minimamente a teoria do risco administrativo aplicada ao tema para, então, delimitar os sujeitos cuja atividade gera responsabilização. Por último, trabalham-se as maiores barreiras racionais interpostas à admissão de uma responsabilização por atos judiciais, em especial os da função jurisdicional propriamente dita, apresentando-se saídas possíveis para a viabilização da responsabilidade pública – tanto do Estado quanto do juiz, priorizando-se aquela - por atos judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Ato judicial; Publicização da responsabilidade; Teoria do risco administrativo.

RESÚMEN

Posee como objeto de trabajo la responsabilidad civil por actos judiciales, temática que adquire visibilidad delante de la proyección social y política del Poder Judicial. Considera, en ese contexto, una duplicidad de sistemas punitivos – público y privado, enfocando-se la responsabilidad pública en el contexto del Estado democrático de Derecho y concibiendo-se lo Judicial en cuanto reducto realizados de la democracia. Viaja, por lo tanto, por un esbozo histórico del tratamiento conferido al tema por lo ordenamiento jurídico vernáculo. Enseguida, destaca la responsabilidad privada en enfoque teórico, con base en conocida división propuesta por Mauro Cappelletti: responsabilidad social, política y jurídica, para tratar, después, de la situación concreta actual de los sistemas de responsabilidad pública e privada no Brasil. Trabaja la tendencia percibida de publicitación de la responsabilidad del Estado, desarrollando los argumentos favorables, por cuanto propone una lectura amplia del

art. 37, §6º, del texto constitucional, uniendo-se a la teoría del riesgo administrativo. En la secuencia, desarrolla las consecuencias de la lectura propuesta para el derecho puesto, delineando minimamente la teoría del riesgo administrativo aplicada al tema para, entonces, delimitar los sujetos cuya actividad genera responsabilidad. Por último, trabajan-se los mayores obstáculos racionales interpuestos à la admisión de una responsabilidad por actos judiciales, en especial los de la función jurisdiccional propiamente dicta, presentando-se salidas posibles para la viabilidad de la responsabilidad pública tanto del Estado cuanto del juez, priorizando-se la primera.

PALABRAS-CLAVE: Responsabilidad civil; Acto judicial; Publicitación de la responsabilidad; Teoría del riesgo administrativo.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca trabalhar um tema tratado desde há muito tempo, porém distante de ser pacificado, em razão de sua complexidade: a responsabilidade pelos atos judiciais.

Muitos estudiosos dedicam-se há muito a essa empreitada, sem conseguir muitas pacificações, todavia. Ocorre, contudo, que a compreensão das problemáticas que permeiam esse tema se faz fundamental, dada a importância da atividade jurisdiccional e do Poder Judiciário, detentor por excelência da função jurisdiccional, para a estrutura do Estado, em especial o modelo Democrático de Direito.

O tema vai ganhando ainda mais visibilidade e urgência na medida em que se observa uma evolução com ganho de espaço por parte do Poder Judiciário na estrutura do Estado. Isso porque não mais se reproduz o comportamento de antes, relegando-se ao órgão em questão a tarefa de mero aplicador das leis nos casos concretos em litígio. O Poder Judiciário vem assumindo protagonismo na cena estatal hodierna, diante da crise de legitimidade e eficácia das leis, resultado de um questionamento da democracia nos moldes representativos; o posicionamento do Judiciário enquanto garantidor dos direitos fundamentais de cunho social e, ainda, o reconhecimento do órgão enquanto promotor último da limitação do poder pelo poder.

Existe, nesse contexto, uma duplicidade de sistemas punitivos - público e privado. O juiz pode ser, de acordo com a estrutura oferecida pelo ordenamento jurídico pátrio, punido de maneira jurídica ou política, quando couber. Existe, ainda, a responsabilização social do juiz – todas privadas.

Nesse sentido é que se perquire, aqui, a necessidade de busca de uma responsabilização pública por atos do juiz, tal como buscava o Estado afastar em

ordenamentos anteriores. Tal busca estaria, em princípio, em consonância com os ditames de um Estado democrático de Direito, concebendo-se o Judiciário enquanto reduto realizador de democracia, ademais da maneira tradicional do sistema representativo. Isso afastaria as garantias institucionais do juiz ou ameaçaria a independência – e não soberania - do Judiciário?

É sobre isso que o presente trabalho pretende se debruçar, percorrendo para tanto, primeiramente, os caminhos dos fundamentos da responsabilização pública, passando, necessariamente, por um esboço histórico do tratamento do tema pelo ordenamento jurídico pátrio ao longo do tempo.

Em seguida, aborda a responsabilização privada em viés teórico, com base em conhecida divisão proposta por Lair Loureiro Filho, inspirado, por sua vez, em Mauro Cappelletti, para, após, tratar da situação concreta atual dos sistemas de responsabilização pública e privada no Brasil.

Dando seguimento à evolução do estudo, trabalha-se a tendência percebida, na digressão feita em momento precedente, de publicização da responsabilização do Estado, partindo dos argumentos contrários e concentrando-se nos argumentos favoráveis, propondo uma leitura abrangente do dispositivo mais importante presente no ordenamento jurídico acerca do tema. Na sequência, desenvolvem-se as consequências da leitura proposta para o direito posto, delineando minimamente a teoria do risco administrativo aplicada ao tema para, então, delimitar os sujeitos cuja atividade gera responsabilização.

Por último, trabalham-se as maiores barreiras racionais interpostas à admissão de uma responsabilização por atos judiciais, em especial os da função jurisdicional propriamente dita – originários do juiz -, apresentando-se saídas possíveis para a viabilização da responsabilidade pública – tanto do Estado quanto do juiz, priorizando-se aquela - por atos judiciais.

2 DELIMITAÇÕES NECESSÁRIAS ACERCA DAS PERSPECTIVAS PÚBLICA E PRIVADA DA RESPONSABILIDADE PELO ATO JUDICIAL

2.1 RESPONSABILIZAÇÃO PÚBLICA PELO ATO JUDICIAL

Loureiro Filho (2005) identifica dois fundamentos primordiais para a defesa da perspectiva pública da responsabilidade pelos atos judiciais: (a) conformação com o Estado democrático de Direito; (b) unidade da soberania estatal.

De acordo com Medauar (1992), um dos pilares do Estado democrático de Direito reside na responsabilização dos agentes do Estado, em virtude da ação ou omissão causadora de danos. É certo que o Estado, em face dos reflexos do constitucionalismo, encontra limites para sua atuação, a fim de evitar a sua tirania e permitir o respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Uma das formas dessa limitação reside justamente na possibilidade de sua responsabilização pelos atos causados em prejuízo aos cidadãos. Para Loureiro Filho (2005), a extensão da eficácia conferida ao instituto da responsabilização do Estado é fator determinante para a defesa da sociedade, razão pela qual defende a ampliação do instituto (na sua perspectiva pública), a fim de garantir o respeito aos ditames constitucionais.

Nessa perspectiva, a responsabilidade civil do Estado pelo ato judicial perfaz-se como instrumento de controle do seu poder, bem como garantia de defesa dos cidadãos contra atos lesivos. Considerando que o Estado deve buscar garantir os direitos e valores previstos no texto constitucional, a possibilidade de mais uma modalidade de controle da função jurisdicional é primordial.

Para Mendonça (1998), “a sujeição diferenciada do Estado às regras de responsabilidade ‘importaria a negação, a mais formal, do próprio direito e justiça – para cuja manutenção e constante garantia, aliás, é que o Estado existe, como a primeira e mais poderosa das instituições sociais”.

O segundo fundamento compreende a unidade da soberania estatal, atribuindo ao Estado o dever de reparar todos os atos lesivos resultantes das atividades dos seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Em virtude das posturas teóricas tradicionais, em regra, apenas os atos da Administração Pública são mencionados como passíveis de ensejar a responsabilização do Estado. Contudo, tal entendimento merece ser rechaçado para abarcar as três funções essenciais do Estado.

A unidade da soberania, portanto, corresponde à unidade da responsabilização do Estado pelos atos praticados, inclusive os judiciais. De modo distinto da perspectiva privada, a responsabilidade pública pelo ato judicial é, portanto, meio técnico para a composição dos conflitos, bem como elemento autolimitador do poder.

A igualdade quanto aos encargos sociais atua como fundamento da responsabilidade pública, de modo distinto da perspectiva privada. A análise da culpa, elemento necessário para a caracterização da responsabilidade privada, não se demonstra necessária na perspectiva pública da responsabilidade do Estado.

De acordo com Medauar (1992), a concepção da responsabilidade objetiva do Estado fomenta-se no próprio sentido de justiça (ou equidade), bem como no preceito da igualdade (ou solidariedade social), os quais abarcam a obrigação jurídica do Estado indenizar as ofensas aos direitos fundamentais do cidadão.

Para Loureiro Filho (2005), a perspectiva pública da responsabilidade do Estado encontra respaldo na concepção de justiça distributiva, a qual contempla a ideia de risco e da solidariedade social apontada por outros doutrinadores. Esse também é o entendimento de Cretella Junior (1972), Amaro Cavacanti *apud* Loureiro Filho (2005) e outros doutrinadores.

Há estudiosos, no entanto, que avançam nos estudos para identificar outros fundamentos para a defesa da responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam: (a) a aplicação do princípio da igualdade dos ônus e encargos em outras instituições sociais e jurídicas; (b) a perspectiva de ressarcimento do dano da vítima; (c) a defesa da justiça.

Os adeptos da tese de inaplicabilidade da responsabilidade do Estado pelo ato judicial compreendem que o exercício da função jurisdicional perfaz-se como um dos privilégios da soberania. No atual modelo de Estado Constitucional, os argumentos em defesa dessa tese demonstram-se completamente superados, uma vez que a soberania é atributo do Estado e não de um dos seus poderes (como o Poder Judiciário) e cuja titularidade recai sobre o povo.

Sendo assim, além de se conceber a responsabilidade pública, pugna a doutrina pela sua delimitação na perspectiva objetiva, fundamentada na teoria da igualdade dos ônus e encargos sociais, na defesa da realização da justiça, na proteção do indivíduo contra os atos estatais e, principalmente, na necessidade de conformação constitucional dos atos praticados pelo Estado em face da força normativa da Constituição.

Ressalva-se que o objetivo deste tópico reside na explicitação dos principais fundamentos da perspectiva pública da responsabilidade pelo ato judicial a fim de promover uma distinção necessária com a perspectiva privada, uma vez que a defesa da publicização da responsabilidade pelo ato judicial será abordada com maior riqueza de detalhes e argumentos em tópico próprio.

2.2 RESPONSABILIZAÇÃO (PRIVADA) DO MAGISTRADO:

O enfoque conferido à responsabilização privada no presente estudo será baseado na lição de Loureiro Filho (2005). Este jurista enxerga a responsabilização pessoal do magistrado sob três enfoques: político, social e judicial – este último, subdividido em civil, criminal e disciplinar -, de acordo com a realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

É interessante observar, conforme reporta o próprio jurista supramencionado, que essa subdivisão se assemelha com a conferida por Mauro Cappelletti (1989), o qual entende pela existência de quatro partições: a primeira, que diferencia a responsabilidade do juiz enquanto indivíduo da magistratura, subdividindo-se em responsabilidade em face dos poderes políticos e responsabilidade constitucional; a segunda, consistente na responsabilidade social, assumida perante o público em geral e podendo-se atribuir ao Estado ou ao juiz; a terceira, a responsabilidade jurídica do Estado, que pode ser exclusiva ou concorrente com a responsabilidade pessoal do juiz, que é a quarta modalidade, esta subdividindo-se em penal, civil ou disciplinar.

2.2.1 Responsabilização política

A concepção da responsabilidade política do magistrado pelo ato judicial está intrinsecamente relacionada com o sistema jurídico adotado pelo Estado, conforme exposto por Loureiro Filho (2005). Nos Estados que adotam o modelo do *common Law*, por exemplo, há instrumento de controle político da atuação dos magistrados, por intermédio de procedimentos como *impeachment* e *recall*. Nos modelos do *civil Law*, ante a maior independência do magistrado, a responsabilização política é instituto com menor prestígio.

A particularidade dessa modalidade de responsabilização pessoal do magistrado reside na realização do julgamento por um órgão político, o qual tem a prerrogativa de aplicar uma pena também de natureza política, como exemplo, o afastamento do magistrado do exercício da sua função, em virtude do modo de execução ou mesmo do teor do ato decisório.

Por essa razão, a responsabilidade política nos Estados em que o magistrado exerce uma atividade eminentemente política ganha maior relevância prática. Nos modelos estatais em que o magistrado atua de modo independente (como no Brasil), a responsabilidade pelo ato judicial, na perspectiva política, se restringe aos julgadores indicados mediante

procedimento diverso do concurso público (como exemplo, os ministros do Supremo Tribunal Federal).

Sobre o instituto, dois pontos são dignos de realce: (a) controle político da atividade jurisdicional do magistrado considerado como agente público; (b) posição do Poder Judiciário perante os demais poderes.

O primeiro ponto torna-se inócuo nos Estados em que há um sistema processual de livre apreciação de provas e maior espaço para a atuação do magistrado como intérprete do direito para, a partir da norma legal e dos fatos, criar uma norma de decisão. Isso por que, consagrando a liberdade de convicção do julgador, confere-se maior independência para a sua atuação, razão pela qual o conteúdo das decisões proferidas não se submeterá à apreciação por um órgão político.

Quanto ao segundo, releva-se análise da posição do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, no âmbito de um modelo de jurisdição una de controle da legalidade dos atos administrativos ou de controle repressivo de constitucionalidade.

2.2.2 Responsabilização social

Loureiro Filho (2005) compreende a responsabilidade social como um dever do magistrado perante à sociedade (prestação de contas), com a previsão de sanções, uma vez que a função jurisdicional compreende uma das formas de atuação do Estado no contexto social. Apesar da sua concepção teórica, essa modalidade de responsabilização do magistrado não se demonstra adequada ao controle da magistratura como atividade técnica e profissional.

O princípio da publicidade dos atos processuais e a consequente necessidade de fundamentação das decisões seriam suficientes para alcançar o objetivo buscado com a perspectiva social de responsabilização do magistrado, qual seja, legitimar a sua atuação mediante a divulgação do seu trabalho perante a sociedade. A partir desses pilares, é possível uma maior atuação das entidades sociais na análise do trabalho desenvolvido pelo magistrado.

Para Aguiar Junior (1998), a responsabilidade social do magistrado é consequência do Estado democrático de Direito, uma vez que a função jurisdicional é, como as demais funções estatais, uma das formas de realização dos valores constitucionais e de concretização dos direitos fundamentais. Esse doutrinador defende, ainda, que a legitimidade das decisões judiciais decorre da busca, intentada pelo magistrado, em prol da realização dos valores constitucionais.

O juízo ético de reprovação social, portanto, seria decorrência da expectativa, despertada na sociedade, de realização dos anseios sociais, sob a perspectiva democrática. Embora exista o dever de atendimento de tal expectativa social, o ordenamento pátrio é silente quanto à previsão de qualquer penalidade para o caso de descumprimento dessa conduta. Esse fato sobleva a questão da subjetividade e da amplitude dogmática quanto à adequada delimitação dos anseios sociais e, principalmente, aos critérios para mensuração da conformação da decisão judicial com tais parâmetros.

Nessa perspectiva, o magistrado estaria sempre vinculado aos anseios da sociedade quanto à realização da justiça, o que fatalmente conduziria ao direcionamento do convencimento do julgador a partir dos reclames sociais em detrimento da sua visão imparcial e técnica sobre o caso a ser apreciado.

Importante questionar, contudo, a adequação da publicidade conferida aos julgamentos dos órgãos jurisdicionais (principalmente nas Cortes de justiça) como fator prejudicial à análise, interpretação do caso e construção da norma de decisão. Em alguns países, como na Alemanha, a Corte Constitucional promove o julgamento das lides postas à sua apreciação mediante sessões fechadas, a fim de evitar a influência da pressão popular sobre o convencimento dos magistrados.

Neste trabalho, defende-se a concepção de que a publicidade (dos atos processuais, inclusive dos julgamentos) é elemento previsto no texto constitucional e crucial para a conformação constitucional do processo como instrumento de realização de direitos. Doutrinadores – como Mendes, Coelho e Branco (2010) – vão além ao argumentar no sentido de que o princípio da publicidade confere legitimidade à atuação jurisdicional, uma vez que permite às partes e à sociedade acompanhar a prática e o teor dos atos praticados para o deslinde da causa, seja no âmbito civil, penal ou trabalhista.

Sendo assim, compreende-se que o papel da sociedade na fiscalização da atividade jurisdicional é elemento primordial no modelo do Estado democrático de Direito. Contudo, há que se garantir que tal mister seja realizado adequadamente, a fim de buscar a concretização dos valores constitucionais e não apenas criar tendências de opiniões em determinados julgamentos (que causam maior comoção social).

2.2.3 Responsabilização jurídica

A doutrina identifica três perspectivas da responsabilidade do magistrado pelo ato judicial: (a) civil; (b) criminal; (c) disciplinar ou administrativa. A extensão de cada uma dessas modalidades está relacionada com o sistema desenvolvido por cada Estado para a regulamentação do tema. As normas pertinentes ao sistema constitucional brasileiro são abordadas no tópico subsequente.

3 A SITUAÇÃO ATUAL DOS SISTEMAS PÚBLICO E PRIVADO DE RESPONSABILIZAÇÃO DO JUIZ NO BRASIL

3.1 SISTEMA PÚBLICO

A adoção, pelo Brasil, da teoria objetiva da responsabilidade representa um dos maiores avanços no âmbito da responsabilidade pública pelos atos judiciais, uma vez que a identificação de eventual culpa é relevante apenas para fins de ações regressivas. Com a Constituição de 1988, passa-se a defender a tese da responsabilidade do Estado por atos judiciais, com fundamento na teoria do risco administrativo, afastando-se, com isso, a tese da irresponsabilidade do Estado pelo ato judicial.

O artigo 37, §6º da Constituição Federal expressa-se no seguinte sentido “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A extensão da norma prevista neste dispositivo constitucional é alvo de relevantes discussões doutrinárias. Cavalieri Filho (2010) entende que a interpretação extensiva dessa norma ocasiona uma ampla responsabilização do Estado, justificando até mesmo o desrespeito à coisa julgada para a proteção dos direitos violados pelo ato judicial.

Na sua concepção, pois, apenas a norma do artigo 5º, LXXV da Constituição seria aplicável ao Poder Judiciário, em face da sua especialidade em abordar o erro judicial: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim com o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. No mesmo sentido, é a tese de Ferriani (2009).

O fundamento para a defesa dessa tese reside na compreensão hermenêutica de que o artigo 5º, LXXV confere um temperamento à responsabilidade prevista no artigo 37, §6º, em face das especificidades da atividade judicial.

O primeiro dispositivo, portanto, seria aplicável apenas ao ato judicial típico (decisões, sentenças, acórdãos), caracterizado pelo *erro in iudicando* e *erro in procedendo*, enquanto que o segundo seria aplicável a todos os atos que compõem a atividade judiciária (atos para o regular andamento processual praticado inclusive pelos servidores).

Afora os dispositivos constitucionais, o Código de Processual Penal garante indenização ao indivíduo que por erro judiciário for condenado ou ficar preso por tempo maior que o fixado na sentença, havendo ampla discussão doutrinária acerca da recepção dessa norma na Constituição Federal de 1988.

3.2 SISTEMA PRIVADO

3.2.1 Perspectiva política

Conforme ressalva Loureiro Filho (2005), a responsabilização política do magistrado na perspectiva política carece de regulamentação no sistema constitucional brasileiro, razão pela qual a aplicabilidade prática deste instituto é deveras restrita.

Um dos exemplos colacionados na doutrina reside na responsabilização política dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em face da particularidade inerente à forma de ingresso na carreira, por meio de indicação e nomeação ao invés de submissão a concurso público de provas e títulos.

Nesse sentido, a Constituição Federal prevê o crime de responsabilidade, o qual confere ao Senado o poder dever de processar e julgar o ministro do Supremo Tribunal Federal. A Lei 1.079/50 regulamenta os crimes de responsabilidade (ou político) dos ministros da Corte Suprema, definindo as hipóteses de configuração da responsabilidade desses julgadores, como exemplo, alteração da decisão ou voto já proferido em sessão ou tribunal.

Apesar da previsão legal, a doutrina realça a inaplicabilidade das normas de responsabilização política dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, expondo que, “é preciso reconhecer, portanto, de um lado, a inoperância da lei para o caso da responsabilidade política dos ministros do Supremo Tribunal Federal” (AGUIAR JUNIOR, 1998, p. 37).

Afora o problema da inaplicabilidade da legislação que prevê a responsabilização dos ministros do Supremo Tribunal Federal, há que se registrar a completa ausência de qualquer

diploma normativo que verse sobre a responsabilidade política dos demais membros do Poder Judiciário.

Para Loureiro Filho (2005), a ausência de legislação prevendo essa modalidade de responsabilização é um ponto negativo, uma vez que torna o ordenamento jurídico carente de um instituto deveras importante para a realização da função jurisdicional do Poder Judiciário. No entanto, há a indicação da atuação do Conselho Nacional de Justiça como uma forma viável de responsabilização pessoal do magistrado, enfocando-se no modo de exercício da atividade jurisdicional e não mérito da decisão.

3.2.2 Perspectiva social

No sistema constitucional brasileiro, a escolha dos magistrados realiza-se mediante concurso público de provas e títulos, razão pela qual não há previsão normativa quanto aos instrumentos de responsabilização social do magistrado, como o *recall* presente nos Estados filiados ao *common law*. Com isso, a responsabilidade social do magistrado apresenta-se com uma roupagem ética, uma vez que recai sobre a própria decisão, na qual uma das partes litigantes restará, em regra, insatisfeita com o teor do julgado.

No Supremo Tribunal Federal, que atua também como Corte Constitucional (nos casos de controle de constitucionalidade), ocorre exatamente o inverso: as sessões de julgamento são públicas, admitido-se, ainda, a participação da sociedade por intermédio da figura do *amicus curiae*. Até que ponto a publicidade das sessões de julgamento é benéfica? Tal abertura não ocasiona uma limitação no julgador, diante da pressão popular?

De acordo com Silva Junior (2008), o princípio da publicidade ganha proteção constitucional a partir da perspectiva democrática da Constituição Federal de 1988, amparada na concepção de cidadania participativa e no direito de acesso à informação. Tendo em vista que a titularidade do poder do Estado recai sobre o povo, a atuação do ente estatal deve ser acompanhada e fiscalizada pela sociedade, razão pela qual se sobressai a imposição normativa de conferir publicidade aos atos praticados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

3.2.3 Perspectiva jurídica

De acordo com Cavalieri Filho (2010), a responsabilização jurídica pessoal do magistrado tem como pressuposto essencial a ocorrência de dolo, fraude ou quando este, sem

justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que devam ser ordenadas *ex officio* ou a requerimento da parte.

O juiz poderá ser responsabilizado diretamente somente nos casos previstos na lei. No sistema jurídico brasileiro, há norma específica sobre a responsabilidade pessoal do juiz, qual seja, o artigo 133 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

I) no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II) recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

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

Alguns juristas – como Cretela Junior (1972) – sustentam a inconstitucionalidade desse dispositivo normativo. Os argumentos em defesa dessa tese são: (a) revogação tácita do dispositivo em face da revogação do artigo 121 do Código de Processo Civil; (b) ausência de relação entre as partes processuais e o magistrado, uma vez que aquelas se relacionam com o Estado.

Contudo, há doutrinadores – ex. Wambier (1988) – que pugnam pela concepção segundo a qual a Constituição Federal disciplinou as situações em que o Estado responde por atos de seus agentes, sem afirmar sobre a exclusividade do dever de indenizar.

Assim não há de se falar em incompatibilidade entre artigo de lei federal e dispositivo constitucional, sendo necessária apenas a interpretação sistemática a fim de conciliar os textos de lei aparentemente conflitantes, defendendo-se a tese segundo a qual o dispositivo do Código de Processo Civil serve para complementar a responsabilidade do Estado prevista constitucionalmente.

Outros dispositivos tratam da matéria. O artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional traz redação quase idêntica ao do artigo 133 do Código de Processo Civil. Há que se registrar, contudo, a ampliação das hipóteses de incidência do aludido dispositivo aos demais ramos do direito, para abarcar o erro judicial penal, eleitoral, militar e trabalhista.

Destarte, dentro da sistemática do art. 37, §6º da Constituição, que estabelece a responsabilidade primária do Estado por atos dos seus agentes, os dispositivos do artigo 133 da lei processual civil e artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional hão de ser invocados somente por ocasião da ação de regresso, movida pelo Estado contra o magistrado que ocasiona danos aos jurisdicionados, conforme ressalva Ferriani (2009).

Conforme ressalva Loureiro Filho (2005), em regra, tem-se acolhido a tese de irresponsabilidade do juiz, predominando o sistema de responsabilidade pública. Em consonância com Cavalieri Filho (2010), é defensável a tese no sentido de que a responsabilidade pessoal do magistrado, caso levada a efeito, não afasta a possibilidade de responsabilização do Estado, uma vez que aquele atua em nome do ente estatal e exerce uma função pública (jurisdicional) prevista constitucionalmente.

4 TENDÊNCIAS NECESSÁRIAS DE PUBLICIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Nesse momento, iniciaremos o enfoque da publicização da responsabilidade em face de atos judiciais – introduzida nas linhas anteriores -, principal objetivo do estudo. Para tanto, é necessário percorrermos as diferentes opiniões acerca do tratamento a se conferir à responsabilização do Estado em face de atos judiciais: desde aqueles que entendem pela não responsabilização, passando pelos que entendem por uma responsabilização limitada até aqueles que compreendem pela amplitude da responsabilidade pública em tais situações. Será dado destaque aos fundamentos filosóficos presentes na responsabilização pública, para que se confira sustentação suficiente a uma leitura ampla do principal dispositivo existente no ordenamento jurídico acerca do assunto: o §6º do art. 37 da Constituição Federal.

4.1 AS DIFERENTES OPINIÕES ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NO TOCANTE A ATOS JUDICIAIS

Utilizando-nos da lição de Mário Moacyr Porto transmitida por Delgado [s.d], podemos enumerar três correntes doutrinárias principais que intentam estabelecer o melhor regime de responsabilização do Estado em face de atos de seus juízes. São elas: a) o ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional, pelo que, em nenhuma hipótese, poderá acarretar responsabilidade civil do Estado; b) o juiz é um funcionário público de natureza especial. Os seus atos são iniludíveis manifestações do Estado, pelo que não devem ficar submetidos à disciplina estabelecida para os demais servidores públicos. Se ocorrer dano ao particular, a ação de indenização será proposta contra o Juiz ou contra a pessoa de direito público, conforme o caso; c) o juiz é um funcionário na expressão estrita do termo. Assim

sendo, quando os seus atos ocasionarem danos, devem ser indenizados diretamente pelo Estado, só pelo Estado.

No tocante à primeira concepção, destaca Delgado [s.d] que estão em pauta de defesa dos partidários desta corrente: que o Estado não é responsável por atos judiciais, senão em casos expressamente declarados em lei; que os magistrados integram órgãos da soberania nacional, pelo que os atos judiciais praticados estão imunes à responsabilidade do Estado; que a independência do Poder Judiciário não pode conviver com a responsabilidade do Estado em decorrência da prática de dano aos jurisdicionados, por atos judiciais. Para a discussão mais detida desses três argumentos, reservamos um subtópico do item 6, ao que fazemos remissão.

Enquanto isso, podemos afirmar, de pronto, que entendemos que essa compreensão contribui para a negação do próprio direito. Utilizando-nos de raciocínio similar ao percorrido por Cavalieri Filho (2010), podemos afirmar que, como sujeito dotado de personalidade, o Estado deve ser capaz tanto de direitos como de obrigações. Fazendo menção à teoria do órgão aplicada aos órgãos públicos, e especificamente aos atos judiciais, podemos inferir que a atividade do agente – nos termos do §6º do art. 37 da Lei Maior – configura-se como atividade própria da pessoa jurídica, devendo ser atribuídas a esta todas as consequências danosas ou não dessa atividade (CAHALI *apud* CAVALIERI FILHO, 2010).

Deve-se levar em conta, ainda, que a atividade jurisdicional possui a si inerente a característica do risco, em outros termos, a sua prática representa um risco de dano aos que dela se utilizam. Isso é ao que, inclusive, a defesa da aplicação do §6º do art. 37 do Texto Maior aos atos judiciais nos remete. Fazemos remissão aos tópicos 6.2 e 6.3 para detalharmos a aplicação da teoria do risco administrativo, sendo possível adiantar que ela será a nossa escolhida para aplicação.

Quanto à segunda corrente, utilizemo-nos da opinião de Miguel Seabra Fagundes, citado pelo próprio Delgado [s.d], quando compreendia que também os juízes, enquanto agente e ao lado dos demais agentes e órgãos do Estado, mesmo fruindo de suas garantias especiais, não perdia o caráter de funcionário. Nesse caso, entendemos o juiz enquanto agente do Estado, visto que consiste num termo mais genérico para designar aqueles que são tidos por alguns até mesmo como órgãos.

A terceira corrente é a de que mais nos aproximamos, entendendo, no entanto, por uma combinação entre responsabilidade pública e privada do juiz em casos nos quais o Estado possa buscar o regresso por dolo ou culpa, de acordo com a estrutura normativa já posta pelo ordenamento pátrio, explicitada em momento anterior. O tópico seguinte inicia a elucidação

do posicionamento adotado neste trabalho, sendo explicada naturalmente a não adoção exclusiva da responsabilização estatal.

4.2 OS FUNDAMENTOS PELA PUBLICIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Consoante já visto até agora, a responsabilização pública em face da prática da atividade judiciária, muito em especial os atos emanados da autoridade judiciária – próprios da atividade fim do Poder Judiciário -, encontra muita resistência em seu estabelecimento, embora se faça essencial.

Deve-se levar em conta, de início, que a responsabilização pública faz com que não se confundam Estado e Direito, tendo-se como consequência a submissão do Estado ao princípio que resguarda o modelo de Estado de Direito e, mais ainda, do Estado democrático de Direito. Por esse motivo, vale-se da lição de Loureiro Filho (2005) quando afirma que um dos fundamentos do Estado de Direito está na responsabilidade pública plena. E ainda, como afirma Mendonça (p. 130):

A responsabilização do Estado é tema que se reveste de suma importância dentro do estudo do denominado Estado de Direito. Logo de início pondo-se em relevo o fato de que Estado e Direito não se confundem. No que, se observada a relação lei e direito, ver-se-á, nessa problemática, que a norma positiva não passa de mera representação do Estado, de um de seus aspectos. O estado deve subordinar-se à lei. Esta nasceu como uma mera forma de exteriorização de uma vontade suprema, paulatinamente tornando-se uma garantia de um governo balizado para o indivíduo. Para, com o constitucionalismo, ser erigida como barreira contra o absolutismo.

Afirma o mesmo autor em outra passagem:

(...) a responsabilização é um meio de exteriorização da Justiça. É como a sociedade encara determinada conduta praticada em seu seio. E o modo como a mesma busca efetivar esse procedimento compõe a temática do acesso à Justiça. Para entender esse processo, é preciso que se atente para os fatores de legitimidade existentes dentro do ordenamento, os quais pautarão o relacionamento deste com a Justiça. Por esse caminho, alcança-se o fundamento filosófico da responsabilidade. (MENDONÇA, p. 129)

Vê-se, com a lúcida reflexão acima, que a responsabilidade, além de uma questão de Justiça, trata da legitimidade do Estado, da justificativa racional de sua existência, num processo de retorno ao móvel que originou sua viabilização: o bem comum. E a visão democrática de um Estado de Direito é a que melhor se ocupa dessa racionalização do poder,

elegendendo como critério de sua realização um ambiente democrático pautado na concretização material de seus fundamentos, mas não em modelos meramente formais de representatividade.

Nesse sentido, é possível a inexistência de um ambiente democrático em sociedades que funcionem com base num sistema organizado com vistas a, simplesmente, conferir voz à maioria. Pelo que se fortalece cada vez mais o sentido material da democracia, com base na realização da dignidade da pessoa humana – e, a partir dela, os direitos fundamentais em geral – e o primor pelos processos racionais de decisão, acessíveis seus motivos a quem interessem. É nessa mesma senda que propõe Härbele (2002) uma reflexão acerca de métodos refinados, alternativos ao desenvolvimento da democracia, localizados nas mais diversas esquinas do ordenamento jurídico.¹

A responsabilização do Estado garante nada menos do que a realização dos direitos fundamentais de seus cidadãos. E essa responsabilização deve atingir sobretudo o órgão responsável pela distribuição da Justiça.

Ademais, deve-se ter em conta, especialmente nesse contexto de Estado garantidor de direitos fundamentais, o princípio geral de direito ínsito à questão da responsabilidade, a saber, o da igualdade, o qual se busca restaurar. Isso em virtude do necessário equilíbrio de tratamentos entre a responsabilidade possível de ser contraposta ao Poder Executivo que não ocorre com o Legislativo e o Judiciário.

Outrossim, é necessária uma incursão acerca da natureza da função do Poder Judiciário. É interessante ter em mente que a atividade exercida por esse órgão do Estado, o qual atua mediante um procedimento previamente estabelecido com vistas a entrega da prestação jurisdicional, seja mediante uma sentença reparadora ou uma liminar de caráter inibitório, por exemplo, possui características de serviço público.

Nesse sentido, a prestação jurisdicional consiste em mais um serviço exercido pelo Estado. Serviço de grande vulto, porque suporte ao funcionamento da estrutura de um Estado

¹ Nesse contexto é útil salientar a distinção feita por Peter Härbele entre democracia do cidadão e democracia popular. Entende aquela mais realista do que esta última, por estar a democracia do cidadão mais próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Pelo que entende existirem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo linear de pensar a respeito da concepção tradicional de democracia. Sua proposta específica, a título de ilustração, é contribuir com a realização da democracia mediante o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais, a fim de se promover uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição como expressão máxima de legitimidade democrática. Reforçamos, aqui, que a concepção mais avançada de democracia está ligada à substancialidade da ação do governante, embasada sempre na garantia de direitos fundamentais – enquanto que a concepção tradicional confere enfoque à mera formalidade da estrutura política.

de Direito, a ponto de ser denominado constitucionalmente de poder, em face de sua magna importância à autossustentação do Estado.

Tenha-se em conta, nesse contexto, que a logística envolvida para que o Poder Judiciário culmine na entrega da prestação jurisdicional envolve, além do trabalho do próprio magistrado, o desempenho das funções dos serventuários da justiça, que executam expedientes de caráter ordinatório com vistas ao andamento dos processos: expedição de certidões, mandatos e alvarás, lavratura de termos, entre outros. É nesse sentido que alguns autores, a exemplo de Silva (1985), entendem que a função jurisdicional não se cinge à sentença, abrangendo toda a atividade que conduz à própria sentença, abarcando-a, sendo daí que se atribui à função jurisdicional um caráter ínsito de serviço público. Como consequência, em sendo um serviço público, caberia necessariamente ao Estado responder por suas falhas. E como decorrência lógica disso repele-se a responsabilidade pessoal do juiz, que não corresponde à realidade fática e envolve, em verdade, um pressuposto falso.

Merece comentário, nesse contexto, o fato de que a responsabilidade pessoal do juiz, tratada em tópico anterior, pode servir como instrumento de pressão, de coerção, contra os comportamentos negligentes dos membros do Judiciário, fazendo com que a função jurisdicional seja executada com maior diligência (LOUREIRO FILHO, 2005). Ocorre, contudo, que a responsabilidade do magistrado, pessoal, é de natureza subjetiva. A responsabilidade do Estado, de natureza objetiva, possui um viés publicista, enquanto que a responsabilidade subjetiva adquiriu ares individualistas. Cabe àquela uma melhor expressão do coletivo (MENDONÇA, 2003), o qual suporta ônus em conjunto.

Nessa senda, deve-se levar em conta a unidade do poder, inexistindo uma separação estanque entre os órgãos que realizam as respectivas funções estatais. Todos eles representam o poder estatal e, portanto, todos devem ser responsabilizados. Deve haver um tratamento equilibrado e coerente aos três órgãos representantes das funções estatais quanto ao seu relacionamento com os cidadãos. E essa, ressalte-se, consiste na leitura ideal do dispositivo presente no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, não se devendo estabelecer, como o próprio texto do dispositivo não o faz, diferenças entre os agentes ou os poderes que esses integrem.

A jurisprudência do Excelso Pretório já registrou antes, em 2002, o seguinte entendimento:

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 conhecido e provido. (RE 228.977-2/SP, Relator (a): Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ de 12/04/2002) [grifo nosso]

Contudo, em tempos recentes, é reiterado o seguinte posicionamento do Excelso Pretório:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 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 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. (RE 553637 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-06 PP-01629)

Contudo, deve-se ter em mente que a leitura do dispositivo presente no §6º do art. 37 da Constituição Federal, apresenta-se bastante clara. Isso porque não há em sua redação qualquer restrição à aplicabilidade de suas normas. Isso com esteira no princípio do acesso à justiça, bem como pela evolução do modelo de Estado democrático de Direito, como já dito. Deixe-se reforçado que o dispositivo presente no inc. LXXV do art. 5º da Constituição Federal faz do ressarcimento algo incondicionado. Em virtude da clareza de leitura e abrangência do §6º do art. 37 da Constituição Federal, o dispositivo do inc. LXXV do art. 5º passa a ser expletivo, desnecessário, mesmo revogando o dispositivo presente no art. 630 do Código de Processo Penal, o que já é feito pelo multimencionado §6º.

4.3 A TEORIA APLICÁVEL À RESPONSABILIZAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO EM FACE DE ATOS DO PODER JUDICIÁRIO

O grande desafio aqui é advogar em favor da responsabilidade objetiva do Estado em casos de atos judiciais. Isso significa que a atividade judicial, de *per si*, sem que se albergue uma culpa por parte do magistrado ou de qualquer outro agente que funcione dentro da estrutura da função jurisdicional, pode ser causa de responsabilização para o Estado, apenas por estar exercendo aquela função.

Isso nos remete à teoria do risco. Tenhamos em conta que a atividade jurisdicional possui a si inerente a característica do risco, em outros termos, o seu exercício gera um risco de dano aos que dela precisam. Essa é a teoria por nós admitida, em virtude da leitura sugerida para o art. 37, §6º, da Lei Maior - leitura essa defendida no tópico anterior - tendo como consequência que o Estado responde objetivamente e por ações ou omissões lícitas ou ilícitas de natureza jurisdicional que provoquem danos.

Contraposta às particularidades da função jurisdicional, a adoção da teoria do risco nos remete a algumas questões por serem esclarecidas.

Inicialmente, entendemos existir uma distinção entre a teoria da culpa anônima do serviço e a responsabilidade objetiva. Na primeira, ainda que não importe nominar o culpado, existe um serviço defeituoso; já na segunda, o próprio risco inerente ao exercício da atividade já faz com que, *a priori*, se atribua responsabilidade a qualquer resultado danoso, culpado ou não o agente – apenas em virtude de oferecer riscos a sua atividade, como ditado pela teoria do risco, fundamento da responsabilidade objetiva. Resta saber se compreendemos pela aplicação de uma ou outra aos casos de atos judiciários.

Desde já, merece ponderação o fato de que não se faz adequada a adoção da teoria do risco integral, uma vez que essa última impossibilita o afastamento da responsabilidade em casos nos quais não haja nexos causal entre a conduta praticada e o dano sofrido. Não compreendemos o Estado como segurador universal, sendo razoável apenas penalizar a própria coletividade através do Estado quando exista um móvel digno o suficiente, que é o nexo causal. Mais adequada, pois, a adoção da teoria do risco administrativo, excluindo-se a responsabilidade em face de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Para aplicar a responsabilidade objetiva com fundamento teoria do risco administrativo, devemos ter em conta a diferença entre condenação² e dano. A condenação de

² Ou, em termos técnicos mais fiéis, condenação, declaração, mandamento, constituição ou execução, que consiste na gama de atos, denominados a partir de seus efeitos, que podem emanar de uma decisão judicial.

alguém pelo Estado-juiz decorre de um ato lícito resultado de uma posição de direito material ou processual desfavorável ao condenado. O dano decorre de um ato igualmente lícito – mas também pode ser ilícito, a depender de se há uma transgressão da juridicidade pelo ato - que desconsidera, por algum equívoco material ou culpa *lato sensu*, a solução mais adequada. Nesse sentido, podemos perceber claramente a existência de uma falha a ocorrer no dano e não na condenação. A falha, no dano, pode ter sido marcada por culpa – a culpa *lato sensu* a que nos referimos, englobando dolo e culpa e, dentro dessa última, as possibilidades de negligência, imprudência ou imperícia – ou pela ausência dela, no caso um mero equívoco ocasionado por outro evento que não decorreu de qualquer descuido do agente, sendo-nos possível localizar, aí, a responsabilidade objetiva.

Já para verificar a inaplicabilidade da teoria do risco integral, podemos formular um exemplo: na condenação de um réu por revelia, em que o próprio réu não compareça aos atos do processo, dificilmente será possível atribuir a culpa ao Estado, a menos que reste demonstrado que a revelia foi causada em virtude do não cumprimento do princípio da publicidade, havendo sido o oficial de justiça negligente ou não havendo a secretaria judicial providenciado a publicação da citação. Do contrário, ficaria praticamente inviável o andamento da atividade jurisdicional.

Considera Delgado [s.d] incluível o fato de que deve haver uma responsabilização do Estado no tocante à demora na prestação jurisdicional - objeto principal de seu estudo ora referenciado -, desde que provada a existência de dano ao cidadão. Trabalha o autor por sobre a ideia de atividade jurisdicional defeituosa como necessária à admissão de dano. Veja-se o que diz:

A doutrina caracteriza a atividade jurisdicional defeituosa quando:

- a) o Juiz, dolosamente, recusa ou omite decisões, causando prejuízo às partes;
- b) o Juiz não conhece, ou conhece mal, o direito aplicável, recusando ou omitindo o que é de direito;
- c) o atuar do Poder Judiciário é vagaroso, por indolência do Juiz ou por lentidão determinada por insuficiência ou falta de Juízes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos, o que impossibilita o julgamento dentro dos prazos fixados pela lei.

Após a breve análise feita nos parágrafos anteriores, somos levados a enxergar apenas no defeito, numa falta do serviço, as legítimas oportunidades para uma responsabilização por parte do Estado. E isso se fortalece quando equiparamos a atividade jurisdicional a um serviço público, como fizemos no tópico anterior.

Frise-se que utilizamos condenação enquanto termo genérico a representar todas essas possibilidades de determinação de uma decisão judicial.

4.4 A EXTENSÃO SUBJETIVA DA RESPONSABILIZAÇÃO PÚBLICA

Uma vez definido o grau de responsabilização destinado ao Estado em sua função judicial, há que se delimitar as situações a quem destinar-se-á esse regramento. Em outras palavras, como prometido nas linhas iniciais, há que se definir o que se compreende por atividade judicial. Para Cavalieri Filho (2010), existe uma diferença entre atividade jurisdicional e atividade judiciária. Entende a primeira enquanto exclusiva dos juízes, realizada mediante atos judiciais típicos – como decisões e sentenças, por exemplo. Já por atividade

Alinha-se com o primeiro posicionamento do doutrinador no tocante à atividade jurisdicional, entendendo que a jurisdição somente pode ser efetivamente exercida por aqueles agentes dotados de poder para tanto, sendo o Judiciário detentor da mesma enquanto sua função típica e os demais poderes detentores dela enquanto sua função atípica, sempre que puderem atribuir obrigatoriedade e executividade a um seu ato.

Entendendo de maneira um pouco diversa no tocante à segunda nomenclatura, denominaremos atos judiciais ao que o referido autor denomina de atos judiciários, ou seja, aqueles atos próprios emanados do Poder Judiciário, sejam no exercício da sua função-fim – a atividade jurisdicional – seja nos atos preparatórios e auxiliares a ela – certidões, mandatos, alvarás, por exemplo. É pretensão deste estudo trabalhar ambos, uma vez que existem argumentos – a exemplo da atividade judicial enquanto serviço público, que a ambos se aplicam, enquanto que existem outros – por exemplo, a discussão acerca da independência do magistrado ou da autoridade da coisa julgada - os quais não são aplicáveis aos atos de mero expediente.

Frisa Mendonça (2003), em sua obra, que se deve estender a compreensão de atividade jurisdicional do Estado às funções essenciais à justiça. Em função da evolução da proposta feita em sua tese, trabalho ao qual ora nos referimos, entendemos de importante menção, embora estendamos a aplicação do defendido no presente trabalho apenas àqueles agentes diretamente ligados ao órgão Poder Judiciário.

5 AS PROBLEMÁTICAS EM TORNO DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DO JUIZ

No dizer de Yussef Sahid Cahali, citado por Lair Loureiro Filho (2005), a irresponsabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, afora a concessão feita à responsabilidade dos danos resultantes do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado.

A resistência é encontrada em face de motivos respeitantes à própria natureza da atividade jurisdicional. Essa problemática foi brevemente introduzida no tópico 6.3. Referimo-nos às peculiaridades que caracterizam a atividade de julgar especificamente. Isso porque, especialmente na jurisdição contenciosa, sempre haverá uma das partes – ou ambas, por exemplo, em uma sucumbência recíproca – insatisfeitas com o resultado da atividade jurisdicional.

Sustenta Pedro Lessa, citado por Cavaliere Filho (1997), que, se o lesado em face de uma sentença definitiva pudesse levantar a questão da responsabilidade do Estado, abriria um novo litígio sobre a questão já ultimada. Por isso, apenas nos casos de revisão criminal e rescisão da sentença civil é que enxerga ressarcimento. Para o Supremo Tribunal Federal, conforme já exposto, não há que se admitir a responsabilização, afora dos casos previstos expressamente no ordenamento, no tocante a atos judiciais.

De fato, o assunto é bastante delicado, tendo em vista a complexidade e o equilíbrio que deve manter a prestação jurisdicional.

Por esse motivo, decidimos enumerar aqui os contras mais apontados em face da responsabilização do Estado. De acordo com a lição de Mendonça (2003), a doutrina identifica dois grandes argumentos contrários à responsabilização do Estado pela prática de ato jurisdicional, ao qual acresce mais um, sendo eles: a teoria ou princípio da soberania ou irresponsabilidade; o princípio da coisa julgada e o princípio do procedimento.³ Por sua vez, Loureiro Filho (2005) identifica como óbices à responsabilização pública diante de atos judiciais: a independência dos magistrados, a soberania da atividade jurisdicional, a inexistência de lei específica, a falibilidade contingencial dos juízes e, principalmente, a incontrastabilidade da coisa julgada.

Passamos a pontuar cada um deles.

³ O referido doutrinador inclui nesse tema os seguintes elementos: independência da magistratura; falibilidade dos juízes; o risco assumido pelo jurisdicionado. Todos eles já se encontram incorporados, mais à frente, a tópicos próprios de discussão, pelo que não abriremos um tópico específico para tratar do princípio do Procedimento. Deixe-se, logo, aqui esclarecida porque inclui todos no que chama de “princípio do procedimento: “Em comum, tais temas possuem o fato de serem componentes indissociáveis de qualquer feito judicial. Interpenetrando-se de molde a permitir um bloco só de refutações”.

5.1 PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO ESTADO

Inicialmente, é interessante afirmar que o Judiciário não atua no reduto da soberania, a saber, em nível externo. Diz-se que um Estado possui soberania, que é o poder de autogoverno, sem qualquer interferência externa, diante dos demais soberanos no plano internacional. Não o Judiciário, que constitui meramente um órgão do Estado. A soberania, portanto, nunca será um atributo do Judiciário, tampouco tratará da relação entre o poder público e seus próprios cidadãos, motivo pelo qual podemos afastar essa teoria.

Contudo, enxergando o postulado por outro viés, merece comentário o fato de que essa impossibilidade de demandar o Estado em juízo pela teoria em questão é ainda uma herança do período em que religião e governo andavam unidos. O chefe era, ao mesmo tempo, chefe político e religioso. Algo que data dos primórdios do Direito Positivo, como nos informa Mendonça (2003). Ao que podemos contrapor toda a ideologia em prol de um Estado de Direito, como já o fizemos em momento anterior.

5.2 COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA

Este pode ser considerado o maior desafio a ser vencido. Isso porque, como se colocou brevemente na introdução deste tópico, sempre poderá haver uma parte – quando não ambas – insatisfeitas com o resultado da prestação jurisdicional, mas em muitas vezes, tão somente porque esse foi de encontro aos seus interesses, nem sempre porque houve, com efeito, um dano. Como controlar a atuação dessas partes defendendo a coisa julgada e, assim, promover o valor da segurança jurídica e a presunção de verdade da sentença transitada em julgado?

Leve-se em conta que resta ao Estado a demonstração de que não houve o elemento dano, senão o fato de mera “condenação”, conforme já exposto, já que estamos a tratar de uma responsabilidade objetiva.

Depois, deve-se ter em vista que o mecanismo de ressarcimento pode ser desencadeado após o trânsito em julgado. Para Loureiro Filho (2005):

Se creditássemos à coisa julgada a qualidade de “muralha sacrossanta”, estaria o importante princípio da segurança jurídica amparado pela coisa julgada acima do valor maior justiça, constituindo esta última o fim almejado, do qual a primeira faria parte, sendo mero instrumento.

Ademais, de maneira magistral questiona o mesmo autor se a desconstituição da coisa julgada seria um requisito indispensável ao ajuizamento da ação indenizatória. Informar-nos de pronto existirem diversos posicionamentos diferentes, protagonizados por autores de escol.

O principal deles, ao qual aludimos e com que concordamos, seria o de que a própria legislação processual já cuida de abrir oportunidade para essa discussão durante os momentos necessários. Na primeira delas, tem-se que dispõem os lesados de recursos necessários, bem como as chamadas prejudiciais, a interromper a possibilidade de discussão do mérito da questão em face do defeito do serviço.

Na outra oportunidade se configura com o início do prazo decadencial originado da prescrição da decisão rescindenda, ou seja, a partir da coisa julgada formada. Essa discussão é viabilizada através da ação rescisória, a qual, além da injustiça e da inconstitucionalidade da lei, pode albergar em sua pauta igualmente decisões danosas e (ou) decisões inconstitucionais.

Assim, entramos no território da discussão da relativização da coisa julgada, que aqui não nos cabe tratar. Em princípio, uma vez decaído o direito de rescindir a decisão danosa, a coisa julgada se torna soberana, impedindo, assim, o ressarcimento. Entendemos essa como a melhor forma de conciliar o exercício da responsabilização com o princípio da segurança jurídica, igualmente importante em um Estado de Direito.

Frise-se que podemos também expor tais considerações, aos mais apegados à forma, como proposta de *lege ferenda*.

5.3 INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA E LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Quando tratamos do Poder Judiciário, especialmente ante aos outros “poderes”, é crucial refletir acerca de como o Estado dá seguimento à emanção de seu poder por meio dessa facção de seu organismo.⁴ Tem-se que sua estrutura alberga instância de decisão singular, ou de um pequeno colegiado, em que poucos ou um só homem vão expor suas convicções trazidas ao longo de cada formação individual, porém em nome do Estado.

⁴ Destacamos essa expressão “poderes” entre aspas fazendo alusão à errônea ideia que passa acerca de uma separação estanque entre as funções do Estado entre cada um dos organismos assim denominados, quando sabemos que esse entendimento, bem como essa própria nomenclatura, já foi superada em prol da utilização do vocábulo “funções”. Preferimos aqui sua utilização pela menção ao nome oficial recebido até mesmo da Constituição, para cada uma dessas facções de poder, preservando o paralelismo de tratamento entre eles e o “Poder Judiciário”, antes mencionado.

Valendo-nos da lição de Silva (1985, p. 117), “não é lícito pôr em dúvida, com efeito, que o Judiciário, ao proferir seus veredictos, não fala por si, ou em caráter pessoal, porém como expressão da vontade do Estado”.

Esse início de opinião partindo da convicção íntima de cada julgador é que origina a discussão acerca da independência do juiz. Para garantir essa independência, necessária ao ideal de imparcialidade das posturas jurisdicionais – não perfeitamente atingível essa qualidade, porém utilizada como parâmetro -, atribuem-se aos magistrados diversas garantias institucionais – ou para o saudável funcionamento da instituição. Nesse sentido, a independência e a aplicação da íntima convicção ganham respaldo e proteção.

Frise-se que tal independência vem adquirindo cada vez mais visibilidade diante da mudança de postura diante do direito positivo. A “invasão legítima” de valores e a comunicação da ciência jurídica com valores e com conceitos advindos de outras províncias científicas, provocada pela superação do modelo positivista, bem assim o reconhecimento de direitos de cunho prestacional, de *status* positivo, coferiram ao Poder Judiciário o protagonismo em uma situação institucional chamada de judicialização da política. Essa judicialização é bastante notória tanto diante da exigibilidade judicial de direitos de cunho social quanto diante da presença de conceitos jurídicos abertos.

Ocorre que, como já dito na própria introdução de ideias deste tópico, o juiz representa o Estado, fala por ele. Nesse sentido, não há que se negar que a independência do juiz consiste em um fator de bom funcionamento do aparato estatal, tendo respaldo nele, assim como também o tem, fazendo parte de um mesmo contexto institucional, a responsabilização do Estado por decisões que são geradas mediante esse mecanismo – de livre convencimento, de acordo com as convicções íntimas do magistrado.

E esse respaldo é viabilizado mediante o cumprimento de alguns outros princípios e valores do ordenamento, dentre eles o princípio da responsabilidade democrática dos titulares do poder público perante o cidadão, conforme lição de Dergint, citado por Loureiro Filho (2005). Vê-se, assim, que a independência do juiz é delimitada, ainda que pareçam contraditórios os termos. É disso que trata o livre convencimento motivado do juiz. É crucial salientar, nesse ponto, que a própria responsabilidade não constitui óbice à livre apreciação das provas pelo julgador nem na escolha do conteúdo da decisão, desde que motivada e amparada nos limites do ordenamento jurídico vigente, conforme lição do mesmo autor.

5.4 FALIBILIDADE DO JUIZ

É incontestável a humanidade do juiz. Isso nos leva ao fato de que, naturalmente, cometerá o juiz alguns erros, naturais às suas limitações humanas.

Merece destaque, no entanto, o fato de que existem condições precárias de funcionamento do serviço jurisdicional, quando, ainda hoje, vê-se o funcionamento de três ou até mesmo quatro comarcas sob a responsabilidade de *um mesmo juiz* – sendo que nem sempre próximas umas às outras, inclusive. Os serviços auxiliares, como delegacias, assistências sociais, ou até mesmo o Ministério Público e a Defensoria Pública, tampouco funcionam em muitos desses lugares.

Veja-se, nesse sentido, o voto do Ministro Aliomar Baleeiro – no Recurso Extraordinário 32.518, de 21.06.66 – o qual, embora vencido, adquiriu um cunho histórico, uma vez que tratou de problema que já assolava essa atividade essencial do Estado e até hoje continua a se reproduzir:

Dou provimento ao recurso, porque me parece subsistir, no caso, responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça, ocasionando, por sua omissão de recursos materiais e pessoais adequados, os esforços ao pontual cumprimento dos deveres dos Juízes. Nem poderia ignorar essas dificuldades, porque, como consta das duas decisões contrárias ao recorrente, estando uma das Comarcas acéfala, o que obrigou o Juiz a atendê-la, sem prejuízo da sua própria - ambas constitucionais de serviço - a Comissão de Disciplina declarou-se em regime de exceção, ampliando os prazos. (RDA, 90/141).

Informa-nos Delgado [s.d] , ainda, que o ministrado citado foi acompanhado pelo seu par Odalício Nogueira, que também fez pronunciamento muito relevante, especialmente para os dias de hoje. Veja-se:

O Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário. Não proporcionou à parte a prestação jurisdicional a que estava obrigado. Houve falta de serviço público. Não preciso atingir as alturas do risco, que é o ponto culminante da doutrina objetiva, para decretar-lhe responsabilidade. Basta-me invocar o princípio da culpa administrativa, ocorrente na espécie e que não se confunde com a culpa civil porque procede, precisamente, do mau funcionamento de um serviço. (Aguiar Dias, ob. cit, vol. 11. págs. 1561160 e Orosimbo Nonato, acórdão citado, in RT 1471333).

Afirmam com bastante lucidez Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Augusto do Amaral Dergint, citados por Lair Loureiro Filho (2005), a quem nos juntamos em coro, que a falibilidade do juiz não deve servir de escusa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, pelas mesmas razões que não serve a escusa a qualquer pessoa. Essa posição

somente se fortalece se fizermos alusão à estrutura de trabalho a que o magistrado é submetido, acima citada.

5.5 INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA

Este consiste num argumento de simples refutação, na medida em que temos, conforme exposto anteriormente, em momento próprio, toda uma estrutura positiva, sobretudo constitucional, que garante a responsabilização objetiva do Estado por atos lícitos ou ilícitos praticados por quaisquer de seus agentes, conforme dispositivo presente no art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Essa convicção é reforçada pelo art. 5º, XXXV, também do Texto Maior, que prevê a inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça.

6 CONCLUSÕES

Diante de todo o caminho percorrido ao longo do trabalho, há que serem feitos alguns apontamentos em conclusão.

Percebeu-se, na exposição inicial, uma evolução na concepção de responsabilidade pública, especialmente no tocante àquela advinda de atos judiciais, face à importância da atividade jurisdicional, que cada vez mais ganha visibilidade.

Em face disso, deve-se estabelecer uma complementaridade entre os sistemas público e privado de responsabilização em face de atos pertinentes à atividade jurisdicional, praticados por quaisquer agentes que atuem na esteira da prestação jurisdicional, sejam aqueles que contribuem para a formação de atos de cunho não decisório e sim ordinatório, sejam aqueles que estão na ponta do funcionamento do Poder Judiciário, a saber, os juízes.

A responsabilidade pública do Estado, por sua vez, deve ser o destaque, já que compreendida como essencial, considerando-se todos os fundamentos apresentados, que vão desde a concepção de um Estado democrático de Direito até a compreensão da atividade jurisdicional enquanto serviço público, dentre outros. É imprescindível mencionar que isso deve ser feito, especialmente, por já existir um respaldo positivo para tanto, de envergadura constitucional, estabelecido pelo §6º do art. 37 da Constituição Federal, reforçado pelo princípio constante no art. 5º, inc. XXXV, do Texto Maior. Tais disposições anunciam claramente a intenção do Estado em dar mais um passo para a conclusão da evolução no

tratamento da responsabilização pública e devem ser lidas a partir dos fundamentos já mencionados neste parágrafo.

De sua parte, os obstáculos racionais existentes ao estabelecimento de um regime mais rígido de responsabilidades, esse em concorde com a aplicação do §6º do art. 37 à atividade jurisdicional, não devem chegar a constituir um óbice, uma vez que o próprio ordenamento jurídico, linhas gerais, já alberga as soluções cabíveis. Ademais, é possível preestabelecer um exercício racional de soluções, sem comprometimento da segurança jurídica e do Estado democrático de Direito, que o próprio princípio da responsabilização pública visa realizar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista dos tribunais**. nº. 175. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.37.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 1. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DELGADO, José Augusto. **Demora na entrega da prestação jurisdicional e responsabilidade do Estado**. [s.d] Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/download/171/168>. Acesso em 01 jun 2012.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

FERRIANI, Adriano. A responsabilidade civil do juiz. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 9(16-17): 25-39, jan.-dez. 2009.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro, **Revista de Direito Administrativo**, n. 231, jan./mar. 2003. pp. 05-45.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Fabiano. **Limites da responsabilidade do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2003.

_____. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, **Revista Jurídica**, n. 244, 1998, p. 129.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Juary. C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais**. RT 633, julho/88.