XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

CLAUDIA MARIA BARBOSA

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P762

Política judiciária e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa, Frederico da Costa carvalho Neto, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Política judiciária. 3. Administração. 4. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

POLÍTICA JUDICIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Apresentação

Ronald Dworkin, importante filósofo do direito contemporâneo e professor catedrático da Universidade de New York, lançou em 2006, um texto chamado Is Democracy possible here?, discutindo uma série de questões, dentre as quais, terrorismo e Direitos Humanos, religião e dignidade, impostos e legitimação e, finalmente, o último artigo trata do tema das condições e possibilidades da Democracia em seu país.

Tendo por cenário de fundo as discussões que se davam entre liberais e conservadores envolvendo o governo Bush (filho), e as radicalizações de posturas ideologicamente postas de cada qual, Dworkin chama a atenção para o fato de que os interesses da comunidade estão sendo cada vez mais deixados de lado, até porque, em tais cenários, o interesse de ambos os principais partidos eleitorais vem sendo o de: how to win a majority, if only barely, in what was presumed to be a closely split and highly polarized electorate.

O efeito no eleitorado disto é que ele não sabe diferenciar com nitidez o que diferencia a proposta dos partidos e candidatos, uma vez que estão bombardeados por ações de comunicação, propaganda e publicidade voltadas à conquista do voto, independentemente de sua qualidade ou fundamento. É interessante como tais situações vão gerando, por sua vez, a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político, fragilizando as distinções entre esquerda e direita por exemplo, e colocando todos os atores da arena política como que compromissados com as mesmas demandas sociais (que também sofrem homogeneização forçada, e passam a ser de todos).

De certa forma este marasmo político foi fator importante na campanha vitoriosa de Barack Obama, na medida em que suas propostas de governo foram construídas sob plataformas distintivas do que até então vinha sendo feito, saindo do status quo vigente que Starr chama de centrismo brando e confuso (bland and muddled centrism).

Sem sombra de duvidas que Dworkin está certo ao afirmar que o tema dos Direitos Fundamentais hoje - mesmo nos EUA - carece de uma preocupação cívica importante, notadamente em face dos poderes instituídos, e mais especialmente no âmbito parlamentar, eis que os legisladores em regra tratam destes pontos com níveis de ambigüidade e falta de decisão muito grande, dizendo: as little as possible except in subliminal codes meant secretly to energize important groups.

Esquece-se desta forma que a verdade é a melhor referência que se pode ter para tratar disto tudo, todavia, na realidade americana, ela parece estar obsoleta, pelo fato de que: politicians never seek accuracy in describing their own records or their opponents'positions. Em verdade, o sistema político baseado na lógica do mercado, transforma-se em mais um produto de consumo caro e acessível somente aqueles que têm condições de financiá-lo. Tal financiamento, todavia, representa mais do que acesso, mas controle do sistema político, em outros termos, in politics money is the enemy not just of fairness but of real argument.

Os níveis de baixaria e agressões nas campanhas políticas contam com apelos midiáticos de espetáculo e diversão, transformando o processo eleitoral em programas de auditório divertidos, como se não tratassem de problemas da vida real (Reason isn't everything, after all, and emotion, of the kind American elections specialize in, has an important place in politics) .

Será que esta fragilidade do sistema parlamentar e representativo não é insuficiente para se pensar as fragilidades da Democracia? Não há outros modelos de participação política (mais direta e presentativa) que possam criar alternativas aos déficits sociais e institucionais da Democracia contemporânea?

Reconhece Dworkin que o critério majoritário da deliberação política não é o único nem o mais importante na experiência Ocidental, eis que, muitas vezes, a vontade das maiorias não garante resultados justos e mais eficientes ao interesse público (que não é só o majoritário), gerando vários níveis de injustiça às minorias ou mesmo ignorando demandas de minorias. Quais os níveis de injustiça que uma Democracia suporta?

Daqui que um segundo modelo de Democracia opera com a idéia de que ela significa o governo de cidadãos que estão envolvidos como grandes parceiros numa empreitada política coletiva, no qual as decisões democráticas só o são na medida em que certas condições estão presentes para os fins de proteger o status e os interesses de cada cidadão.

No campo da pragmática e do cotidiano, o que se pode perceber é uma total falta de interesse pelos temas políticos e sociais, mesmo os relacionados a direitos civis são objeto de manejo muito mais para o atendimento de interesses privados do que públicos, e na perspectiva majoritária isto se agrava ainda mais, na medida em que as deliberações políticas só levam em conta quem participa e como participam no plano formal do processo político, ou seja, democracy is only about how political opinions are now distributed in the community, not how those opinions came to be formed.

Dworkin lembra que no modelo da democracia como conjunto de parceiros a perspectiva se diferencia, fundamentalmente porque opera com a lógica da mutua atenção e respeito enquanto essência desta matriz, sabendo que igualmente isto não faz parte das tradições e hábitos americanos, principalmente no cotidiano das pessoas e em suas relações com as outras. Registra o autor que: We do not treat someone with whom we disagree as a partner - we treat him as an enemy or at best as an obstacle - when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his.

Claro que em tempos de guerra e desconfianças mutuas as possibilidades de tratamento do outro com respeito se afigura escassa, o que não justifica a paralisia diante de situações que reclamam mudança estrutural e funcional, sob pena de comprometimento não somente das relações intersubjetivas, mas das próprias relações institucionais em face da Sociedade.

Em verdade, e é o próprio autor que diz isto, a concepção majoritária de democracia não leva em conta outras dimensões da moralidade política - resultando dai que uma decisão pode ser democrática sem ser justa -, enquanto que na perspectiva da democracia entre parceiros estão presentes outras considerações que meramente as processuais/formais, reclamando uma verdadeira teory of equal partnership, na qual se precisa consultar questões como justiça, igualdade e liberdade de todos os envolvidos. So on the parthership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural ideal.

Dai que também não resolve ter-se um super-ativismo por parte da sociedade civil na direção de propugnar por uma democracia que venha a produzir decisões políticas substanciais de preferências seletivas majoritárias, porque novamente interesses contra-majoritarios podem ser violados de forma antidemocrática.

Em face também disto é que Dworkin identifica a migração da batalha sobre a natureza da democracia e sua operacionalidade à Suprema Corte, outorgando-se a si própria legitimidade para declarar atos de competência originária de outros poderes, isto em nome, fundamentalmente, de que a Constituição Americana limita os poderes das políticas majoritárias ao reconhecer direitos individuais - e de minorias - que não podem ser violados. Um pouco é nesta direção a critica no sentido de que os juízes estariam inventando novos direitos e colocando-os dentro da Constituição como forma de substituir as instituições representativas e democráticas por seus valores pessoais ou de quem representam.

Num caso específico envolvendo um jovem hospitalizado em estado terminal na Flórida, e vivendo somente com aparelhos, como conta Dworkin, sua família autorizou, com permissão

judicial, o desligamento destes aparelhos porque isto evitaria maior sofrimento e a sua situação clínica e orgânica era irrecuperável. Imediatamente a reação do Congresso na sua maioria republicana foi feroz contra a decisão judicial, chegando inclusive a criar norma específica no sentido de que isto não poderia ocorrer até a decisão transitar em julgado. Alguns republicanos chegaram a prestar declarações ofensivas ao Poder Judiciário, dizendo estar ocorrendo verdadeira insubordinação em face do que o Parlamento decidira, pois: Once Congress had made its Will known, it was the duty of judges to execute that Will because Congress is elected by and represents the majority of the people.

O problema é que esta discussão está entrincheirada ainda em pequenos círculos de poder e de instituições já organizadas no mercado e nas relações sociais, não se podendo extrair daqui ao menos para o Brasil e mesmo para os EUA reflexos na opinião pública geral; ao contrário, pela reflexão de Dworkin, com o que concordo no ponto, a opinião pública sobre a natureza da democracia (que é o que está envolvido nesta discussão) depende muito mais do que os sujeitos que a representam acreditam serem os melhores meios e formas de conseguirem seus objetivos, sem envolver necessariamente preocupações com os impactos e efeitos que isto pode acarretar ao interesse público da comunidade.

Desta forma, a regra majoritária de deliberação política divorciada de uma opinião pública qualificada por seus argumentos não assegura maiores níveis de legitimação do que deliberações monocráticas decorrentes de processos de consulta ou discussão pública efetiva. Falha inclusive aqui o chamado Teorema de Condorcet, para o qual a soma quantitativa majoritária das escolhas individuais homogêneas maximiza a chance de que se chegará a resultados democráticos e satisfativos, pois se teria de perguntar: satisfativo para quem? No mínimo - e nem isto está garantido para aquela maior parte quantitativa de indivíduos.

Mesmo a perspectiva de que a regra das escolhas e deliberações majoritárias venham a estabelecer vínculos políticos e institucionais (com parlamentares e partidos), independentemente da forma constitutiva das escolhas/deliberações, não garante tratamento isonômico às escolhas e pretensões contra-majoritárias. Como lembra Dworkin, os temas que envolvem políticas públicas apresentam não raro fundamentos morais de alta complexidade, not strategies about how to please most people.

Por outro lado, o autor americano toca em ponto nodal desta discussão que diz com os déficits democráticos efetivos do modelo da democracia representativa ao menos historicamente -, na medida em que ela opera com o pressuposto equivocado de que há equilíbrios perenes nas bases da representação que a institui:

Political Power also very much differs because some of us are much richer than others, or more persuasive in discussion, or have more friends or a larger family, or live in states where the two great political parties are more evenly divided than where others live so that our votes are marginally more likely to make a real difference. These are all familiar reasons why the idea of equal political power is a myth.

E sem sobras de dúvidas trata-se de um mito este equilíbrio/igualdade política dos poderes públicos instituídos quiçá uma idéia regulativa, a ser permanentemente buscada como forma de compromisso com tal modelo de Democracia. Isto é tão claro que hoje, no Brasil, uma discussão acadêmica e política importantíssima é a do chamado ativismo judicial em face do Legislativo e do Executivo, a ponto de matérias jornalísticas darem conta de que:

Congresso reage a atos do Judiciário. Parlamentares estão descontentes com o que dizem ser interferência do STF.

Insatisfeito com o resultado de julgamentos de temas políticos e desconfiado com as últimas propostas do Supremo Tribunal Federal (STF), o Congresso reagiu, na tentativa de conter a atuação do Judiciário. O deputado petista Nazareno Fonteles, do PI, propôs uma mudança na Constituição que daria ao Congresso poder para sustar atos normativos do poder Judiciário.

Além da nova proposta, deputados tiram das gavetas projetos que podem constranger o Judiciário. As mais recentes decisões do STF - de alterar a aplicação da Lei da Ficha Limpa e de definir qual suplente de deputado a Câmara deve dar posse - reacenderam a animosidade entre os dois poderes. A irritação aumentou com a proposta do presidente do STF, Cezar Peluso, de instituir um controle prévio de constitucionalidade das leis.

As reações do Congresso, do governo e do próprio STF fizeram Peluso recuar. Mas o atrito já estava formado. "Aos poucos, estão criando uma ditadura judiciária no país", disse Fonteles.

Em uma semana, o deputado recolheu quase 200 assinaturas e apresentou uma proposta de emenda constitucional para permitir ao Legislativo "sustar atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Atualmente, esse artigo (art. 49) permite a suspensão pelo Congresso de atos do Executivo. A alteração estende a permissão ao Judiciário. "Não podemos deixar o Supremo, com o seu ativismo, entrar na soberania popular exercida pelo Congresso. O Supremo está violando a cláusula de separação dos poderes, invadindo competência do Legislativo", argumentou Fonteles.

A chamada judicialização da política e a concentração de poderes nas mãos dos onze ministros do STF levaram o ex-juiz federal e ex-deputado Flávio Dino (PC do B-MA) a apresentar uma proposta de emenda constitucional acabando com o cargo vitalício dos ministros do Supremo. O projeto, de 2009, ainda está à espera de apreciação por parte da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Para Dino, a determinação do STF de aplicar a Ficha Limpa nas próximas eleições e as decisões sobre qual suplente deve dar posse no caso de afastamento do deputado titular reforçam a necessidade de evitar a submissão da política a uma aristocracia judiciária. Na prática, o Supremo decidiu o resultado das eleições, substituindo a soberania popular resume Dino.

Enquanto as propostas de emenda constitucional não entram na pauta, Fonteles conseguiu aprovar a realização de um seminário na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara para discutir a relação entre o Legislativo e o Judiciário. O evento está marcado para a próxima terça-feira.

Afigura-se como muito perigoso o tratamento desta questão nos termos apresentados pelo informe jornalístico, a despeito de que faça parte da estratégia político-parlamentar tensionar com a opinião pública determinados assuntos para ver como ela reage antes da tomada de medidas mais efetivas.

Em verdade, considerando ser a Democracia contemporânea uma tentativa de dar efetividade à idéia de self-government, na qual a soberania popular governa a si própria através de mecanismos de presentação e representação, é a inter-relação entre todos estes mecanismos, com o que Dworkin chama de equal concern, que deve pautar as interlocuções, deliberações e as políticas públicas de governo, isto fundado na premissa de que, though it would compromise my dignity to submit myself to the authority of others when I play no part in the their decisions, my dignity is not compromised when I do take part, as an equal partner, in those decisions. Daí a importância contra-majoritária do exercício do Poder.

Outro ponto polêmico nesta discussão e bem abordado por Dworkin - diz com a compatibilidade, ou não, da existência de direitos individuais que não possam ser submetidos à vontade das maiorias, tal como a religião, por exemplo, isto porque uma compreensão mais cidadã da ordem constitucional republicana e democrática impõe o que o autor americano chama de partnership conception, a qual requires some guarantee that the majority will not impose its will in these matters.

Enfim, todos estes temas estão a envolver este Grupo de Trabalho do CONPEDI, em Política Judiciária e Administração da Justiça, notadamente quando a questão do protagonismo

excessivo de alguns atores do espaço público se destacam - como é o caso do Poder Judiciário, e os textos publicados aqui vão nesta direção também.

Uma boa leitura a todos.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL

CIVIL STRICT RESPONSIBILITY BY JUDICIAL FUNCTION

Danúbia Patrícia De Paiva
Luís Carlos Balbino Gambogi

Resumo

O presente trabalho busca analisar o problema da aplicação da teoria da responsabilização pelo Estado em relação aos atos judiciais. Tradicionalmente, admite-se a responsabilidade objetiva do Estado pela função jurisdicional em hipóteses expressas: no caso de erro judiciário e na hipótese de prisão além do tempo fixado na sentença. Nada obstante, a partir de uma investigação do papel do Judiciário na sociedade e diante da evolução da concepção democrática de Estado, questiona-se com intensidade esta orientação clássica. É possível perquirir outros atos em que também se encerra a hipótese de irresponsabilidade da Administração Pública, aplicando a teoria da responsabilidade objetiva, ainda que inexista expressa autorização legislativa. Neste contexto, vê-se ressaltada a necessidade de maior exame das particularidades que envolvem os atos exarados pelo juiz, considerando-se, especialmente, o ordenamento jurídico brasileiro e o direito comparado.A expectativa é que este estudo seja útil à comunidade jurídica e à sociedade, ao reunir os principais dispositivos legais aplicáveis, delimitando o assunto e aprofundando nas questões centrais, a fim de contribuir para a solução de crises da figura do Poder Judiciário no cenário nacional, permitindo-se maior vigilância sobre a atuação jurisdicional, bem como para a responsabilidade social deste órgão.

Palavras-chave: Estado democrático de direito; responsabilidade civil do estado; atividade jurisdicional.

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the problem of applying the theory of responsibility of the State in connection with the legal acts. Traditionally, based on the Article 5, item LXXV of the Constitution, the state's responsibility for the judicial function are in two hypotheses expressed: unjust sentence and arrest beyond the time established by the sentence.However, from a research on the judiciary's role in society and the evolution of democratic conception of the State, it is questioned this about classic conception. It is possible to assert that other acts also ends the possibility of "irresponsibility of the Public Administration", applying the theory of strict liability, although there was no legislative permission.In this context, we emphasize the need for further examination of the specifics involving the acts of the judge, considering especially the Brazilian law and the comparative law.It is expected that this study be useful to the legal community and society by bringing together the main legal provisions, delimiting the subject and deepening the central issues in order to contribute to the solution

of the crisis of the judiciary figure on the national scene , allowing a greater surveillance of the jurisdictional role, and for bigger "social responsibility" of them.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic rule of law; civil obligation of the state; jurisdictional activity.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a responsabilidade civil do Estado é a superação do que, inicialmente, se denominou teoria da irresponsabilidade estatal, segundo a qual o dever de indenizar, quando verificado, era imputado diretamente ao causador do dano, independentemente de ser agente público.

A fim de ultrapassar esta teoria e balizar os parâmetros em que o Estado estaria submetido, foram defendidas, ao longo dos anos, diversas doutrinas cujo objeto era delimitar a extensão da responsabilidade do ente público, considerando os limites de sua atuação (DIAS, 2004, p. 21-22).

Apesar disso, ainda é possível verificar resquícios da Teoria da Irresponsabilidade do Estado, que se aplica aos atos judiciais (CAPPELLETTI, 1989, p. 25).

A responsabilidade do Estado por atos judiciais, a despeito das diversas outras teses, é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público. O Estado tem como dever indenizar aquele que, por ato ou omissão da Administração Pública, sofreu prejuízo, material ou econômico. Quando se trata de função judicial, exercida pelo Poder Público em regime de monopólio, também aquele que é lesado deve ter seu direito reparado.

A atividade judiciária deve ser exercida observando os objetivos e os fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, a tese da Teoria da Irresponsabilidade do Estado, tradicionalmente aplicada nas hipóteses de responsabilidade civil por atos judiciais, não mais se sustenta.

Nesse ponto específico, o presente estudo apresenta como problema a aplicação do instituto jurídico da responsabilidade civil do Estado em relação ao exercício da função jurisdicional para além das hipóteses expressas na legislação, não obstante implicações na ordem constitucional.

O artigo 5º, inciso LXXV da Constituição da República de 1988, admite expressamente a responsabilidade do Estado pela função jurisdicional em duas hipóteses: erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença (BRASIL, 1988).

Contudo, à luz do Estado Democrático de Direito, todo aquele que é gravemente lesado pelo Poder Judiciário, ainda que por ato considerado lícito, deve ter seu direito reparado.

Diante do exposto, é essencial perquirir uma forma de compatibilizar a função judicial e o direito ao ressarcimento no caso de dano.

Já há entendimento, como se verá no decorrer deste artigo, no sentido de incluir outras hipóteses de responsabilização por danos decorrentes de atos judiciais, ainda que inexista expressa autorização no ordenamento jurídico brasileiro, valendo-se principalmente da regra prevista pelo artigo 37, § 6° da CR/88 (BRASIL, 1988).

Sobre a questão, é preciso buscar a legislação pertinente, nacional e estrangeira, bem como averiguar o papel do Judiciário na sociedade diante da evolução da concepção democrática de Estado.

De início, cumpre reconhecer que, atualmente, o tema da responsabilidade civil por atos judiciais vem assumindo, não apenas nos países que adotam o *civil law*, mas também nos países de *common law*, relevante destaque, principalmente diante do aumento da atuação do Judiciário.

A questão passa ainda pela teoria da separação das "funções do Estado", pela ponderação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, a fim de identificar as hipóteses passíveis de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em relação aos atos judiciais.

2 O CARÁTER JURÍDICO-POLÍTICO ATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A atuação do Poder Judiciário aparece como um dos temas que cada vez mais ganha destaque no atual cenário jurídico. Este destaque se dá pela evolução histórica do conceito de Estado e em razão das transformações pelas quais passa a teoria constitucional.

As transformações no "estatismo" - identificadas na doutrina clássica pelas expressões Estado Absolutista, Estado Liberal e Estado Social - interferem na concepção funcional do Direito e, consequentemente, no papel do juiz (SANTOS, 2000, p. 119-188).

No que se refere às ideias trazidas pelo Estado Social, cumpre ressaltar que, no Brasil, influenciaram consideravelmente na criação de normas programáticas pela Constituição da República de 1988, e, no campo da atuação do magistrado, contribuíram para justificar a necessidade de maior atuação judicial.

Sobre esta transformação e seus efeitos no campo jurídico, são relevantes as reflexões de Boaventura de Souza Santos:

> Um dos mais sofisticados e consistentes debates da actualidade centra-se na crítica à juridicização do mundo social que ocorreu no segundo período do desenvolvimento capitalista. Passarei a expor os principais argumentos em que assenta. O Estado intervencionista (o Estado-Providência, promoveu a instrumentalização política do direito até aos seus limites. Esses limites são também os do próprio Estado-Providência, e denunciam disfunções, incongruências, resultados contraproducentes e efeitos perversos que se revelam no campo jurídico de múltiplas formas (SANTOS, 2000, p. 158).

Sob os mais diferentes enfoques, o exercício da jurisdição assumiu, gradativamente, relevante papel, junto às transformações que se verificaram na teoria constitucional.

De forma bastante clara, bem trata da questão Clarice Tassinari:

> Com isso, tem-se que, agregado às transformações pelas quais passa a teoria constitucional – muitas das quais consolidam significativos avanços, é importante referir –, predominantemente, mesmo no Brasil, aparece o elemento jurisdicional do Estado vinculado a expressões como "global expansion of Judicial Power" (Neal C. Tate e Torbjörn Vallinder), "juristocracy" (Ran Hirschl), "judge-made law" (Christopher Wolfe), "governing with judges" (Alec Stone Sweet), "judicial activism", dentre outros possíveis termos que, na relação entre os Poderes, dão ênfase ao Judiciário. Ou seja, o (novo) constitucionalismo (que, para muitos, consolidou o que ficou conhecido como "posturas neoconstitucionalistas"), majoritariamente, é articulado e, por vezes, identificado por um protagonismo da atividade jurisdicional, mesmo em sistemas que estão assentados, em sua origem, no direito legislado. Sob esta perspectiva, no Brasil, parcela considerável dos juristas (e, inclusive, dos membros que compõem o Judiciário) começa a conceber a jurisdição a partir de dois principais pressupostos – pela via do ativismo judicial e/ou da judicialização da política (TASSINARI, 2013, p. 14).

De fato, com a evolução do Direito Constitucional, o papel do Judiciário vem sendo redimensionado, na medida em que este é provocado a se manifestar sobre os mais variados assuntos.

Atuando como tutor dos interesses coletivos e interferindo incessantemente nas mais diversas esferas da vida pública, o Judiciário, então, passa a ocupar um papel de protagonista no cenário jurídico e político.

Daniele Maciel da Silva, em artigo intitulado Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais no Brasil, sistematiza a posição central deste órgão:

> A coletivização dos conflitos, a ampliação do informalismo e da oralidade nos processos, a juridicização de questões antes entregues à livre deliberação política, completam um quadro geral de fatores que explicam porque a questão da responsabilidade do Poder Judiciário figura atualmente no centro da discussão pública. [...] Cahali, fazendo suas as palavras de Bielsa, atenta para o caráter político e jurídico-político que tem a responsabilidade pelo erro dos juizes, pois no Estado de Direito, as garantias jurisdicionais do indivíduo têm uma extensão considerável. Proporcional ao grau do progresso jurídico do Estado, em um sistema integral de justiça, o Estado não deve deixar sem reparação os sacrifícios individuais injustamente suportados; se, em princípio, o Estado não-responde por seus atos jurisdicionais (no sentido jurídico próprio do conceito de responsabilidade), deve ele garantir a integridade da Justiça que administra (SILVA, 2002, p. 03-10).

Atividades judiciais, segundo Cretella Júnior "são todas as atividades do Poder Judiciário, específicas ou anespecíficas, sem indagação de sua natureza, contenciosa ou graciosa" (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 13-32).

Os juízes exercitam um poder e “um poder não sujeito a prestar contas representa patologia” (CAPELLETTI, 1989, p. 18). Sobre a questão, completa Capelletti:

> [...] parece fora de dúvida que um sistema de governo liberal-democrático - um sistema, pois, que queira garantir as liberdades fundamentais do indivíduo em um regime de democracia social, como é previsto na Constituição Italiana - é sobretudo aquele em que exista razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de tal sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder. Esta correlação é inerente ao que se costuma chamar de sistema de pesos e contrapesos, checks and balances (CAPELLETTI, 1989, p. 18).

Assim, considera-se a atividade judicial, de forma geral, de considerável interferência nas relações sociais e políticas, sendo certo que o tema responsabilidade do Poder Judiciário está atualmente no centro das discussões.

Neste contexto, questiona-se com maior intensidade a orientação clássica dos tribunais no sentido de que é regra a irresponsabilidade do Estado por danos decorrentes da prestação jurisdicional, sendo a responsabilidade exceção.

> Nos últimos anos, porém, está surgindo movimento vigoroso em favor da ampliação do conceito, por motivos de ordem política e razões de ordem jurídica. Do ponto de vista político, porque a marcha para a plena realização do estado de direito - aspiração que a todos deve orientar - impõe a gradual extinção da idéia da irresponsabilidade, quando resquício de privilégios antes concedidos a classes e pessoas para a mantença de poderes e benefícios injustificáveis à luz do Estado moderno, democrático, igualitário e solidário (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 20).

Feitas essas considerações, é necessário analisar a legislação que dispõe sobre o tema, em contraponto à relevância da atuação do magistrado, a fim de se perquirir os ditames a serem considerados para a aplicação da responsabilidade civil pela função jurisdicional.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO-JUIZ NA LEGISLAÇÃO E SUA APLICABILIDADE

A legislação italiana e a francesa desperta nossa atenção, uma vez que, ao longo dos tempos, serviram de modelo às regras do sistema jurídico nacional, especialmente no âmbito administrativo e processual civil.

É relevante registrar que, no que se refere aos atos judiciais, estes países já foram responsabilizados civilmente ao pagamento de indenizações pela Corte Européia dos Direitos do Homem, em casos de descumprimento do artigo 6º, alínea 1, da Convenção Européia dos

Direitos do Homem, que trata da garantia fundamental a um processo razoavelmente célere (DIAS, 2004, p. 199).

Em pesquisa realizada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, no período compreendido entre 1º de janeiro a 31 de maio de 2001, infere-se que a Itália, cujo direito processual mais se parece com o brasileiro, lidera com vantagem os casos de condenação no pagamento da indenização pela demora da solução jurisdicional.

> [...] a Corte Européia dos Direitos do Homem julgou cerca de 359 casos de violação dos direitos humanos ocorridos em diversos Estados membros da Comunidade Européia, dos quais 147 decisões se referiam à função jurisdicional exercida com morosidade, condenados os Estados ao pagamento de indenizações aos jurisdicionados, por dilações indevidas aos processos, situações consideradas pela Corte como denegação de justiça. Nesses 147 casos examinados, constatamos 132 condenações da Itália, 4 condenações da França, 3 condenações de Portugal, 2 condenações da Polônia, 1 condenação da Hungria, 1 condenação da Turquia, 1 condenação da Grécia, 1 condenação da Eslováquia, 1 condenação de Luxemburgo e 1 condenação da Alemanha. (DIAS, 2004, p. 202)

Feitas essas breves considerações sobre a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, reputa-se indispensável um estudo da legislação destes países, a fim de elucidar as razões que separam os índices acima colacionados, limitando o presente artigo a analisar as legislações da Itália e França.

3.1 Direito Comparado

A Constituição da República Italiana foi promulgada pela Assembléia Constituinte em 22 de dezembro de 1947.

O art. 28 da Constituição italiana tratou da responsabilidade civil do Estado. Sobre este artigo houve grandes debates no que se refere à responsabilidade do juiz.

> Alguns anos após a promulgação, com a abertura proposta pelo art. 28, desenvolveu-se intenso debate sobre o papel e a responsabilidade do Juiz na sociedade moderna, caracterizadas as décadas 70/80 pelo "difícil equilíbrio entre o velho e o novo", de uma parte impulsionados pela proposta constitucional, de outra condicionados por uma legislação defeituosa. Nos anos 70, organizaram-se diversos congressos sobre o tema e foram elaboradas três propostas de lei. Em 1988, finalmente, foi publicada a Lei n. 117, de 13.4.88, que dispôs sobre o ressarcimento dos danos causados no exercício da função judiciária e responsabilidade civil do magistrado. (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 22/23)

A Lei n. 117/88 estabeleceu que a responsabilidade se dava nos casos em que o juiz agiu com dolo, culpa grave ou nos casos de denegação da justiça (STOCO, 2014, p. 1425).

Tradicionalmente, as características principais da legislação italiana eram as seguintes: a) o Estado responde pelo dano causado por dolo, culpa grave ou denegação de justiça; b) o magistrado e o Estado respondem pelo dano conseqüente de crime cometido pelo magistrado no exercício de sua função; c) em ambos os casos, o Estado tem ação regressiva

contra o magistrado, cujo valor não pode exceder a um terço da anualidade líquida percebida pelo magistrado ao tempo em que fora proposta a ação de ressarcimento. Tal limite não se aplica ao fato cometido com dolo; d) o Juiz cujo comportamento se examina na ação de indenização não pode ser chamado à causa, mas nela pode intervir em qualquer fase ou grau, pelo que deve ser comunicado da primeira audiência; e) a ação contra o Estado deve ser proposta contra o Presidente do Conselho de Ministros, no Tribunal do lugar onde tem sede a Corte de apelação do distrito mais próximo àquele ao qual pertencia o magistrado, no momento do fato; f) somente pode ser proposta a ação quando esgotados os meios ordinários de impugnação e no prazo decadencial de dois anos (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 23/24).

Contudo, suplantando o entendimento tradicional, o Parlamento italiano, no dia 24 de fevereiro de 2015, aprovou uma lei que aumenta os casos de responsabilidade civil dos magistrados. [1]

O Estado, doravante, além de se responsabilizar pelo erro judicial, vai poder acionar o magistrado a depender da maneira como interpretou tanto a lei como a jurisprudência.

> O texto aprovado também permite que o juiz seja punido pela maneira como interpretou tanto a lei como a jurisprudência. Por exemplo, se ele optar por um lado contrário à jurisprudência da União Europeia, pode ter de pagar por isso. De acordo com a Associação Nacional dos Magistrados da Itália, nenhum país democrático responsabiliza os juízes por seus erros da maneira como a proposta aprovada pelos deputados italianos quer fazer. (PINHEIRO, 2015)

Trata-se do mais recente diploma que regula o tema. Traça as diretrizes da responsabilização do Estado por ato do Juiz e inova para incluir hipóteses ainda não tuteladas em outros ordenamentos.

No Direito francês, o direito à indenização pelos prejuízos morais e materiais sofridos em razão dos atos judiciais decorreu de um momento histórico caracterizado pela desconfiança da população.

> Com efeito, assinalam os doutrinadores que, na França, a mudança legislativa do seu Code de Procedure Penal (Código de Processo Penal), alterando o texto normativo do artigo 446º, efetivada por Lei de 8 de junho de 1895, teve sua marca histórica e gênese em rumorosos escândalos judiciários, entre os quais sobressaiu o célebre caso Dreyfus, de grande repercussão pública na época, projetando-se para o campo internacional. Referida lei, pela primeira vez, estatuiu um regime indenizatório a cargo do Estado francês por erro judiciário penal, concedendo ao condenado criminalmente, posteriormente declarado inocente em processo de revisão, o direito de ser indenizado em razão dos prejuízos materiais e morais sofridos com a errônea e injusta condenação. O direito à indenização surgia simultaneamente ao direito de revisão penal e o juízo perante o qual fosse suscitada a revisão criminal também era competente para apreciar a questão referente à indenização (DIAS, 2004, p. 184).

---

[1] PINHEIRO, Aline. *DIREITO NA EUROPA BLOGSCONJUR*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/italia-aprova-lei-amplia-casos-responsabilidade-civil-juiz-erro>. Acesso em: 21 mar. 2015.

A lei de 1895, modificando o art. 446 do Código Processual Criminal, instituiu o regime indenizatório a cargo do Estado. O Juiz tornou-se responsável, contudo, apenas nos casos expressos em lei.

Somente em 07 de fevereiro de 1933 foi alterada a redação do art. 505 do Código Processual Civil Francês, para admitir, nos casos de dolo, fraude, concussão ou falta grave, no curso da instrução ou do julgamento, a responsabilidade subsidiária do Estado. A Corte de Cassação, apenas em 1956, no *Arrêt Giry*, admitiu a responsabilidade do Estado em casos não previstos na legislação, fundamentando a decisão em princípio geral do direito público. (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 27)

Um aspecto relevante do Judiciário francês é o fato deste não se apresentar como um órgão autônomo, mas como integrante do Poder Executivo, na medida em que se encontra vinculado ao Ministério da Justiça.

Basta lembrar que a Constituição francesa de 1958 fala em "autoridade judiciária", mas não em um "Poder Judiciário", o que levou Zaffaroni a afirmar que "na França não é concebível o poder judiciário como poder independente, denominando-o de "corpo judiciário francês" (ZAFFARONI, 1995, p. 147).

Não se pode negar que a atividade jurisdicional, na França, tem bem definido o seu caráter de serviço público. Apesar disso, de forma excepcional, é que se verificou a responsabilidade do Estado decorrente desta atividade.

Este cenário é registrado por Rui Stoco, ao citar Volnei Ivo Carlin:

> O ilustre Volnei Ivo Carlin, em profundo estudo acerca da responsabilidade do Estado na França, observa que "a não responsabilidade do Estado juiz ainda se mantém pela alegação de a função da justiça ser soberana" e que, "na verdade, ninguém pode negar o fato – esta causa de irresponsabilidade civil representa um contraste em relação à responsabilidade largamente admitida em todos os outros serviços públicos" (Direito Administrativo. Florianópolis: OAB/SC, 2001, p. 254) (STOCO, 2014, p. 1419).

O art. 11 da Lei Francesa, de 05.07.72, atribuiu ao Estado a obrigação de reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso da justiça, em razão de falta grave ou denegação de justiça. Contudo, a responsabilidade dos magistrados é dividida. Os magistrados ordinários são regidos pelo Estatuto da Magistratura; os demais, por lei especial (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 27).

A lei orgânica de 18.1.79 incluiu no Estatuto dos Magistrados um artigo onde explicita que os magistrados da jurisdição ordinária respondem somente por sua culpa pessoal, mas a ação de responsabilidade contra este não pode ser exercida senão por ação regressiva do Estado, perante uma secção civil da Corte de Cassação. Tal previsão fez

desaparecer o processo de *prise à partie* para os juízes ordinários e ampliou o campo da responsabilidade direta do Estado também pelas faltas pessoais (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 28).

Diante do que foi exposto, é de se concluir que o Direito Italiano, em relação ao Direito Francês, está regulamentando de forma mais árdua a matéria, sendo certo que os franceses ainda são muito tímidos na determinação das regras sobre o tema. Pressionada pelos resultados negativos verificados na Comissão Européia, a Itália vem, há alguns anos, buscando alterar a sua lei de indenização para vítimas de atos judiciais.

A Itália inova ao permitir a responsabilidade pessoal do juiz, mesmo que sem dolo ou culpa, mas parece incongruente e inconsistente a responsabilização pessoal do julgador no que se refere à interpretação das normas, que envolve a valoração da prova ou a escolha da norma que melhor subsume ao fato, isto é, por opções hermenêuticas.

Também parece desarrazoado falar de responsabilidade objetiva do próprio juiz pela não observância dos precedentes, sob pena até mesmo de engessar e amedrontar o Poder Judiciário.

> A divergência de entendimento no campo jurídico é da essência do Direito e o alimento que satisfaz e o torna apto a acompanhar a evolução social. A atividade jurisdicional se apóia e busca fundamento e supedâneo na interpretação da lei, de modo que um mesmo texto possa ter leitura e compreensão multifária e diversa e, enfim, polissêmica, quando focado por mais de um operador ou visualizado em período temporal distinto. Não haveria segurança jurídica, nem segurança pessoal do julgador se, em razão de erro de visão da causa, desde que não intencional, nem impregnado dos componentes subjetivos da vontade de prejudicar, da desídia e da omissão tendenciosa, se evoluísse no sentido de impor responsabilidade ao magistrado pelo só fato de a decisão ter sido inadequada ou não ter prevalecido, por força de sua reforma ulterior (STOCO, 2014, p. 1441).

Nada obstante a posição de Rui Stoco, que acolhemos, a independência do Poder Judiciário não justifica que este se afigure de forma totalmente isolada do resto da organização estatal, em especial, diante do aumento considerável de sua atuação na sociedade.

A situação danosa causada pelo exercício da função judicial não pode implicar, necessariamente, uma responsabilidade solidária do Estado e do magistrado; antes, implica uma responsabilidade direta e exclusiva do primeiro, considerando a responsabilização do juiz apenas se, no exercício do seu *munus*, atue com dolo ou fraude.

É importante reconhecer que a responsabilização é um instrumento que se presta ao controle da atuação do Estado e do próprio Judiciário, sendo certo que, presentes o dano e o nexo causal, deve ser permitido ao cidadão se utilizar de mecanismos jurídicos que possibilitem o ressarcimento, sendo ainda um desafio legislativo à Ciência do Direito traduzir a responsabilidade civil judicial em forma, procedimento e sanções.

3.2 Legislação Constitucional e Infraconstitucional Brasileira

A maioria dos autores brasileiros, dentre eles Ruy Rosado de Aguiar Júnior, apontam que as Constituições de 1946, 1967 e a Emenda n. 1, de 1969, nada disseram quanto à responsabilidade civil do Estado pela atuação jurisdicional (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 17).

Apesar disso, cumpre registrar que a Constituição de 1967, em seu artigo art. 105, situado no capítulo do Poder Executivo, ao trazer a expressão "funcionários públicos", foi causa de controvérsias no meio jurídico.

> Art. 107 - As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (BRASIL, 1967).

À época, entendeu-se que referido dispositivo não se aplicaria ao Poder Judiciário, pois o magistrado não se enquadrava na figura de funcionário público.

> O artigo 107 da Constituição da República de 1967, que regulava a responsabilidade do Estado, foi causa de controvérsias no meio jurídico, visto que, por situar-se no capítulo do Poder Executivo, na seção relativa aos funcionários públicos, não aplicar-se-ia ao Poder Judiciário. Se não bastasse, argumentava-se que o magistrado não se enquadrava na figura do funcionário público, porque era órgão do Estado, quando muito um funcionário sui generis (BORGES, 2005, p. 5).

A Constituição de 1988, por sua vez, no título dos direitos e garantias fundamentais, trouxe o art. 5°, alínea LXXV, que prevê que "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (BRASIL, 1988).

A mesma Constituição da República, no capítulo da Administração Pública, prevê a regra geral que dispõem sobre a responsabilidade civil do Estado.

> Art. 37. [...]
> § 6°. - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Trata-se de princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado por atos de todos os seus agentes, do Executivo, Legislativo e Judiciário.

> A responsabilidade pela função jurisdicional, estabelecida pela legislação brasileira, deve ser vislumbrada como uma espécie de responsabilidade civil do Estado, que se regula principalmente a partir dos artigos da CR (art. 5°, alínea LXXV e 37, § 6°). Não obstante inexistir previsão específica que assegure a reparação dos danos decorrentes da atividade do Judiciário, de forma genérica, diversos são os dispositivos que fundamentam de forma coerente a teoria que advoga a reparabilidade (BORGES, 2015, Vanessa).

A legislação infraconstitucional no Brasil, por sua vez, apresenta dispositivos legais sobre o tema a partir de 1940. É o que se passa a tratar.

O Código Penal de 1940, inicialmente, tipificou as condutas passíveis de punição criminal que podem ser praticadas pelos funcionários públicos, incluindo neste conceito os magistrados. Entre estes artigos (arts. 312 a 325), estão previstos os crimes de peculato e as suas modalidades, concussão, corrupção, prevaricação, violação de sigilo funcional e outros (BRASIL, 1940).

Ainda no âmbito penal, definiu-se o crime de exercício arbitrário ou abuso de poder no art. 350 do referido Código. Este artigo passou a ser regulado pela Lei n. 4.898, de 9.12.65, que tratou do direito de representação e do processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

Já no âmbito cível, o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10.01.02), seguindo a matriz constitucional, prescreve, em seu art. 43, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público interno pelos danos causados por seus agentes. A palavra "agentes" é forma simplificada da expressão "agentes públicos", nela se incluindo os juízes (agentes públicos julgadores).

> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002).

O Código de Processo Civil de 1973, repetindo a regra já constante do Código de Processo Civil de 1939, traz dispositivos sobre a responsabilização civil pessoal do juiz por perdas e danos derivados de ato dolosos e culposos.

> 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 II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias. (BRASIL, 1973).

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), que entrará em vigor a partir de 16 de março de 2016, não alterou significadamente o dispositivo.

> Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos 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. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias. (BRASIL, 2015).

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n. 35, de 14.3.79), reproduziu estes enunciados em seu art. 49, estendendo sua incidência também aos atos praticados nas demais jurisdições (criminal, eleitoral, trabalhista, militar). Além disso, referida lei prevê a hipótese de aposentadoria do Juiz por negligência manifesta e incapacitação para o serviço (art. 56) (BRASIL, 1979).

Por último, releva anotar que a Lei n. 8.078, de 11.9.90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, é importante inovação no Direito Brasileiro, impondo a obrigação de reparação dos danos aos "órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos" (BRASIL, 1990).

Da redação do referido dispositivo, nos casos de descumprimento total ou parcial das obrigações ali referidas, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las de reparar os danos causados, na forma prevista no código consumerista.

Após colacionar as normas que regulam o tema no Brasil, algumas observações merecem ser apresentadas, primeiramente, em relação à aplicação deste último dispositivo aos atos judiciais.

Trata-se de entendimento minoritário, que exige a adoção da tese de que a prestação do serviço público jurisdicional estaria enquadrada como relação de consumo, a admitir a responsabilização na forma prevista pelo código consumerista.

Com todo respeito, este não nos parece o melhor entendimento. O Código de Defesa do Consumidor traz uma importante inovação ao prever expressamente o dever jurídico de fornecimento dos serviços públicos de boa qualidade técnica, com a conseqüente responsabilidade do Estado pelo seu mau funcionamento.

Contudo, não há como se valer deste Código para reconhecer a responsabilidade civil por atos judiciais. A melhor doutrina é a que defende que, ao invés disso, deve-se buscar a aplicação dos dispositivos constitucionais e legais específicos sobre o tema, consoante ressalta Rui Stoco, ao citar Jorge de Oliveira Vargas:

> O autor Jorge de Oliveira Vargas, ao mesmo tempo em que defende que o Estado, como prestador de serviço, está sujeito às normas do CDC, faz a seguinte afirmação: "Se não houver essa resposta, em tempo razoável, o serviço é defeituoso, e, pelos prejuízos daí decorrentes, o fornecedor (o Estado) responde independentemente da existência de culpa. É a aplicação, em norma infraconstitucional, da teoria da responsabilidade objetiva, constitucionalmente prevista" (Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 1999, p. 71).
>
> Não há, contudo, como prestar adesão a qualquer das duas afirmações acima, posto que a responsabilidade do Estado tem extração constitucional e por ela é protegida. Nem ele atua nas "relações de consumo", nem o jurisdicionado (autor ou réu) são "consumidores". (STOCO, 2014, p. 1419)

Sobra a aplicabilidade da legislação, observa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acompanhando a tendência dos demais Tribunais, é pela inaplicabilidade da teoria da responsabilidade estatal relativamente aos atos jurisdicionais.

Os fundamentos que prevalecem são os seguintes: a) o ato jurisdicional se apresenta como emanação da própria soberania estatal, razão pela qual seu exercício não pode gerar quaisquer pretensões indenizatórias; b) o reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional representaria ofensa à coisa julgada; c) os magistrados não são servidores públicos, mas membros do Poder Judiciário; d) a prerrogativa de independência dos juízes.

Em recente acórdão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/08/2014, restou decidido que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição da República -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. (ARE 770931 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 19/08/2014, Processo Eletrônico Dje-199 divulgado em 10-10-2014 e publicado 13-10-2014).

Entretanto, admitimos a invocação da norma inserta no art. 37, §6º para ensejar a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais lícitos, sob o fundamento de que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, toda a atuação jurisdicional se submete ao próprio Direito, e, portanto, pode gerar a responsabilidade civil, quando provoque danos.

> À vista dessas apontadas normas jurídicas, que formam o ordenamento jurídico brasileiro, pensamos que delas se pode inferir a existência de um princípio geral da responsabilidade do Estado por ato da função jurisdicional, se quisermos preservar a integridade do sistema jurídico no qual ditas normas estão inseridas (DIAS, 2004, p. 172).

Assim, à míngua de dispositivo legal expresso, importa para o ressarcimento daquele que é gravemente lesado pelo Poder Judiciário, por ato considerado lícito, a aplicação do princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado, previsto no artigo 37, §6º da CR/88.

> Há o dano. Há o prejudicado. Indagar-se-á do responsável pelo dano. Se o Estado, direta ou indiretamente, é causa eficiente do dano, estamos diante de responsabilidade pública, regida por princípios publicísticos. E não interessa, para efeito de responsabilização pública, se o poder público é o Executivo, o Judiciário ou o Legislativo. (CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 15)

Referida tese parte da premissa de que, consoante já afirmado neste artigo, a atividade jurisdicional é serviço público e como tal deve ser interpretado.

Para compreender o instituto "serviço público", preliminarmente, é preciso entender que o Direito Administrativo está em constante evolução. Assim, se pode considerar conceitos fechados e imutáveis.

Importante destacar que muitos autores tentaram conceituar serviço público, o que demonstra a dificuldade de se criar um conceito geral. Entre eles, destaca-se o conceito de Alexandre Mazza:

> Serviço público é toda atividade material ampliativa, definida pela lei ou pela constituição como dever estatal, consistente no oferecimento de utilidades e comodidades ensejadoras de benefícios particularizados a cada usuário, sendo prestada pelo Estado ou por seus delegados, e submetida predominantemente aos princípios e normas de direito público (MAZZA, 2012, p.602).

A partir do conceito e adotando-se o princípio geral da responsabilidade do Estado também para a função jurisdicional (art. 37, §6º da CR/88), o próximo passo é investigar os atos judiciais em que também é passível de aplicação a teoria da responsabilidade objetiva.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LÍCITO NA HIPÓTESE DE DANO GRAVE EMERGENTE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A Constituição da República é clara ao consagrar a responsabilidade objetiva no caso de dano decorrente de prisão além do tempo fixado na sentença. Há que se entender, no entanto, que muitos danos graves de natureza penal não decorrem necessariamente de sentença, e que existem ainda muitos outros decorrentes de lide cível.

Prosseguindo a análise, neste estudo pretende-se demonstrar em quais hipóteses, no âmbito cível, seria possível a responsabilização objetiva do Estado por atos judiciais.

Como já defendido, a expansão das atividades do Judiciário em relação aos demais Poderes é determinante para justificar esta responsabilização.

O alto grau de judicialização das questões políticas atingiu, principalmente, a atividade legislativa, que passou a ser marginalizada através da revisão judicial da legislação e do aumento do poder normativo dos juízes.

Reconhece-se atualmente que cabe ao Judiciário a concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, tendo o Judiciário a função de agente conformador da realidade social.

> O Estado Democrático de Direito não representa simplesmente o resultado dos elementos constitutivos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas uma evolução histórica que atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o paradigma contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras, além da brasileira de 1988. [...] O Estado social, também conhecido como Estado administrador, com predomínio da

> administração sobre a política e da técnica sobre a ideologia, assumiu a função de agente conformador da realidade social para atendimento de sociedade de massas com conflitos sociais, e buscou socialmente integrar e reduzir as desigualdades e propiciar condições materiais para emancipação do indivíduo, além da consecução do bem-estar social geral (FREITAS. 2014. p. 64-65).

Contudo, a atividade jurisdicional deve ser regulada segundo a Constituição da República, preservando-se o princípio da supremacia da Constituição, bem como a separação obrigatória entre as três funções do Estado:

> E aqui cabe uma crítica e um apelo aos operadores do Direito que exercem suas funções em regiões imersas na miséria: atuar os direitos materiais da Constituição da República, viabilizando para a população a luz da cidadania, mesmo que esta possa, no início, em decorrência da escuridão secular, os incomodar, acostumados que são a não exercerem seus direitos.
> A consciência humana advém quando se tem uma conexão com a dignidade humana, na concepção de uma vida melhor para cada indivíduo, como fatos do valor liberdade. Mas, o avanço dos degraus da cidadania dando liberdade aos indivíduos, deverá ter uma correspondência da responsabilidade dos agentes políticos, incluindo-se aí, além daqueles do Poder Legislativo e do Poder Executivo (especialmente, o Ministério Público), como também o Judiciário (MAIA, 2009, p. 235).

Assim, se é reconhecida a legitimidade do Judiciário para realizar previsões originariamente provenientes do Legislativo; ou se este, no exercício do denominado "ativismo judicial", decide conflitos de modo político, para garantir a efetividade dos direitos insertos no texto da Constituição da República, nas hipóteses de dano grave ao autor, réu ou terceiro, deve-se reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado-Juiz.

Sobre a questão, é imperioso ressaltar que somente o "ativismo judicial" acentuado, em detrimento das demais atividades estatais, é que pode permitir a responsabilização.

> Neste quadro, algumas distinções devem ser feitas. Primeiramente, nem sempre uma decisão judicial de caráter ativista vem acompanhada da invasão ou invalidação forçada de algum ato de um poder democraticamente eleito. Portanto, apesar de ativista, a decisão pode não gerar nenhum tipo de atrito entre os poderes constituídos. [...]
> Não obstante, diversas foram as ocasiões em que houve invasão do Judiciário gerando atritos com os demais poderes constituídos. Em todas as instâncias encontram-se decisões interferindo nas políticas públicas em curso traçadas pelo Executivo e Legislativo em nome da efetivação de direitos fundamentais, que vão desde a inclusão de determinado tratamento no rol dos custeados pelo Estado até a determinação da construção de creche em certa localidade. Especificadamente no STF, chama a atenção o uso de um instrumento criado para uniformização de jurisprudência, as súmulas vinculantes, mas que acabaram sendo utilizadas como veículo para o Tribunal legislar (MEDEIROS, 2013, p. 534-535).

Uma das hipóteses seria quando o magistrado atua por vislumbrar deficitárias as leis regentes ou por entender necessário a criação de norma para conformar a realidade social com os princípios constitucionais. A título exemplificativo, vislumbra-se a seguinte situação.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal interferiu na atuação do Legislativo ao criar as regras de excepcionalidade do uso de algemas, presentes na Súmula Vinculante n. 11. Vejamos.

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Ao que parece, o Supremo interferiu no assunto por entender que deveria ser extirpado o costume policial de constranger com algemas aquelas pessoas que estivessem sob a tutela prisional do Estado.

A justificativa da intervenção, contudo, é irrelevante. Em verdade, defende-se o seguinte: o dano decorrente de prisão anulada por decisão judicial, a partir dos requisitos da Súmula, deve ser passível de ressarcimento.

Deste modo, seria factível responsabilizar civilmente o Estado na hipótese de dano grave decorrente de ato realizado pelo delinqüente em seguida à anulação da sua prisão fundada no teor da Súmula Vinculante n. 11.

Neste exemplo, a anulação pelo Judiciário que teria permitido o dano, na medida em que se o delinqüente estivesse sob a custódia do Estado, não teria como realizar qualquer conduta contra a sociedade.

A respeito da Súmula Vinculante n. 11, o Judiciário estaria tentando corrigir a inércia do Executivo e do Legislativo.

> A meu ver, a justificativa da intervenção era o fato de caber ao Judiciário a responsabilidade última pelas prisões efetuadas pela Polícia – fazendo sentido, em função disso, que produzisse alguma normativa geral a respeito, suprindo defeitos institucionais do Executivo (falha em corrigir abusos policiais sistemáticos) e do Legislativo (falha em editar norma indispensável à eficácia de direito fundamental) (SUNFELD, 2012, p. 77).

Igualmente seria admitida, em tese, a responsabilização na hipótese de autorização judicial para tratamento médico de toxicômano. Trata-se de decisão interferindo em política pública do Executivo, em nome da efetivação de direitos fundamentais.

O Judiciário, a pretexto de garantir o direito à saúde, vem determinando aos entes públicos que custeiem estes tratamentos a partir da internação compulsória do dependente químico. É uma medida excepcional que atenta contra a liberdade individual, devendo apenas ser concedida em estrita observância aos requisitos legais da Lei Federal n. 10.216/2001.

Contudo, caso a internação compulsória se prolongue além do necessário - diante da ausência de determinação de desinternação ao final do tratamento, ou em outro prazo, no

dispositivo da decisão -, e cause no paciente algum dano grave, deve-se do mesmo modo permitir a responsabilização do Estado.

Nessa hipótese, como se trata de internação forçada, há omissão desidiosa do Judiciário, na medida em que o paciente não tem autonomia na sua liberação, ficando à mercê de nova decisão judicial determinando-a.

Assim, nos dois exemplos apresentados, apesar de admirável a tentativa de se levar os princípios constitucionais àqueles que estão à margem da sociedade, tal hipótese de intervenção deve permitir a aplicação da responsabilidade objetiva.

A partir da adoção deste entendimento, a sociedade terá um instrumento importante para delimitar a autonomia judicial que não encontra respaldo na teoria da tripartição das funções.

Afasta-se, pois, a regra geral da irresponsabilidade, permitindo consolidar no Judiciário a tese de que o Estado-juiz deve priorizar o afastamento do subjetivismo ou da ideologia do agente público julgador.

Foi o que ocorreu quando a responsabilidade objetiva passou a vigorar como regra em relação a atos do Executivo. Além disso, a expectativa é que a responsabilização em mais casos contribua para a solução de crises da figura do Poder Judiciário no cenário nacional, permitindo-se maior vigilância sobre a atuação jurisdicional, bem como a "responsabilidade social" deste órgão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico trata da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais dentro da sistemática geral em que o Estado esteja obrigado a indenizar os atos danosos decorrentes do exercício de quaisquer das funções estatais: administrativa, legislativa e jurisdicional.

Sem embargo de reconhecer que, por razões históricas, a tendência é admitir a responsabilidade objetiva do Estado apenas quando relacionada ao exercício da atividade administrativa, é essencial a criação de um modelo de responsabilidade na hipótese de ato lícito decorrente da atuação judicial para além das hipóteses expressas na lei.

Em verdade, impende considerar que é bastante restrita a possibilidade de responsabilização pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, ao argumento

de que é necessário garantir ao magistrado o desempenho de suas funções com plena autonomia.

No entanto é preciso buscar um equilíbrio entre a independência do magistrado e a responsabilidade pelo exercício de uma função estatal, principalmente para fim de controle deste órgão pela sociedade.

Nesse contexto, a responsabilidade deve encontrar supedâneo nos artigos 5º, LXXV e 37, §6º, da Constituição da República. Pelo ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade pode decorrer, então, de erro ou dolo, em matéria penal; no âmbito cível, na hipótese de dano grave derivado de ato lícito, omissivo ou comissivo, ocasião em que se adota o princípio geral da responsabilidade do Estado, sendo a responsabilidade objetiva.

À luz do que dispõe o citado artigo 37, § 6º, o ato jurisdicional típico, se lesivo, ainda que lícito, pode empenhar a responsabilidade civil do Estado, prescindindo-se da configuração da responsabilidade pessoal do magistrado, que é mais restrita.

Isso porque a independência do Judiciário não justifica que este se afigure de forma totalmente isolada do resto da organização estatal, principalmente diante do aumento considerável de sua atuação na sociedade, muitas vezes incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

A expansão destas atividades é determinante para justificar a responsabilização quando se reconhece a legitimidade do Judiciário para realizar previsões originariamente provenientes do Legislativo, ou quando este, no exercício do denominado ativismo judicial, decide conflitos de modo político, para garantir a efetividade dos direitos insertos no texto da Constituição da República.

A responsabilização é um instrumento que se presta ao controle da atuação do Judiciário; além disso, torna o Poder Judiciário efetivamente democrático, bem como contribui para promover a sua atividade de forma regular, escorreita e eficiente, sempre respeitando a sua imprescindível independência.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil.* Ajuris, v. 20, n. 59, pp. 5-48, 1993.

ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade:* proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). *Temas de Direito Administrativo:* Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regulamentos e princípio da legalidade*. Revista de Direito Público, n. 96, p. 42-50. São Paulo: RT, 1990.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição brasileira, 1946. Texto constitucional de 18 de setembro de 1946; com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição brasileira, 1967. Texto constitucional de 24 de janeiro de 1967; com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição brasileira, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, 1940. Texto de 07 de dezembro de 1940; com alterações. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Lei 10.406, 2002. Texto de 10 de janeiro de 2002; com alterações. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Lei 5.869, 1973. Texto de 11 de janeiro de 1973; com alterações. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Lei 13.105, 2015. Texto de 16 de março de 2015. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Lei 8.078, 1990. Texto de 11 de setembro de 1990; com alterações. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Lei n. 4.898, 1965. Texto de 09 de dezembro de 1965; com alterações. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, 1979. Texto de 14 de março de 1979; com alterações. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BRASIL. Lei 10.216, 2001. Texto de 6 de abril de 2001; com alterações. Brasília: [Senado Federal], 2015.

BORGES, Vanessa. *Responsabilidade Civil do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=10&SubSecao=1&ConteudoID=000152&SubSecaoID=39>. Acesso em 17. Mar. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. Curso moderno de graduação. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v.99, p.12-31, jan./mar. 1970.

CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública:* concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito:* Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil.* 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas*: filósofo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1991. 6.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Ativismo, Delegação ou Estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil.* As novas faces do Ativismo Judicial. São Paulo: JusPodivm, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* São Paulo: RT, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional***.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

PINHEIRO, Aline. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/italia-aprova-lei-amplia-casos-responsabilidade-civil-juiz-erro>. Acesso em: 24 mar. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência. Curitiba: Cortez. 2000. v.1.

SAWEN FILHO, João Francisco. *A Responsabilidade Civil do Estado e o Controle da Administração Pública.* Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Daniele Maciel da. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais no Brasil, Trabalho apresentado como parte do relatório do Programa Institucional de Iniciação Científica - PIBIC/CNPq. 2002/2003.

STOCO. Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

STOCO. Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial:* limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*: crises, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.