



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

THAIS CRISTINA MARTINS ARAÚJO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO DO
JUDICIÁRIO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS**

Brasília - DF
2017

THAIS CRISTINA MARTINS ARAÚJO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO DO
JUDICIÁRIO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Orientadora: Prof.^a Msc. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

**Brasília - DF
2017**

THAIS CRISTINA MARTINS ARAÚJO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO DO
JUDICIÁRIO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do
Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB

Brasília, ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Msc. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva
Orientadora

Prof.^a Dulce Donaire de Mello e Oliveira
Membro da Banca Examinadora

Prof. Luciano de Medeiros Alves
Membro da Banca Examinadora

Bendigo o Senhor, que me aconselha; pois até durante a noite o meu coração me ensina.

Salmos 16:7

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar, agradeço à Deus por ter me dado sabedoria, força e por ter me abençoado para que conseguisse percorrer mais essa etapa da minha vida, sem ele à frente não conseguiria realizar mais um sonho.

Ao meu pai que desde o início do curso me apoia, me incentiva, por suas palavras de carinho, paciência e por sempre torcer e vibrar com cada uma das minhas conquistas.

A minha mãe por sempre me ouvir, me acalmar, me fazer sorrir nos momentos mais inesperados, vendo sempre um lado bom em tudo, pelo seu carinho e atenção.

A minha orientadora Prof^a Eleonora, que me recebeu tão bem como sua orientanda e com toda sua paciência me auxiliou desde o início desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a crescente demanda de responsabilização do Estado por danos provocados a seus cidadãos, sendo especificamente abordada a responsabilidade frente a falhas cometidas durante a atividade jurisdicional, ou seja, a responsabilidade do Estado pela atividade dos Magistrados. Passa por uma verificação da doutrina que aborda este tema, bem como a forma que o direito positivo legitima as ações e, na prática, como se comporta a jurisprudência pátria acerca dos diversos processos que abordam este tema. Por fim, se torna mais específica quando aproxima uma análise voltada para o Direito de Família, no que se refere aos erros jurisdicionais, responsabilidade do Estado diante da ocorrência destes erros, direito de regresso do Estado com relação aos Magistrados em casos específicos previstos em lei. Função basilar do Direito Civil, a reparação do dano se estende a todas as esferas da vida social, bem como a todos os Poderes constituídos, sendo plenamente justificável que se verifique na prática que tipo de conduta tem sido adotada quando o dano tem origem a partir de um ato que emana do próprio poder responsável por trazer o equilíbrio aplicando a justiça às mais diversas situações presentes na sociedade.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado – Responsabilidade Civil do Magistrado – Erros Jurisdicionais – Direito de Família – Reparação do Dano

ABSTRACT

The present research has target about the increasing demand of State accountability for damages caused to its citizens, being specifically addressed the responsibility for failures committed during the jurisdictional activity, that is, the responsibility of the State for the activity of the Magistrates. It goes through a verification of the doctrine that addresses this theme, as well as the way that positive law legitimizes actions and, in practice, how the country's jurisprudence behaves on the various processes addressed to this theme. Finally, it becomes more specific when it brings an analysis focused on the Family Rights, regarding the jurisdictional errors, the responsibility of the State in the event of these errors, the right of return of the State against to Magistrates in specific cases provided by law. Basic function of Civil Law, reparation of damage extends to all spheres of social life, as well as to all Powers constituted, and it is fully justifiable to verify in practice what kind of conduct has been adopted when the damage originates from acts that emanates from the power responsible for bringing the balance applying justice to the most diverse situations presented by society.

Keywords: State Liability- Civil Liability of the Magistrate- Jurisdictional Errors- Family Right- Damage Repair

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	12
1.1 Noção Introdutória ao Tema Responsabilidade Civil.....	12
1.2 Visão Histórica da Responsabilidade	16
1.3 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva	20
1.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil (ação ou omissão; dano ou resultado negativo; conduta ou omissão caracterizada por culpa ou dolo e nexos causal).....	23
1.5 Situações Excludentes da Responsabilidade Civil:.....	27
1.5.1 Culpa Exclusiva da Vítima.....	30
1.5.2 Fato de Terceiro	31
1.5.3 Caso Fortuito e Força Maior.....	32
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	36
2.1 Evolução das teorias explicativas sobre responsabilidade civil do Estado	36
2.2 Teoria da irresponsabilidade.....	39
2.3 Teoria da responsabilidade por atos de gestão	42
2.4 Teoria da Responsabilidade Subjetiva	43
2.5 Teoria da Culpa Administrativa	44
2.6 Teorias do Risco	46
2.6.1 Teoria do Risco Integral	48
2.6.2 Teoria do Risco Administrativo.....	49
2.7 Teoria Adotada no Sistema Jurídico Brasileiro.....	50
2.7.1 Colocação da Responsabilidade Civil do Estado em face da Constituição de 1988: Teoria do Risco Administrativo	51
2.7.2 Pressupostos da Responsabilidade do Estado	52
2.8 Causas Excludentes da Responsabilidade Objetiva do Estado (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior).....	54
2.9 Responsabilidade Subjetiva decorrente da <i>faut du service</i> (omissão ou falha)	56
2.9.1 Hipóteses de Exclusão da Responsabilidade Subjetiva	57
2.10 Responsabilidade do Agente Material do Dano	58
2.10.1 Ação de Reparação de Dano e Ação Regressiva.....	59
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	63
3.1 Fundamento Constitucional da Responsabilidade do Estado por Erro do Judiciário	63
3.2 Teorias que Afastam a Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicional- Ato judicial Típico	68
3.2.1 Teoria da Soberania do Poder Judiciário	70
3.2.2 Teoria da Falibilidade dos Juízes.....	71
3.2.3 Teoria da Independência da Magistratura.....	72

3.2.4 Reconhecer a Responsabilidade Estatal por Atos Jurisdicionais seria um Enorme Fardo para os Cofres Públicos	74
3.3 Análise do Direito Positivo e da Jurisprudência frente Ações de Responsabilidade Civil do Estado em Ações Alimentícias	75
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS.....	86

INTRODUÇÃO

A proposta de um Estado Moderno com relação a garantias individuais e o direito do cidadão, passam por uma reestruturação do direito positivo e da jurisprudência em vigor. Não podem ser aceitos determinados privilégios destinados a algumas classes sociais ou mesmo pessoas que exercem funções, principalmente no exercício de função pública, que se considerem inatingíveis podendo tomar atitudes diversas àquelas condizentes com serviço eficiente, isento, qualificado.

O erro judiciário, pode ter diversas origens, desde aquelas relacionadas a movimentação e guarda dos processos, não anexação de documentos e provas importantes ao julgamento, estabelecimento de prazos diversos daqueles previstos em lei e, até mesmo, equívocos diretamente relacionados à figura do magistrado.

Para todas as formas de falhas relacionadas ao processo judiciário, existe uma consequência imediata que remete ao conceito de responsabilidade: o dano àquele que está na condição de réu e que equivocadamente, não sendo tão relevante o motivo da falha, terá que arcar com as consequências do ato danoso. Dentro dos princípios da sociedade atual, bem como do direito moderno, não caberia ao indivíduo, mas sim à toda a sociedade, arcar com dano sofrido devido a ação equivocada do poder que, agindo em nome do Estado, tem como principal objetivo de existência a aplicação da lei e, em sentido inverso, jamais lesar a outrem.

Sendo assim, trabalhando esse tema, no primeiro capítulo é trazida uma noção introdutória relativa a responsabilidade civil, breve histórico. Em seguida, é trabalhada a responsabilidade subjetiva e objetiva, acentuando suas principais diferenças, os pressupostos necessários para que ocorra a responsabilidade civil, bem como as principais condições que excluem a responsabilidade.

O segundo capítulo trabalha com a evolução das teorias explicativas da responsabilidade civil do Estado. Primitivamente, não se admitia que o Estado fosse responsabilizado por quaisquer danos causados. Evoluindo, para idade moderna, em que se reconhece a possibilidade de ser o Estado responsabilizado, entretanto, essa responsabilidade estava condicionada à existência de culpa. Posteriormente, ganha espaço a teoria do risco, fundada na responsabilidade objetiva do Estado, que pode ser integral ou administrativa. É trabalhada a teoria adota pelo Brasil, teoria do risco

administrativo, sendo a do risco integral, adotada segundo a doutrina e a jurisprudência em casos excepcionais. Além, das causas excludentes da responsabilidade objetiva do Estado, a possibilidade da responsabilidade subjetiva decorrente da “*faut du service*”, a ação de reparação de dano e a possibilidade de ação regressiva contra o agente em algumas condições estabelecidas.

Terceiro e último capítulo, restringe o campo da responsabilidade, para analisar a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, demonstrando seu fundamento Constitucional bem como, as teorias que afastam responsabilidade do Estado em decorrência desses atos e os problemas na adoção particularmente quando se refere ao Poder Judiciário e ao magistrado. Ao final do capítulo, traz uma análise prática do tema abordado analisando o direito positivo e a jurisprudência, direcionando o tema para analisar a responsabilidade do Estado em ações alimentícias no qual, é observado que mesmo o Direito de Família sendo de fundamental importância para o Estado, a responsabilidade só restará configurada nos casos expressamente previstos em lei.

Será feita uma abordagem qualitativa sobre o tema proposto, seja a responsabilidade civil do estado por erro do judiciário com ênfase especial para os erros cometidos na área do Direito de Família. Para este propósito deverá ser realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, sendo apresentados posicionamentos descritos em livros de diversos doutrinadores sobre o tema, os quais: Cavalieri Filho, Carlos Roberto Gonçalves, Washington de Barros, Arnaldo Rizzardo, Silvio Rodrigues, Caio Mário, Rui Stoco, entre outros; constituem ainda objeto de pesquisa, diversos periódicos e a jurisprudência aplicada ao tema.

E ainda, uma análise qualitativa dos textos estudados, tendo em vista atender a alguns objetivos específicos: o entendimento geral e a legislação vigente sobre o tema responsabilidade civil do Estado e dos Magistrados; as particularidades do tema quando dizem respeito a sua aplicação aos erros durante a atividade jurisdicional; a jurisprudência frente ao erro jurisdicional nos casos aplicados ao Direito de Família; a adequação da legislação e da jurisprudência ao atual estágio de evolução da doutrina que aborda o tema responsabilidade civil, assim como medidas saneadoras a serem adotadas, caso existam divergências.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade Civil será o instituto, cujos aspectos mais importantes serão abordados no primeiro capítulo do presente trabalho, sendo dada ênfase ao seu conceito, história de sua evolução passando pelo período da irresponsabilidade do Estado, a responsabilidade subjetiva e objetiva, aspectos práticos do tema bem como seus pressupostos assim como fatores excludentes da responsabilidade civil.

1.1 Noção Introdutória ao Tema Responsabilidade Civil

José de Aguiar Dias, inicia o livro Tratado de Responsabilidade Civil, com a seguinte afirmação: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.¹

Notório e de fácil entendimento é que realmente toda atividade executada pelo homem tem estreita relação direta com o campo da responsabilidade.²

Em toda atividade, na qual ocorra prejuízo para terceiros, a questão da responsabilidade pode ser vista como fato da vida social a ser considerado, e sua destinação é a de restaurar o equilíbrio quebrado, seja do ponto de vista moral ou mesmo financeiro, no momento em que o autor provoca o dano.³

Tendo sido a harmonia e o equilíbrio alterados por um novo fato gerador do dano, este mesmo fato se torna também a fonte geradora de responsabilidade civil. Portanto a responsabilidade traz consigo a ideia de restabelecimento do equilíbrio modificado, ou seja, de que algo deve ser feito para reparar o dano causado, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves.⁴

A obrigação que tem uma pessoa de reparar o dano causado a outrem, seja por ato realizado por ela mesma ou mesmo por outras pessoas ou coisas que

¹ JOSÉ DE AGUIAR DIAS. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I. p. 1.

² GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 45.

³ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 45.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

dependam diretamente de seus cuidados, representa o que se considera ser responsabilidade, de acordo com ensinamentos de Savatier.⁵

A questão a ser indagada é se tendo havido o prejuízo experimentado pela vítima caberia ou não ser o mesmo reparado por aquele indivíduo que lhe deu causa, sendo que caso seja afirmativa, o que passa a ser indagado é de que modo deverá ser realizada a reparação deste prejuízo. A resposta para estas questões formam o conjunto de idéias e práticas que a responsabilidade civil busca nortear.⁶

A proteção do que é lícito e a repressão do ilícito é o objetivo principal da ordem jurídica, de acordo com San Tiago Dantas. Sendo assim, o ordenamento jurídico simultaneamente tem o dever de tutelar o indivíduo que tem comportamento de acordo com os princípios ditados pelo Direito, e por outro lado, reprimir a conduta do indivíduo que atua contrariamente a ele⁷. Portanto, o resumo do que se descreve na lição deste grande mestre, é que o Direito não se destina aos atos ilícitos, somente cuidando destes pela necessidade de reprimi-los para que não ocorram, bem como corrigir eventuais efeitos danosos decorrentes deles, tornando assim, prevalente no meio social, aquilo a que se destina: os atos lícitos.⁸

A responsabilidade civil não deve, portanto, ser entendida em contexto diferente da responsabilidade civil de modo geral, pois estará sempre presente a finalidade de obrigação, encargo ou contraprestação a partir do elemento inicial – o dano. E portanto reflete o dever jurídico de restabelecimento à vítima para a mesma condição na qual se encontrava antes do ato ilícito ou o mais próximo disto. Fato é que o ato ilícito gerador do dano gera contraposição ao que o direito preserva ou seja a ordem, e por si representa desequilíbrio moral ou mesmo patrimonial em desfavor do ofendido. A responsabilidade civil responde, portanto, de modo a criar obrigação

⁵ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile endroit français*. Paris: LGDJ, 1939, t. I, p. 1 *in* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4. p. 6.

⁷ Programa de Direito Civil, volume I/341, Rio *in* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

ao agente que deu causa a este desequilíbrio para que venha a reparar o prejuízo causado pelo fato de ter realizado ato contrário ao ordenamento jurídico.⁹

No papel de dever jurídico sucessivo, a responsabilidade cumpre seu papel, surgindo com a finalidade de recomposição de dano, que decorre um ato contrário àquilo que instrui o dever jurídico originário. Sendo assim, ao violar um dever jurídico originário tendo como resultado dano decorrente a outrem e prejuízo concomitante, a conduta humana desta natureza traz em si a fonte geratriz de responsabilidade civil e suas consequências.¹⁰

A responsabilidade civil, é integrante do direito relacionado às obrigações, tem origem após o não cumprimento devido de uma obrigação, resultando em dano a ser reparado, fato que se faz sucessivamente ao evento inicial gerador. Deste modo, ocorre a transgressão do dever jurídico primário ou originário, “cuja violação acarreta um dever jurídico sucessivo ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.¹¹

Portanto àquele que der causa a dano a terceiro cabe o dever de reparação, fato que se encontra positivado no atual Código Civil em seus artigos 186 e 927, sendo a regra para o estatuto da responsabilidade civil que se encontra também na legislação dos mais diversos países do mundo civilizado e considerada sua importância, tornaria impossível a vida social sem que estivesse presente como fundamento das leis atuais.¹²

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

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

Na parte geral do Código encontra-se descrito o primeiro dos dispositivos mencionados que trata de definir o ato ilícito em si, sendo que o segundo dispositivo

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 19.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20, n.1.1/.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 19.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 6 *in* VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 2.

¹² RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4. p. 13.

pode ser encontrado no capítulo de responsabilidade civil, determina que o praticante do ato ilícito gerador do dano tenha a obrigação de reparação do prejuízo decorrente.¹³

De modo excepcional, poder-se-ia indenizar apenas metade de valor avaliado para ressarcimento completo do dano, tendo em vista o fato que haveria a própria vítima de arcar com o valor complementar. O que se faz necessário entender é que há necessidade de que seja restabelecido o equilíbrio diante do dano sofrido, que visa ser sanado por meio de colocar aquele que fora prejudicado em condição anterior ao ocorrido. A obrigação de reparar por parte daquele que deu origem ao dano, tem como elemento inicial inspirador princípio elementar para preservação do sentimento de justiça, o que somente se faz por meio de fixação de indenização ao causador que seja diretamente proporcional ao dano por ele causado.¹⁴

A responsabilidade civil, portanto, para que seja garantido seu fundamento maior, aquilo que a caracteriza, deveria estar alicerçada no elemento culpa. Mas este componente não se mostra suficiente para que todos os danos passíveis de indenização sejam devidamente garantidos. Atos que resultam em dano, entretanto, na maioria das vezes, têm seu fundamento na culpa por adoção de conduta contrária à lei adotada pelo agente, seja por negligência ou por imprudência – mas pode não estar presente o elemento culpa em situações particulares, ainda assim passíveis de indenizar.¹⁵

Ainda que de forma tradicional, a culpa tenha se constituído como elemento fundamental para o conceito de responsabilidade civil, a jurisprudência moderna adota que nada obriga que ela esteja presente para que gere obrigação. Tendo ficado, no passado, caracterizado que cabe à vítima o ônus da prova, prevaleciam outros fatores tais como dificuldades de acesso aos elementos de prova, desigualdade social e financeira, e mesmo a organização social do meio, elementos estes que, por fim, deixaram um grande número de danos levados à Justiça, sem a devida resposta

¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4. p. 13.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

¹⁵ MONTEIRO, Washinton de Barros. **Obrigações**, v. 2, p. 431 in PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – contratos: declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.III. p. 520.

indenizatória. Sendo assim, no caso específico da responsabilidade civil, coube evoluir para que a vítima fosse devidamente socorrida, fato este que vem apresentando resultados na doutrina e na jurisprudência que seguem à frente dos códigos, em suas concepções que impedem que se desenvolva e seja aplicada a boa justiça¹⁶. Outros meios técnicos foram utilizados como recurso, tendo sido aceitos, indo contra padrões anteriormente aceitos e procedimentos considerados corriqueiros, para que finalmente se pudesse considerar ser o dano indenizável, ainda que o fundamento da culpa não estivesse presente.¹⁷

Na Constituição de 1988 em seu artigo 37 §6º, configura que ocorrendo erro judiciário o Estado responderá independentemente de ter havido ou não culpa por parte de seus agentes, que no exercício de suas funções, causem danos a terceiros. No caso específico de erro judiciário, existe previsão legal específica dada no artigo 5º inciso LXXV também da norma Constitucional, que determina: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo afixado na sentença”. Deste modo, conclui-se que nos casos de erro do Judiciário que tenham como origem as ações de alimentos, deverá haver reparação independentemente de haver ou não culpa.¹⁸

1.2 Visão Histórica da Responsabilidade

Durante o desenvolvimento humano e suas relações sociais, houve um tempo em que o dano infringido à vítima era o único fator a ser levado em conta, não sendo levado em consideração se voluntário ou se o elemento culpa estava presente durante a execução de ações que levassem a prejuízo ou que fossem ofensivas a terceiros. Havia portanto uma reação imediata, sem o devido julgamento do que de fato tinha ocorrido para que o dano fosse causado, bem como não se levava em consideração o princípio de equivalência entre o dano causado e a pena aplicada¹⁹. Portanto limites

¹⁶ MAZEAUD ET MAZEAUD. **Leçon**. vol. II, n 380 in PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – contratos**: declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.III. p. 520.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – contratos**: declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.III. p. 520.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RC 71004583514, Turma Recursal da Fazenda Pública, Rel. Luís Francisco Franco, julgado em: 14 de Novembro de 2013.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 28 e 29.

ou regramentos jurídicos não estavam presentes no contexto das penas impostas – o direito não era ainda elemento a ser considerado nas decisões adotadas.²⁰

A responsabilidade em um primeiro momento, era portanto um direito que a vítima tinha, aceito pelas sociedades mais primitivas, de se vingar daquele que havia lhe causado dano. O livre arbítrio neste caso, dominava as ações daquele que tivesse sofrido algum dano, indo procurar justiça pelas próprias mãos, atitude que não era de modo algum passível de ser reprimida pelo poder constituído, então existente pois era considerado como ato conseqüente ao dano sofrido. Não haveria de se falar em culpa por parte daquele que reagia contra o fato de ter sofrido ato injusto ou ofensa moral.²¹

A reparação do dano poderia acontecer de imediato, assim que sofrido o dano, por meio de reação direta do ofendido contra seu ofensor, ou por meio de julgamento posterior, que foi regulamentado seguindo o princípio descrito na Lei de Talião: “olho por olho dente por dente”.²²

Após este período inicial, acontece um outro que visa um ressarcimento voluntário por parte do agente e neste caso, caberia ao prejudicado, de acordo com julgamento que ele próprio haveria de fazer, substituir a vingança por vantagem de ordem material.²³

Com avanço das relações sociais, durante o período da antiguidade clássica, a composição ou ressarcimento passa a ser usada para fins de compensação do dano sofrido, e devido a uma maior consolidação da autoridade legal sobre os atos do indivíduo, passa a ser proibido por lei que a vítima venha a fazer justiça por meios próprios. O ressarcimento econômico, passar a ser obrigatório ao invés de voluntário, sendo também aplicada sobre este, uma base tarifária, tornando as decisões mais uniformes para cada modalidade de ocorrência. Durante este período, ocorrem pagamentos para fins de ressarcimento pelos mais diversos motivos, até mesmo algumas tarifações consideradas estranhas ao ordenamento jurídico atual, tais como pela retirada de um membro de um homem, por morte de homem livre ou escravo havendo ainda, tábuas com valores de indenizações fixadas para acidentes ocorridos

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 28 e 29.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24/25.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

durante o exercício de uma profissão. Como exemplo podem ser mencionados os Códigos de Ur-Nammu, o Código de Manu bem como a Lei das XII Tábuas.²⁴

Para fins de caracterização da responsabilidade civil, em conformidade com a teoria clássica, se faz necessário que ocorra dano comprovado, a culpa pelo fato gerador do dano por parte do autor, bem como nexos de causa entre o fato culposo e o dano sofrido pela vítima.²⁵

Com o tempo, houve percepção por parte das autoridades que os Estados também poderiam ser passíveis de serem lesados por danos provocados por particulares, sendo o resultado desta atitude a perturbação da ordem pública. Neste ponto, torna-se necessária a divisão dos delitos em duas categorias distintas²⁶. São eles os delitos públicos, que sendo considerados mais graves, possuem características de perturbação da ordem, devendo para estes casos em particular, ser recolhido os valores de indenização da pena imposta aos cofres públicos. Por sua vez, nos delitos de natureza privada, caberia a pena aplicada ao infrator ser destinada à vítima. Entretanto, o componente fundamental para o novo entendimento a partir deste período é que caberia somente ao Estado julgar e atribuir a devida punição ao infrator. Assim, tendo a ação repressiva sido assumida pelo Estado, ocorre o surgimento e o estabelecimento definitivo da ação de indenização.²⁷

Na responsabilidade civil, considera-se a edição da Lex Aquilia um marco histórico, tendo sido sua importância de tal modo relevante, que passa a nomear a própria responsabilidade civil delitual ou do tipo extracontratual.²⁸

O Imperador Justiniano deu a este instrumento legal que inicialmente era de uso restrito, um aspecto de remédio jurídico com característica geral. Por sua vez, no moderno entendimento de responsabilidade extracontratual, o ato ilícito é considerado como figura autônoma. O direito romano usa a mesma interpretação adotada na Lex Aquilia para o princípio pelo qual a punição de um culpado por danos causados a

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 24.

²⁶ GUIMARÃES, Luiz Ricardo. **Responsabilidade civil-histórico e evolução. Conceito e pressupostos. Culpabilidade e imputabilidade**. Monografia apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, Bauru, 5 de fevereiro de 1999.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

²⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3. p. 55.

outrem, não depende de relação de obrigação existente entre as partes. Deste modo, tem origem a fundamentação da responsabilidade extracontratual que se alicerça a partir da culpa. É por este motivo que ainda hoje a responsabilidade civil extracontratual é também denominada responsabilidade aquiliana, levando-se porém em consideração o fato que a evolução do direito levou a um considerável afastamento entre o entendimento daquela lei em comparação com a responsabilidade civil atual. A Lex Aquilia, aprovada por meio de uma ação plebiscitária ocorrida entre os Séc II e III a.C. deu àquele que fosse titular de bens, o direito de receber por parte de outro que tivesse sido responsável por destruição ou deterioração de seu patrimônio, a devida indenização. Sendo naquele tempo os escravos considerados como coisas ou pertences de seus respectivos proprietários, casos nos quais as ações do infrator resultavam na morte de escravos caberia a ele o dever legal de indenizar. As punições eram adotadas para aquelas ações que resultavam em perda ou dano devendo a idéia de culpa estar presente durante a consideração do intento de reparação. A imprudência, imperícia, negligência ou mesmo o dolo nas ações são traduzidas em culpa passível de punição. Posteriormente ocorre uma profunda ampliação e transformação no conceito de culpa.²⁹

Durante o período da Revolução Industrial, acontece de modo mais evidente uma separação entre classes sociais, associada a uma percepção de injustiça causada pela exploração da mão de obra, fato que inspira concepções que visem melhor composição e equilíbrio social. Este fato, por sua vez, favorece maior desenvolvimento e fundamentação da teoria da responsabilidade objetiva, tendo em vista reduzir o impacto dos males decorrentes do trabalho e dando maior nível de proteção às vítimas de moléstias, quando relacionadas à concepção soberana do trabalho como meio de geração de capital e lucro. Começam a ser firmadas as bases para o moderno entendimento jurídico de responsabilidade, tendo suas principais idéias sido originadas principalmente na França.³⁰

Um princípio de equidade originado a partir do direito romano evolui e se torna relevante, se impondo o conceito de responsabilidade objetiva, que considera o fato

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 19.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 30.

de alguém obter lucro a partir de uma determinada atividade o torna responsável por responder, por eventuais riscos e prejuízos sofridos por outros, que estejam diretamente associados a esta atividade. Ou seja, ao obter vantagens pelo exercício de uma atividade, deverá seu responsável arcar pelos incômodos dela decorrente (*ubi emolumentum, íbis commoda, ibiincommoda*).³¹

Deste modo, o legislador, bem como a doutrina e conseqüentemente a jurisprudência, vêm desenvolvendo meios e processos adequados para que os direitos da vítima sejam assegurados, concedendo a ela uma situação mais favorável diante do dano experimentado. Não mais o autor do dano, praticante do ato ilícito é o personagem principal para o tema responsabilidade civil, que passa a ser debatida sob o enfoque da vítima.³²

Conforme descrito anteriormente, a responsabilidade passa a ter como foco central. a reparação para a vítima por dano que ela tenha sofrido. Visto desta forma, o dano passa a ser considerado não somente contra o indivíduo, mas contra o coletivo, passando a ser considerado um problema de toda a sociedade.³³

1.3 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

A teoria clássica dá o alicerce para que o elemento culpa se mantenha como fundamento para a responsabilidade. Também conhecida como teoria da culpa ou subjetiva, considera que a culpa é o elemento central para que se considere responsabilidade civil e caso não sejam encontrados elementos para fundamentação da culpa não haveria de se tratar de responsabilidade pois haveria relação interdependente.³⁴

Quando, portanto, se considera a responsabilidade como sendo subjetiva é o mesmo que dizer que ela está sendo embasada pela idéia de culpa. Portanto neste caso, é necessário que se prove a culpa por parte do agente para que seja necessário

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

³³ Ibidem, p. 9.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 . p. 48.

indenizar o dano. Esta idéia de responsabilidade, somente se aceita caso seja configurado que o agente tenha agido com dolo ou culpa.³⁵

Deste modo, não haveria censo ou juízo negativo, a menos que tenha faltado por parte do agente a devida cautela no momento de agir. Sendo assim, a teoria clássica adota o fator culpa como fundamental para que se possa falar em responsabilidade civil subjetiva.³⁶

Tendo o agente adotado cautela e comportamento prudente em situação na qual não houvesse sua pretensão em causar o dano, nem pudesse prever suas consequências, não haveria de se considerar responsabilidade. A atitude de alguns de entender mais que o ato ilícito em si e de modo convicto afirmar que há responsabilidade subjetiva, de modo a observar em todos os fatos que ocorrem obrigação por parte do agente, sem que seja levada em consideração a culpa concomitante do lesado, constitui interpretação superficial dos fatos, pois leva em conta apenas fatores como nexos causal existente entre o fato ocorrido e o dano.³⁷

Sendo assim, provar culpa por parte do agente que se afirma ter causado o dano, constitui fator indispensável para que seja devida por ele uma indenização. Neste caso, a responsabilidade passa a ser subjetiva, tendo relação direta com a ação ou omissão verificada na atitude do indivíduo causador do dano.³⁸

Algumas situações práticas, impostas pela lei, determinam que independente de culpa ocorra dever de indenizar o dano sofrido. Trata-se de uma outra teoria aceita pelo direito conhecida como do risco ou objetiva, na qual comprovar culpa não é fator indispensável para que o dano seja indenizável. Deverá entretanto haver nexos causal assim como o dano comprovado para que se possa verificar responsabilidade civil pelo agente.³⁹

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 32.

³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25.

³⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4. p. 11.

³⁹ BRITTO, Marcelos Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5159/alguns-aspectos-polemicos-da-responsabilidade-civil-objetiva-no-novo-codigo-civil>> Acesso: 11 set. 16.

O surgimento desta nova teoria de se dá pelo fato de que a culpa muitas vezes não constitui justificativa suficiente para que o dever de indenizar o prejuízo fique caracterizado. Dos danos que eventualmente ocorrem, nem todos podem ser qualificados como originários de atos nos quais o agente não tenha atuado com razão ou mesmo fique caracterizada culpa. Portanto nestes casos, fica caracterizado para que se obrigue indenizar o fato de haver nexos de causa entre o prejuízo sofrido pela vítima e o fator que tenha provocado este prejuízo.⁴⁰

No parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, existe expressa consideração relativa a responsabilidade civil objetiva, estando claramente estabelecido que:

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

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

Deste modo, poderá o magistrado no momento de julgar levar em consideração diferentes fatores relativos ao tema responsabilidade, seja ele devido a ocorrência de delito civil ou mesmo uso abusivo de um direito por parte do infrator – sendo que, nestes casos, considera-se na prática, a idéia de culpa (ver artigos 186 e 187), também podendo reconhecer responsabilidade civil sem de modo algum questionar ocorrência ou não de culpa por meio da interpretação e aplicação de responsabilidade objetiva, sendo previstas situações distintas no parágrafo único da norma: “nos casos especificados em lei” e “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.⁴¹

Havendo, portanto, relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano causado à vítima, relação esta que deverá ser verificada objetivamente, terá a vítima direito de indenização pelo dano sofrido.⁴²

A responsabilidade objetiva no entendimento do autor Carlos Roberto Gonçalves, verifica que na classificação atual e tradicional deste modo de

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26.

⁴¹ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3. p. 187.

⁴² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4. p. 11.

responsabilizar, o fato é que ela independe do fator culpa para sua aceitação. Sendo assim, pode a culpa existir ou não será sempre considerada sem relevância para fins de configurar o dever de indenizar por parte do agente gerador de dano. O que não se pode de modo algum questionar nestes casos é o elo de causa efeito obrigatório entre a ação do agente e o dano sofrido, e ainda que se trate de responsabilidade objetiva, não é possível que seja acusado de causar dano aquele que de modo algum tenha dado causa a um determinado evento. Naqueles casos em que se considera culpa presumida, se trata de responsabilidade do tipo subjetiva fundamentada em culpa, ainda que seja culpa presumida.⁴³

A regra nestes casos é considerar para os casos de responsabilidade objetiva o dano sofrido pela vítima e não o dolo ou a culpa do agente. Para que ocorra dever de indenizar devem estar fundamentados objetivamente que exista dano e que também exista nexa causal do agente com o dano sofrido pela vítima e nestes casos, não há qualquer exigência quanto a comprovação ou não de existir culpa no momento da infração. Deve-se ter em mente que a responsabilidade subjetiva permanece como a regra geral para determinação da responsabilidade civil, inclusive descrita no artigo 186 do Código Civil, mas verifica-se um aumento do número de processos onde se leva em conta apenas a responsabilidade objetiva.⁴⁴

1.4 Pressupostos da Responsabilidade Civil (ação ou omissão; dano ou resultado negativo; conduta ou omissão caracterizada por culpa ou dolo e nexa causal)

Princípio consagrado pelo artigo 186 do Código Civil em seu artigo 159 fundamento da responsabilidade civil, menciona que a nenhum indivíduo permite o direito ato de causar, por dolo ou culpa dano a outras pessoas.⁴⁵

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 18.

⁴⁵ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3. p. 69.

A partir deste conceito podem ser verificados em estudo mais abrangente que: ocorre por parte do agente conduta considerada antijurídica sendo este comportamento contrário à norma e tendo como origem o fato de cometer uma ação ou mesmo por omissão diante do dever de agir, e nestes casos, tendo sido verificado o dano, não cabe questionar ter agido ou não com dolo; ao cometer ilícito configura-se lesão a bem jurídico sendo de ordem material ou imaterial, relativo ou não ao patrimônio; é fundamental e necessário que seja estabelecido nexo de causalidade entre a atitude contrária à norma por parte do agente e o dano sofrido pela vítima e no sentido inverso ou negativo ainda que tenha agido de modo contrário a um direito não tenha sido verificado dano a um bem protegido pelo direito.⁴⁶

A responsabilidade civil deriva deste modo de ato cometido pelo próprio agente ou de outro (terceiro) que esteja sob responsabilidade do agente, mesmo danos que tenham sido causados por objetos inanimados ou animais sob sua supervisão legal. Portanto a norma elege qualquer pessoa que tenha atuado por ação ou omissão que resulte em dano a outrem.⁴⁷

Considera-se atuação do agente quando diretamente se volta contra a vítima, seja destruindo bens que a ela pertencem, contra sua honra ou mesmo quando descumpra sua obrigação de proteger; por ato alheio ou de terceiro entende-se danos causados por filhos, pessoas sobre as quais tenha guarda ou tutela, curatelados, aqueles que em exercício de sua função atuem como empregados ou que sejam hóspedes, os que se encontram em fase de educando - serão responsáveis por estas pessoas seus pais, tutores, empregadores quando formulam ordens a serem cumpridas por seus empregados, donos de hotéis, professores ou educadores; caso se trate de coisas ou animais eventuais prejuízos causados à vítima serão de responsabilidade da pessoa à qual caberia o dever de guarda ou cuidado sobre o elemento causador do dano.⁴⁸

A culpa, ao se tratar do tema responsabilidade civil em seu entendimento amplo e mais moderno, não se trata de elemento que deve estar presente para que se origine a obrigação por parte do agente, sendo considerada não essencial ou elemento

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 566.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 31/32.

acidental para este fim. Embora a lei utilize termos como “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” em sentido lato, a culpa ou dolo não necessariamente precisa estar presente, sendo portanto dispensado este elemento subjetivo para caracterização da ocorrência legal passível de indenização, sendo nestes casos configurada a responsabilidade objetiva que prescinde de dolo ou culpa.⁴⁹

Entretanto para o entendimento de responsabilidade civil, se faz necessária a comprovação objetiva do elemento dano pois, não é pertinente que se aborde indenização ou ressarcimento caso não esteja presente dano. Portanto se estabelece claramente na doutrina e jurisprudência, poder existir responsabilidade sem que se considere o elemento culpa, mas não haverá consideração de responsabilidade caso não esteja comprovada a existência de dano. A reparação ocorre caso o ato considerado ilícito venha de modo consequente causar dano a outrem. Sendo assim, a obrigação de indenizar exige que ocorra dano sem o qual não haveria dívida a ser avaliada e passível de indenizar. Portanto não é suficiente que exista risco de ocorrência de um dano, bem como que tenha ocorrido uma conduta ilícita. Não havendo consequência do ato, dano econômico ou moral, não cabe a exigência de reparar.⁵⁰

A existência do dano é fundamento para existência de responsabilidade civil, devendo, portanto, ser considerado certo e efetivo. Esta certeza deve existir para que não seja alguém responsabilizado por danos que sequer estejam comprovados. Portanto, se torna efetivo o dever de indenizar somente se comprovado de modo concreto ter havido dano, e que não concorram para sua ocorrência, algum excludente de responsabilidade.⁵¹

Caso ocorra um evento no qual fique caracterizado culpa, ou mesmo dolo, por parte do infrator, tendo havido a violação de um dever jurídico, não há de se falar em obrigação ou dever de indenizar caso não seja verificado prejuízo por parte da vítima.

⁴⁹ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3. p. 70/71.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

⁵¹ OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Pressupostos da responsabilidade civil**. 18 nov. 2008. Comunidade Adm. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>>.

O ato de indenizar está diretamente relacionado não somente à violação de um direito, mas do dano consequente a este ato.⁵²

O dano, de acordo com Cavalieri, constitui lesão a um bem ou mesmo interesse que esteja defeso pelo direito, sendo este de qualquer natureza, podendo se tratar de bem com característica patrimonial, ou que integre a honra, imagem ou a liberdade da vítima. Pode, portanto, ser o dano moral ou patrimonial, devendo ser considerado ocorrência de lesão a um bem que deve ser tutelado pelo direito.⁵³

Responde o agente por dano que tenha causado à vítima, somente nos casos em que seja possível verificação de nexos causal entre a conduta daquele que se caracteriza como infrator e o dano sofrido pela vítima; caso se verifique existir esta relação, tem o dever de indenizar a vítima visando reparação do erro cometido que pode ser de dano material ou imaterial (ou moral).⁵⁴

O nexo causal, etiológico ou a relação de causalidade é uma expressão jurídica das leis que ocorrem na natureza. É o elo que torna unidos a conduta de um agente ao dano sofrido pela vítima. O exame da relação causal, evidencia quem causou o dano, sendo, portanto, elemento que não pode ser dispensado para determinar responsabilidade e obrigação. Mesmo nos casos que ocorra a responsabilidade considerada objetiva, se dispensa a culpa, sem, entretanto, haver nenhuma possibilidade de se dispensar haver o nexo causal. Tendo alguém experimentado dano, sem que seja identificado nexo de causa efeito entre a o ato que causou o dano, ligando a consequência ao seu suposto responsável, não haveria como esta vítima ser ressarcida.⁵⁵

A responsabilidade do agente ocorre por ato praticado por ele próprio, quando fica o atuar do agente diretamente implicado na ocorrência do dano experimentado pela vítima. Por outro lado, é possível que um terceiro que possua vínculo especial com o agente atue de modo a produzir o dano, mas tenha este sobre aquele, condição

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op.cit., p. 93.

⁵⁴ RAMOS, Vanderlei. Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies. **DireitoNet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies>>.

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 54.

de responsável; neste caso denomina-se responsabilidade por fato de terceiros; em casos nos quais o dano seja causado por um objeto ou mesmo por um animal sobre o qual o agente deveria ter relação de vigilância ou de guarda, considera-se a responsabilidade pelo fato das coisas.⁵⁶

Se faz necessário o estabelecimento de relação de causa efeito entre o ato praticado pelo agente ou sua omissão e o eventual dano sofrido pela vítima. O artigo 186 do Código Civil tem em seu texto o verbo “causar” para determinar esta estreita relação entre a ação ou omissão e o dano. Havendo dano, que, entretanto, não tenha relação com o atuar do agente, não há de se falar em relação de causalidade e por conseguinte, não haveria também a obrigação de indenizar.⁵⁷

Caracterizar a responsabilidade civil se faz necessário com intuito de estabelecer o dever de reparação, que é, portanto, efeito direto daquela. Faz com que o responsável por um determinado ato que determine dano, seja ele responsável direto ou não, tenha por obrigação restaurar o equilíbrio que fora perdido, devendo indenizar a vítima não somente pelo que perdeu (dano emergente) mas ainda pelo que eventualmente tenha deixado de ganhar (conforme descrito no Código Civil artigo 402); entretanto, o atendimento a obrigações por ato ilícito pode também ser previsto em outros capítulos do direito, que devem ser abordados de modo independente, sem que ocorra influência da análise de um sobre o outro como nos casos previstos em legislação específica tais como homicídio, lesão corporal, mutilação etc⁵⁸. Se torna responsável o legislador e o julgador senão pelo restabelecimento completo do dano sofrido, restabelecendo a condição anterior ao evento, ao menos minimizar a perda, visando aquilo que se reconhece como equilíbrio social.⁵⁹

1.5 Situações Excludentes da Responsabilidade Civil:

Os autores Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto consideram ser o ato ilícito o fato de um determinado direito previsto ser

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil- introdução ao direito civil teoria geral de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I. p. 566.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil- introdução ao direito civil teoria geral de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I. p. 567.

⁵⁹ RÉCHE, Cláudio. Conversando direito - o "*status quo ante*". **Textos Jurídicos. Artigos e teses que expandem o conhecimento jurídico**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto261.html>>. Acesso: 16 set. 16.

violado, fato este que pode ser considerado uma ofensa a toda uma sociedade pois de algum modo a infração será contra fundamentos indispensáveis à imagem que aquela sociedade traz de si mesma, colocando em risco sua existência e sua identidade, ou ainda a infração ao direito poderá gerar apenas dano ao indivíduo. No caso que ocorra dano para a coletividade a violação do direito incorre na esfera da lei penal sendo indutora de responsabilidade penal. Se houver dano individual, considera-se delito civil, podendo entretanto haver casos nos quais o delito que atente contra a lei penal e o direito privado simultaneamente, devendo ser devidamente julgadas as duas responsabilidades de modo independente, sejam a penal e a civil.⁶⁰

O ato ilícito em si, apresenta na sua origem, fatores determinados que por si o definem: a) se trata de ação com intento por parte de quem se propõe executar, ou para a qual se prevê o resultado; b) não considera a ordem jurídica vigente, indo em sentido contrário aos ditames das leis, contrapondo o comportamento determinado pelo direito positivo. c) o agente possui consciência do seu ato, podendo, portanto, a ele serem imputadas suas consequências. d) a conduta causa desordem naquilo que pode ser considerado como o direito de outrem, visto que, enquanto permanece no âmbito particular do agente, não será objeto de apreciação pelo direito.⁶¹

Existem situações que ainda que causem prejuízos a outrem não serão tratadas como atos ilícitos, por estarem inclusas no rol de direitos subjetivos estão inclusas na ordem jurídica vigente, tendo sido sancionadas e portanto protegidas pela lei. Estes atos são considerados como de direito garantido à pessoa e não podem, de modo algum, sofrer sanção por suas consequências ainda que danosas, mesmo que se verifique haver nexos causal entre a ação do agente e o dano sofrido pela vítima ou seus bens, não se origina daí obrigação e nem se pode cogitar dever de indenizar. Nos casos referidos, as ações humanas retratadas na norma passam por previstas a ter legitimação pela lei. Por estarem contempladas na lei com a prerrogativa de atos não ilícitos, isentam aquele que se enquadrem naquela situação de qualquer tipo de recriminação legal. São, portanto, previsões legais exaustivas, inclusas no texto do Código Civil em seu artigo 188, a saber:

⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros e FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. **curso de direito civil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva. p. 348.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, Volume I, p. 560.

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão a pessoa, a fim de reverter perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.⁶²

Importa ressaltar, o fato de estarem os conceitos de ato ilícito e responsabilidade civil devidamente separados no corpo do Código em seus artigos 186 e 927 respectivamente, bem como são previstas as situações de responsabilidade civil que não podem ser consideradas como ato ilícito, e que o artigo 188 descreve hipóteses que são consideradas excludentes de ilicitude mas que não desobrigam o agente a indenizar eventuais prejuízos causados a terceiros. No entendimento dos autores Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladson Mamede e Maria Vidal da Rocha, o laço que existe entre as três figuras do preceito *sub examine*, está em afastar o ato ilícito no comportamento causador do dano, não configurando, portanto, punição na esfera penal, e não sua isenção da responsabilidade civil que poderá ser ainda configurada e, conseqüentemente, originar obrigação.⁶³

Sendo assim, o ato será considerado lícito se previsto no dispositivo legal que o aprova e autoriza. Caso esteja enquadrado em algum ato previsto como delito civil ou ato ilícito, estará sujeito a penalidades previstas, tendo em vista que estará configurando justamente o oposto ou a negação por parte do agente ao comando do ordenamento legal. Nos casos em que o artigo 188 do Código Civil apresente imposição de reparação por parte do agente referente ao dano causado a terceiro, não haverá de ser para indenizar ato ilícito, que neste caso inexistente, e sim visando o restabelecimento do equilíbrio da relação entre as partes que fora rompido.⁶⁴

Previstos como principais causas de excludentes da responsabilidade civil estão fatores que, quando presentes, provocam a quebra do nexo de causalidade, ou seja, constituem a negação direta de que a autoria do autor conduziu ao dano

⁶² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 77.

⁶³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26.

⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 26.

experimentado pela vítima podendo ser descritos, de modo geral, como a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito e de força maior, melhor explicados adiante.⁶⁵

1.5.1 Culpa Exclusiva da Vítima

Tendo o ato que conduz ao dano experimentado pela vítima, por culpa exclusiva da própria vítima, se apresenta lógico que não existe possibilidade de responsabilização por parte do agente pelo simples fato de inexistir relação de causa e efeito entre a ação do agente e o prejuízo que fora experimentado. Passará, portanto, o agente da condição de causador do dano para a condição de figurante não efetivo enquanto elemento gerador de dano e de não existir relação entre seu ato e o prejuízo sofrido pela vítima.⁶⁶

Se ficar evidente não ter sido o dano por culpa exclusiva da vítima, considera-se haver concorrência de culpas, fato este que reduz proporcionalmente a indenização devida pelo agente, de acordo com o descrito no Código Civil: “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.⁶⁷

Assim, quebrado o nexo de causalidade, a culpa exclusiva da vítima tem como consequência direta tornar o agente isento de responsabilidade.⁶⁸

Deste modo, a culpa exclusiva da vítima estabelece a quebra do nexo de causa entre o dano sofrido pela vítima e a atuação do agente, desconfigurando ter sido, o agente, causador direto do dano; neste caso não se verifica somente estar ausente o elemento culpa, mas ocorre isenção de responsabilidade pelo fato e suas consequências.⁶⁹

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, volume 4. p. 469.

⁶⁷ BLOGSPOT. **Causas excludentes de responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://apenassobredireito.blogspot.com.br/2013/10/causas-excludentes-de-responsabilidade.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.3. p. 163.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87.

1.5.2 Fato de Terceiro

O fato de terceiro configura excludente de responsabilidade civil pelo fato de o agente causador do dano experimentado pela vítima não ter sido causado por conduta ou ação de quem está sendo acusado no processo, e também não ter sido exclusivamente pela vítima, mas por outra pessoa, aqui denominada de terceiro, não sendo, portanto, nenhum deles.⁷⁰

Neste caso, se torna importante verificar se o terceiro agiu sozinho para ocasionar o dano ou se houve participação do agente que foi objeto da acusação inicial para a ocorrência do fato que se apresenta. Se fica configurado ter sido a ação somente do terceiro, não há de se estabelecer nexos causal relativo ao agente e, portanto, se encontra excluída a obrigação de indenizar por parte deste, tendo em vista ter sido a causa do evento danoso, alheia à sua conduta.⁷¹

Por sua vez, se a conduta do agente juntamente com o fato de terceiro são fatores partícipes para o resultado danoso apresentado, a exclusão do fator causal não se verifica. Exemplo seria um motorista que ao desviar após ser fechado no trânsito, para evitar a colisão sobe em uma calçada atropelando um pedestre. Observe que a sua própria ação foi a causadora do dano sofrido pela vítima e, neste caso, não há de se alegar fato de terceiro para afastar sua responsabilidade. Pode ser alegado o estado de necessidade, que neste caso exclui a conduta antijurídica, fato este, entretanto, que não desobriga o agente a indenizar.⁷²

Quando se trata de responsabilidade civil é imperioso esclarecer que se adota o princípio no qual o causador direto do dano deverá repará-lo. E neste particular, o fato de haver culpa de terceiro não exime o agente causador direto do dano da obrigação e do dever jurídico de indenizar a vítima, conforme descrito nos artigos 929 e 930 do Código Civil; mas existe previsão de ação regressiva do agente contra o

⁷⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 137.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 66.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87 e 88.

terceiro que deu origem à situação de risco que culminou no evento que ocasionou o dano à vítima.⁷³

Fica claro que o fato de terceiro somente desobriga o agente a indenizar se for importante a ponto de causar ruptura do nexo causal entre a ação do agente e o dano observado, cabendo neste caso, ao agente, comprovar ter sido fato que não pudesse ser previsto ou evitado. Na prática, a jurisprudência apresenta a tendência que apenas de modo excepcional o fato de terceiro possa ser admitido como excludente de culpa.⁷⁴

Caberá, portanto, ao agente caso tenha alegado fato de terceiro, para ser isento da responsabilidade por dano, comprovar não ter de nenhum modo atuado para dar causa ao dano. Deste modo, assim que for acionado judicialmente deverá promover denúncia da lide de acordo com o que está previsto no artigo 70, inciso III do Código de Processo Civil, para que durante o processo em curso exerça direito de regresso em relação a terceiro, ainda que ao final do processo em curso seja condenado a reparar o dano, de acordo com o verificado em jurisprudência contida no processo: Resp número 589.051/SP, 4 turma, rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 23.03.2004, pub. em 13.09.2004, DJ, p. 258.⁷⁵

1.5.3 Caso Fortuito e Força Maior

O caso fortuito e de força maior é assunto que manteve mesmo tratamento normativo quando comparamos o Código Civil atual ao Código anterior. Com relação ao inadimplemento das obrigações, em seu artigo 393, se repete os fundamentos do artigo 1.058 do antigo Código: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. O dispositivo mencionado consagra um princípio geral do direito que no Código, está relacionado à disciplina das obrigações, mas poderá, por se tratar

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 472.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 66.

⁷⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7. p. 124.

de norma geral, ser aplicado nos casos de responsabilidade contratual e extracontratual.⁷⁶

Em todas as situações previstas em lei, devem o caso fortuito e de força maior obedecer à condição de que o evento tenha origem a partir de fatos que não tenham qualquer dependência da vontade do agente. Se em qualquer momento ficar provado ter havido elemento de culpa por parte de alguém, não haverá de ser considerada a ruptura do nexo de causa. Por outro lado, é conhecido que romper o nexo causal significa excluir a responsabilidade, valendo este princípio para a responsabilidade contratual e para a aquiliana. E a exclusão de responsabilidade se assenta no fato do prejuízo não ter sido causado por fato determinado pelo agente, mas de outras condições que não se relacionam com sua vontade e não estão sob seu poder.⁷⁷

Portanto, está claro que o caso fortuito e a força maior provocam, com sua caracterização durante o evento, a exclusão consequente do nexo causal nos casos que envolvam responsabilidade seja ela do tipo subjetiva ou objetiva, e isto inclui aquelas condições nas quais o Estado é implicado como agente causador do dano.⁷⁸

Discussão da doutrina ainda se apresenta indefinida quanto se tratar como distintas as figuras de caso fortuito e a força maior. Para alguns estudiosos, as expressões correspondem a um mesmo conceito, sendo equivalentes. Entretanto, para outros seriam considerados caso fortuito todos aqueles que tivessem sua origem a partir de elementos da natureza, e, por outro lado, os casos de força maior teriam origem de ação humana.⁷⁹

Inversamente, Carlos Roberto Gonçalves, diferencia os dois termos, mas considera que o caso fortuito decorre de ato que não guarda dependência direta com a vontade dos envolvidos seja por greve, motim, guerra dentre outros, mas com origem a partir de ações humanas. Por outro lado, força maior são decorrentes de raio, inundação, terremoto, sendo assim, portanto, decorrente de fenômenos da

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 58.

⁷⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7. p. 120.

⁷⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7. p. 121.

natureza. O mais relevante do ponto de vista prático é que a norma legal mantém os termos na condição de equivalentes sendo considerados como excludentes de responsabilidade pelo simples fato de romper a relação de causa efeito que passa a não existir entre o ato do agente e o dano ocasionado à vítima.⁸⁰

Para outros doutrinadores, dentre os quais Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha, o que importa é a figura do agente ainda que se trate de fato previsível ou imprevisível, se de qualquer forma for considerado inevitável, será uma consequência da figura do agente (sem o qual não haveria de ocorrer dano): neste caso se trata de caso fortuito e não poderá ser utilizado como excludente de responsabilidade. De modo diverso, se tiver origem em fato externo ao agente que se encontra diante de uma força maior, será causa excludente de responsabilidade.⁸¹

Ocorre ainda diferenciação entre caso fortuito interno e externo. É considerado fortuito interno, aquele que é próprio da atividade exercida e tais como a explosão de uma máquina ou comportamento adverso verificado em material objeto de manipulação. No caso fortuito externo, são mantidas as características de imprevisibilidade e inevitabilidade, entretanto por fator alheio ao que está sendo realizado, não fazendo parte do negócio, como ocorrem com os fenômenos da natureza. São, portanto, características do caso fortuito externo ser elemento alheio aos riscos relacionados diretamente às atividades realizadas pela empresa bem como o sua ocorrência ser considerada inevitável (sendo por esta última característica, denominada por alguns autores como força maior).⁸²

Nos casos que o agente, assumindo riscos inerentes à sua atividade, tendo sua conduta claramente caracterizada, caso ocorra danos à vítima, apenas a ruptura do nexos causal poderá ser considerada como excludente de responsabilidade civil, fato que se encontra estabelecido por decisão do STJ no REsp 135259/SP; REsp

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 479.

⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 135

⁸² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 91.

1997/0039492-1, DJ, 2-3-1998, p. 62, RSTJ, 105/190, Min. Ari Paegendler, T2- 2 turma, j. 5-2-1998.⁸³

Para que o conceito fique ainda mais claro convém salientar que a doutrina exige para a caracterização do caso fortuito ou de força maior, a saber: a) o fato não poderá ser determinado por conduta culposa do agente, deste modo, se houver culpa, não há de se considerar caso fortuito; de modo inverso, o mesmo raciocínio deverá ser utilizado: no caso fortuito não poderá ser caracterizada culpa, tendo em vista que um exclui o outro; é preciso que a ocorrência seja inevitável e superveniente; consideradas as restrições humanas seja o fato considerado irresistível.⁸⁴

⁸³ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 163.

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 479.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O conceito de Responsabilidade Civil da Administração Pública passou por mudanças importantes no curso da História, tendo passado da tradição secular de irresponsabilidade do Estado para o conceito de responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que independe do elemento culpa para que fique configurada a obrigação de indenizar. Neste trajeto histórico houve a transição do período de irresponsabilidade do Estado para a fase de responsabilidade civilística e posteriormente para a responsabilidade pública⁸⁵. Todo este processo evolutivo será convenientemente abordado ao longo do texto que segue.

2.1 Evolução das teorias explicativas sobre responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade do Estado nas ações que eventualmente gerassem danos a outrem, tem início historicamente na Idade Contemporânea tendo sido mencionado pelo autor José Cratella Júnior que durante um longo período da história da humanidade não havia qualquer possibilidade do Estado ser responsabilizado por danos causados por agentes que estivessem a seu serviço aos cidadãos. Afirma ainda o autor que a teoria do direito divino, que tem como fundamento o fato de um soberano estar acima da eventual possibilidade de cometer erros ou seja, sua infalibilidade, “*The King can do no wrong*”, fato que refletia em suas eventuais ordens a serem executadas pelos agentes do Estado ou mesmo a estes agentes quando no exercício de suas funções.⁸⁶

O assunto responsabilidade civil do Estado pode ser na prática subdividido em responsabilidade contratual e extracontratual – mas do ponto de vista de aplicação das leis, sobre a responsabilidade extracontratual é que se aplicam as normas e ações judiciais, pois ela possui fundamento na Constituição onde se verifica a organização e o modo de atuação do Estado na sua função de Administração Pública no Executivo bem como, nos demais poderes – Judiciário e Legislativo. Por sua vez, a responsabilidade contratual tem como regulador e disciplinador a legislação ordinária, e na prática somente se aplica a pessoas que tenham realizado contratos com o

⁸⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 994.

⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353.

Estado. Convém salientar que a Lei nº 8.666, de 21/06/1993 dentre outras, podem ser aplicadas nestas situações particulares.⁸⁷

A responsabilidade civil do Estado se qualifica como tipo extracontratual quando a obrigação é de reparação de eventuais danos que tenham sido causados a terceiros ação ou omissão, de aspecto material ou jurídico, em decorrência de atos lícitos ou ilícitos, que possam ser imputados a agentes que estejam a seu serviço ou seja, pelos agentes públicos no exercício de suas funções.⁸⁸

Durante o período de transição entre a total irresponsabilidade do Estado até a aplicação das Leis às quais deveria também observar e responder em caso de inobservância, pelo menos três fases podem ser mencionadas em destaque⁸⁹:

Na fase primitiva onde se caracterizava uma quase total irresponsabilidade do Estado por atos dos seus agentes. Havia restrições que poderiam ser aplicadas ou mesmo indenização devida caso agentes do Estado provocassem danos a cidadãos. Estavam ainda previstas no Império Romano, inclusive no período republicano, limites às ações dos governantes, fato este que evidenciava o dever de reparação quando tais limites fossem transpostos gerando assim prejuízos decorrentes destes excessos. Mas cumpre aqui salientar, que neste mesmo período não havia uma imposição direta para que as obrigações legais fossem cumpridas pelo Imperador, e deste modo, em caso de danos provocados por ele ou por seus servidores, não havia exigência de indenizar.⁹⁰

No fim da Idade Moderna, a responsabilidade do Estado restrita a alguns atos, passa a ser adotada de forma subjetiva ou seja, baseada na culpa, fato que subsiste durante a segunda metade do século XIX e se mantém inalterado até a segunda metade do século XX. Sendo assim, para que o Estado tivesse o dever de indenizar em caso de dano causado pela ação de seus agentes seria necessário por parte

⁸⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 393.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 639 *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 394.

⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353.

⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353/354.

daquele que se sentisse prejudicado provar ter aquele, agido com culpa durante a prática do ato que originou o dano.⁹¹

Posteriormente, em um terceiro momento, a responsabilidade civil do Estado passa a ser considerada de forma objetiva. Sua determinação como tal, é descrita pela Constituição, de acordo com o que se verifica pela leitura do parágrafo 6º, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º 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”.⁹²

Na Constituição Federal ocorre abordagem do tema relativo à teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, abordada sob a óptica do risco administrativo. Sendo assim, a responsabilidade do Estado pode sofrer atenuantes, considerada como parcial em caso de culpa concorrente por parte da vítima e inclusive passível de análise de excludentes para os casos nos quais reste comprovada a responsabilidade exclusiva da vítima. Deve então, ser desconsiderada a abordagem de teoria da responsabilidade objetiva em sua concepção de risco integral, que levaria provavelmente a demandas crescentes por indenizações, por vezes abusivas, obrigando sempre o ente Estatal a indenizar sem que fossem considerados excludentes.⁹³

Ao longo do contexto histórico, conforme já mencionado por diversas vezes ao longo deste texto, o tema responsabilidade civil do Estado tem sido alterado por diversos tipos de abordagens, tendo sido um sem número de teorias acerca do tema elaboradas, e mesmo dentro do universo jurídico não existe uniformidade no tratamento do tema quanto a um determinado regime jurídico abrangente para todas

⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 354.

⁹² GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 235.

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, volume 4. p. 153.

as hipóteses. No sistema anglo-saxão, ocorre a prevalência de princípios relativos ao direito privado; na Europa continental a abordagem prevalente é favorável ao regime publicístico. Deve ser lembrado que durante um longo período, a irresponsabilidade do Estado foi a concepção prevalente; a responsabilidade subjetiva a sucedeu, e nestes casos ainda se encontra aceita em diversas hipóteses sobre o tema, necessita que esteja comprovado o elemento culpa. A responsabilidade objetiva, por sua vez, se mostra como evolução em relação às demais propostas sendo passível de aplicação diante de variados tipos de situações de um sistema jurídico para o outro, em cumprimento às diversas normas impostas pelos diferentes tipos de direito positivo adotados em cada lugar em especial.⁹⁴

Nos casos específicos relativos ao Direito de Família, a responsabilidade do Estado relacionada a erro judiciário, também nos casos de ações de alimentos, se adota a teoria do Risco Administrativo, procedimento este consagrado nos diversos textos constitucionais pátrios a partir da Carta Política de 1946, que fundamenta responsabilidade civil objetiva para o Poder Público decorrente de danos que seus agentes tenham dado causa seja por ação ou por omissão. Portanto, se aplica o princípio constitucional da responsabilidade objetiva do Poder Público, que surge a partir da ocorrência de um ato lesivo causado à vítima decorrente de uma ação do Estado que passa a ter o dever de indenizá-la pelo dano, seja ele pessoal ou patrimonial que eventualmente tenha sofrido, não sendo obrigatório nestes casos, que fique comprovado culpa por parte dos agentes estatais ou mesmo que se demonstre falta do serviço público.⁹⁵

A partir deste ponto serão abordadas, em ordem crescente de responsabilização por atos praticados pela Administração por condutas que resultem em dano a terceiros, diferentes teorias sobre a responsabilidade civil do Estado.⁹⁶

2.2 Teoria da irresponsabilidade

Devido a resquícios do antigo regime, no Direito Francês a irresponsabilidade do Estado manteve-se ativa ainda após a mudança para o regime democrático.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 698.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. AC 26149 RN 2011.002614-9, Primeira Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, Rel. Amaury Moura Sobrinho, julgado em: 30/06/2011

⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil-responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, volume 3. p. 236.

Portanto, aplicou-se, durante algum período de nação soberana, os fundamentos de que o rei (personificado agora pelos agentes do Estado) não podia incorrer em erro.⁹⁷

A teoria da irresponsabilidade civil do Estado decorrente de atos executados por seus súditos, foi prevalente no primeiro período após a formação do Estado Moderno, e este fato teve por principal argumento, os princípios de que “o rei não pode errar” (*the king can do no wrong* ou *ler roinepeut mal faire*) assim como outro dito aceito que apregoava “o que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quodprincipiplacuithabetlegis vigorem*). Portanto havia uma barreira intransponível para responsabilização do Estado segundo estes princípios que era colocá-lo ao mesmo nível do súdito comum, fato este que representaria um desrespeito à soberania.⁹⁸

Sendo assim, antes do estado de Direito, a norma dominante era da irresponsabilidade absoluta do Estado, pois sendo o Poder do Rei exercido de modo soberano, emanava dele a criação e execução dos atos do Direito, não havendo possibilidade de qualquer subordinação Poder Soberano à uma ordem jurídica proveniente de outras fontes.⁹⁹

Portanto, as ações contra o Estado se limitavam à pessoa do agente (funcionário) que havia causado o dano e não havia possibilidade de se responsabilizar por qualquer dano a figura do Estado. Comprovada a insolvência do agente direto responsável pela ação, o dever de indenizar restava frustrado na maioria dos casos.¹⁰⁰

Havia o entendimento que Estado e funcionário seriam distintos, e mesmo que atuando em nome do Estado, o funcionário ao agir além dos limites que lhe foram

⁹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 395.

⁹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 395.

⁹⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7. p. 11.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 283.

delegados ou seja, em caso de abuso, não poderia gerar para a Administração obrigação decorrente de atos de seus subordinados.¹⁰¹

Após o fim do período absolutista, bem como a prevalência de uma nova doutrina, a do liberalismo, ocorre a evolução para a perda da imunidade por parte do Estado.¹⁰²

Argumento forte para que fosse combatida a imunidade por parte do Estado, estava no fato que havia injustiça evidente quando o responsável pela tutela do direito ou seja, o próprio Estado, não haveria de responder por danos a terceiros quando fosse verificada sua ação ou omissão, pois, no papel de pessoa jurídica, deveria ter papel detentor de direitos e obrigações.¹⁰³

Nos casos de Estados Unidos e Inglaterra houve reconhecimento tardio da responsabilidade por parte do Estado, somente em meados do século XX, provavelmente devido à forte tradição do absolutismo na Inglaterra. Contudo o advento do Estado de Direito (inclusive previsto no texto constitucional artigo 1, caput) a teoria da irresponsabilidade do Estado foi totalmente abandonada.¹⁰⁴

A ideia da responsabilidade civil por parte do Estado foi objeto de lento avanço, passando por extenso período de maturação bem como gradual evolução¹⁰⁵. Nos dias atuais, não mais se admite a teoria de irresponsabilidade por parte do Estado, pois o valor do direito não enxerga com probidade que a vítima de um procedimento lesivo tenha que ingressar, para obter direito à reparação, diretamente contra o agente que provocou o dano, ainda que este estivesse agindo em nome e por conta do Estado, que no caso de aceita a ideia de irresponsabilidade, restaria sem qualquer tipo de obrigação.¹⁰⁶

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 283.

¹⁰² GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 236.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 699.

¹⁰⁴ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 983.

¹⁰⁵ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 237.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro- responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, volume 7. p. 610.

2.3 Teoria da responsabilidade por atos de gestão

No século XIX a ideia de irresponsabilidade por parte do Estado foi finalmente superada. Foram inicialmente adotados princípios do Direito Civil, que tinham como fundamento a culpa, sendo deste modo, chamada de teoria civilista da culpa do Estado.¹⁰⁷

Inicialmente houve uma separação de atos considerados de império e atos de gestão. Os atos de império foram aqueles nos quais o Estado estaria atuando se utilizando de seu poder sobre o particular, ou seja, de sua soberania. Por sua vez, nos atos de gestão o Estado não se utilizaria de sua supremacia em relação ao particular, se colocando em condição de igualdade com o particular.¹⁰⁸

Nos atos de império, portanto, a Administração haveria de agir com suas prerrogativas e sua posição privilegiada de autoridade sendo suas condições impostas de modo unilateral e de modo coercitivo ao particular. Não haveria portanto, dependência de qualquer autorização para que ocorresse, sendo adotada em função de direito especial, que extrapola os limites do direito comum e que atos desta natureza não poderiam ser praticados por particulares, sendo exclusivos do Estado.¹⁰⁹

Atos de gestão estariam relacionados ao desenvolvimento do bem comum, o patrimônio público, assim como o exercício de gestão de seus servidores. Deste modo, eram praticados em igualdade do Estado em relação ao particular, onde a Administração se submete às mesmas regras que este, ambos regidos pelo direito comum.¹¹⁰

Os atos de império pelo fato do Estado estar agindo na qualidade de poder supremo, que extrapola os direitos do indivíduo, portanto atos praticados nesta qualidade não estariam sujeitos a qualquer tipo de julgamento, e ainda que

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 699.

¹⁰⁸ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 984.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 699.

¹¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 395.

houvessem danos causados a súditos, não seriam passíveis de gerar direito a eventuais indenizações ou reparações.¹¹¹

Sendo assim, o que ocorreu foi uma diferenciação realizada com a ideia de abrandar a teoria da irresponsabilidade das ações tomadas pelo Estado, por eventuais prejuízos causados a terceiros. Passa a ser admitido portanto, que se considere responsabilização nos casos decorrentes de atos de gestão sendo entretanto, inadmissível naqueles os quais o prejuízo fossem resultantes de atos de império. Estariam assim, distintas a pessoa do Rei (figura da qual não se admitiria ter cometido erros – *The king can do no wrong*) sendo que ele praticaria os chamados atos de império, por outro lado o Estado por meio de seus agentes, estariam sujeitos à prática dos chamados atos de gestão, estes sim, sujeitos a avaliação quanto a possíveis ocorrências de danos.¹¹²

Entretanto, houve rápido abandono desta tese devido ao fato de ser extremamente difícil diferenciar entre atos ditos de império e de gestão. Ainda seria pouco adequada a distinção por se tratar o Estado de figura única e indivisível.¹¹³

2.4 Teoria da Responsabilidade Subjetiva

Após a fase da teoria da responsabilidade por atos de gestão, foi considerado que o Estado haveria de ter a responsabilidade em todos os casos nos quais ficasse demonstrado ter havido dolo ou culpa por parte do agente estatal durante sua conduta. Portanto, a responsabilidade do Estado deveria ser do tipo subjetiva (ou seja, dependente de comprovação de dolo ou de culpa) e deste modo, estaria sujeita ao contido no Direito Civil comum, do mesmo modo que também estariam os entes particulares. Por este motivo, esta teoria também ficou conhecida como “teoria da culpa civil” ou “teoria civilista da culpa”.¹¹⁴

Inicialmente, a teoria subjetiva tinha como proposta que a responsabilidade civil do Estado se alicerçava no fato dos servidores ou agentes estatais atuarem na

¹¹¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 20.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 700.

¹¹³ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 984.

¹¹⁴ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 984.

condição de prepostos, devendo o estado a obrigação por eventuais danos causados por eles na condição de seus representantes, e o estado respondendo por culpa *in vigilando* ou *in elegendo*.¹¹⁵

Portanto, estariam sujeitos a indenização atos que resultassem em dano, nos quais fossem verificados ter o agente agido com imprudência, negligência ou imperícia durante o exercício da função, sendo o ente público passível de responsabilização. Nas situações, nas quais fosse verificado ter agido o agente com dolo, deveria ele responder por suas consequências.¹¹⁶

A Teoria Civilista representava sem dúvida progresso em relação à irresponsabilidade patrimonial do Estado, muito embora não houvesse satisfeito os interesses da justiça. O que se questiona é o fato de exigir demasiadamente daqueles que tivessem que, caso se sentissem lesados, demonstrar que ocorrera o dano, que ele fora causado pelo ente Estatal bem como ocorrera atuação do agente onde ficasse comprovada ter havido culpa. Ficam sem aplicação princípios da culpa civil, para fins de obrigar o Estado a responder por eventuais danos que fossem causados por seus servidores durante o exercício de suas funções.¹¹⁷

Esta teoria, mantinham diversas situações onde sequer haveria possibilidade de ressarcimento, por haver uma evidente dificuldade do indivíduo particular comprovar ter havido ação por parte do Estado que fosse justificativa para o alegado dano sofrido.¹¹⁸

2.5 Teoria da Culpa Administrativa

Em 1873 houve na França, um famoso evento conhecido como caso Blanco, onde ocorreu uma evolução no sentido de elaboração de novas teorias de responsabilidade estatal de acordo com princípios embasados no direito público, conforme descrição:

¹¹⁵ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 237.

¹¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 828.

¹¹⁷ GASPINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1126/1127.

¹¹⁸ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 238.

“A menina Agnés Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”.¹¹⁹

No Caso Blanco houve pela primeira vez o entendimento de que cabe ao Estado responder por danos que eventualmente venha causar de modo diverso do particular, devendo inclusive ser de forma mais intensa que eles. Deste modo, houve abandono completo da teoria civilista e adotada outra teoria – a publicista, ou seja, caberia ao Estado responder por danos causados a terceiros de acordo com princípios não relativos ao Direito Civil e sim por princípios do Direito Público e Administrativo. Neste caso, houve ainda o entendimento que haveria de ser decidido por um Conselho Administrativo e não pela justiça comum (que seria própria para resolução de conflitos que envolvessem particulares).¹²⁰

Passa então a ser adotada a ideia de culpa do serviço ou falta do serviço, que pode ser usada quando um determinado serviço que deveria ser prestado pelo Estado, atua de modo insuficiente, ineficiente, não funciona ou funciona com atraso. Portanto não se trata da falha do servidor, mas da falta do serviço, decorre desta falta o dever do Estado de indenizar. Sendo assim, será suficiente a comprovação da falha ou mau funcionamento de um serviço público para que fique configurada a responsabilidade do Estado por eventuais danos aos cidadãos que tenham relação direta com aquela falha.¹²¹

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 700.

¹²⁰ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 985.

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 285.

Sendo assim, a avaliação da responsabilidade por parte do ente estatal haveria de ser agora de culpa como elemento subjetivo por ação ou omissão (in committing ou in omittendo) dos agentes públicos.¹²²

O agente público passa a ser visto como parte da composição do próprio estado, fazendo parte de sua estrutura e não mais como um preposto ou representante daquele, e caso venha a causar dano, o faz decorrente do exercício da própria Administração, sendo dela considerado instrumento.¹²³

Há de se fazer distinção da culpa individual do funcionário, esta sendo respondida por ele próprio, da culpa anônima do serviço público onde não havendo identificação do funcionário que tenha causado o dano considera-se ter havido mal funcionamento do serviço, e portanto, responde o Estado pela responsabilidade.¹²⁴

Em grande número de casos o que ocorre é a presunção de culpa nos casos em que ocorra responsabilidade do Estado pela falta do serviço pois na maioria das vezes se torna impossível verificar com precisão que o serviço não funcionou adequadamente, transferindo para o Estado o ônus da prova de haver tomado as medidas para que o serviço funcionasse de modo adequado e que estas realmente tenham surtido o efeito pretendido. Caso não consiga tal comprovação não conseguirá afastar a responsabilidade pelo dano sofrido por aquele que dependesse daquele serviço não prestado ou prestado de modo ineficiente.¹²⁵

2.6 Teorias do Risco

O direito francês, em alguns casos adota a teoria do risco sem que, entretanto, seja abandonada por completo a teoria da culpa anônima do serviço público – vale lembrar que a teoria do risco fundamenta os argumentos para a responsabilidade objetiva do Estado.¹²⁶

¹²² GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 238.

¹²³ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 238.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 701.

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 286.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 701.

Ainda na França, tendo como origem a busca de argumentos jurídicos que dessem fundamentação à responsabilidade objetiva, os juristas deram origem à teoria do risco durante o período que coincidiu com o desenvolvimento industrial onde ocorreu aumento dos acidentes de trabalho que suscitava pedidos crescentes de reparação.¹²⁷

A teoria do risco tem como base o fato de que havendo um prejuízo deve o seu autor ser diretamente imputado e tem o dever de reparação por ter dado causa, fato este, que não depende de se cogitar ter havido ou não culpa. Portanto, represente risco, por sua natureza, a atividade desenvolvida pelo autor do dano, caberá ao sujeito reparar não havendo aqui de se cogitar a ideia de culpa.¹²⁸

Deste modo, é dever do Estado assumir o risco da prestação de suas atividades, fato este que baseia a teoria do risco, pois se o Estado possui o direito de exercer seus diversos atos usando de supremacia sobre o particular, tem também o dever de assumir os riscos e o ônus de responder de modo diferenciado em relação aos particulares caso alguma de suas diversas atividades venha, de algum modo a causar danos a outrem.¹²⁹

Existem fundamentos que são abordados isoladamente ou em conjunto no caso específico da teoria do risco aqui mencionados – a ideia do risco ou seja esteja a Administração exercendo seu papel ao realizar uma atividade em benefício do coletivo cria o risco de causar prejuízo ao particular e se este risco se concretiza em dano efetivo, se impõe o dever de reparar (e daí se origina o nome teoria do risco); a igual repartição de encargos oriundos dos serviços prestados pelo ente Estatal, pois se benefícios decorrentes da atuação do Estado serão repartidos a todos seus integrantes, prejuízos sofridos por particulares devem igualmente ser distribuídos com finalidade de reparação.¹³⁰

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 181

¹²⁸ WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. **A teoria do risco e a responsabilidade civil objetiva do empreendedor**. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16-4af2-a11f-c79a97cc881d&groupId=10136>. Acesso: 29 out. 2016.

¹²⁹ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 987.

¹³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 398.

Portanto, o que a teoria prevê é que seja o Estado um assegurado de danos causados a particulares durante a realização de suas atividades. Sendo assim todos devem contribuir para caso ocorra dano a particular, seja o Estado o ente a ressarcir aqueles que forem prejudicados.¹³¹

O Estado representa a síntese do patrimônio de todos aqueles que com ele contribuem, e neste caso particular, se aplica o princípio da solidariedade patrimonial do coletivo, em contraponto ao ônus suportado por algum particular seja este prejuízo consequente de ação ou omissão que se converta em dano praticada por agente público.¹³²

A responsabilidade objetiva também foi objeto de inclusão pelo Código Civil, quando diretamente associada à idéia de risco. No seu artigo 927, parágrafo único expressa claramente que: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.¹³³

2.6.1 Teoria do Risco Integral

A aplicação da Teoria do Risco integral, teria por consequência para o Estado, reconhecer responsabilidade civil em situações as mais diversas, estivessem presentes os três elementos essenciais, não havendo, neste caso particular, consideração quanto a excludentes de responsabilidade, devendo, portanto, a Administração Pública, assumir risco de dano resultante de toda sua esfera de atuação.¹³⁴

Seriam suficientes para caracterização a existência de evento danoso, nexo de causa entre a ação do ente estatal e o dano, para que houvesse obrigação por parte

¹³¹ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivum, 2012. p. 987.

¹³² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 832.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 702.

¹³⁴ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 243.

da Administração de indenizar, ainda que ficasse provado que o dano fosse decorrente de modo exclusivo da atuação do indivíduo que sofrera o dano.¹³⁵

Na teoria do risco integral a responsabilidade o Estado se encontra responsável por todos os danos ainda que se comprove a suposta vítima ter a culpa pelo dano sofrido. O conjunto extrapola o que se observa no artigo 37 parágrafo 6 da Constituição Federal: o dever do Estado de arcar com prejuízos ainda que não sejam decorrentes de atividades executadas por seus agentes ou por omissão por parte daqueles.¹³⁶

Tal teoria representa portanto uma situação extrema que não pode ser utilizada como regra pela evidente possibilidade que ocorram desvios e abusos por parte do requerentes de eventuais ressarcimentos indevidos.¹³⁷

Embora seja teoria que via de regra é repudiada pelo direito moderno pois o Estado passaria arcar com ônus insuportável devido demanda exagerada de processos, alguns autores verificam que ela vem sendo aplicada na jurisprudência de modo excepcional somente em casos em que existem expressa previsão descrita em lei. Em casos de danos nucleares, assim como aqueles previstos nas leis n. 10.309, de 20/11/2001, 10.605 de 18/12/2002, e 10.744, de 09/10/2003, sejam “danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras”, são casos nos quais se aplicam esta teoria de responsabilidade por parte do Estado.¹³⁸

2.6.2 Teoria do Risco Administrativo

A teoria do risco administrativo vem propondo avanço em direção da publicização e coletivização de eventuais prejuízos decorrentes das atividades exercidas pelo Estado, e deste modo evidencia obrigação de indenizar danos a partir

¹³⁵ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 724.

¹³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 361.

¹³⁷ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 243.

¹³⁸ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 988.

da simples ocorrência de ato lesivo, sem que haja a necessidade de se verificar culpa por parte do agente ou mesmo falta do serviço pelo Estado.¹³⁹

Ocorre, entretanto, uma maior suavização relativa aos exageros contidos na teoria do risco integral, sendo mantida a responsabilidade objetiva por parte do Estado (ou seja aquela que não depende do dolo ou culpa), mesmo em casos nos quais ocorra ato ilícito; entretanto se admite a possibilidade de excludentes de responsabilidade fato novo que não era considerado na teoria do risco integral.¹⁴⁰

Deste modo, havendo a prestação de serviço pelo Estado e nexos causal entre a atividade exercida e dano ocorrido, fica presumida a culpa por parte da Administração. Assim, será sua competência para que se desobrigue indenizar, provar, caso seja pertinente ao caso em questão, existir culpa do particular de modo exclusivo. Caso fique comprovada culpa concorrente por parte do particular, parte da obrigação será atenuada da pena imposta. Em todo caso convém salientar que o ônus da prova de culpa, caso eventualmente exista, por parte do particular, deve sempre caber à Administração.¹⁴¹

2.7 Teoria Adotada no Sistema Jurídico Brasileiro

No que está expresso no texto constitucional de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 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”.¹⁴²

Este dispositivo presente na Constituição, coloca a responsabilidade civil do Estado no tipo de responsabilidade civil objetiva, tendo em vista que a culpa ou dolo não é exigida por parte do Estado e sim em relação ao agente que causa o dano diretamente durante o exercício de suas funções. No caso das pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estado- Membro, Distrito Federal, Município,

¹³⁹ GANGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3. p. 243.

¹⁴⁰ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 990.

¹⁴¹ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 723.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 704.

autarquias, fundação pública) bem como as de Direito Privado que prestam serviços públicos (concessionários, permissionários) estas exigências não estão presentes no texto constitucional e deste modo, estas pessoas respondem por obrigação decorrente de dano causado a terceiros independentemente de terem agido com dolo ou culpa, sendo deste modo a responsabilidade do tipo objetiva.¹⁴³

Novamente, convém salientar que o fundamento de responsabilidade estatal está no fato do dever de repartir com isonomia e com equidade o ônus proveniente de atos ou de efeitos que sejam originados de atividades exercidas pela Administração. Com o repartir do ônus causado o que se visa evitar é que poucos arquem com o suporte dos prejuízos decorrentes de atividade exercida pelo Estado no interesse de toda a coletividade.¹⁴⁴

2.7.1 Colocação da Responsabilidade Civil do Estado em face da Constituição de 1988: Teoria do Risco Administrativo

Em análise ao que está descrito no artigo 37, parágrafo 6 da Carta Magna, o Estado deverá responder de modo objetivo por danos que seus agentes, no exercício de suas atribuições, causarem a outrem. Quando uso a denominação seus agentes, o texto evidencia que a Constituição adota a teoria do risco administrativo com principal fundamento de responsabilidade da Administração Pública, não sendo aceita a Teoria do Risco Integral. Podemos concluir que a Constituição condiciona o Poder Público a responder por responsabilidade objetiva a quaisquer danos decorrentes de suas atividades administrativas. Portanto havendo relação de causa e efeito entre a ação do agente público no exercício de sua função e o dano sofrido consequentemente pela vítima, deverá o Estado responder por responsabilidade objetiva. Entretanto não caberá responsabilidade objetiva, caso não haja esta relação de causalidade.¹⁴⁵

¹⁴³ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1141.

¹⁴⁴ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 725.

¹⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 290/291.

Fica subtendido não haver necessidade por parte da vítima demonstração de culpa por parte do agente ou da Administração, bastando que fique demonstrado o dano ocasionado por ação ou omissão por parte do Poder Público.¹⁴⁶

A doutrina e jurisprudência que maior parte das vezes se adota no Brasil mostra que, via de regra, se aplica a teoria do risco administrativo sendo a teoria do risco integral aplicada de modo restrito e excepcional. Nos acontecimentos em que se trata de omissão, a culpa do serviço ou culpa anônima (*faute du service*) constitui possibilidade a ser considerada.¹⁴⁷

A responsabilidade civil do Estado aplicada aos casos de ações de alimentos, de acordo com o descrito no artigo 37 § 6º, da Constituição Federal, é regida pela teoria do risco administrativo, sendo portanto a responsabilidade civil do Estado, nestes casos objetiva. Deste modo, responderá o Estado por danos causados por seus agentes no exercício de suas funções, podendo ter origem por ação ou omissão daquele. À parte contrária caberá provar os fatos, bem como o nexo causal entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima. Entretanto, poderá ser afastada a responsabilidade do agente público, caso fique evidente que exista alguma excludente da responsabilidade.¹⁴⁸

2.7.2 Pressupostos da Responsabilidade do Estado

Para que fique caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado são exigidas condições ou pressupostos: conduta, dano e nexo causal¹⁴⁹. Deste modo, aceito alhures, não depende de prova que tenha havido culpa, sendo exigido somente prejuízo, a autoridade e a relação de nexo causal entre ação e dano sofrido.¹⁵⁰

¹⁴⁶ GRANJEIRO, José Wilson. **Direito administrativo**. 19. ed. Brasília: Vesticon, 2001. p. 349.

¹⁴⁷ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 994.

¹⁴⁸ Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC 70041465790 RS, Sexta Câmara Cível Julgado, Rel. Niwton Carpes da Silva, julgado em: 13 de Junho de 2013.

¹⁴⁹ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 994.

¹⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 107.

Somente responde o Estado de modo objetivo, se ocorrer dano decorrente de ato antijurídico. Entretanto não se pode entender ato antijurídico como sendo um ato ilícito, pois a licitude ou ilicitude do ato se torna pouco relevante para fins de responsabilização do Estado. Entendimento diverso, seria equivalente a não mais adotar a teoria da responsabilidade objetiva, voltando para a teoria da responsabilidade subjetiva, que é aceita de modo restrito pela doutrina, nos casos em que ocorra omissão danosa por parte do poder público.¹⁵¹

Também só poderá ser aceito a prática de ato antijurídico, ainda que considerado lícito, para caracterizar o dever do Estado de indenizar por responsabilidade objetiva, se o ato for entendido como causador de dano que rompe com o princípio de igualdade do indivíduo que sofre o dano comparado aos demais quanto à distribuição de seus encargos sociais. De outro modo pode ser dito que para fins de responsabilidade objetiva pelo Estado são aceitos os atos antijurídicos, ilícito ou lícito que cause ao particular dano anormal e específico.¹⁵²

O TJSP durante sessão de análise do tema decidiu que: “em assim sendo, não há como persistir a condenação da Fazenda do Estado, já que o *substractum* da indenização é o prejuízo causado. A reparação da responsabilidade civil não tem em mira enriquecer sem causa, mas apenas recompor a situação ao *statu quo ante*, na medida do possível, como se o dano não tivesse ocorrido. A causa de pedir foi o dano emergente. Inexistente ou reparado, não há a compor”.¹⁵³

Não se faz suficiente ter sido o ato danoso causado por agente público, mas que ele tenha agido nesta condição, ou seja, no exercício de sua função. Cabe ao particular demonstrar que a conduta do agente estatal lhe causou dano durante atuação daquele na qualidade de agente de Estado.¹⁵⁴

Sendo assim, deve estar claro que, no momento em que pratica o ato danoso o agente público precisa estar agindo em serviço, ou seja, no exercício da função, não

¹⁵¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 407.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 705/ 706.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3 Grupo de Câmaras, 17/10/1979, RJTJSP 64/173. 7 Câmara: Fazenda Pública – Dano material ou prejuízos futuros – Inadmissibilidade (28/ 07/1997, JTJ 198/91).

¹⁵⁴ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 997

bastando que ele seja agente público. Deverá portanto estar no exercício de funções próprias do cargo que ocupa – funções estas, próprias de pessoas jurídicas de Direito Público.¹⁵⁵

Os órgãos pertencentes à Administração atuam em funções que lhes são próprias e se utilizam de pessoas físicas que servem como seus agentes, e nestas condições a responsabilidade do Estado se relaciona ao atuar deste indivíduo que lhe representa e atuando em seu nome.¹⁵⁶

Outro pressuposto da responsabilidade do Estado por danos a terceiros, o nexo causal se relaciona a uma referência jurídica entre o evento causador do dano e uma atividade exercida pelo Estado – fato este que é fundamento para que se origine responsabilidade a consequente obrigação de indenizar. Sem que exista nexo causal, a responsabilidade pelo dano deixará de existir, ou em caso de não ser causa única para o dano sofrido, será atenuada.¹⁵⁷

A conduta do agente bem como, o prejuízo do particular, devem ser diretamente ligados pelo nexo causal que representa relação entre ambos, ou seja, se não ocorresse não haveria dano. Caso ocorra uma ruptura, não existindo relação de causa efeito entre ambos, a responsabilidade do Estado restará afastada. Portanto não se faz suficiente demonstrar ter ocorrido o dano na conduta do agente representante do Estado. Deve existir também prova da existência de nexo causal.¹⁵⁸

2.8 Causas Excludentes da Responsabilidade Objetiva do Estado (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior)

A referência anterior de que a existência de nexo causal fundamenta a ação de responsabilidade civil do Estado, permite concluir que a responsabilidade e consequentemente a obrigação deixará de existir ou mesmo será aplicada de modo atenuado, nos casos que fique comprovado que o Serviço Público não deu causa ao dano sofrido pelo particular ou existam outros fatores que tenham concorrido

¹⁵⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 409.

¹⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 72.

¹⁵⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 847.

¹⁵⁸ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 1000

circunstancialmente para a ocorrência do dano, ou seja, a ação do Estado não tenha sido a única causa a ser considerada.¹⁵⁹

Existem situações nas quais o Estado não responderá, por responsabilidade objetiva, quanto à atuação de agentes públicos sendo aqui listadas: nos casos que não fiquem caracterizada a presença de danos; se não existir nexos causal entre a conduta do agente e os danos alegados; agindo o agente no estrito cumprimento do seu dever legal ou em legítima defesa. Se o Estado tiver que responder por danos, responsabilidade do tipo objetiva, sem qualquer importância restará o fato de ter seu agente agido com dolo ou culpa.¹⁶⁰

Nos casos que se enquadrem na modalidade de terem como fator de origem o caso fortuito ou motivo de força maior, e mesmo naquelas situações onde seja verificada culpa por parte da vítima, deixará o serviço público de ser figura de causa eficiente para o resultado lesivo, sendo considerada sua presença no cenário como circunstancial, e o vínculo entre causa e efeito deverá ser identificado na nas forças dos fenômenos da natureza ou mesmo na ação de risco auto imposta pela vítima.¹⁶¹

Havendo por sua vez o dano ter sido resultado da ação de terceiro, e não por autoria do agente, o que se observa é uma ruptura completa do nexo de causa efeito sendo considerado como excludente para a responsabilidade por parte do Estado. Em casos onde os danos foram causados por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, o entendimento adotado será o mesmo: a completa exclusão da responsabilidade do Estado.¹⁶²

Pode ser adotada a seguinte conclusão para o assunto de excludentes da responsabilidade objetiva do Estado perante dano a terceiros: será eximido da obrigação de indenizar caso não seja o agente público autor da lesão a que se refere a vítima, se não aconteceu ou foi irrelevante a situação de risco alegada para o evento

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 706.

¹⁶⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7. p. 331.

¹⁶¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1014.

¹⁶² NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7. p. 332.

em pauta no julgamento ou mesmo se o atuar do agente não tiver tido importância decisiva para a ocorrência do dano superveniente.¹⁶³

2.9 Responsabilidade Subjetiva decorrente da *faut du service*(omissão ou falha)

Controverso o tema relativo à aplicação do artigo 37, parágrafo 6, da Constituição Federal quando o tema a ser tratado se refere à omissão do Poder Público e a responsabilidade do tipo objetiva. A norma de acordo com alguns autores seria de aplicar do mesmo modo a responsabilidade objetiva para eventos de conduta ou de omissão originados a partir do agir ou não do Poder Público. Outros doutrinadores seguem o pensamento de que a teoria subjetiva deve ser aplicada para os casos que se enquadrem na teoria da culpa do serviço público.¹⁶⁴

De acordo com o autor Rui Stoco a responsabilidade do Estado nos casos de omissão referem ao elemento subjetivo de dolo ou culpa e que somente casos nos quais ocorram não atendimento, de modo ilícito, poderia gerar ações indenizatórias.¹⁶⁵

Nas ações por falta do serviço deve o indivíduo que sofreu dano provar ter havido conduta omissiva por parte do Estado ou deficiência na prestação do serviço ou atraso na sua prestação, que tenha tido como resultado o dano sofrido. Naqueles casos nos quais ocorram danos associados a atos de terceiros ou mesmo fenômenos da natureza, para que haja obrigação de indenizar por parte do Estado, existe a necessidade de comprovar culpa por omissão por parte da Administração Pública. Se faz ainda necessário que o indivíduo que sofreu o dano tenha meios de demonstrar que exista nexo de causa entre a falta ou a deficiência no serviço que deveria ter sido prestado e o eventual dano sofrido por ele. Portanto, recai o ônus da prova de todos os elementos que compõe a ação, no indivíduo que alega ter sofrido o dano.¹⁶⁶

É importante salientar novamente o fato que a responsabilidade por falta ou falha do serviço (também conhecida como culpa do serviço) é do tipo subjetiva, ou

¹⁶³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1014

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 709.

¹⁶⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 997.

¹⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 731

seja, esta fundamentada na culpa ou dolo. Ficará evidentemente caracterizada quando no dever de atuar de acordo com determinada norma ou conduta, o ente estatal por comportamento ilícito, não o faz ou mesmo atua de modo não eficaz.¹⁶⁷

Julgamento proferido pelo Ministro Carlo Velloso do STF, RE 179147 / SP – São Paulo, ainda citado em diversos outros julgamentos recentes, aborda o tema:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service. V. - R.E. não conhecido”.¹⁶⁸

2.9.1 Hipóteses de Exclusão da Responsabilidade Subjetiva

Nos casos de depredações por multidões, bem como enchentes e vendavais o que tem sido verificada é a verificação de responsabilidade subjetiva por parte do Estado, ou seja, se faz imprescindível a prova de culpa por parte da Administração, em situações onde aqueles eventos mencionados, suplantaram as barreiras colocadas à disposição pelo Estado para que fossem evitados os danos, tornando a ocorrência lesiva a particulares. Para casos desta natureza, somente se verifica

¹⁶⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 997.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 179147/ SP- São Paulo, Ministro Carlos Velloso, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado 12/12/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+179147%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc7tg28>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

indenização por parte da Fazenda Pública naqueles casos nos quais reste comprovada a culpa da Administração. Conveniente ressaltar que esta abordagem subjetiva para tais casos, de nenhum modo afronta o que se encontra estabelecido no Artigo 37 parágrafo 6 da Constituição Federal, pois o que se estabelece naquela norma são os casos de danos resultantes da atuação dos agentes do estado no exercício das funções determinadas por lei, não sendo em nenhum momento abordados os danos causados por terceiros ou fenômenos da natureza.¹⁶⁹

Portanto, para os casos nos quais ocorram atos ou fatos que não são estabelecidos nas diferentes atividades exercidas pelo Estado em sua atuação Administrativa, o que se utiliza é princípio geral de culpa, previsto no Código Civil em seu artigo 186, caracterizada por imprudência, negligência ou imperícia que resulta em dano, suplantando os recursos adotados pelo serviço público para que fossem evitados ou a evidente ausência destes recursos.¹⁷⁰

Os motivos previstos legalmente para exclusão de responsabilidade do Estado, além da ausência de danos, são a ausência de nexo causal, ato em legítima defesa ou cumprimento do dever legal e nos casos onde a conduta do agente não indica que sua ação tenha sido eivada de dolo ou culpa *strito sensu*.¹⁷¹

2.10 Responsabilidade do Agente Material do Dano

Diferentemente do que se adota em relação à responsabilidade do Estado, que de um modo geral é considerada como do tipo objetiva, a responsabilidade por parte do agente é sempre subjetiva, sendo importante ressaltar novamente que neste caso, depende que seja sempre demonstrado ter havido dolo ou culpa por parte daquele durante sua atuação. Deste modo, podem ser verificados casos nos quais ocorra obrigação do Estado em indenizar a vítima mas o mesmo não ocorra, após o devido julgamento da questão, com relação ao agente público.¹⁷²

¹⁶⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1000.

¹⁷⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1000.

¹⁷¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7. p. 333.

¹⁷² SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 1031

Portanto cumpre ressaltar ser a responsabilidade da figura Estatal, enquanto entidade empregadora, é do tipo objetiva a responsabilidade do servidor ou agente a serviço do Estado tem vínculo com a responsabilidade subjetiva e é regressiva, devendo ser verificada a presença de dolo ou culpa *stricto sensu*.¹⁷³

2.10.1 Ação de Reparação de Dano e Ação Regressiva

O processo de reparação realizado pela Administração Pública diante de dano sofrido por particular poderá ocorrer de modo amigável ou por litígio representado por ação de indenização judicial do particular contra o Estado. Fica então a critério do particular que sofreu dano praticado durante a atuação de agente do Estado, ingressar ou não com ação de indenização.¹⁷⁴

Discussão acerca do tema em questão diz respeito não ao fato do Estado ter o direito de ação regressiva em desfavor do agente que tem participação material no dano sofrido, inclusive com representação no corpo do texto constitucional, mas se haveria a possibilidade de ingressar o particular com ação judicial diretamente contra o agente público – e não contra o Estado.¹⁷⁵

O Supremo Tribunal Federal apresenta a respeito do tema, decisões onde adota a tese que o agente deve sua responsabilidade ao Estado para o qual presta serviço, e portanto, cabe àquele que considerar ter sofrido dano mover ação tendo o Estado como polo passivo, e o agente responderá de forma administrativa e cível à pessoa de carácter jurídico à qual estiver diretamente vinculada.¹⁷⁶

No entanto, o entendimento relativo a corrente majoritária defende que a Constituição Federal tem como princípio proteger a vítima, sendo que oferecer ao que foi desfavorecido um número maior de alternativas legais que visem reparar o dano sofrido parece mais razoável. Pode assim, aquele que se sentir prejudicado por atuação do Estado exercida diretamente por agentes públicos: mover ação diretamente em desfavor do Estado ou contra o agente público, nos casos os quais

¹⁷³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 210.

¹⁷⁴ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 746.

¹⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil-responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, volume 3. p. 252.

¹⁷⁶ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 1034/1035.

ele tenha agido com dolo ou culpa e ainda contra ambos (Estado e agente) considerando para este último caso uma relação de litisconsórcio passivo facultativo.¹⁷⁷

Por sua vez, a jurisprudência segue a doutrina majoritária, e tem posicionamento favorável que sejam admitidas ações indenizatórias contra o Estado, contra o agente público ou de modo simultâneo, contra ambos.¹⁷⁸

Julgamento de Paulo Roberto Lessa Franz referente a uma Apelação Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul menciona o fato que cabe à vítima do dano, ingressar com ação diretamente contra o agente público que diretamente pratica o ato lesivo, ainda que no exercício de sua função. Por sua vez, a ação poderá ser contra o Estado ou ainda em desfavor de ambos, sejam o agente e o Ente Público, simultaneamente.

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. A vítima de ato ilícito praticado por agente público, no exercício de sua função, tem a faculdade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, contra o Ente Político ou contra ambos, à sua escolha. RESPONSABILIDADE MÉDICA. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, onexo causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. Hipótese em que restou verificada a deficiência da anamnese realizada pelo demandado quando do atendimento dispensado à autora, o que implicou na ausência de diagnóstico da fratura sofrida pela paciente, a qual fora medicada apenas para a melhora da crise de ansiedade sofrida. Dano moral in re ipsa. Reconhecimento do dever de indenizar que se mantém. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, deve ser reduzido o quantum para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, conforme determinado no ato sentencial. PRELIMINAR AFASTADA À UNANIMIDADE. PROVERAM EM PARTE A APELAÇÃO, POR MAIORIA”.¹⁷⁹

¹⁷⁷ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 1033.

¹⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil- responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, volume 3. p. 253.

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70055936983, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 17/07/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=LEGITIMIDADE+PASSIVA+AGENTE+P%3A%9ABLICO&btnG=buscar&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=LEGITIMIDADE+PASSIVA+AGENTE+P%3A%9ABLICO&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70055936983.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris>.

Importa ressaltar novamente que no caso específico da Administração Pública a obrigação de indenizar danos a terceiros é do tipo objetiva, independente de culpa, sendo considerada deste modo responsabilidade do tipo objetiva, considerada a modalidade risco administrativo; entretanto, em relação à condição do agente, sua obrigação de ressarcir a Administração Pública de modo regressivo está na dependência de ser comprovada existência de culpa ou dolo por parte do agente, portanto responsabilidade subjetiva, considerada a modalidade culpa comum.¹⁸⁰

O artigo 37, parágrafo 6 da Constituição de 1988, prevê em seu texto o direito de ação regressiva da Administração Pública contra o agente que tenha causado dano a terceiro, fato que mantém o entendimento acerca do assunto, relativo a textos constitucionais anteriores:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de culpa ou dolo”.¹⁸¹

Situação que gera controvérsia, é a relativa ao Estado, na condição de réu diante de ação por indenização de dano a particular, para fins de assegurar o direito de ação regressiva em desfavor do agente público, realizar denúncia a lide ao agente.¹⁸²

Neste caso, a denúncia da lide no entendimento de Marcus Vinícius Rio Gonçalves, se trata de processo no qual ocorre a intervenção de terceiros, podendo ser iniciada ou provocada pelo autor da ação ou pelo réu (ou mesmo por um deles), fato que por si, não implica na formação de novo processo, devendo o juiz na sua sentença, proferir decisão quanto à lide principal e aquela secundária a partir da denúncia da lide que se origina da ação inicial. Portanto a denúncia da lide permite ao que ingressa com sua consideração, exercer direito regressivo dentro do mesmo processo que responde como réu, inclusive com possibilidade de ser

¹⁸⁰ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 750.

¹⁸¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 208.

¹⁸² SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 1036.

condenado, fato que tem como ganho, o fato de favorecer a redução do número de processos acerca do mesmo assunto.¹⁸³

Entretanto, alguns estudiosos, dentre os quais Gustavo Scatolino e João Trindade, consideram que existe na denúncia da lide relativa aos processos de responsabilização do Estado a introdução de fato novo alheio ao processo inicial: deverá ser investigada haver culpa por parte do agente, fator que inicialmente era dispensável ao processo primário ou inicial e que, este fato pode representar atentado contra o princípio da celeridade do processo.¹⁸⁴

O STF entende que a denúncia da lide, em desfavor do agente público, não se apresenta como obrigatória nos casos de responsabilidade civil que tenham como réu o Poder Público. Também existe a visão de que mesmo que não seja considerada como obrigatória tal medida, ela é facultativa ao Poder Público, que poderá se utilizar da denúncia da lide ao seu servidor, devendo decidir para cada caso em que seja acionado para responder a processo civil de reparação de em virtude de um ato realizado por seu agente. Finalmente, ainda no entendimento do STF, o Ente Público tem a possibilidade e inclusive o dever de promover a denúncia da lide ao preposto, naqueles casos que envolvam ações indenizatórias.¹⁸⁵

Fica evidente, que na prática jurídica diária, que não existe qualquer tipo de consenso com relação aos diversos julgamentos realizados, no que se refere à denúncia da lide pelo Estado, representando o acionamento do agente ainda no processo em curso, sendo em alguns processos permitida e em outros tantos não.¹⁸⁶

¹⁸³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222.

¹⁸⁴ SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012. p. 1036.

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Volume I. p. 140.

¹⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil-responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, volume 3. p. 255.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Exercendo a atividade de julgador, é possível que o magistrado seja responsabilizado caso atue com dolo ou fraude, entretanto, se torna imperioso avaliar cautelosamente no estabelecimento de responsabilidade, para que sejam afastadas desde o início as hipóteses de responsabilidade por decisões que evidenciem sua convicção pessoal, interpretação própria da norma jurídica, juízo de valor sobre provas, ou mesmo a escolha de uma norma do direito positivo que, no entender do Juiz, esteja mais adequada ao fato em julgamento. Sendo, deste modo, que a decisão, desde que esteja de acordo com a norma jurídica em vigor, não implicará na possibilidade de se alegar tratar-se de ato ilícito, nem mesmo de responsabilizar o julgador ou o Estado.¹⁸⁷

3.1 Fundamento Constitucional da Responsabilidade do Estado por Erro do Judiciário

O artigo 5º, LXXV da Constituição Federal de 1988, reconhece responsabilidade do Estado por erro Judiciário, aqui transcrito:

“Artigo 5, [...]”

LXXV- O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.¹⁸⁸

Importa salientar que a responsabilidade civil de pessoas jurídicas de direito público não guarda relação com culpa, devendo ser comprovado apenas ter havido o prejuízo, verificação de autoria, bem como relação de nexos causal, como estabelece o artigo 37, parágrafo 6º¹⁸⁹, da Carta Magna.¹⁹⁰

¹⁸⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1062.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181.

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

§ 6º 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”.

¹⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 107.

O fato de impor maior responsabilidade ao Estado, o aumento do número de indenizações eleva, por outro lado, o peso do ônus sobre a própria sociedade que com os impostos mantém os serviços prestados pela Administração, fato que obriga a todos ao pagamento de impostos cada vez crescentes. Sendo assim, deve se buscar evitar que ocorram estas ações judiciais, com a excelência dos serviços prestados. Tendência da doutrina atual é que somente a responsabilidade subjetiva seja admitida para fins de reparação de danos que envolvam a atividade dos magistrados. Esta consideração se dá pelo fato da atividade jurisdicional não ser compatível com a responsabilidade objetiva, exigindo cuidados específicos por sua natureza, podendo a atividade jurisdicional causar danos ao jurisdicionado. Kraemer menciona algumas destas atividades:

- I Durante o próprio julgamento ou processo ocorra erro devendo ser consideradas sentenças que envolvam ou não crimes;
- II Caso ocorra culpa ou dolo comprovado por parte do magistrado;
- III O tempo para a prestação jurisdicional seja considerado demasiadamente longo”.¹⁹¹

Em decisão julgada em apelação endereçada à 3ª Turma Cível, cuja relatora foi Fátima Rafael, considerou que, fica claro, para que ocorra a responsabilidade civil por parte do Estado decorrente de ato jurisdicional, devem ser atendidas as seguintes condições: a comprovação de erro judiciário ou tempo excessivo de prisão, sendo ainda necessária para caracterização de erro judiciário, provar abuso de autoridade, excesso de poder ou ainda que o Estado tenha cometido arbitrariedade no exercício do poder e no seu dever de iniciar e propor a ação criminal conforme descrito no texto abaixo:

“PROCESSO CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL. ERRO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DE ABUSO DE AUTORIDADE, EXCESSO DE PODER OU ARBITRARIEDADE POR PARTE DO ESTADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. Em relação aos atos jurisdicionais, o Estado somente responde civilmente nas duas situações específicas previstas no texto da Constituição: (I) erro judiciário e (II) excesso de prisão, de sorte que fora dessas hipóteses prepondera o princípio da irresponsabilidade, o que se justifica em razão da necessidade de se preservar a

¹⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 110 e 111.

independência dos magistrados e de se resguardar a autoridade da coisa julgada.

2. No âmbito penal, o fato de o réu ter sido absolvido em grau de apelação por insuficiência de provas não conduz à necessária conclusão de que tenha direito à indenização por eventuais danos sofridos em razão da custódia provisória ou do ajuizamento da ação penal, salvo nos casos em que comprovado o erro judiciário.

3. O error in judicando, decorrente do equívoco na interpretação da lei e dos fatos relatados nos autos, e que é corrigível pela via recursal própria, não se confunde com o erro judiciário a ensejar a responsabilidade civil do Estado.

4. A caracterização do erro judiciário exige a prova da ocorrência de abuso de autoridade, excesso de poder ou qualquer arbitrariedade por parte do Estado no exercício do poder-dever de deflagrar e promover a persecução criminal.

5. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime”.

A injustiça de uma decisão Judiciária, ou mesmo opinião divergente de uma interpretação da lei ou mesmo a apreciação de prova apresentada durante o processo, não configuram por si só o erro, sendo, portanto, difícil caracterizá-lo. Deste modo, se faz necessária, para caracterizar o erro, decisão que seja contrária ao direito positivo ou mesmo à realidade dos fatos apresentados, ou decisão baseada em fatos ou provas falsas, irreais- ou que não existem, não devendo ser apenas baseadas em erros entendidos como pontos de vista diferentes. Caso exista uma falsa percepção ou interpretação errônea de fatos, como em casos em que a pessoa errada seja condenada, poderá ser aplicado o dispositivo legal de ação impertinente ou mesmo do indevido exercício jurisdicional que pode ter sido motivado por dolo, fraude ou má-fé.¹⁹²

Pertinente é o apontamento- de que o artigo 5º, LXXV da Constituição/88 trata de norma que cuida da responsabilidade do Estado nos chamados atos jurisdicionais. Por sua vez, o artigo 37, parágrafo 6º, é norma de abrangência geral, que se aplica a qualquer ato da atividade administrativa.¹⁹³

A Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXV, admite responsabilidade nos casos de ato judicial típico, seja através de uma decisão judicial, sentença ou mesmo acórdão. O sistema de indenização não teria meios de interferência sobre o sistema

¹⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 323.

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 323.

jurisdicional bem como no mérito das decisões, assim, por sua vez, na coisa julgada. Existe, portanto, um sistema de recurso no ordenamento jurídico. Se fosse de outra forma poderia representar a subversão associada a instabilidade em toda garantia representada pelo processo julgado ainda que de forma justa. Sentenças ou mesmo acórdãos somente podem ser alterados ou reconsiderados nos termos descritos em lei. Tais procedimentos não podem sofrer ampliação. Sendo assim, o erro judiciário se refere a julgamento de erro, ou decisão que se mostra de algum modo equivocada, e os dispositivos devem ser vistos como exceção ao princípio da responsabilidade objetiva, que está claramente descrita no artigo 37, parágrafo 6º.¹⁹⁴

A responsabilidade do Juiz pelo ato jurisdicional não pode ser confundida com a responsabilidade atribuída ao Estado. Para que seja caracterizada responsabilidade pessoal do Juiz deverá ser buscado o elemento subjetivo por parte do agente, seja por dolo ou mesmo fraude. Em outros casos se ficar provado que o Juiz tenha recusado, omitido, ou retardado, sem que haja motivo, providência que de ofício teria o dever de ordenar, ou nos casos de requerimento da parte, conforme se verifica nos incisos I e II do artigo 143 do Código de Processo Civil¹⁹⁵. Por sua vez, uma apuração de indenização que envolva o Estado mesmo que tenha como origem a atividade jurisdicional, não discute se houve intenção dolosa ou culposa por parte do magistrado. É necessário apenas que seja identificado o dano e o nexo causal entre a decisão judicial, e que tenha sido proferida em desobediência ao texto expresso na lei, que esteja ausente ou distorcido seu fundamento que deveria ter como base os fatos ou não apresente amparo legal. Tal ocorre, principalmente nos casos em que se

¹⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4. p. 109.

¹⁹⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

“Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

1. No exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
2. Recusar, omitir ou retardar, sem justo motive, 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”.

entende por sua nulidade, de acordo com o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.^{196 197}

No entendimento do autor Luiz Antônio Soares Henz o erro judiciário tem como principais causas: a) erro durante o processo ou mesmo ignorar fatores relevantes b) ocorrência de dolo, simulação ou fraude c) por culpa da autoridade judiciária d) decisão que seja contrária às provas contidas nos autos e) erro provocado e não imputável ao julgador f) erro durante a interpretação da lei g) erro decorrente da aplicação da norma.¹⁹⁸

A responsabilidade da autoridade judiciária está, deste modo, sob a condição de que ele tenha agido com dolo ou fraude. No exercício da atividade do judiciário a culpa do juiz não o obriga a indenizar de modo pessoal, devendo neste caso a ação da vítima ser direcionada a eventual ressarcimento por parte do Estado.¹⁹⁹

O Tribunal de Justiça de São Paulo, libera Acórdão que vai de encontro a este entendimento de acordo com o Desembargador Rui Stoco:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Indenização – Pretensão embasada error in judicando – Inadmissibilidade – Reparação devida somente quando o erro judicial decorrer de dolo ou culpa e não em razão de julgamento injurídico ou equivocado venha a ser modificado pela instância superior – Verba indevida – Voto vencido.

Ementa oficial: A responsabilidade do Estado por ato de seus Juízes só nasce quando ocorre erro judiciário ou as demais hipóteses previstas na Carta Magna, tais como a prisão indevida e a prisão além do tempo fixado na sentença. O erro judicial in genere só tem relevância quando decorra de dolo ou culpa. Resulta dessas proposições que nem o Estado nem o Magistrado respondem por error in judicando, ou seja, em razão do julgamento injurídico ou equivocado ou que venha a ser modificado pela instância superior. A divergência de entendimento no campo jurídico é da essência do Direito e o alimento que satisfaz e torna apto a acompanhar a evolução social. A atividade jurisdicional se apoia e tem como fundamento e supedâneo

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]”

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁹⁷ BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. cone, vol. I. p. 330.

¹⁹⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1048.

¹⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 212.

na interpretação da lei, de modo que um mesmo texto para leitura e compreensão multifária e diversa e, enfim, polissêmica, quando focada por um operador ou visualizada em período temporal distinto”.²⁰⁰

Cumpra salientar que o fato do Poder Judiciário ser independente bem como o magistrado ter livre convicção para julgar de acordo com seus princípios, não poderá servir em momento algum como pretexto para ocultar uma falha ou um erro e mesmo para não reconhecer que este erro tenha sido cometido, bem como, não dar àquele que se sentir prejudicado o direito de reparação. Desde o início da organização da sociedade civilizada, o Estado tem o dever de aplicação da Justiça a todo tipo de litígio seja ele da esfera penal quanto da cível.²⁰¹

A súmula 37 do STJ²⁰² tem entendimento consolidado que, nos casos de erro judiciário, deve haver sim reparação do dano de modo que seja a mais completa possível, devendo ser atendidas as esferas material, abrangendo inclusive os danos emergentes e os lucros cessantes, bem como a esfera moral de modo cumulativo.²⁰³

Entretanto, não se pode considerar correto dar ao erro judiciário uma amplitude tal que ele seja considerado o mesmo que falta de prova. No Direito Penal o benefício da dúvida será considerado como fator de absolvição do réu (*in dubio pro reu*) não podendo, portanto, servir como fundamento para pedir reparação civil, pois falta de prova não pode de nenhum modo ser considerado como erro judicial, ainda que do tipo lato sensu.²⁰⁴

3.2 Teorias que Afastam a Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicional- Ato judicial Típico

Compete à atividade judicial um conjunto de atos jurídicos, através dos quais o Poder Judiciário soluciona litígios aplicando para casos concretos a lei vigente, sendo, por sua vez, os atos não jurisdicionais, que podem ser os administrativos, os de natureza semelhante quando são praticados pelo Poder Executivo, e atos normativos,

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão da 3. Câmara de Direito Público 'Julho/2000' do TJSP, Emblnfr. 078.311-5/5-01, rel. D Stoco, j. 24/4/2001; RT 790/245.

²⁰¹ BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. Cone, vol. I, 2003. p. 329.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

²⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

²⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 324.

quando servem para organizar os serviços das secretarias bem como das atividades auxiliares da Justiça.²⁰⁵

O tema responsabilidade quando trata de ato não jurisdicional, em especial aqueles da esfera administrativa, apresenta menores dificuldades, pois já existem jurisprudência e doutrina fixadas reconhecendo a responsabilidade objetiva para o Estado, quando nestes casos se aplica o descrito no artigo 37 parágrafo 6º da Carta Magna. Deve ser observado que a mesma doutrina não difere para o ato administrativo, ainda que tenha se originado no próprio Poder Judiciário.²⁰⁶

Nos casos de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, o tema se torna muito mais complexo e, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda encontram defensores da única situação na qual ainda se admite a irresponsabilidade civil do Estado. Esta doutrina tem como base geral afirmações de que o Poder Judiciário é soberano e que é dever do Juiz agir de forma independente e imparcial durante o exercício de suas funções, não devendo haver medo por parte deste de que suas decisões possam vir a promover ações que resultem em processos de responsabilidade para o Estado; também questionam o fato do magistrado não ser um funcionário público, e que nos casos em que se verifique devida uma indenização em decorrência de um erro de uma decisão judicial ocorreria risco à própria segurança jurídica quanto ao princípio de imutabilidade da coisa julgada.²⁰⁷

Deste modo, no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade do Estado por atos danosos originados de ações jurisdicionais não encontra ainda ampla aceitação. Sendo, entretanto, a doutrina majoritária favorável a que seja implementada. Em grande número de casos a irresponsabilidade têm sido aplicada, e as justificativas são: a preservação da independência do Poder Judiciário, a

²⁰⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 419.

²⁰⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 419.

²⁰⁷ ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de informação legislativa**: v. 49, n. 196 (out./dez. 2012). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 mar.

necessidade de manutenção da autoridade da coisa julgada, bem como a condição dos juízes como elementos componentes da própria soberania nacional.²⁰⁸

3.2.1 Teoria da Soberania do Poder Judiciário

O primeiro argumento para defesa da irresponsabilidade civil do Estado diante de erro cometido pelo Poder Judiciário diz respeito ao fato de que a atividade jurisdicional é apresentada como uma das formas de manifestação da própria soberania do Estado. Deste modo, o Poder Judiciário seria considerado intocável, pois suas decisões seriam reflexo do exercício soberano de seus deveres não sendo, portanto, admitida a responsabilidade por seus atos, mesmo que se verifiquem como causa de danos ou que estejam eivados de erro.²⁰⁹

Deste modo, o que a teoria defende é que deva existir a irresponsabilidade Estatal para a função jurisdicional por esta ser manifestação da própria soberania estatal, conforme foi mencionado anteriormente²¹⁰. Cumpre salientar que, o fato da atividade do juiz ser considerada uma manifestação da soberania nacional se origina há muito tempo e que de fato o exercício da função jurisdicional se encontra acima de qualquer lei e se houver eventuais erros por parte do Magistrado não poderá envolver responsabilidade civil do Estado. Não existe contudo, a possibilidade de se confundir soberania com irresponsabilidade, garantido pelo princípio da igualdade dos encargos sociais, que garante àquele que se sentir lesado o direito a justa indenização quando seu prejuízo for causado pelo funcionamento do Serviço Público.²¹¹

O fato de se considerar o Estado soberano, significa não existir outro poder acima do Poder Estatal, sendo ele considerado único, sendo muito claras as relações externas com outros Estados. Os três Poderes que compõe o Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, não devem ser considerados soberanos, pois têm o dever de obediência à Constituição e às Leis. Caso fosse aceito o argumento de soberania do Poder Judiciário, o mesmo seria aplicado a cada um dos Poderes e, deste modo, o

²⁰⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁰⁹ ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de informação legislativa**: v. 49, n. 196 (out./dez. 2012). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 mar.

²¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 420.

²¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 206.

Estado também não seria chamado a responder por atos emanados do Poder Executivo, atos estes os quais não há contestação quanto a responsabilidade.²¹²

É um dever do Estado primar por obediência à ordem jurídica pelos Três Poderes que o constituem. Deste modo, não se pode considerar que algum deles esteja isento de responsabilidade por eventos danosos que seus agentes causem a terceiros. No caso específico do Poder Judiciário, haverá danos que exigirão resposta por parte do Estado e outros cuja responsabilidade será dos próprios magistrados.²¹³

Deste modo, se fosse aceito o princípio da soberania para irresponsabilidade dos atos dos magistrados, este fato iria levar a uma completa irresponsabilidade do Estado por todos os seus atos, inclusive aqueles que fossem originados do exercício de função administrativa.²¹⁴

3.2.2 Teoria da Falibilidade dos Juízes

Deve ser considerada que existe possibilidade de que o juiz, como figura sujeita à falibilidade humana, seja passível de cometer erro durante o exercício de sua atividade. E pelo entendimento desta teoria o Estado, por sua vez, estaria isento de ressarcir os danos que fossem causados durante a prática da atividade jurisdicional.²¹⁵

Seria aceito que aquele que ingressa com ação judicial estaria ciente dos riscos inerentes ao erro que os magistrados podem incorrer frente ao fato inegável da falibilidade humana a qual está sujeito. Mas, para contrapor este argumento pode-se mencionar as garantias que asseguram a magistratura no Direito brasileiro, que estão previstas de modo a garantir a independência ao Poder Judiciário, fato este que beneficia diretamente a Justiça e produz artificialmente uma ideia de infalibilidade por parte do magistrado.

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 717.

²¹³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 7. p. 337.

²¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 420.

²¹⁵ FACHIN, Z. A. Responsabilidade patrimonial do Estado-Juiz. **Unopar Cient., Ciência. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 1, n. 1, p. 23-33, mar. 2000 <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/1529/1466>>. Acesso: 03 mar.

Sendo que esta interpretação, que não se estende aos demais agentes públicos no exercício de suas funções, originaria efeito oposto para aqueles que buscam o Poder Judiciário com intuito de fazer valer a justiça, passando a ser, dentro do próprio sistema ao qual recorre, uma vítima.²¹⁶

O fato de não haver responsabilidade dos magistrados por erros de julgamento, seja durante a apreciação da prova, interpretação de normas ou incorreta aplicação destas normas ao caso específico, seria um princípio inerente à atividade do judiciário, isto porque se fosse de modo diverso, a condição de ser Juiz seria considerada uma profissão de alto risco, e não seria atrativa para aqueles que ingressam na carreira do Direito.²¹⁷

Sendo assim, o que se conclui é que a falibilidade dos magistrados não pode ser argumento válido para afastar a responsabilidade do Estado, tendo em vista que na condição de seres humanos são passíveis de erros durante o exercício de suas atividades.²¹⁸

3.2.3 Teoria da Independência da Magistratura

O fato de existirem garantias funcionais para os magistrados são formas de garantir sua independência e imparcialidade diante das ações julgadas, visando, portanto, preservar atuação livre e que sejam evitadas retaliações por suas decisões. Estas garantias tornam de certo modo viável o funcionamento da justiça, não sendo passíveis de sofrer com privilégios ou perseguições arbitrárias, mantendo o julgador livre de constrangimentos ou represálias.²¹⁹

O fato de haver garantias políticas aos magistrados são, de certo modo, complementares às garantias políticas do próprio Poder Judiciário. Elas podem ser divididas em dois tipos, sendo as dos magistrados propriamente ditas, cuja função

²¹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 422

²¹⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 7. p. 342.

²¹⁸ COPOLA, Gina. **A responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tpQMUgpAYXAJ:www.tce.sc.gov.br/file/s/file/biblioteca/a_responsabilidade_do_estado_por_atos_jurisdicionais.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso 02 mar.

²¹⁹ PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 639.

real é tutelar a independência do Juiz, inclusive diante de outros órgãos judiciários, e são o seu caráter vitalício, a inamovibilidade e impossibilidade de redução de vencimentos, de acordo com o art. 95 da Constituição Federal²²⁰. E ainda determinados impedimentos, que têm a função de garantir imparcialidade do Juiz servindo de proteção contra si mesmos como garantia de seu desempenho imparcial conforme descreve o art 95 da Constituição.²²¹

Durante os diversos julgamentos os juízes devem avaliar uma série de fatores de modo a chegar a uma que seja a edição própria aplicada ao caso apresentado. Assim, como todos os seres humanos, são passíveis de erros, não possuindo o dom da infalibilidade. Deste modo, erros podem resultar da análise dos fatos ou mesmo da interpretação das normas.²²²

O magistrado tem o dever de se manter fiel ao Direito bem como à sua própria consciência, devendo ser uma pessoa que interpreta sua realidade do ponto de vista social, realidade esta que ele próprio se encontra inserido. Sendo assim, precisa ser independente, pois a boa aplicação da justiça exige que assim o seja.²²³

Aqueles que defendem a irresponsabilidade com base na independência do Poder Judiciário têm como argumento a garantia constitucional de preservar a imparcialidade do Juiz, sendo este um valor essencial para a aplicação da Justiça.²²⁴

Entendimento comum é que a independência de um Juiz se mostra através da

²²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

“Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.[...]”

²²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 29. ed. São Paulo : Malheiros, 2013. p. 193.

²²² NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 7. p. 341.

²²³ FACHIN, Z. A. Responsabilidade patrimonial do Estado-Juiz. **Unopar Cient., Ciência. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 1, n. 1, p. 23-33, mar. 2000 <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/1529/1466>>. Acesso: 09 mar.

²²⁴ ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de informação legislativa**: v. 49, n. 196 (out./dez. 2012). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09 mar.

sua maneira de interpretar o processo, dar valor às provas e emitir a sua decisão. Também se sabe que o magistrado deve estar em sintonia com a lei, aos princípios que norteiam o direito bem como com a sua consciência, no momento de proferir suas decisões. O dolo por parte de um Juiz fica configurado no momento em que ele de forma intencional deixa de cumprir a lei para beneficiar uma das partes, em detrimento do direito da outra. A culpa, por sua vez, fica caracterizada quando o Magistrado não cumpre seu dever de função, vindo a julgar ou conduzir o processo com desleixo, e pratica deste modo erro indesculpável (*error in procedendo* ou *in iudicando*), tendo em vista que ele poderia ter evitado a falha se tivesse agido com precaução devida.²²⁵

Portanto, considerar a independência do judiciário para exclusão da responsabilidade do Estado também não parece argumento a ser aceito, pois a independência é atributo que é garantido a cada um dos três poderes. Sendo assim, o mesmo argumento poderia ser utilizado nos casos de erros cometidos nos Poderes Executivo e Legislativo.²²⁶

Mesmo que seja importante e necessária a segurança para que reste assegurada a independência do magistrado, não se pode ir além e isentar o Estado de responder por erros decorrentes da atividade jurisdicional, em especial nos casos que se verifique erros graves. Mesmo sendo aceito que a magistratura é independente, tal argumento serviria para isentar o Juiz de responsabilidade pessoal, fato este que não impede a responsabilização do Estado.²²⁷

3.2.4 Reconhecer a Responsabilidade Estatal por Atos Jurisdicionais seria um Enorme Fardo para os Cofres Públicos

O que se observa diante do argumento que a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais comprometeria as finanças públicas parte de uma confissão, e a partir daí chega a uma conclusão que seriam muito onerosas as despesas com reparações e compensações a serem realizadas pelo Estado.²²⁸

²²⁵ LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8453-8452-1-PB.htm>>.

²²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 718.

²²⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 423.

²²⁸ LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8453-8452-1-PB.htm>>.

Entretanto se observa na prática que a irresponsabilidade do Estado vem gradativamente sendo substituída por princípios como da igualdade dos encargos sociais que deixa evidente que o indivíduo prejudicado faz jus a indenização por prejuízo causado pela pelo funcionamento inadequado do serviço público. Deve-se ainda considerar, que os argumentos de defesa desta teoria têm pouco poder de convencimento.²²⁹

A submissão do Estado a suas próprias leis, tendo observância dos direitos e garantias do indivíduo, apresenta por si o contexto imperioso de reconhecimento do dever de indenizar os erros jurisdicionais, sendo este um dever natural, suprapositivo. Ao ser obrigado a cumprir suas próprias leis, o Estado fica sujeito a reparar eventuais danos que sejam causados no exercício de suas mais diversas atividades, dentre elas a jurisdicional. Cumpre salientar que os direitos individuais devem ser assegurados assim como o interesse da própria coletividade, e o interesse de proteger direitos e garantias do indivíduo não são metas a serem alcançadas individualmente, mas por toda a sociedade.²³⁰

3.3 Análise do Direito Positivo e da Jurisprudência frente Ações de Responsabilidade Civil do Estado em Ações Alimentícias

Deve o Estado provar necessariamente dolo ou culpa por parte do julgador para somente depois dar início a processo contra este, sendo que em caso de comprovação do ato cometido com dolo ou culpa, não será facultada escolha ao órgão público ingressar ou não com a ação indenizatória contra ele, mas uma condição de poder e dever. Neste caso não caberá ao Estado a decisão sobre disponibilidade ou faculdade de demandar ação legal para pleitear a indenização regressiva, por estar limitada sua decisão ao princípio de indisponibilidade dos bens públicos.²³¹

É entendimento amplo que a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil por atos praticados durante o exercício da atividade jurisdicional. Portanto, os magistrados são considerados agentes públicos que realizam atribuições conferidas pela Constituição Federal, sendo, deste modo, dotados de total liberdade para o exercício de suas funções, possuindo uma legislação específica e prerrogativas

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7. p. 559.

²³⁰ BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. Cone, vol. I, 2003. p. 334.

²³¹ BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. Cone, vol. I, 2003. p. 331.

próprias do cargo que exercem. No caso da ação contra a Fazenda Estadual, que teria sido responsável por danos ocasionados por uma autoridade judicial, no exercício de suas atribuições, terá assegurado o direito de ação de regresso contra o magistrado responsável, somente nos casos em que fique comprovado ter agido este com dolo ou culpa²³². Decisão do Supremo Tribunal Federal assegura em sua jurisprudência que apenas nos casos em que fique comprovado erro judiciário ou prisão além do tempo fixado em sentença, condições previstas no art 5º, inciso LXXV da Constituição Federal, assim como nos casos previstos em lei, a regra geral é que não poderá ser aplicado o art 37, parágrafo 6º da Carta Magna para atos jurisdicionais quando estes se originam de atividade regular do Poder Judiciário e em cumprimento ao ordenamento jurídico.²³³

Fica, portanto, resguardado o interesse público quanto à sua guarda bem como execução, impedindo que pessoas administrativas possam interferir diretamente sobre eles. O interesse público não pode de modo algum ser colocado à disposição pela Administração, pois lhe cabe o poder-dever de guarda atribuída em lei, incorrendo em pena de responder por omissão caso deixe de exercer os deveres determinados por lei. Deste modo, não pode deixar de punir quando for verificado ato praticado que seja característico de ilícito administrativo, assim como não pode deixar de atuar com seu dever de polícia para coibir aquele que em detrimento do direito coletivo exerça o direito para benefício individual. Não pode ainda deixar de exercer poderes que lhes são atribuídos em virtude de sua hierarquia, nem atuar com liberalidade com o patrimônio público. E cada vez que ocorre omissão da Administração no exercício de seus distintos deveres, o prejuízo recai sobre o interesse público.²³⁴

É dever do Estado responder objetivamente por danos decorrentes de omissão específica, sendo o prejuízo uma consequência do não atuar da Administração diante de um dever de agir, impedindo que se tornasse, de forma concreta, um resultado que

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228977, Segunda Turma, Rel. Ministra Néri da Silveira, julgado em: 05/03/2002.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 939966 AgR, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em: 15/03/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 934578 AgR, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em: 01/03/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 770931 AgR, Primeira Turma, Rel. Dias Toffoli, julgado em: 19/08/2014.

²³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

deveria atuar para evitar, sendo, nestes casos, aplicada a teoria objetiva que independe da análise de culpa.²³⁵

Durante a atividade jurisdicional típica podem ocorrer os chamados erros judiciais que podem ser do tipo *in judicando* e *in procedendo*. Quando sentencia ou decide, o juiz não possui poderes de adivinhação ou bola de cristal, podendo estar sujeito a falhas em seu julgamento, seja sobre um fato ou a respeito de um direito. Vale dizer que, a possibilidade de erro na atividade judiciária é normal, sendo, portanto, impossível seu exercício sem que ocorram erros eventuais. Sendo assim, se é impossível que a atividade jurisdicional seja exercida sem que ocorram erros, responsabilizar o Estado pela ocorrência destes erros ainda que tenham acontecido de modo involuntário, iria inviabilizar o funcionamento da justiça, fazendo com que se tornasse algo impossível de realizar. Seria o mesmo que exigir do Estado que fosse oferecida uma justiça infalível, sendo esta qualidade exclusiva da justiça divina.²³⁶

Deve-se observar, ainda que na justiça cível o funcionamento incorreto por parte da Justiça, pode dar causa a diversos tipos de prejuízo, podendo levar a condenações injustificadas e em alguns casos de maior gravidade que uma condenação criminal.²³⁷

Podemos citar como exemplo os casos de erros relacionados ao exercício da atividade do Judiciário relativa ao Direito de Família, pois a família representa a própria realidade social, constituindo a base do próprio Estado, sendo o núcleo, fundamento de toda a organização da sociedade. Em qualquer ponto de vista que se queira considerar, a família aparecer com instituição sagrada e necessária e, deste modo, merece a mais abrangente proteção possível por parte do Estado.²³⁸

Em diversos julgamentos distintos o STF tem sido recorrente em não atribuir responsabilidade aos juízes e ao Estado por danos que tenham sido consequentes a erros cometidos em suas decisões. Considera ainda que o Estado somente pode ser

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 2009.046487-8, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15.9.09.

²³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 322 e 323.

²³⁷ BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. cone, vol. I, 2003. p. 333.

²³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro- direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6. p. 27, 28.

responsável por atos emanados do Poder Judiciário nos casos expressamente previstos pelo direito positivo. (RT 47/421) (28.08.1956, RT 259/127) ²³⁹

Importa salientar que é fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, investigar o que deu causa a um evento danoso, entretanto sem que se perca a regularidade do funcionamento da atividade pública, a conduta do ofendido, fato que registre a eventualidade ou fortuidade do ocorrido, para a determinação daquilo que se denomina como dano considerado injusto, sendo que somente neste caso, será cabível reparação²⁴⁰. A decisão da 4ª câmara do TJSP segue estes princípios quando afirma em decisão relativa ao Direito de Família:

“A circunstância de o juiz da ação de alimentos, sem dolo ou fraude, ter fixado os alimentos provisórios em um terço dos rendimentos líquidos do alimentante e na sentença em 15% não acarreta obrigação de indenizar ao juiz ou à Fazenda do Estado (26.04.2010, JTJ 351/471)”. ²⁴¹

De acordo com a previsão legal que regulamenta que a responsabilidade dos entes públicos é objetiva, busca, deste modo, trazer maior nível de equidade entre o particular e o Estado, condicionando não haver discussão de culpa por parte do agente que causa o dano, mas somente a necessidade que se estabeleça nexos causal entre o evento, o dano e a ocorrência de ato omissivo por parte da administração, para que fique configurado o dever por parte do Estado de indenizar. ²⁴²

O Direito pátrio reafirma princípio que determina *non nemine laedere*, que pode ser entendido como não caber a ninguém o direito de lesar. Deste modo, cria o entendimento no sentido inverso que cabe a todo indivíduo que tiver um direito lesado, terá também o direito de ser ressarcido²⁴³. Esta noção fica clara em decisão de um julgamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DO JUDICIÁRIO. AUTOR PRESO NO AMBIENTE DE TRABALHO EM RAZÃO DE DÍVIDA DE ALIMENTOS QUE JÁ HAVIA SIDO RESOLVIDA EM AUDIÊNCIA

²³⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 494.

²⁴⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. Brasília: Atlas, 2013. p. 17.

²⁴¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 494.

²⁴² MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. Brasília: Atlas, 2013. p. 17 e 18.

²⁴³ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

CONCILIATÓRIA NOS AUTOS DA AÇÃO DE REVISÃO DA PENSÃO. CUMPRIMENTO TARDIO DA DECISÃO JUDICIAL DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À VARA EM QUE TRAMITAVA A DEMANDA DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS, ONDE HAVIA SIDO DETERMINADA A PRISÃO CIVIL DO DEMANDANTE. CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO NO MESMO DIA EM QUE FOI ENCAMINHADO OFÍCIO COM CÓPIA DO ACORDO JUDICIAL A OUTRA UNIDADE JUDICIÁRIA. NEGLIGÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO CARTÓRIO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO E NEXO CAUSAL ENTRE ESTE E A OMISSÃO DO ESTADO DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTATADA. DEVER DE INDENIZAR. [...]

Se comprovado que o autor foi preso injustamente devido a negligência dos agentes públicos do Cartório Judicial que deixaram de cumprir a decisão que determinou a expedição de ofício à Vara em que tramitava a execução de alimentos, resta caracterizada a responsabilidade civil do ente público e, conseqüentemente, o dever de indenizar pelos danos morais sofridos. ENCARGOS MORATÓRIOS. PRETENDIDA APLICAÇÃO DOS ÍNDICES DA POUPANÇA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVISÃO EX OFFICIO. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA. Os juros de mora e a correção monetária constituem matéria de ordem pública, motivo pelo qual é permitida a revisão dos seus termos iniciais, bem como dos índices aplicáveis, ex officio, pelo julgador [...]"²⁴⁴

Do mesmo modo acompanha com critério similar decisão no julgamento da Apelação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ERRO JUDICIÁRIO - PRISÃO INDEVIDA - EXECUÇÃO ALIMENTÍCIA EXTINTA - VALOR DA INDENIZAÇÃO - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - TAXA SELIC - APLICABILIDADE - ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

1- É indevida a prisão civil do devedor de alimentos com base em mandado de prisão que deveria ter sido recolhido, ensejando, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado de indenizar pelos danos morais causados.

2 - O valor da indenização a título de danos morais deve ser arbitrado atendendo o caráter duplo da condenação, tanto punitivo do agente causador do dano, quanto à compensação do sofrimento da vítima.

3- Os juros moratórios e a correção monetária constituem matéria de ordem pública, cognoscível de ofício.

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 20120267638 SC 2012.026763-8 (Acórdão), Segunda Câmara de Direito Público Julgado, Rel. Francisco Oliveira Neto, julgado em: 5 de Agosto de 2013.

4- Nas condenações por danos morais posteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002, deve-se aplicar a taxa Selic, que é composta de juros moratórios e de correção monetária.

5- Apelações desprovidas. Encargos acessórios alterados, de ofício”.²⁴⁵

Em outro julgamento da apelação do Tribunal do Rio Grande do Sul, reitera que, mesmo para casos que envolvam prisão por débito alimentar, para que o erro judiciário fique configurado se faz necessária a verificação de ter havido durante o processo abuso de autoridade, erro inescusável ou vício que venha a contaminar o ato de constrição e de restrição de liberdade.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. PRISÃO LÍCITA.

Restando comprovado que a decretação da prisão por débito alimentar se deu em consonância com as previsões legais, não há falar em erro judiciário. O exame de DNA que afasta a paternidade do autor acostado aos autos da ação de execução de alimentos somente após ser decretada a prisão não enseja, por si só, reparação por danos morais, que somente é devida havendo excesso, abuso da autoridade, erro inescusável ou vício que contamine o ato de constrição e de restrição da liberdade, o que não ocorreu, no caso. Improcedência da ação que se impõe. Sentença reformada. APELAÇÃO PROVIDA”.²⁴⁶

Levando em consideração o princípio do livre convencimento motivado bem como a garantia constitucional de motivação para as diversas decisões judiciais, não se pode admitir que o erro durante a atividade jurisdicional seja passível de previsão, ou mesmo que o julgador tenha feito uma má aplicação da norma relativa ao comportamento da parte ou dos fatos relativos à norma em vigor à época dos fatos em julgamento, ou ainda que tenha atuado com erro de perspectiva com percepção errada dos fatos ou interpretado de modo equivocado a norma que deveria ser aplicado ao caso apresentado. Em todas estas possibilidades poderá ser considerado caracterizar o erro *in judicando*, não devendo, entretanto, ser confundidas com o erro judiciário a que se refere o art 5, LXXV, da Constituição Federal.²⁴⁷

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10342120085879001 MG, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Rel. Jair Varão, julgamento em: 6 de Fevereiro de 2014.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70055182125, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 01/08/2013.

²⁴⁷ ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de informação legislativa**: v. 49, n. 196 (out./dez. 2012). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09 mar.

O ordenamento jurídico vigente, não permitiu que aquele que se sentisse prejudicado por erro jurisdicional viesse a ingressar com ação de indenização diretamente contra o Juiz, pois a Constituição Federal de 1988 expressa a responsabilidade objetiva por parte do Estado, conforme se verifica no artigo 37, §6º. A mesma posição se sustenta no fato de que seja mantida integralmente a independência do magistrado, que durante sua atividade não pode estar sujeito ao receio que a parte demandante viesse futuramente a promover ação por reparação de danos contra ele. Permitir que, de modo diverso, o indivíduo que se sentir lesado apresente ação diretamente contra o magistrado seria o mesmo que dar oportunidade para que fossem propostas inúmeras ações, que sempre levarão em conta algum tipo de direito que tenha sido lesado na tentativa de obter reparação, o que poderia causar intranquilidade incompatível com a aplicação do Direito pelo Magistrado no exercício da sua função.²⁴⁸

Por sua vez, existe a possibilidade do direito de ação de regresso do Estado contra os magistrados, sem que esteja prejudicada a responsabilidade criminal, quando tiver de algum modo, comprovadamente agido com dolo ou culpa grave. Nestes casos especificamente, os Magistrados judiciais bem como os componentes do Ministério Público, caso tenham agido comprovadamente com dolo ou culpa grave, serão objeto de ação regressiva obrigatória por parte do Estado.²⁴⁹

Fica evidente que é difícil definir o que de fato configura erro judiciário. Entretanto resta pacífico que esta modalidade de erro é decorrente apenas da atividade judicial ou jurisdicional do magistrado durante o exercício de sua função, não podendo ser considerados outros erros que decorrem da atividade administrativa dentro do Poder Judiciário. Existem diversos impedimentos relativos à responsabilidade civil do Estado, devendo ser citados como exemplo os princípios da colaboração, do contraditório, do livre convencimento motivado, bem como da segurança jurídica – são fatores que, de modo justificável, impedem que o Estado seja responsabilizado. Outro óbice trata do instituto da coisa julgada, que tem como norma que as decisões judiciais devem ter caráter permanente, imutável. Deste ponto de

²⁴⁸ BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. cone, vol. I, 2003. p. 330.

²⁴⁹ GALANTE, Fátima. **O erro judiciário**: a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. UAL. Universidade Autônoma de Lisboa, 2013. Verbo Jurídico. Disponível em: <https://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/civil/fatimagalante_errojudiciario.pdf>.

vista, para que seja configurado erro judiciário se faz necessário reconhecimento do erro por uma outra decisão judicial que apresentem argumentos que desconstituam a decisão anterior, aquela que se alega ter dado origem ao dano.²⁵⁰

Diante do exposto verifica-se que em todos os campos do Direito, inclusive no Direito de Família, somente poderá ser considerada responsabilidade pessoal por parte do magistrado caso ocorra dolo ou fraude comprovadamente cometidos por ele, ou quando sem motivo justificável houver de sua parte recusa, omissão ou retardo relativos a medidas às quais deveria ordenar de ofício ou motivado por requerimento das partes. Yussef Said Cahali mostra a consequência prática ao afirmar que “a independência funcional, inerente à Magistratura, tornar-se-ia letra morta se o juiz, pelo fato de ter proferido decisão neste ou naquele sentido, pudesse ser acionado para compor perdas e danos em favor daquele que sucumbiu”²⁵¹. No entanto, conforme ressalta Philippe Ordant, “Dizer-se ser o Poder Judiciário soberano, para daí deduzir que o Estado está desobrigado de indenizar os prejuízos resultantes de seus atos, constitui um “*argument de masse*”, que não resiste a menor análise”²⁵². Deve o Estado estar sujeito a se submeter ao seu próprio ordenamento jurídico, devendo ser observados direitos e garantias individuais, bem como dentro deste mesmo contexto prever o reconhecimento do direito que tem o indivíduo a indenização decorrente de erro jurisdicional. Se trata de um dever natural e que são, portanto, intrínsecos à natureza humana. E, deste modo, fica claro que o Estado tem o dever de reparação sobre eventuais danos que sejam causados no exercício de sua atividade, ainda que seja decorrente da própria atividade que aplica as leis, ou seja, a atividade jurisdicional.

²⁵⁰ ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de informação legislativa**: v. 49, n. 196 (out./dez. 2012). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09 mar.

²⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 327.

²⁵² BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. Cone, vol. I, 2003. p. 334.

CONCLUSÃO

Importa salientar o significado prático de responsabilidade civil e sua implicação técnica: aquele que descumpre algum dever jurídico, causando com esta ação ou omissão dano de ordem moral ou material a outrem, terá o dever jurídico de reparar este dano. Assim, responsabilidade pode ser entendida como dever de reparar o dono resultante de um fato do qual se é autor direta ou indiretamente.

Recentemente, o assunto responsabilidade civil do Estado por erro do judiciário, no meio jurídico, tem adquirido grande importância, pois o número de processos contra o Estado só tem aumentado e, um dos motivos é o dano causado aos particulares no exercício da sua função jurisdicional. Isto decorre do fato de que é imperativo para um Estado democrático de direito, respeitador dos direitos fundamentais dos cidadãos, que seja responsabilizado civilmente pelos donos que vier a causar aos jurisdicionados em decorrência do exercício de suas funções.

A Constituição Federal de 1988 prevê situações de responsabilidade civil. Especificamente seu art. 37, §6º representa princípio basilar do novo Direito Constitucional ao sujeitar todas as pessoas, sejam de direito público ou privado, à ordem jurídica. Deste modo, havendo lesão aos bens jurídicos de terceiro obriga o causador do dano ao dever de reparação.

O que atualmente chama a atenção em relação ao Judiciário brasileiro, é que houve grande avanço relativo à doutrina, que prevê ser responsabilidade do Estado ações emanadas do Poder Judiciário que venham a ser causadoras de dano e que, nos casos previstos em lei, haveria a possibilidade de regresso contra o servidor responsável, neste caso, o magistrado. Entretanto, o que se verifica na prática é a presença de legislação ainda pouco específica, e jurisprudência inclusive com decisões do STF, no sentido de somente responsabilizar aquelas ações que provoquem danos estritamente previstos em lei, sendo, portanto, em casos bastante específicos e restritos, sem considerar que diversas outras modalidades de falhas ocorrem com frequência e, por não serem objeto de legislação específica, ficam sem o devido respaldo para atribuição de responsabilidade e consequente ressarcimento.

Assim, faz-se necessário se questionar se o Estado e/ou o magistrado, por ser agente público, deve integrar o polo passivo da relação jurídica processual que

decorre de erro judiciário, inclusive no Direito de Família em se tratando das ações de alimentos.

Ainda relativo ao Direito de Família, mesmo se tratando de um tema de suma importância, com ampla proteção dada pelo Estado, onde um erro jurisdicional pode ser causador de graves danos, é observado que as decisões seguem no mesmo sentido da jurisprudência adotada em outras áreas do Direito, sendo muito difícil que seja admitida a hipótese de responsabilidade do Estado, ainda que seja demonstrado ter o magistrado incorrido em erro. Tal entendimento resulta, do ponto de vista prático, na condição secular de irresponsabilidade jurisdicional como via de regra. São fatores que ainda justificam esta prática, algumas teorias que admitem diversos impedimentos referentes à responsabilidade do Estado, como o argumento da soberania do poder judiciário, falibilidade dos juízes, assim como, a independência da magistratura. Já com relação a responsabilidade pessoal do magistrado, a Lei (art. 143 do Código de Processo Civil) determina que a responsabilidade é subjetiva, exigindo-se, desse modo, a comprovação do dolo ou da culpa por parte do órgão judicial que por ação ou omissão eventualmente acarretou dano ao jurisdicionado. O avanço das decisões judiciais com relação ao Direito de Família, assim como nas demais áreas do Direito brasileiro, irá depender, portanto, de avanços específicos na legislação que trata da responsabilidade aplicada ao Estado diante dos erros jurisdicionais que, também incluiria mudanças mais específicas no que se refere aos procedimentos adotados diante dos erros decorrentes da ação dos Magistrados.

Tendo em vista a jurisprudência atual se deter especificamente aos casos previstos na lei quando se trata do erro jurisdicional, não sendo extrapolados entendimentos adotados a outros agentes públicos nos casos do agente ser o Magistrado, serão necessárias mudanças que permitam a elaboração de uma legislação específica para este tema, com previsão no dispositivo legal para situações práticas, fato que nortearia o caminho a ser seguido em diversas situações. Convém salientar que já se verificam mudanças sendo realizadas no direito positivo de diversos países, que adotam formas jurídicas de abordar a questão do erro jurisdicional, sem ferir princípios básicos do Direito tais como soberania do Poder Judiciário, independência da Magistratura e falibilidade dos juízes.

Se faz necessário que avanços sejam realizados direcionando o direito positivo para o caminho já adotado pela doutrina pátria, trazendo, assim, importantes avanços práticos – fazendo avançar assim, a jurisprudência. Que seja implementado aquilo que realmente aspira o Moderno Estado de Direito para situações nas quais se possa aplicar a responsabilidade do Estado e do Poder Judiciário diante de danos provocados durante o exercício da ação jurisdicional. Isso se faz necessário para que fique evidente a real intenção de evitar que ações danosas se repitam e, principalmente, para que as pessoas não tenham que arcar sozinhas, e de forma injusta, com o ônus decorrente de falhas ocorridas durante o julgamento de um processo, evitando que o indivíduo que busca o judiciário para sanar situação de dano sofrido, seja vítima do Poder constituído com a finalidade de restabelecer o equilíbrio ao se negar este, a reconhecer de suas próprias falhas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de informação legislativa**: v. 49, n. 196 (out./dez. 2012). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496627/000967069.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 mar

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLOGSPOT. **Causas excludentes de responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://apenassobredireito.blogspot.com.br/2013/10/causas-excludentes-de-responsabilidade.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 770931 AgR, Primeira Turma, Rel. Dias Toffoli, julgado em: 19/08/2014..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 934578 AgR, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em: 01/03/2016;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 939966 AgR, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em:15/03/2016;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 179147/ SP- São Paulo, Ministro Carlos Velloso, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado 12/12/1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+179147%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hc7tg28>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228977, Segunda Turma, Rel. Ministra Néri da Silveira, julgado em: 05/03/2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10342120085879001 MG, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Rel. Jair Varão, julgamento em: 6 de Fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. AC 26149 RN 2011.002614-9, Primeira Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, Rel. Amaury Moura Sobrinho, julgado em: 30/06/2011

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 20120267638 SC 2012.026763-8 (Acórdão), Segunda Câmara de Direito Público Julgado, Rel. Francisco Oliveira Neto, julgado em: 5 de Agosto de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3 Grupo de Câmaras, 17/10/1979, RJTJSP 64/173. 7 Câmara: Fazenda Pública – Dano material ou prejuízos futuros – Inadmissibilidade (28/ 07/1997, JTJ 198/91).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70055182125, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 01/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70055936983, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 17/07/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=LEGITIMIDADE+PASSIVA+AGENTE+P%C3%9ABLICO&btnG=buscar&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=LEGITIMIDADE+PASSIVA+AGENTE+P%C3%9ABLICO&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partia lfields=n%3A70055936983.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris>.

Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AC 70041465790 RS, Sexta Câmara Cível Julgado, Rel. Niwton Carpes da Silva, julgado em: 13 de Junho de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RC 71004583514, Turma Recursal da Fazenda Pública, Rel. Luís Francisco Franco, julgado em: 14 de Novembro de 2013.

BRITTO, Marcelos Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5159/alguns-aspectos-polemicos-da-responsabilidade-civil-objetiva-no-novo-codigo-civil>> Acesso: 11 set. 16.

BUCCI, Mário César. **Estudos de responsabilidade civil**. cone, vol. ICAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 29. ed. São Paulo : Malheiros, 2013.

COPOLA, Gina. **A responsabilidade do estado por atos jurisdicionais**. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tpQMUGpAYXAJ:www.tce.sc.gov.br/files/file/biblioteca/a_responsabilidade_do_estado_por_atos_jurisdicionais.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso 02 mar.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 639 *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro- responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, volume 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7

FACHIN, Z. A. Responsabilidade patrimonial do Estado-Juiz. **Unopar Cient., Ciência. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 1, n. 1, p. 23-33, mar. 2000 <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/1529/1466>>. Acesso: 03 mar.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil- responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, volume 3.

GALANTE, Fátima. **O erro judiciário**: a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. UAL. Universidade Autônoma de Lisboa, 2013. Verbo Jurídico. Disponível em: <https://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/civil/fatimagalante_errojudiciario.pdf>.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito civil brasileiro- direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6

_____. **Direito civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRANJEIRO, José Wilson. **Direito administrativo**. 19. ed. Brasília: Vesticon, 2001.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. **Responsabilidade civil-histórico e evolução. Conceito e pressupostos. Culpabilidade e imputabilidade**. Monografia apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, Bauru, 5 de fevereiro de 1999.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I.

LIMA, Adriano Aparecido Arrias de. **Responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8453-8452-1-PB.htm>>.

MAZEAUD ET MAZEAUD. **Leçon**. vol. II, n 380 *in* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – contratos: declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.III.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**. 2. ed. Brasília: Atlas, 2013.

MONTEIRO, Washinton de Barros. **Obrigações**, v. 2, p. 431 *in* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – contratos: declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.III.

MONTEIRO, Washington de Barros e FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. **Curso de direito civil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, volume 7.

_____. **Curso de direito civil- responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, vol. 7.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Pressupostos da responsabilidade civil**. 18 nov. 2008. Comunidade Adm. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – contratos: declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v.III.

_____. **Instituições de direito civil- introdução ao direito civil teoria geral de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I.

_____. **Instituições de direito civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PROGRAMA DE DIREITO CIVIL, volume I/341, Rio *in* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Vanderlei. Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies. **DireitoNet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies>>.

RÉCHE, Cláudio. Conversando direito - o "*status quo ante*". **Textos Jurídicos. Artigos e teses que expandem o conhecimento jurídico**. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto261.html>>. Acesso: 16 set. 16.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile endroit français**. Paris: LGDJ, 1939, t. I, p. 1 *in* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston, ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Gustavo Scatolino e CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPositivm, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Volume I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil - responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 4.

WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. **A teoria do risco e a responsabilidade civil objetiva do empreendedor**. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16-4af2-a11f-c79a97cc881d&groupId=10136>. Acesso: 29 out. 2016.