



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

WILKER PEREIRA DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS
SEUS ATOS JURISDICIONAIS: ANÁLISE DA CONDUTA DO JUIZ
SÉRGIO MORO EM FACE DO JURISDICIONADO “LULA”**

**BRASÍLIA,
2017**

WILKER PEREIRA DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS
SEUS ATOS JURISDICIONAIS: ANÁLISE DA CONDUTA DO JUIZ
SÉRGIO MORO EM FACE DO JURISDICIONADO “LULA”**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Doutor Roberto Freitas Filho

**BRASÍLIA,
2017**

WILKER PEREIRA DE OLIVEIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRENCIA DOS
SEUS ATOS JURISDICIONAIS: ANÁLISE DA CONDUTA DO JUIZ
SÉRGIO MORO EM FACE DO JURISDICIONADO “LULA”**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Doutor Roberto Freitas Filho

Brasília, 07 de abril de 2017.

Banca Examinadora:

Doutor Roberto Freitas Filho.
Professor Orientador

Jose Carlos Veloso Filho
Professor (a) Examinador (a)

Luciana Barbosa Musse
Professor (a) Examinador (a)

AGRADECIMENTO

Agradeço esse presente trabalho de conclusão de curso, primeiramente, à Deus, por me dá forças e me manter firme na fé; Aos meus pais, por todo o suporte e por sempre estarem à prontidão quando precisei durante toda minha vida; à minha namorada, Maria Carolina, que sempre esteve ao meu lado durante o curso e dividiu comigo as angústias e glórias dos estudos; Aos meus amigos, Divina Gleicy, Vanter Coutinho e Antônio Lacerda, que sempre estiveram à disposição para me ouvir e a me dar conselhos pertinentes ao projeto; Ao meu orientador, Professor Roberto Freitas Filho, por ter aceitado este aluno como seu orientando, pelos conselhos e contribuições que me foi dado em todo o trabalho, e que certamente não será o último.

RESUMO

A presente monografia tem o objetivo de estudar a possibilidade de o Estado responder civilmente por atos jurisdicionais. A metodologia utilizada foi bibliográfica e documental. A motivação em estudar o presente tema, se dá em razão da pouca exploração dada por esta instituição, não sendo possível se aprofundar no tema por meio de debates, palestras e outros meios que possibilitasse a referida discussão. Assim, primeiramente iremos conceituar o instituto da responsabilidade civil a luz da doutrina atual e majoritária. Em seguida, iremos observar os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil do Estado, quais sejam, o dano, nexo causal e a qualidade do agente causador. Quais são suas excludentes. Em seguida, e para fechar essa primeira análise, iremos abordar e diferenciar a responsabilidade objetiva da subjetiva e qual delas é aplicada na responsabilidade civil do Estado. No segundo capítulo, verificaremos o instituto da responsabilidade civil por atos jurisdicionais aplicada ao Brasil. Distinguiremos os atos jurisdicionais dos atos não jurisdicionais. Analisaremos quais são as principais teorias defendidas por aqueles que são contra a uma eventual responsabilização do Estado, bem como as teorias favoráveis, doravante, qual delas é aplicada em nosso ordenamento jurídico. No terceiro capítulo, será abordado o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, qual sua função e qual sua importância para a administração da justiça. Por fim, faremos um estudo de caso. Tendo como objeto de estudo, a conduta do Juiz Federal, Sérgio Moro, frente ao Jurisdicionado Lula. Para tanto, analisaremos a decisão que autorizou a condução coercitiva do ex-Presidente da República, se a referida decisão está de acordo com o que prevê o ordenamento jurídico e se era previsível, por parte do juiz, as consequências advindas de sua decisão. Ademais, verificaremos um caso que repercutiu nacionalmente e que servirá de base para eventuais responsabilizações estatais futuras.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Estado. Atos Jurisdicionais. Juiz. Indenização.

Sumário

INTRODUÇÃO	14
1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	16
1.1 CONCEITO	16
1.2 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA E SEUS PRESSUSPOSTOS	17
1.2.1 PRESSUPOSTO: DANO	18
1.2.2 PRESSUPOSTO: NEXO CAUSAL	20
1.2.3 PRESSUPOSTO: CONDUTA COMISSIVA, A QUALIDADE DO AGENTE CAUSADOR DO DANO E A OMISSÃO DO ESTADO	22
1.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA	27
1.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	28
1.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	29
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS	33
2.1 ATOS JURISDICIONAIS E ATOS NÃO JURISDICIONAIS	33
2.2 ATIVIDADES DANOSAS	34
2.2.1 O ERRO JUDICIAL E A PRISÃO ILEGAL - ART. 5º, LXXV, CF/ 1988	36
2.2.2 ABUSO DE AUTORIDADE	38
2.2.3 DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	39
2.3 O PENSAMENTO CONTRÁRIO A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO	41
2.3.1 SOBERANIA DO ESTADO	41
2.3.2 A INDEPENDENCIA DO JUIZ	42
2.3.3 A FALIBILIDADE HUMANA	44
2.3.4 A AUTORIDADE DA COISA JULGADA	46
2.4 O PENSAMENTO A FAVOR DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO	48
2.4.1 TEORIA CIVILISTA	48
2.4.2 TEORIAS PUBLICISTAS	49
2.5 TEORIA ADOTADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	51
3. FUNÇÃO JURISDICIONAL E A RESPONSABILIDADE DA PESSOA DO JUIZ	54
3.1 FUNÇÃO JURISDICIONAL	54
3.2 PREVISÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA DO JUIZ	54
3.2.1 ANÁLISE DOS ARTIGOS 41, 49 DA LOMAN E ARTIGO 143 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	54
3.3 A FUNÇÃO DISCIPLINAR DO CNJ	58

4. ESTUDO DE CASO: ATUAÇÃO DO JUIZ SÉRGIO MORO FRENTE AO JURISDICIONADO LULA: PETIÇÃO Nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR	61
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	61
4.2 ANÁLISE DA PETIÇÃO Nº 5007401-06.2016.4.04.7000.....	62
4.2.1 FUNDAMENTO DA CONDUÇÃO COERCITIVA	64
4.2.2 DA PUBLICIDADE DO ATO.....	66
4.3 UMA ESPERANÇA PARA JUSTIÇA BRASILEIRA.....	70
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS	76
ANEXO. DESPACHO DO JUIZ SÉRGIO MORO.....	74

INTRODUÇÃO

Todo aquele que causa um injusto dano a um terceiro, tem por obrigação reparar o mal sofrido. O instituto da responsabilidade civil vem para nortear e estabelecer os parâmetros em uma eventual indenização por aquele que casou o prejuízo.

Em que pese a Responsabilidade Civil do Estado por atos jurisdicionais, esta sofreu algumas mudanças no curso de sua história. Trata-se de um tema que possui considerável polêmica, tendo em vista existir posicionamentos que são contra a responsabilidade do Estado em decorrência da atividade jurisdicional, tal pensamento, contudo, encontra forte resistência atualmente, pois não condiz com as diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu art. 37, parágrafo sexto, a responsabilização da administração pública em qualquer um dos poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado, entretanto, o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A problemática do presente estudo, surge, quando da necessidade de se verificar a resistência que se tem em responsabilizar o Estado, por danos decorrentes de atos jurisdicionais, muito embora haja a previsão legal para que tal responsabilização aconteça. A hipótese apresentada, com base nos pressupostos da responsabilidade civil, na teoria do risco administrativo e na Constituição Federal, vai responder que sim, é possível, se não necessário, que haja a reparação civil estatal em decorrência do ato jurisdicional.

Assim, o estudo tem por objetivo, conhecer mais a fundo o instituto da responsabilidade civil. Seu conceito, seus pressupostos, as teorias que embasam a mesma, a atuação do CNJ e como se dá a aplicação prática. Para tal, foi adotada como método de estudo, a pesquisa bibliográfica e documental. Apesar de na prática, a resistência ser grande quanto a aplicação do instituto para atos jurisdicionais, há muitos autores que defendem o contrário, sendo de fácil acesso os livros e artigos pertinentes ao tema. Na legislação, também se encontra um número razoável de

normas que preveem não só a responsabilidade do Estado, mas também da pessoa do juiz.

Dessa forma, para uma melhor organização, o presente trabalho foi dividido em 4 (quatro) capítulos.

O primeiro capítulo tem por objetivo analisar como o Estado responde por danos causados a terceiros em decorrência da atividade exercida pelos seus funcionários. Para tal, analisaremos os pressupostos e as excludentes da responsabilidade civil, bem como as características que diferenciam a responsabilidade subjetiva da objetiva.

No segundo capítulo, estudaremos a responsabilidade do Estado em face dos atos jurisdicionais. Verificaremos as teorias defendidas por quem é contrário e favoráveis a uma responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, bem como, qual teoria é adotada em nosso ordenamento jurídico.

No terceiro capítulo, analisaremos a atuação do Conselho Nacional de Justiça, como surgiu e qual sua importância para administração da justiça.

No quarto e derradeiro capítulo, faremos uma análise da conduta do Juiz, Sérgio Moro, frente o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Em virtude da grande repercussão que se deu na decisão que concedeu a condução coercitiva, faremos uma análise crítica, afim de se apurar se a decisão do Juiz ocorreu em consonância com os preceitos fundamentais, e se houve algum tipo de prejuízo por parte do ex-Presidente, de modo que possa ensejar uma eventual reparação estatal

1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado ao tomar para si a responsabilidade de regular e promover a paz social, de buscar o bem comum, também se sujeitou no que pode ser chamado de “as regras do jogo”.

Essa regra do jogo é o Estado democrático de direito, no qual o Estado está sujeito a obedecer aos princípios de direito público, assim, esse só pode agir em conformidade com a lei, não podendo exercer qualquer atividade que nela não esteja prevista.

Assim, caso o Estado desobedeça/ultrapasse o limite de suas atividades, irá responder por seus atos, nessa linha, abordaremos neste capítulo algumas das características no que concerne a responsabilização civil do Estado, bem como, em que momento esse não responderá por suas atividades.

1.1 CONCEITO

O convívio harmônico na sociedade exige a obediência a algumas regras, normas impostas com intuito de estabelecer/promover o equilíbrio nas relações entre as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, pública ou privada.

Essas normas impostas fazem parte de uma ordem jurídica, no qual impõe um dever geral cautela a todos, qual seja a de respeitar ao próximo. Dessa forma, busca o Estado através do dever geral imposta pela ordem jurídica, de preservar os atos lícitos e reprimir os atos ilícitos.¹

Sérgio Cavaliere Filho, separa o dever jurídico em originária e sucessivo; i) originária: A ordem jurídica atua como norma protetora, no qual todos devem respeitar o seu próximo e os pactos efetuados; ii) sucessivo: Quando essa norma é violada, o pacto é quebrado, surge então a obrigação de indenizar, daí a ideia de sucessivo, pois da violação de um dever jurídico, surge um novo dever/obrigação que é o de reparar o dano causado em decorrência dessa violação originária.²

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, 12ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, 12ª ed.* São Paulo: Atlas, 2015.

Ademais, o dano causado, a violação de um pacto, pode advir de duas formas; i). Contratual: Quando de uma relação contratual pactuada deliberadamente entre as partes, uma delas acaba ficando inadimplente, e; b). Extracontratual: também conhecida como aquiliana, surge a responsabilidade civil como consequência de uma violação de um dever jurídico existente, ou seja, há uma transgressão de uma lei preexistente no ordenamento jurídico³. Assim, no que tange a responsabilidade civil do Estado “a contratual é estudada na parte relativa aos contratos celebrados pela administração e a extracontratual é aquela que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual”.⁴

Dessa forma, pode-se definir a responsabilidade civil do Estado como a obrigação de reparar um dano causado a terceiro em consequência de uma violação a dever jurídico originário, ou no dizeres de Yussef Said Cahali: “A obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”.⁵

1.2 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA E SEUS PRESSUSPOSTOS

Quando da análise do tema em voga, oportuno aduzir que é cabível a responsabilização civil do Estado pelas atividades de suas três funções essenciais, quais sejam; i). Executiva; ii). Legislativa; e iii). Judiciária. Assim, havendo um dano a um terceiro em decorrência do exercício de algumas dessas atividades, caberá responsabilização contra o Estado, e não da Administração Pública, haja vista que essa última não possui personalidade jurídica, por conseguinte não é dotada de direitos e obrigações.⁶

Ademais, o estudo em questão se concentra na responsabilização extracontratual, quando de uma violação de um dever jurídico prevista em lei. Dessa maneira, conforme preleciona Maria Sylvia Di Pietro, por se tratar de uma responsabilização extracontratual, essa será sempre de caráter pecuniário, de reparação civil, destarte, “a responsabilização patrimonial pode decorrer de atos

³ FLAIN, Valdirene Silveira. *Responsabilidade civil do estado pelos danos praticados por apenados fugitivos de estabelecimento prisional*. São Paulo, 2015. Disponível em:

<http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/DCP%20109_miolo.pdf> Acesso em: 31 out. 2016

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 577.

⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 715.

jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do poder público. O essencial é que há um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado⁷.

Veja que o dever reparatório, ele irá ocorrer não somente em casos de atos ilícitos, por uma violação da lei como é a regra do direito privado⁸ mas também irá ocorrer por atos lícitos. Dessa forma, se alguém sofrer danos ou prejuízos em decorrência de uma atividade estatal, mesmo que atividade seja lícita e autorizada por lei, caberá a responsabilização civil do Estado, ainda que esse não tenha desejado tal prejuízo⁹, pois não é correto aquele que sofreu um dano suportar o ônus do dano, mesmo que esse dano tenha sobrevivido de um ato lícito.¹⁰

1.2.1 PRESSUPOSTO: DANO

Pode se dizer que o dano é o elemento nuclear para a configuração da responsabilidade civil, sem dano, não há que se falar em qualquer tipo de indenização. Dessa forma, é preciso haver uma efetiva lesão ao patrimônio ou à moral da pessoa, para que haja uma reparação. Assim, o dano é um pressuposto essencial para a configuração da responsabilização e conseqüentemente gerar a obrigação de reparo.¹¹

Um dos problemas encontrado pela doutrina, foi a de buscar um conceito para dano, haja vista que existe inúmeras causas ou motivos que configure o dano, seja ele de cunho patrimonial ou moral, assim, a mera consequência do dano se mostra insuficiente para sua conceituação. Para o presente trabalho, o entendimento de Sérgio Cavaliere Filho parece correto, que assim conceitua o dano:

12

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 715

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 715.

⁹ MELLO, Celso Antônio, 2005 apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 20

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 715.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 102.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 103

Lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Pela definição de Sérgio Cavaliere, o dano, via de regra, é separado em patrimonial e moral. Em que pese o dano patrimonial ou material, esse gera uma efetiva perda econômica do indivíduo, há uma diminuição dos seus bens¹³. Ademais, os danos patrimoniais são suscetíveis de reparação integral, e quando não possível a restituição de forma direta, ainda assim é possível a reparação indireta por meio da indenização.¹⁴

No que tange o dano moral, essa modalidade de dano ganhou grande relevância sobretudo após a promulgação da constituição de 1988, no art. 1º, III, onde a Dignidade Humana ganhou aspecto de direito fundamental, assim, o homem se torna o centro de toda e qualquer relação. Nessa relação, o dano moral engloba toda as ofensas que atingem a personalidade do indivíduo, seja sua honra, sua privacidade, direito a vida, direito a intimidade, direito ao próprio corpo, entre outros. Assim, o dano moral pode ser definido nos dizeres de Sérgio Cavaliere Filho, como:¹⁵

Uma agressão a um bem ou atributo da personalidade. Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

Ademais, para que haja uma caracterização do dano, é preciso que sua lesão seja: i). Atual: o dano precisa ser eminente ou já ter existido quando do momento fático da ação, não cabendo hipótese de um possível dano ou possível fato. ii) Certeza: não deve haver dúvidas quanto ao dano, ele precisa ser preciso, concreto, seja patrimonial ou de cunho moral; iii) Subsistência: Caso aquele que cometeu o dano

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104.

¹⁴ VARELA, Antunes, 8º ed. apud Filho, Cavaliere, Sergio, 2015, p. 104.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116-119

a outrem, tiver ressarcido a vítima, a finalidade da reparação civil já estará concluída, não mais subsistindo a ação reparatória.¹⁶

As características que foram mencionadas logo acima enquadram-se nos danos provenientes de atos ilícitos, que é a regra geral da ação reparatória, no qual está tipificada no art. 927 do Código Civil, que assim leciona: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.¹⁷.

Todavia, o Estado pelas inúmeras atividades que ele exerce, pode em algum momento causar dano a um terceiro mesmo que por atos lícitos, assim, para que o dano seja configurado, além do dano ser atual, ser certo e não eventual, bem como da subsistência, será observado outros requisitos para que se configure o dano em decorrência de atividade estatal.¹⁸

Nessa esteira, o dano precisa advir de uma anormalidade, uma atuação que extrapole os parâmetros normais e aceitáveis pela sociedade, ademais, o dano precisa atingir uma pessoa específica ou um conjunto determinável, isso porque, o Estado exerce algumas atividades de interesse público que muitas vezes suprimi o interesse privado de alguns, assim, o mero dano não é suscetível de reparação civil estatal, é preciso que ele seja proveniente de uma anormalidade e seja dirigido a uma pessoa específica ou um grupo de pessoas.¹⁹

1.2.2 PRESSUPOSTO: NEXO CAUSAL

Verificado a existência do dano, antes de se imputar a alguém a responsabilidade de reparação, é preciso que haja uma causalidade entre o dano e o

¹⁶ SCHLESINGER, Patsy. *Responsabilidade civil do estado por ato do juiz*. Rio de Janeiro; Revista Forense.1999 p.24.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 2 out. 2016.

¹⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 66

¹⁹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 66.

fato gerador deste, ademais, o nexo de causalidade é que irá estipular a “medida da obrigação de indenizar”.²⁰

O nexo de causalidade civil tem uma característica dúplice, na medida em que, num primeiro momento há uma imputação objetiva a quem deu causa ao dano, sem se verificar se houve culpa ou dolo, e num segundo momento, se verifica a compreensão daquele no momento da lesão ao terceiro, aqui entra o elemento subjetivo ou culpabilidade do agente, no qual irá se verificar se a responsabilização foi culposa ou dolosa.²¹

Destarte, não importa se o agente agiu com do dolo ou culpa, haja vista que pode existir responsabilidade sem culpa, mas sem nexo de causalidade não, o dano também pode existir, mas se não houver um nexo entre o dano e o fato, não se pode falar em responsabilização. O nexo causal tem uma relação de causa e efeito na medida em que estabelece o liame entre o ato e o dano sofrido, o prejuízo sofrido pela vítima precisa ter relação direta com o ato praticado, seja ele culposos ou doloso.²²

A problemática em volta do nexo de causalidade se encontra nos casos no qual a omissão estatal é a causa do resultado lesivo. Quando há uma conduta comissiva do Estado, é mais fácil de se comprovar o nexo, mas fazer essa comprovação quanto da omissão, não é das tarefas mais fáceis. A razão é simples, a omissão sempre virá acompanhada de um outro fato, acontecimento, que irá concorrer com ela no resultado do dano, dificultando assim saber até quando a omissão foi causa preponderante para o resultado do dano.²³

O entendimento adotado hoje e que é compartilhado pela doutrina, é que o dano precisa ser imediato e direto a ação ou omissão, dessa forma, criando-se um critério objetivo de verificação do nexo causal. Mas mesmo com esse critério objetivo, a constatação do nexo de causalidade continua sendo uma tarefa de difícil comprovação, aliada a isso, corrobora o fato de que o ônus probatório nesse caso de

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66

²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

²³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. p.202-203.

responsabilização estatal é da vítima. Doravante, caberá ao juiz no caso concreto, verificar se a omissão foi causa necessária para a produção do resultado, em outras palavras, dizer se o dano injusto iria acontecer mesmo se houvesse ou não a omissão, pois como já foi dito, na verificação da omissão, via de regra sempre irá ter uma causa concorrente com a omissão que poderá também dar causa ao dano, e se isso for constatado no caso concreto, a responsabilização civil do Estado poderá ser afastada.²⁴

1.2.3 PRESSUPOSTO: CONDOTA COMISSIVA, A QUALIDADE DO AGENTE CAUSADOR DO DANO E A OMISSÃO DO ESTADO

A responsabilização de um fato que tenha causado prejuízo a alguém, via de regra, deve ser imputado a uma pessoa que tenha agido de forma comissiva (ação) ou omissiva (omissão), essa é a previsão do art. 186²⁵ do Código Civil.

Conforme se observa ao final do aludido artigo, esse se refere a um ato ilícito, que nos dizeres de Cavaliere Filho, “indica a antijuridicidade da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico”.²⁶ Analisando a terminologia da palavra “conduta” a luz do direito, a doutrina a conceitua como uma atividade voluntária humana que se exterioriza por meio da ação ou omissão, repercutindo suas consequências no mundo jurídico.²⁷

Veja que ao analisar a expressão conduta, esta remota a uma atividade prescindivelmente humana, ou seja, só uma pessoa física seria capaz de violar um direito alheio, dessa forma cometendo um ato ilícito.

Nessa esteira, como ficaria a atuação do Estado? Haja vista que aqui trata-se de um ente abstrato e que pelo conceito acima exposto somente um humano poderia exteriorizar suas vontades por meio da ação ou omissão.

²⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71-76.

²⁵ 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.

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.24.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.41.

A resposta para essa pergunta encontra seu fundamento no art. 37, parágrafo sexto da constituição federal: ²⁸

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.

Dessa forma, verifica-se que a conduta do Estado se exterioriza pela ação dos seus agentes públicos ou por pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, cabendo ação de regresso contra esses em casos de dolo ou culpa, constatando, assim, que o “Estado só pode agir por intermédio dos seus representantes, agentes ou prepostos”.²⁹

Nessa qualidade, é importante aduzir que os agentes autorizados pelo Estado a se manifestarem em nome deste, comentam o fato danoso no exercício de suas funções ou estejam em qualidade de agentes públicos no momento da causa. Em que pese a qualidade do agente, é comum observar que esses comentam atos danosos não por estarem no exercício de suas funções, mas aproveitando da sua qualidade de agente estatal excedem o poder a eles conferidos, dessa forma, obtendo resultados no qual não obteriam se não estivessem ocupando o cargo de agente público.³⁰

Destarte, ao que interessa para o presente trabalho para a configuração da responsabilização civil do Estado, a conduta desse, deve ser manifestada por agentes públicos (pessoa jurídica de direito público ou privada prestadora de serviço público) que tenha “contribuído de algum modo para a prática

²⁸ BRASIL. (Constituição Federal) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 07 nov.2016.

²⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 77.

³⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 78-81.

do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação de indenizar”³¹

1.2.3.1 A OMISSÃO DO ESTADO

Vimos no título dedicado ao nexos de causalidade que a omissão é onde se concentra grande parte da problemática relacionada a responsabilização civil, por esta razão, se mostra razoável abrirmos um tópico dedicado a ele.

A discussão doutrinária acerca do tema se dá porque não há uma norma que trate com exatidão quanto da responsabilização por omissão estatal. Da leitura do art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal³², esse é bem claro que o Estado é responsável pelos danos que seus agentes causarem, ou seja, sendo bem evidente que se trata de atos comissivos, via de regra, atos lícitos que causaram danos a terceiros ou atos que excederam às suas atividades. Por essa razão, coube a jurisprudência ao longo dos anos construir uma tese em que definiria quando o Estado responderia por atos omissivos.³³

Ademais, em que pese responsabilidade civil do Estado, trata-se essa de uma responsabilidade extracontratual, uma responsabilidade objetiva, não sendo necessário se provar culpa ou dolo daquele que gerou o dano. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os danos causados por omissão, são atos ilícitos e por isso não caberia ao Estado tal imputabilidade, haja vista que esse não comete atos ilícitos, pois se assim fosse, teria que se provar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo do Estado, o que é inviável.³⁴

Esse, contudo, é um posicionamento isolado, embora respeitado. Hoje o entendimento majoritário é que o Estado responde objetivamente por danos

³¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 84-85.

³² BRASIL. (Constituição de 1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 08 nov.2016

³³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. p.185.

³⁴ MELLO, Celso Antônio, 2005 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336.

causados em decorrência da omissão estatal e, conforme foi mencionado, quem irá medir o dano sofrido, bem como se o Estado tem o dever de indenizar será o nexo de causalidade, rechaçando mais uma vez a importância que tem esse pressuposto.³⁵

Destarte, conforme foi visto, a responsabilização advém de uma violação de um dever jurídico, nesse caso, a omissão viola um dever jurídico por deixar fazer aquilo que deveria fazer ou por exceder as atribuições a ela conferidas.

A omissão, ainda, é aonde ocorre os maiores casos de responsabilização estatal, por essa razão é preciso delimitar em que casos de omissão o Estado poderá ser responsabilizado, haja vista que nem toda omissão gera um dever jurídico secundário. Nessa esteira, a doutrina separa os casos de omissão em específica e genérica.³⁶

Em que pese a omissão específica, nessa modalidade o Estado tem o dever garantidor de proteção. Aqui, o Estado tem a obrigação de agir em prol da segurança do jurisdicionado, assim, se ocorre um fato lesivo e posteriormente é constatado que o Estado foi omissivo na prestação do serviço, caberá a responsabilização por omissão estatal. A título de exemplo, em uma situação hipotética em que uma pessoa é assaltada em frente uma delegacia, nota-se que a omissão de agentes públicos nessa situação foi causa determinante para a ocorrência do fato, que, aliás, tinha o dever de agir e preservar a segurança pública. Nessa mesma linha, é o caso de uma pessoa que é presa, após seu encarceramento, o Estado tem a obrigação de zelar por sua incolumidade, caso ocorra alguma agressão física ou mental e comprovado que essa agressão foi resultado de uma omissão do Estado por meio de seus agentes, funcionários ali presentes, responderá objetivamente o Estado por omissão específica.³⁷

Quanto a omissão genérica, essa se difere da específica, porquanto que na específica a omissão é causa determinante e direta no resultado lesivo, ao passo que na genérica, a omissão concorre para o fato danoso. Assim, na omissão

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.336.

³⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. p.190-191.

³⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. p.191-192.

genérica o Estado tem o dever de fiscalização, é o caso por exemplo, quando em uma determinada época do ano é notório a todos que haverá muita chuva em determinadas localidades, há uma divulgação na imprensa sob os riscos, e o Estado tendo essa consciência, não faz qualquer tipo de prevenção para evitar possíveis danos, seja por meio educativo (Propagandas em televisão, etc.) ou atuando diretamente nessas localidades por meio de seus agentes públicos. Nessa hipótese, caso ocorra algum dano lesivo ao administrado, há que se verificar se houve uma omissão do Estado quanto a fiscalização ou prevenção, para evitar o dano. Veja que na omissão genérica, a atuação do Estado concorre diretamente com outros fatores, como fatos da natureza ou da própria vítima, o que dificulta a comprovação da omissão.³⁸

Destarte, recentemente, o Supremo Tribunal Federal por meio do RE 842526, manifestou-se acerca desse tema, entendendo que em casos de danos decorrentes por omissão estatal, há de se verificar o nexo de causalidade entre o dano e a atuação do Estado, de modo a verificar se esse tinha o dever de agir ou poderia evitar danos, em caso positivo, recai sobre o Estado a responsabilidade objetiva, na forma do art. 37, parágrafo sexto da Constituição Federal, dessa forma, não mais sendo aplicável a responsabilidade subjetiva em casos de omissão estatal como lecionava o respeitável jurista Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹.

Por fim, para que seja configurada a responsabilidade civil do Estado, há que se verificar os seguintes pressupostos; O dano sofrido pelo administrado; o nexo de causalidade, no qual este irá estipular o grau da lesividade sofrido a título de futura reparação civil; E a qualidade do agente, aqui, irá se verificar se aquele cometeu o dano à época era agente público ou pessoa autorizada prestando serviço público. Faltando algum desses pressupostos, não se poderá falar em responsabilização civil do Estado. Ademais, em se tratando de omissão estatal, há que verificar se o Estado

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.337-339.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*, nº 841526, Recte: Estado do Rio Grande do Sul; Recdo: Pedro Paulo da Silva Fraga e Outros (A/S), Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28OMISS%C3O+DO+ESTADO+E+RESPONSABILIDADE+E+OBJETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ntmxjhd>> Acesso em: 09 nov. 2016.

tinha a obrigação de agir e não agiu ou se tinha um dever de fiscalizar e concorreu diretamente para a ocorrência do dano ou agravamento da mesma.

1.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade objetiva é hoje o instituto aplicado para fins de reparação civil estatal, tal preceito é unânime na doutrina, bem como na jurisprudência pátria. A base para a aceitação desse instituto como meio a ser utilizado, é a aplicação do princípio da igualdade e equidade. Doravante, a atividade administrativa é feita para servir o povo como todo, dessa forma, se ocorre o fato administrativo danoso, o mais coerente é que todos contribuam com o ônus reparatório por meio dos impostos, não sendo justo que só o administrado lesado sofra as consequências da má prestação do serviço.⁴⁰

Bem, em que pese a sua aplicação, não há muitas dificuldades em entender quando essa será utilizada. Aquele que sofre o dano qualificado⁴¹ basta comprovar o nexo de causalidade entre a lesão e a atividade estatal, sem se preocupar em quaisquer tipos de juízo de valor como culpa, dolo, se o serviço foi totalmente ou parcialmente prestado, não há qualquer verificação subjetiva ou cognitiva da atuação da administração pública.⁴²

A doutrina, no entanto, se desdobrou, contudo, em buscar saber qual seria a melhor teoria para se aplicar a responsabilidade objetiva. Três teorias merecem nossa atenção, são elas: i) Teoria do risco integral: A administração responde integralmente pelos danos causados ao administrado, independente de como se deu a atuação do serviço; ii) Culpa Administrativa: Nessa modalidade, a vítima terá que comprovar que a administração ou seus agentes se enquadram em um dos requisitos da culpa, como negligência, imprudência ou imperícia (o ônus grande numa relação Estado X Cidadão, aqui há um claro caso de hipossuficiência processual) e; iii) Teoria do acidente administrativo: Essa teoria é uma mescla das duas primeiras teorias, na medida em que num primeiro momento se busca a

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.323.

⁴¹ DANO QUALIFICADO: Dano causado por um agente público ou pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público.

⁴² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.30.

aplicação do princípio da igualdade e dos ônus dividido entre todos, ou seja, a vítima não irá sofrer sozinha com as consequências, e no segundo momento, se busca averiguar uma conduta culposa da Administração, constatada essa culpa no evento lesivo, a vítima terá direito a indenização.⁴³

Mas qual teoria foi adotada pelo sistema jurídico? A jurisprudência tem adotado a teoria do risco administrativo, essa teoria entende que a atividade em si da administração causa risco ao administrado, e por esse motivo, por criar esse risco, responde o Estado pelos danos causados ao administrado.⁴⁴

Por fim, a responsabilidade objetiva nos dizeres de Yussef Said pode assim ser sintetizado⁴⁵

A responsabilidade implica a assunção de responsabilidade pelo risco criado pelas atividades impostas ao órgão público; ao nível da responsabilidade objetiva – e, conseqüentemente, da teoria do risco criado pela atividade administrativa -, descarta-se qualquer indagação em torno da falha do serviço ou da culpa anônima da Administração.

1.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A responsabilidade subjetiva tem seu fundamento no art. 186 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁴⁶

Assim, a responsabilidade subjetiva do Estado é relacionada quanto da omissão desse. A doutrina se divide em que casos omissos responde o Estado, para Celso Antônio Bandeira de Mello a responsabilidade civil subjetiva será aplicada quando houver qualquer omissão do Estado pois ele estaria cometendo um ato ilícito, transgredindo um dever jurídico. Cavaliere Filho entende que a responsabilidade subjetiva deve ser aplicada tão somente quando houver omissão específica, quando

⁴³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.32.

⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.33.

⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 11 nov. 2016.

o Estado tinha a obrigação de agir e não agiu. Ao tema, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que não mais se sustenta a responsabilidade subjetiva, mesmo em casos de omissão, ficando como regra geral para responsabilidade civil do Estado, a responsabilidade objetiva, independente de como se deu a lesão, haja vista que a subjetividade exigida – dolo ou culpa – não é determinante para a comprovação da responsabilidade.⁴⁷

Todavia, a subjetividade não foi banida de pleno na responsabilidade civil do Estado. Isso porque, conforme aduz o art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal, comprovado a culpa ou dolo do agente público, poderá o Estado entrar com uma ação de regresso contra seu funcionário, aplicando-se assim o art. 186 do Código Civil para responsabilizar os agentes públicos.⁴⁸

1.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao estudarmos os pressupostos da responsabilidade civil do Estado, vimos que basta existir um nexo de causalidade entre o dano e quem cometeu o dano (Pessoa jurídica de Direito Público ou Privado que presta serviço público) para que se configure a obrigação de reparar o dano objetivamente, sem necessidade de se verificar a culpa ou dolo, se houve ou não má prestação do serviço, pois a subjetividade é irrelevante juridicamente neste caso.

Todavia, a responsabilidade objetiva não é um direito absoluto. As excludentes da responsabilidade civil do Estado quebram o nexo de causalidade, doravante, o Estado deixa de ser responsabilizado. Dessa forma, as excludentes servem como estratégia de defesa utilizada pelo Estado e que recorrentemente é arguido nos tribunais. Ademais, as excludentes são separadas em Caso Fortuito ou Força Maior; Culpa exclusiva da vítima; Culpa concorrente e; Fato de Terceiro.⁴⁹

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.356-357.

⁴⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm,2015. P.101.

⁴⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm,2015. P.135.

a) Caso Fortuito ou Força Maior:

No presente momento, a doutrina não tem mais se preocupado em distinguir a diferença substancial entre esses dois institutos, tratando as duas como juridicamente sinônimas. Muito embora, não haja mais, tantas discussões quanto a diferença entre caso fortuito ou força maior, é importante distingui-la pois no caso concreto a linha tênue entre as duas traz impactos quanto a aplicação da responsabilidade civil.⁵⁰

O caso fortuito tem uma relação interna com a administração pública, nessa linha, o dano sofrido pela vítima precisa ter uma ligação com a atividade exercida pelo agente público. Dessa forma, havendo um evento imprevisível e não controlável, mas que poderia ter sido evitado pela administração no todo em parte, o nexo de responsabilidade não é quebrado e conseqüentemente irá incidir uma responsabilidade civil.⁵¹

Em contrapartida, a força maior é um evento externo que não tem ligação com a atividade da administração. Nessa esteira, trata-se de um evento não previsível e não controlável e que via de regra não tem como ser evitado. Dessa forma, o Estado não tem como evitar que o dano aconteça, e por razão lógica, não irá responder por esses danos. Nesse caso, há uma nítida quebra do nexo de causalidade.⁵²

b) Culpa exclusiva da vítima:

Nessa modalidade excludente, o Estado quando acionado a responder uma ação de reparação cível, em sua defesa, terá que demonstrar que o dano só ocorreu porque houve uma culpa exclusiva da vítima, em outras palavras, o dano só aconteceu porque a vítima deu causa ao evento, seja culposamente ou dolosamente, doravante, não há no ordenamento jurídico culpa presumida da vítima,

⁵⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015 P.1135-137.

⁵¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.83-84.

⁵² LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.83-84

a culpa precisa ser comprovada para que haja o rompimento do nexo causal entre o dano e a ação do agente público ou concessionária a serviço público.⁵³

c) Culpa Concorrente:

Embora estudada na doutrina dentro do capítulo reservado as excludentes da responsabilização civil, a culpa concorrente não é uma excludente propriamente dita, haja vista que não afasta o dever reparatório. Nessa vertente, a culpa concorrente trata-se de um instituto compensatório, na medida que atenua o *quantum* a ser indenizado pelo Estado. Ademais, em que pese a regra da responsabilidade civil do Estado ser objetiva, curiosamente, aqui se aceita uma ação culposa do Estado, contrariando a regra objetiva em que não se verifica se o Estado agiu de forma culposa ou não.⁵⁴

d) Fato de Terceiro:

Por fim, temos em análise o fato de terceiro como excludente da responsabilização civil do Estado. Aqui, terceiro significa uma pessoa ou conjunto de pessoas (casos de multidões, manifestações) que causem danos, sem estarem na qualidade de agentes públicos. A lógica segue a mesma da força maior, se a administração não teve participação/culpa no evento danoso, certo é, não responsabilizar a mesma, destarte, a distinção entre as duas está na identificação do terceiro, se não tiver como identificar quem causou o dano, estamos diante de uma força maior. A problemática aqui, se encontra quando o Estado tem o dever ou obrigação (omissão genérica e omissão específica) de agir para evitar o resultado. Bem, ao final, a sua aplicação se dará com análise clínica do caso em concreto, pois só assim para se verificar se a não participação Estado foi causa preponderante para a ocorrência do fato lesivo.⁵⁵

Ao analisarmos a estrutura lógica da responsabilização civil do Estado com seus pressupostos bem como suas possíveis excludentes, é notável que além da qualidade do agente e o dano sofrido, o pressuposto chave para determinar a

⁵³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. P. 143-144.

⁵⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. P. 145-146.

⁵⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p. 85-86.

responsabilização é o nexo de causalidade, haja que para a vítima é, em tese, o mais fácil de se comprovar e em contrapartida é mais complicado de se retirar por parte do Estado, com base em algumas das excludentes acima exposta.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Em nosso ordenamento pátrio, atualmente, são muitos os juristas que estão inclinado numa ideia de reparação civil em decorrência de atos jurisdicionais, mas apesar disso e embora haja previsão normativa para tal feito, os tribunais tem resistido quanto da aplicação das leis vigente.

Assim, no presente capítulo, iremos ver de forma objetiva e suscita, a distinção entre atos jurisdicionais e atos não jurisdicionais, algumas das atividades danosas que ensejam uma reparação civil, bem como, as teorias favoráveis e contrárias a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais.

2.1 ATOS JURISDICIONAIS E ATOS NÃO JURISDICIONAIS

No campo das atividades do poder judiciário, nem todo ato tem natureza jurisdicional. É nesse sentido que se deve fazer a distinção na natureza dos atos praticados pelo judiciário, haja vista que, embora não se tenha muita dificuldade em fazer a distinção entre eles, é preciso distingui-los para melhor compreensão em nosso estudo.

Quando se fala em atos jurisdicionais ou atos judiciais, estamos nos referindo a decisões de juízes no exercício de sua função jurisdicional, e nesse aspecto estão os despachos, decisões interlocutórias, decisões que concedem cautelares a prisões preventivas, autorizações para interceptação telefônicas, sentenças, entre outros.⁵⁶

Em que pese os atos jurisdicionais típico, via de regra, esses não são suscetíveis a uma responsabilização objetiva do Estado, tendo em vista a presença de dois princípios que os resguardam; Princípio da Soberania: no qual consiste que os atos praticados são próprios do Estado e são reflexos de sua soberania; e o segundo, pelo princípio da Recorribilidade das decisões: em que a parte que se sentir

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.579

prejudicada pelo ato do juiz, poderá utilizar-se dos mecanismos disponíveis para reaver a decisão prolatada, tendo assim, resguardado o duplo grau de jurisdição.⁵⁷

Ademais, quando há um ato jurisdicional, o judiciário estar por dizer o direito, estar por aplicar a lei a satisfazer uma demanda, a solucionar casos e demandas que são levadas à sua apreciação.⁵⁸

No que tange os atos não jurisdicionais, mais conhecido como atos administrativos, estamos a falar dos demais atos praticados que são diversos e que não estão ligados a função jurisdicional.⁵⁹

Nessa feita, os atos administrativos, são atos discricionários tomados sem que haja uma provocação de terceiro, mas que são tomados a luz das normas vigentes e em consonância com o interesse público. Dessa forma, entende Chiovenda, “que a função administrativa seria uma atividade primária ou originária do Estado, ao passo que a função jurisdicional seria uma atividade secundária ou coordenada”.⁶⁰

Ademais, assim como em qualquer atividade exercida por ser humano, erros são previsíveis, e no escopo do judiciário esses erros podem ser cometidos tanto em *in iudicando* como *in procedendo*, razão pela qual, torna a responsabilização estatal ou até pessoal do juiz, bem mais difícil e raro de acontecer, tendo em vista a preservação da própria justiça e independência funcional da magistratura.⁶¹

2.2 ATIVIDADES DANOSAS

A prestação judicial como garantia fundamental, por muito tempo foi exercida sem que houvesse responsabilização por aqueles que prestavam tais

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 578-579

⁵⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 77-79.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 578.

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe, 1980 apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 78-79.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 322-333.

atividades. Essa ideia da irresponsabilidade estatal no qual era aplicada, não mais se sustenta em absoluto.

Ocorre, que gradativamente o conceito de responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais ou atos dos juízes, vem ganhando amplitude, e com isso, gerando efeitos na doutrina e jurisprudência. Dessa forma, passa a se combater os privilégios e benefícios que outrora era concedido em sua totalidade para manutenção de poder.⁶²

Juridicamente, o ato estatal praticado através do juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar uma vez presentes os requisitos⁶³. Por essa razão, são inúmeras as situações, no qual, podem ocorrer eventuais danos proveniente da atividade jurisdicional. Odoné Serrano Júnior, em seu livro sobre a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, citando Maria Emília Mendes Alcântara, dá alguns exemplos como:⁶⁴

A prisão preventiva decretada contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A própria concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado. Apenas para o caso de dolo, fraude, recusa, omissão, retardamento injustificado por parte do juiz, o art. 133 do CPC prevê a sua responsabilidade pessoal por perdas e danos.

Dessa forma, passaremos a seguir, ver algumas medidas que ensejam a reparação civil, não podendo se olvidar, que o zelo em demasido é das mais frequentes causas de injusta aplicação das medidas judiciais.⁶⁵

⁶² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 487-488.

⁶³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 487-489.

⁶⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 148-149.

⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.489.

2.2.1 O ERRO JUDICIAL E A PRISÃO ILEGAL - ART. 5º, LXXV, CF/ 1988

O erro judicial e a prisão ilegal, como fundamento para a reparação civil do Estado, estão positivado no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.⁶⁶

O erro judiciário, é, portanto, dentro da comunidade jurídica o mais aceito e de entendimento pacificado, quando causa a ensejar reparação por parte do Estado. Em nossa história temos, infelizmente, um caso que chocou todo um País e que com certeza mudou a forma em como judiciário encara o processo penal, é o caso dos irmãos naves, no qual foram condenados a 25 anos de prisão por supostamente terem cometido o crime de homicídio de seu primo. Décadas após a condenação, descobriram que seu primo estava vivo, e isso acarretou em que o processo fosse revisado e posteriormente ajuizado uma ação de indenização que foi corretamente acolhida, vindo esse, a ser até hoje o mais gravoso erro judicial cometido.⁶⁷

Historicamente, o erro judiciário está tradicionalmente relacionado ao erro penal. E sua justificativa é baseada em sua origem, no qual as leis que versavam sobre o tema surgiram de erros judiciários que foram cometidos no processo penal. Não obstante, o peso de ser considerado culpado, mas sendo inocente, obtivera maior repercussão, tendo em vista o conceito de liberdade, em face de um erro na esfera do processo civil.⁶⁸

Nesse pensamento, Yussef Said Cahali, entende que os erros judiciais que atingem a liberdade e a honra, justificam mais energicamente a reparação que aqueles que prejudicam tão somente o patrimônio.⁶⁹ Não por outro motivo, o erro judiciário é a própria negação de prestação judicial, em razão disso, as

⁶⁶ BRASIL. (Constituição de 1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 24 mar.2017

⁶⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 185

⁶⁸ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.213-214.

⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.499.

consequências advindas desta, devem acontecer o mais célere e de forma integral aos efeitos do dano.⁷⁰

Tal distinção, se o erro fora cometido no processo penal ou civil, vem sendo cada vez mais, menos discutido no sentido de se buscar, em qual “classe” pertence o erro judiciário, tendo em vista que ambas são passíveis de responsabilização. Nesse sentido, assevera, Oreste Nestor de Souza Laspro⁷¹:

A jurisdição é una, sendo certo que inexiste diferença no tocante à natureza da atividade exercida na penal e na civil. E nem poderia ser diferente, na medida em que as duas são, como regra, fundadas na soberania estatal. A atividade jurisprudencial, tanto em uma como na outra, é absolutamente idêntica, sendo meramente didática a distinção entre jurisdição civil e penal.

Não obstante, se observa uma crescente corrente no sentido de se expandir o conceito de erro judiciário, não se restringindo a esfera penal. Dessa forma, o erro judiciário abrangeria as áreas cíveis, trabalhista, penal, entre outras, a título de responsabilização civil, “haja vista que o mau funcionamento do serviço público jurisdicional, evidenciando menosprezo do órgão jurisdicional ao princípio da eficiência do serviço público, o que suscita a obrigação indenizatória do Estado”.⁷²

Em que pese a prisão além do tempo previsto pela sentença, o entendimento majoritário é que a indenização é a forma acertada para reparar o dano causado, que no caso, é a expectativa do preso em estar em liberdade⁷³.

Situação semelhante, é de réu que esteja preso preventivamente, e na sentença o juiz estipula pena privativa de liberdade inferior ao tempo em que aquele permaneceu detido. Nessa hipótese, também é cabível a indenização por parte do estado⁷⁴. Ademais, em ambos os casos cabe ao que sofreu as consequências do erro judiciário e do que ficou além do tempo preso, recorrer à justiça e provar que tal

⁷⁰ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.149

⁷¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais,200. p.214

⁷² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 184-189.

⁷³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p..

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p..

cometimento lhe causou prejuízo patrimonial e moral a título de obter a indenização compensatória⁷⁵.

2.2.2 ABUSO DE AUTORIDADE

Hoje, o abuso de autoridade está regulamentado na Lei nº 4.898/65, em seu art. 4º, alíneas, *a, d, c e i*, no qual definem o que é abuso de autoridade para os devidos fins, *in verbis*⁷⁶:

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

Vale destacar, que a referida lei, foi promulgada sob a égide do regime militar, com o objetivo de coibir os excessos praticados pelos agentes públicos na vigência do regime.

Em observância ao período em que foi criada e os tempos vividos atualmente, há em tramitação no Senado Federal, o debate acerca do projeto de Lei nº280/16⁷⁷, que prevê a definição dos crimes de abuso de autoridade, não obstante, colocando membros do poder judiciário – não se isentando os juízes – no rol de possíveis sujeitos ativos no crime de abuso de autoridade. E em que pese ao nosso estudo, o art. 9º estabelece as condutas que configuram o crime de abuso de autoridade, vindo a praticamente repetir o que o dispunha o art. 4º da lei de 4.898/65:

Art. 9º Ordenar ou executar captura, detenção ou prisão fora das hipóteses legais ou sem suas formalidades:

Pena- detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

⁷⁵ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 152-158.

⁷⁶ BRASIL. *Lei nº4.898, de dezembro de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm> Acesso em: 24 mar. 2017.

⁷⁷ BRASIL. *Projeto de lei, nº280, de 2016*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>> Acesso em: 24 mar. 2017

II - deixa de conceder ao preso liberdade provisória, com ou sem fiança, quando assim admitir a lei e estiverem inequivocamente presentes seus requisitos;

Sem adentrar afundo na questão, pode-se observar, a preocupação do legislador em preservar o bom funcionamento da justiça e a manutenção de um Estado Republicano. Dessa forma, havendo a ocorrência de algumas dessas previsões, violando o direito à liberdade, estaremos diante de um mau funcionamento da justiça, de sua própria denegação, razão pela qual, possibilita uma reparação civil estatal, e, por conseguinte, havendo dolo na conduta, a propositura de ação regressiva.⁷⁸

2.2.3 DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O instituto da duração razoável do processo, adentrou em nosso ordenamento jurídico a partir do Paco de San José da Costa Rica, no qual o Brasil é signatário, e introduziu em nosso sistema a necessidade de ser observado o exposto em seu art. 8, alínea 1⁷⁹, no qual, toda pessoa tem o direito de ser ouvida, preservadas suas garantias, dentro de um prazo razoável.⁸⁰

Posteriormente, através da emenda constitucional nº 45 de 2004, ratificando o referido artigo, foi inserido no rol do artigo 5º, o inciso LXXVIII⁸¹ no qual garante que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁸²

⁷⁸ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 158-159.

⁷⁹ BRASIL. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em: 24 mar. 2017

⁸⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.198.

⁸¹ FREDERICO, Alencar. *Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional*. Ambito

Jurídico. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1871 > Acesso em: 24 mar. 2017.

⁸² BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso: 24 mar.2017.

Dessa forma, estamos diante de um direito fundamental do cidadão, no qual deve ser observada pelo Estado.

Em que pese as normas infraconstitucionais, o Código de Processo Civil, em seu art. 2º, instrui que o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei⁸³, sendo essa regra podendo ser aplicada as demais áreas do direito.⁸⁴

Entende-se que o processo possa demorar mais do que o esperado, quando circunstâncias especiais forem inerentes ao caso ou ao órgão jurisdicional, como a complexidade das questões de fato e direito, comportamento das partes e/ou a atuação do próprio órgão jurisdicional.⁸⁵

Nesse ponto, é muito alegado pelos órgãos jurisdicionais para justificar a demora da prestação jurisdicional, a ineficiência/descuido do Estado em manter e disponibilizar recursos para manutenção de materiais, contratação de pessoas qualificadas, bem como a infraestrutura necessária para se dar uma efetiva prestação jurisdicional. Não se olvidando, que a demora da prestação pode ser causada, também, por imperícia ou negligência dos agentes públicos.⁸⁶

O Estado, ao tomar para si o monopólio de resolver os litígios entre as pessoas, tem como ônus, a obrigação de apreciar as demandas levadas a ele, não obstante, de resolver em tempo consideravelmente razoável, por ser este um direito fundamental de todo cidadão. Ressaltando que a parte que se sentir prejudicada, deverá sobretudo, demonstrar e provar que a demora jurisdicional é causa direta no dano patrimonial ou moral sofrido.⁸⁷

⁸³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 2017

⁸⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 164.

⁸⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.200.

⁸⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.194-195.

⁸⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.201-203.

2.3 O PENSAMENTO CONTRÁRIO A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

Por muito tempo, os sistemas jurídicos vigentes, buscaram meios para justificar a irresponsabilidade do Estado em decorrência de sua função jurisdicional.⁸⁸ Na esfera penal, nos casos de erro judiciário e em situações que haja um excesso no tempo que o preso fique custodiado, comprovado que o dano sofrido foi oriundo da ineficiência da prestação jurisdicional, não há divergência que o Estado deve responder por esses danos. Todavia, para as demais esferas do direito, há uma resistência para que exclua de fato a ideia da irresponsabilidade estatal, que demais faltas jurisdicionais que causem danos a terceiros sejam responsabilizados.⁸⁹

Os adeptos à teoria da irresponsabilidade do Estado, utilizam como argumentos: a soberania do Estado, no qual está imune a qualquer ideia de responsabilidade; a independência do juiz, em que este tem que ter liberdade para julgar preservando a sua livre convicção e exercício funcional; a falibilidade humana, em que consiste que todos estamos sujeito ao erro; e a autoridade da coisa julgada,⁹⁰ em que uma vez transitado em julgado, essa se torna imutável e indiscutível. Ademais, é importante destacar que estes argumentos são os mais utilizados pelos tribunais para afastar uma eventual responsabilização estatal em decorrência de atos jurisdicionais. A seguir, veremos cada um deles.⁹¹

2.3.1 SOBERANIA DO ESTADO

O argumento da soberania do poder judiciário é o mais tradicional entre os defensores da irresponsabilidade do Estado, no qual induzem que este está acima da lei.⁹²

⁸⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.160.

⁸⁹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 119.

⁹⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.160

⁹¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.165

⁹² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.162

A referida teoria, foi acolhida à época dos Estados absolutos, no qual o Estado exercia um papel de autoridade incontestável em face dos súditos. Ele possuía tutela do direito, dessa forma, não podendo agir contra ele mesmo. É daqui que nasce a expressão *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) e *quod principi placuit habet legis vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei). Qualquer ideia de responsabilidade estava descartada, haja vista, que qualquer tentativa do contrário, significaria colocar o Estado ao mesmo nível que os súditos, o que era inconcebível e iria de frente com a soberania⁹³.

Tal argumento, é amplamente contestável nos tempos atuais. Uma das principais refutações, é que a soberania não é uma característica exclusiva do poder judiciário, pelo contrário, trata-se de um atributo da pessoa jurídica Estado, uma, indivisível e alienável. Dessa forma, os órgãos administrativos que são braços do Estado em seu exercício, não são soberanos⁹⁴. Ademais, entender que aqueles que prestam o exercício da função jurisdicional, não são responsáveis por seus atos ao causar danos a terceiros, é conferir um privilégio incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Deve-se compreender que a soberania é fundamentada no princípio constitucional, de que “ todo poder emana do povo e em seu nome será exercido” insculpido no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal⁹⁵. Dessa maneira, a soberania é exercida para a coletividade e não como um privilégio para as autoridades, por fim, é ilógico que aquele que sofre um injusto dano em decorrência do exercício jurisdicional, lhe tenha negado o direito de reparação sob o argumento da soberania, tendo em vista que a soberania deve ser exercida para ele e não contra.⁹⁶

2.3.2 A INDEPENDÊNCIA DO JUIZ

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 717.

⁹⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 122

⁹⁵ BRASIL. (Constituição de 1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 24 mar. 2017

⁹⁶ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 123-125.

A independência do juiz é um outro argumento utilizado como anteparo para fundamentar a teoria da irresponsabilidade.⁹⁷

Aos adeptos desse argumento, sustentam que, se por ventura, forem aceitas teses contrárias no caso da responsabilidade do Estado, estariam por afrontar à própria liberdade e independência dos juízes, pois esses ficariam receosos por possíveis ações indenizatórias que lhe fossem ajuizadas, colocando em risco a livre convicção e independência, não obstante, abriria possibilidade de serem promovidas inúmeras ações por partes que se considerarem prejudicadas e inconformadas com as decisões, sobrecarregando assim o sistema judiciário.⁹⁸

Segundo Odoné Serrano Júnior, a independência pode ser compreendida em dois contextos, quais sejam: a) Independência Política: No qual consiste, que a independência visa guardar os magistrados de influências dos demais Poderes (Legislativo e Executivo). Assim, teria como garantia o autogoverno da magistratura, que engloba o exercício de atividades normativas e administrativas de sua auto-organização e regulamentação dos seus serviços judiciários; b) Independência Judiciária: Aqui, está por resguardar a imparcialidade do magistrado, de forma que este fique delimitado tão somente à lei, aos princípios gerais do direito e na sua livre convicção, de forma que somente esses rudimentos devem nortear seu convencimento.⁹⁹

Os magistrados, com base na ordem jurídica constitucional, são regidos pelos princípios da independência, que consiste em: vitaliciedade, inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio. Essas garantias têm como desiderato assegurar a independência e imparcialidade dos juízes, no exercício de funções jurisdicionais.¹⁰⁰

Ao contrário dos que sustentam a independência como amparo a teoria da irresponsabilidade, o referido princípio em termos coloquiais, está em

⁹⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.167.

⁹⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.169.

⁹⁹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.125.

¹⁰⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.170.

perfeita sintonia com o princípio da responsabilidade do Estado. Isso porque, a responsabilidade do Estado está por proteger os magistrados de possíveis ações diretas que lhe fosse tentada, sobretudo por ações infundadas por litigantes contrariados. Dessa maneira, tal tese não se sustenta teórica e juridicamente.¹⁰¹

Por fim, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, parafraseando o jurista Cappelletti, ao tratar do tema, assim descreve o tema em voga:

No que concerne à responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional e à independência dos juízes, podemos dizer que haverá sempre de se observar a exigência de equilíbrio entre o valor democrático do dever de prestar contas e o valor de garantia da independência.

2.3.3 A FALIBILIDADE HUMANA

O terceiro argumento muito utilizado é o da falibilidade humana. O referido argumento consiste em dizer que os juízes, assim como quaisquer seres humanos, estão sujeitos a falhar e errar. Nessa via, os magistrados ao exercerem sua função jurisdicional, quanto da análise dos processos, estão sujeitos à falibilidade humana.¹⁰²

Nessa via, sustentam seus defensores que a atividade jurisdicional não se dá por ofício, diferindo-se assim dos demais serviços públicos, sendo sua atividade exercida somente quando lhe provocada. Dessa forma, aqueles que o invocam estariam sujeitos a assumir o risco da falibilidade, de eventuais danos ocorridos em decorrência da atividade jurisdicional.¹⁰³

É certo que os magistrados, assim como qualquer ser humano, estão fadados ao erro e a eventuais falhas em seu exercício. Todavia, o cargo que lhe é assegurado, não lhe retira a condição de seres humano, de ser falíveis. Dessa forma, ao se invocar tal argumento para afastar a responsabilidade do Estado, estaria, pois,

¹⁰¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.169-175.

¹⁰² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.169

¹⁰³ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.144.

a infligir o princípio de equidade e igualdade entre os agentes públicos, pois como já visto, o Estado é responsável por danos que seus agentes causarem a terceiros, e o juiz, também faz parte desse quadro, não sendo razoável invocar tal argumento para esquivar o Estado de sua responsabilidade.¹⁰⁴

Assim, se tal argumento fosse aceito, estaria por dizer, que o jurisdicionado teria que aceitar a todas as decisões teratológicas, ilegais, motivadas por interesses particulares na causa, sem quaisquer mecanismos de reparação¹⁰⁵. Há que se lembrar que o poder judiciário, mexe com vidas, patrimônios, com a honra das pessoas¹⁰⁶ e o argumento da falibilidade poderia estimular a uma possível imperícia, desídia e negligência dos magistrados no cumprimento de suas atividades.¹⁰⁷

Por derradeiro, vale ressaltar, que é a própria falibilidade humana que faz ocorrer os erros judiciários. Ronaldo Brêtas, citando Maria Sylvia Di Pietro, descreve quanto ao assunto: O fato de o juiz ser falível, como todos os seres humanos, não pode servir de escusa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, pelas mesmas razões que não serve de escusa a qualquer pessoa, na vida pública ou privada.¹⁰⁸

Assim, jogar toda a responsabilidade e ônus para o jurisdicionado, fere o princípio de que a todos é assegurado o acesso à justiça¹⁰⁹, bem como, é dever do Estado zelar pela prestação de seus serviços, tendo em vista que esse foi o compromisso assumido quando tomou para o si o monopólio da Jurisdição e passando a resolver os litígios a ele levado.¹¹⁰

¹⁰⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.143.

¹⁰⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.168.

¹⁰⁶ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.145

¹⁰⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.168

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2014 apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho.

Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 168-169.

¹⁰⁹ BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 24 mar. 2017

¹¹⁰ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.144-145.

2.3.4 A AUTORIDADE DA COISA JULGADA

O último argumento em análise, é o da autoridade da coisa julgada, e que, segundo os juristas, é o mais forte argumento dentro da teoria da irresponsabilidade. A autoridade da coisa julgada, tem como consistência a necessidade de estabilizar decisões judiciais, dar garantia ao juiz contra eventual ressentimento das partes e resguardar a segurança jurídica.¹¹¹

O presente argumento tem origem no Direito Romano, no qual os julgamentos do Estado, criavam uma presunção de verdade do julgado (*res judicata pro veritate habetur*)¹¹². No Brasil, encontra-se seu fundamento no art. 5º, XXXVI, que pelo princípio de irretroatividade a lei não irá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹¹³

Considera-se coisa julgada a decisão judicial que não caiba recurso¹¹⁴, dessa forma, a decisão ganha caráter imutável e indiscutível, não mais passível de recurso ordinário ou extraordinário¹¹⁵. Aos que defendem esse argumento, sustentam que; como o ordenamento jurídico dá esse revestimento de imutabilidade as decisões, após terem sido passada por todo o crivo do controle processual da impugnação recursal, de possíveis reformas e correções a eventuais erros, não é viável ou admissível que haja indenização por danos causados a terceiros em função do ato julgado.¹¹⁶

Contudo, assim como os demais argumentos expostos acima, a coisa julgada também tem suas objeções. Um argumento utilizado é que nosso sistema jurídico permite a possibilidade de se revisar as sentenças que esteja revestida da

¹¹¹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.131.

¹¹² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.164.

¹¹³ BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 24 mar. 2017

¹¹⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 21 mar. 2014.

¹¹⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.165.

¹¹⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.165.

qualidade da coisa julgada, isso porque, como já vimos, a sentença, mesmo tendo passada por toda uma estrutura de graus de jurisdição, ainda assim está sujeita a erro judiciário.

E esse mecanismo, utilizado para reaver a sentença transitada em julgado, é a ação rescisória para os processos cíveis e trabalhista, e a revisão criminal no âmbito do processo penal. Sendo reconhecida o erro judiciário por meio dessas ações, restaria a responsabilidade do Estado, com devida indenização a ser pretendida pela parte prejudicada.¹¹⁷

Ademais, quando se busca a responsabilidade do Estado, a intenção não é se opor a coisa julgada, a finalidade da ação reparatória é demonstrar o mau serviço da prestação jurisdicional e demonstrar a sua causalidade entre o fato e o dano sofrido.¹¹⁸

Uma outra objeção utilizada, é no caso de uma pessoa que fosse condenada e presa, e depois, através de um recurso interposto ela fosse absolvida, ou, no caso de uma pessoa que fosse preso preventivamente e na sentença fosse absolvida, em ambas as situações, é aceitado ao jurisdicionado reclamar uma indenização frente ao Estado, sem que haja afronta à coisa julgada.¹¹⁹

Dessa forma, por mais consistente e sólida que seja o argumento da autoridade da coisa julgada, ela não deve ser considerada em absoluto, no sentido de total veracidade plena, tendo em vista que erros judiciais acontecem, e se esses erros causarem danos injustos aos seus jurisdicionados e comprovado o nexo de causalidade entre eles, há que se obedecer a regra da responsabilidade do Estado, não se esquecendo, que antes da ação indenizatória, a parte inconformada deve na ação rescisória ou na revisão criminal, conseguir desconstituir a coisa julgada.¹²⁰

¹¹⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.165.

¹¹⁸ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.137.

¹¹⁹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.163.

¹²⁰ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.138-142.

2.4 O PENSAMENTO A FAVOR DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

O pensamento favorável a responsabilização do Estado, foi construído através de uma evolução histórica que perdurou três fases. Na primeira fase perdurou a teoria da irresponsabilidade, no qual foi tratada no tópico anterior, e tinha como característica, um Estado absoluto e soberano em seus atos.¹²¹

A segunda fase, chamada civilista, teve sua permanência no século XIX, no período liberal, e era dividida em duas subfases, quais sejam: Atos de gestão, em que consistia numa equiparação do Estado ao particular no que concerne a administração patrimonial; e os atos de império, no qual, todas as manifestações por serem consideradas anseio público soberano, o Estado não respondia por eles.¹²²

A derradeira fase, estar por consagrar a responsabilidade do Estado, por dois fundamentos: O primeiro é pela falta do serviço, em que há um serviço mal prestado, caracterizando assim em uma responsabilidade subjetiva; O segundo fundamento, é baseada na Teoria do Risco, também chamada de Teoria da Responsabilidade Objetiva, em que a atividade estatal é a causa geradora de um eventual dano.¹²³

2.4.1 TEORIA CIVILISTA

A teoria civilista surgiu em meados do século XIX, quando a tese da irresponsabilidade passou a ser superada, e passou-se a admitir a responsabilidade do Estado em alguns casos, apoiada em uma ideia de culpa e nos princípios do Direito Civil.¹²⁴

Para fins de responsabilidade do Estado, a teoria civilista adotava um sistema misto de personalidade, no qual, era ao mesmo tempo pessoa civil e pessoa

¹²¹ SCHLESINGER, Patsy. *Responsabilidade civil do estado por ato do juiz*. Rio de Janeiro; Revista Forense.1999 p.241.

¹²² SCHLESINGER, Patsy. *Responsabilidade civil do estado por ato do juiz*. Rio de Janeiro; Revista Forense.1999 p.41

¹²³ SCHLESINGER, Patsy. *Responsabilidade civil do estado por ato do juiz*. Rio de Janeiro; Revista Forense.1999 p.42

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 717

política.¹²⁵ Nesse contexto, seus atos eram considerados atos de gestão e atos de império; no primeiro, são atos praticados pela administração e estariam em situação de igualdade com os particulares, dessa forma, sujeitos a responsabilidade, desde que comprovada a culpa do servidor público; no segundo, atos de império, eram atividades exercida com todas as garantias e privilégios de um Estado soberano, com atos autoritários sem a necessidade de uma autorização ou revisão judicial.¹²⁶

Muito embora a teoria civilista tenha sido um marco para a criação da responsabilidade do Estado, ela sofreu grande oposição. Isso porque, era difícil, na prática, distinguir o que era atos de império e atos de gestão, bem como de se aceitar uma personalidade mista.¹²⁷ Ademais, essa teoria causava grande inconformismo entre as vítimas de atividades estatais, justamente por essa confusão que se tinha em distinguir o que era atos de império e atos de gestão.

Não por outra razão, essa teoria dos atos de império e atos de gestão foi logo superada, se adotando a teoria da culpa civil, em que era baseado na responsabilidade subjetiva. Assim, o entendimento quanto da responsabilidade do Estado, passou a ser com base na culpa de seu servidor, todavia, era de grande complexidade comprovar tal, haja vista que, além de ter que demonstrar o dano e o nexo causal, aquele que sofreu o dano injusto teria que comprovar que atuação do servidor foi culposa.¹²⁸

2.4.2 TEORIAS PUBLICISTAS

As teorias publicistas é mais um marco no avanço doutrinário em busca de um melhor entendimento acerca dos meios e mecanismos para se responsabilizar o Estado por seus atos. José Carvalho do Santos, menciona a teórica Paul Duez, como uma das principais expoentes dessa nova fase, no qual consagrou o entendimento da culpa administrativa.¹²⁹

¹²⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.25

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 717-718.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 718.

¹²⁸ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.54

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.555.

A culpa administrativa tem como objetivo, desvincular a responsabilidade do Estado da imagem do servidor culposo.¹³⁰ Dessa forma, não é mais necessário que a vítima identifique quem causou o dano, qual o servidor estatal. Para que houvesse a ocorrência da responsabilidade do Estado, bastava-se que comprovasse o mau serviço prestado, sendo essa modalidade posteriormente conhecida como falta do serviço ou culpa anônima.

A ocorrência da falta do serviço, segunda Maria Sylvia Di Pietro, pode ocorrer de três formas; por omissão, quando o serviço público não funcionou; quando o serviço funcionou atrasado ou funcionou mal. Em todas elas, o Estado está passível de ser responsabilizado.¹³¹

Seguindo na evolução publicitas, surge a teoria do risco, com base no princípio da igualdade dos encargos sociais, em que, as benesses do Estado são divididas a todos, também os prejuízos sofridos por membros do povo, devem ser repartidos por toda a sociedade.¹³²

A ideia de culpa, outrora como elemento para configuração da responsabilidade do Estado, é substituída pelo nexos de causalidade entre a atividade prestado pelo serviço público e o dano sofrido. Conforme observa, Maria Sylvia Di Pietro, não se está mais – em tese – preocupado em verificar se o serviço foi prestado de forma regular ou irregular, se foi prestado corretamente ou não, o que se verifica é o risco da atividade pública frente ao administrado.¹³³

Dessa forma, a teoria do risco serve como fundamento para a responsabilidade objetiva. Ademais, é importante não olvidar, que o Estado, é um ente com forte poderio econômico e político, frente ao cidadão que, embora seja protegido por várias normas jurídicas, em relação ao Estado, possui uma condição de subordinação. Nesse viés, considerando que as atividades do Estado possuem um certo grau de risco natural de sua essência, cabe a ele também arcar com o risco que sua atividade proporciona.¹³⁴

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 719.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 719.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 719.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 719.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.555-556.

Não obstante, a doutrina separa a teoria do risco em duas, a teoria do risco integral e do risco administrativo.¹³⁵

Em que pese o risco integral, tem-se a concepção de que este é um protetor universal por parte do Estado. Sem distinguir se o evento danoso é causa para responsabilização do Estado, esse terá que indenizar todos os eventos ocorrido em seu domínio¹³⁶, pelo princípio da igualdade dos encargos sociais.¹³⁷

O risco administrativo, se diferencia do risco integral, ao passo que aquele admite que em juízo, sejam utilizadas as excludentes da responsabilidade, como: a culpa da vítima, culpa de terceiro ou força maior. Dessa forma, o risco administrativo, nas palavras de Yussef Said Cahali, citado por Maria Sylvania Di Pietro, “é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção”.¹³⁸

Em ambos os casos, tanto a teoria do risco integral como do risco administrativo, integram o fundamento que embasam a responsabilidade objetiva do Estado, nesse sentido, não se auferindo a qualidade do serviço prestado, se ~~licite~~ lícito ou ilícito, se bem ou mal, mas analisando se o dano sofrido pelo administrado é proveniente do serviço público, ressaltando, porém, que em alguns casos há circunstâncias que excluem ou diminui o dever de reparar do Estado.¹³⁹

2.5 TEORIA ADOTADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico pátrio não adotou a teoria da irresponsabilidade, apesar de não haver menção expressa acerca do tema. As constituições de 1924 e 1891 não continham nenhuma menção quanto a

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 719-720.

¹³⁶ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.58.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 719.

¹³⁸ CAHLI, Yussef Said, 1995 apud DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 720.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 720.

responsabilidade do Estado, constavam apenas quanto da responsabilidade dos servidores, na ocorrência de abuso ou omissão exercido em suas funções.¹⁴⁰

Foi com o código civil de 1916, em seu art. 15º, que se passou-se a regular a responsabilidade Estado.¹⁴¹ O referido artigo assim dispunha:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano¹⁴².

Após o Código Civil de 1916 adotar a teoria civilista para efeitos de responsabilização estatal, a Constituição de 1934 adotou a tese de responsabilidade solidária, ou seja, o Estado respondia solidariamente com o funcionário. A constituição seguinte seguiu o mesmo entendimento.¹⁴³

Foi com o advento da Constituição de 1946, que se passou a adotar a teoria que seria seguida até o presente momento. O art. 194 do referido novel, responsabilizava as pessoas de direito público interno, por danos causados por seus funcionários a terceiros. Na constituição de 1967, o parágrafo único do art. 105, manteve o entendimento, mas acrescentando o direito de regresso por parte do Estado, em caso de dolo ou culpa do funcionário. Por fim, a atual carta magna, de 1988, em seu art. 37, parágrafo sexto, conservou a tese da responsabilidade civil do Estado, com a diferença de que, pessoas jurídicas de regime privado também respondem objetivamente por danos causados a terceiros por seus funcionários, desde que estejam prestando um serviço público, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa dos causadores.¹⁴⁴

Nesse viés, podemos concluir que nosso ordenamento jurídico adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, conquanto suas atividades possuem

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 721.

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.557-558.

¹⁴² BRASIL. *Lei nº3.071, de 1º de janeiro, de 1916*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 24 de mar. 2017.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 721.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 721-722.

um risco natural a sua função, não cabendo ao cidadão, suportar o ônus de eventuais danos causados por funcionários públicos, haja vista que esses agem em nome do Estado e é o próprio Estado quem deve arcar com os prejuízos por ele assumido.

3. FUNÇÃO JURISDICIONAL E A RESPONSABILIDADE DA PESSOA DO JUIZ

A Constituição Federal conforme estudado, prevê a responsabilidade objetiva do Estado, quando esse, por meio de seus agentes públicos causam danos a terceiros.

Dessa forma, ao que importa para o presente trabalho, que é a responsabilidade civil do Estado por meio de seus atos jurisdicionais, iremos observar no presente capítulo se o juiz pode responder pessoalmente pelos danos causados em decorrências de suas atividades, bem como, em que consiste a função jurisdicional.

3.1 FUNÇÃO JURISDICIONAL

Entende-se por função jurisdicional, como sendo a legitimidade do Estado-Juiz em poder dizer o direito através de casos concretos. Por essa razão, o magistrado ao aplicar a lei, deve seguir e agir sempre em conformidade com a lei e com o propósito ao qual ele se submeteu, qual seja, a de promover justiça sem se desvirtuar por suas paixões, haja vista que o poder soberano é do Estado-Juiz como instituição e não do magistrado.

3.2 PREVISÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA DO JUIZ

3.2.1 ANÁLISE DOS ARTIGOS 41, 49 DA LOMAN E ARTIGO 143 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A responsabilidade pessoal do juiz, trata-se de uma das formas mais difíceis de acontecer em nosso sistema jurídico, sobretudo, devido ao próprio judiciário que coloca obstáculos para que essa forma de penalização não seja concretizada.¹⁴⁵

O magistrado no exercício de suas funções, seja em despachos, decisões ou sentença, está propenso a causar uma insatisfação a uma das partes envolvidas na lide. Dessa forma, não é raro encontrar pessoas que se sintam

¹⁴⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A responsabilidade civil do juiz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.161.

insatisfeitas e prejudicadas, ajuizar demandas contra o magistrado para serem indenizadas ou ressarcidas.¹⁴⁶

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) em seu art. 41 aduz que “salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”.¹⁴⁷ Dessa forma, a referida lei, garante aos magistrados que tenham plena independência para desempenhar suas funções jurisdicionais, nessa linha, lhe é garantida total liberdade para interpretar a lei e omitir opiniões no inteiro teor de suas decisões, não podendo o magistrado ser punido por estar a desempenhar o seu papel jurisdicional.¹⁴⁸

Com isso, busca a LOMAN, proteger o magistrado de eventuais pressões que tenham como objetivo inibir a atuação daquele. Ademais, a independência funcional, garante ao magistrado, que ele não se preocupe com eventuais procedimentos disciplinares, seja administrativamente, civilmente ou penalmente. Assim, “gozam os magistrados de inviolabilidade pelas manifestações decisórias regularmente externadas no âmbito dos processos em que atuam”.¹⁴⁹

Essa lei, contudo, não garante inviolabilidade absoluta aos magistrados. Apesar de gozarem de inviolabilidade, os magistrados devem agir de forma proba no processo e sem se exceder na linguagem. Com isso, se busca a reciprocidade entre as partes processuais, uma urbanidade. Ademais, não pode o magistrado, sob o manto de sua independência e liberdade de atuação, usar termos inadequados que fogem a discussão do caso concreto, doravante, tampouco agredir a honra de umas das partes, caracterizando-se um claro excesso de linguagem. Assim, em que pese o art. 41, da LOMAN, em proteger a atuação do magistrado, lhe garantindo total liberdade e independência de suas manifestações, não pode o

¹⁴⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.161-164.

¹⁴⁷ BRASIL. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 13 out. 2016.

¹⁴⁸ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar 35/1979*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

¹⁴⁹ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar 35/1979*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

magistrado exceder em suas palavras, emitindo opinião/decisão diferente daquele que está em discussão na causa, bem como deverá o mesmo, manter uma conduta proba e cordial com os demais pares envolvidos na demanda, sob pena de responder por suas condutas excessivas.¹⁵⁰

É possível que o magistrado no exercício de suas funções, cause danos materiais e morais a um terceiro, ou melhor dizendo, a um jurisdicionado. Assim, a reparação desse dano será feita pelo Estado, que responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, de forma que a responsabilidade do magistrado é subsidiária e regressiva.¹⁵¹

Nessa esteira, aquele que se sente lesado pela atuação do magistrado, não deve ajuizar ação em face da pessoa do juiz, mas em face do Estado, que é quem responde pelos danos de seus agentes. Dessa forma, não é necessário que o lesado comprove a intenção dolosa do magistrado, basta comprovar que houve o dano e o nexo de causalidade com atividade jurisdicional, ademais, fica a encargo do Estado ter que comprovar o dolo ou fraude do magistrado em uma eventual ação regressiva.¹⁵²

Para que o Estado possa exercer seu direito de regresso contra o magistrado, é preciso antes de tudo, que haja uma sentença transitada em julgado em desfavor do Estado, e que já tenha havido o pagamento da indenização civil por parte deste. Uma ação de regresso antes disso, poderia ensejar em um enriquecimento ilícito, o que é proibido em nosso ordenamento jurídico. Ademais, embora seja muito difícil, pode acontecer de o beneficiário da indenização, pelos mais diversos motivos, não execute a condenação.¹⁵³

¹⁵⁰ PELUSO, Vinicius de Toledo Piza; GONÇALVES, José Wilson. Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar 35/1979. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 124-125.

¹⁵¹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade civil do estado*, 3ª. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. P. 182-183.

¹⁵² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade civil do estado*, 3ª. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. P. 182-183

¹⁵³ BRAGANETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade civil do estado*, 3ª. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. P. 222.

Feito essa primeira análise, passa-se a observar o rol taxativo dos art. 49¹⁵⁴ da Lei Orgânica da Magistratura e art. 143¹⁵⁵, do Código de Processo Civil, que aliás, é mera reprodução do art. 49 da LOMAN:

Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:
 I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
 II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.
 Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

Em análise do referido artigo, para que haja a responsabilidade subsidiária, é preciso que o magistrado no exercício de suas funções, tenha agido com dolo ou fraude, ou seja, é preciso comprovar que o magistrado tinha o ímpeto desejo de prejudicar ou favorecer uma das partes, indo de encontro com o princípio da isonomia processual, ademais, como o magistrado está propenso a cometer erros, devido a sua condição humana, a culpa não é requisito para ensejar a ação regressiva.¹⁵⁶

Outra hipótese que enseja a ação regressiva contra o magistrado, está no inciso II do art. 49 da LOMAN e do art. 143 do Código de Processo Civil. O referido inciso aduz que o magistrado responderá por perdas e danos se “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes”¹⁵⁷.

Essas são as hipóteses em que o magistrado poderá responder por perdas e danos, sempre mediante uma ação regressiva promovida pelo Estado, que é quem detém a legitimidade ativa nesse caso. Ademais, cumpre salientar que a Constituição é nítida ao dizer que a ação de regresso deve ser proposta se

¹⁵⁴ BRASIL. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 13 out. 2016

¹⁵⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 2016.

¹⁵⁶ Gomes da Cruz, José Raimundo. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 apud PELUSO, Vinicius de Toledo Piza, GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar 35/1979*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 152.

¹⁵⁷ BRASIL. *Lei Complementar Nº 35, de 14 de março de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 13 out. 2016.

comprovado o dolo ou fraude do agente público, não ficando a discricionariedade do Estado se irá ou não entrar com a ação, haja vista que aquele agente público provocou uma lesão patrimonial ao erário, todavia, na prática essa ação não é proposta.¹⁵⁸

Por fim, demandar uma ação em face de um magistrado, por mais que não venha surtir efeitos para fins reparatórios, gera, ainda que indiretamente, um dever de fiscalização perante os órgãos fiscalizadores, que não devem se omitir de suas funções fiscalizadoras e punitivas contra magistrados que agem em desconformidades com a lei e princípios republicanos.¹⁵⁹

3.3 A FUNÇÃO DISCIPLINAR DO CNJ

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) teve sua criação em 30 de dezembro de 2004, por meio da emenda constitucional nº 45, em meio a uma reforma judiciária, que trouxe, além da criação do CNJ, a implementação da súmula vinculante.¹⁶⁰

Sua criação foi considerada a principal mudança dentro das reformas do judiciário, a sociedade em geral clamava e esperava para ver um judiciário mais transparente, mais célere e comprometido em garantir os direitos fundamentais. A criação do CNJ contribuiu para diminuir a ideia que ainda hoje se tem do judiciário, que essa é uma classe corporativista.¹⁶¹

Não por outra razão, a sua criação teve grande resistência por parte dos magistrados, por considerar que um órgão externo a eles, iria ferir a independência, e a invasão de poderes, não obstante, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 3.367DF) por considerar que a criação do CNJ violaria o art. 60, § 4º, I e III, da

¹⁵⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade civil do estado*, 3ª. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. P. 220.

¹⁵⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200. p.161-169.

¹⁶⁰ BADIN, Luiz Armando. *O conselho Nacional de Justiça: pedra angular da reforma constitucional do poder judiciário*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais- RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56996>>. Acesso em: 14 nov. 2016. p.1-10.

¹⁶¹ BADIN, Luiz Armando. *O conselho Nacional de Justiça: pedra angular da reforma constitucional do poder judiciário*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais- RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56996>>. Acesso em: 14 nov. 2016. p.1-10.

Constituição Federal, que posteriormente viria a ser julgada unanimemente improcedente.¹⁶²

Ademais, o CNJ tem sua natureza jurídica estipulada no art. 103-B, da Constituição Federal, no qual está descrita sua estrutura e suas atribuições. Dessa forma, o CNJ trata-se de um órgão administrativo interno que compõe o poder judiciário, em que tem a competência de controle na área administrativa e financeira do poder judiciário, bem como de fiscalizar os deveres e obrigações funcionais dos magistrados. Importante salientar, que o CNJ tem atuação em todo o território nacional, não podendo os estados-membros legislar sobre a matéria, a fim de alterar qualquer que seja das funções deste órgão.¹⁶³

Sua estrutura é heterógena e pluralista, na medida em que se compõe o órgão de 15 membros, entre 35 e 66 anos, dentre eles, membros da magistratura, do ministério público, da OAB e também por dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada.¹⁶⁴

Vale dizer, que o CNJ não exerce função jurisdicional, assim, este órgão não interfere em decisões proferidas, tampouco discute se foi aplicada de forma justa ou não, ele também não julga conflitos de particulares. Destarte, tem como função, zelar pelo bom funcionamento do judiciário, agindo de forma a garantir as prerrogativas dos magistrados, bem como de assegurar a independência e imparcialidade da magistratura, doravante, lembrando-se de seu caráter fiscalizador.

Ademais, em que pese seu caráter fiscalizador, aduz Luiz Armando, que o CNJ pode:

Julgar *processos disciplinares* destinados a apurar responsabilidades de magistrados, servidores ou membros dos órgãos sujeitos à sua fiscalização, aplicando sanções que não impliquem perda do cargo, em atuação subsidiária e complementar às corregedorias de justiça

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da criação do conselho nacional de justiça*. Interesse Público IP Belo Horizonte, n. 30, ano 7 março/abril 2005 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/pdi0006.aspx?pdicntd=50042>>. Acesso em: 14 nov. 2016. p.1-26.

¹⁶³ BADIN, Luiz Armando. *O conselho nacional de justiça: pedra angular da reforma constitucional do poder judiciário*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais- RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56996>>. Acesso em: 14 nov. 2016. p.1-10.

¹⁶⁴ GUERRA, Evandro Martins; MANSUR, Gislene Rodrigues. *A competência normativa do Conselho Nacional de Justiça*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=85291>> Acesso em: 14 nov. 2016. p.1-18.

existentes nos tribunais, nos casos de infrações graves praticadas em decorrência da função. No exercício do poder disciplinar, o CNJ controla, por exemplo, o fiel cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes.

Veja, que embora não exerça função jurisdicional, o CNJ tem grande importância em manter a ordem no âmbito do judiciário, por meio de processos disciplinares, que com exceção da perda do cargo, poderá este órgão aplicar as demais punições previstas na LOMAN, e quando um magistrado excede em suas funções, cometendo inclusive crimes contra a administração, o CNJ irá fazer uma representação ao Ministério Público para que tomes as medidas cabíveis.

Por fim, verifica-se que o magistrado apesar de ter total independência funcional, sobretudo sob o manto protetor que o art. 41 da LOMAN lhe confere, é incompatível com a missão do magistrado, exceder em suas atividades, deixando-se levar por ímpetos pessoais, que podem vir a macular o processo, bem como causar prejuízos ao jurisdicionado. Nessa constância, é de suma importância que aquele que tiver sido efetivamente lesado, por uma conduta desonrosa, busque uma reparação civil perante o Estado, haja vista, que mesmo que este não consiga, a sua ação irá chamar a atenção dos órgãos fiscalizadores, inclusive do CNJ, para que se verifique a conduta deste magistrado.

4. ESTUDO DE CASO: ATUAÇÃO DO JUIZ SÉRGIO MORO FRENTE AO JURISDICIONADO LULA: PETIÇÃO Nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR

Nos capítulos anteriores, estudamos os conceitos e fundamentos gerais que sustentam a Responsabilidade Civil do Estado pelos atos jurisdicionais. Verificamos os requisitos gerais da Responsabilidade Civil do Estado bem como suas excludentes. Posteriormente, vimos as teorias atinentes ao instituto da responsabilidade civil do Estado e qual teoria adotado em nosso ordenamento, e, por conseguinte, de forma bem sintetizada, verificamos as previsões normativas que preveem a responsabilidade pessoal do Juiz.

Nesse capítulo, iremos verificar a conduta do Juiz Sérgio Moro, frente ao ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, mais especificamente, no despacho/decisão que autorizou a Polícia Federal a condução coercitiva do ex-Presidente.

A escolha do referido despacho/decisão como objeto de estudo, se deu em virtude da grande repercussão que o referido ato jurisdicional causou na mídia e no mundo jurídico, questionando-se se a medida adotada era realmente necessária para a obtenção das informações que aquele juízo pretendia.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Preliminarmente, vale destacar alguns pontos importantes quanto da análise da referida decisão. Depois de identificar quais foram os argumentos utilizados pelo juiz, se buscará organizar o discurso dentro de uma perspectiva da lógica interna. Dessa forma, será verificada a coerência e a consistência utilizada, sob o regimento do princípio da isonomia.¹⁶⁵

Nesse viés, Roberto Freitas Filho, dentro de uma concepção formulada por Richard Hare, qual seja, o princípio da isonomia numa perspectiva

¹⁶⁵ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 130.

universal¹⁶⁶ – entende que “não é possível aceitar validamente, no âmbito do direito, um discurso no qual se utilizam sentidos diferentes para o mesmo conceito, por um mesmo emissor”. Doravante, não é coerente que um juiz diante de fatos semelhantes, conceda decisões diversas, e ou, dê sentido contrário ao que prevê a norma jurídica.¹⁶⁷

Feita essas considerações, passemos à análise da referida decisão judicial.

4.2 ANÁLISE DA PETIÇÃO Nº 5007401-06.2016.4.04.7000

O caso em análise, é um acontecimento dentre de vários outros na popularmente conhecida operação “Lava Jato”. A referida operação tem por objetivo investigar e apurar supostos envolvimento de lavagem de dinheiro, ocultação de bens e de valores obtidos por meio da corrupção.

De antemão, esclareço que não será analisado o mérito no que envolve a operação Lava Jato, tampouco será discutido as divergências políticas que envolve o caso, de modo que o escopo do capítulo é analisar apenas a fundamentação jurídica utilizada para julgar o caso em questão.

No dia 29 de fevereiro de 2016, foi disponibilizada no sitio do Tribunal Regional Federal da 4ª (quarta) região, o conteúdo da decisão da petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000, no qual, trata-se de um evento realizado dentro do processo de busca e apreensão criminal nº 5006617-29.2016.4.04.7000. Aquela tem como Requerente o Ministério Público Federal, e como Requerido, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa, Sra. Marisa Leticia Lula da Silva, ademais, o Juiz Federal da causa, o Excelentíssimo Sérgio Fernando Moro.¹⁶⁸

¹⁶⁶ HARE, Michard Mervyn, 2004 apud FREITAS, Roberto Filho. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 130.

¹⁶⁷ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. p. 130-131.

¹⁶⁸ PARANÁ, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000*, Juiz Federal: SÉRGIO FERNANDO MORO, data da decisão: 26/02/2016, Publicado no DJE: 26/02/2016. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4>> Acesso em: 03 abr. 2017.

Na petição em análise, conforme consta na decisão, assim pleiteou o Ministério Público Federal:

Pleiteia o MPF em separado a condução coercitiva do ex-Presidente e de sua esposa para prestarem depoimento à Polícia Federal na data das buscas.

Argumenta que a medida é necessária pois, em depoimentos anteriormente designados para sua oitiva, teria havido tumulto provocado por militantes políticos, como o ocorrido no dia 17/02/2016, no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo. No confronto entre polícia e manifestantes contrários ou favoráveis ao ex-Presidente, "pessoas ficaram feridas".

Receia que tumultos equivalentes se repitam, com o que a oitiva deles, na mesma data das buscas e apreensões, reduziria, pela surpresa, as chances de ocorrência de eventos equivalentes. (Anexo)

Ao decidir a questão, o Juiz Federal, Sérgio Moro, assim entendeu:

A condução coercitiva para tomada de depoimento é medida de cunho investigatório.

Medida da espécie não implica cerceamento real da liberdade de locomoção, visto que dirigida apenas a tomada de depoimento.

Mesmo ainda com a condução coercitiva, mantém-se o direito ao silêncio dos investigados

Embora o ex-Presidente mereça todo o respeito, em virtude da dignidade do cargo que ocupou (sem prejuízo do respeito devido a qualquer pessoa), isso não significa que está imune à investigação, já que presentes justificativas para tanto, conforme exposto pelo MPF e conforme longamente fundamentado na decisão de 24/02/2016 (evento 4) no processo 5006617-29.2016.4.04.7000.

Por outro lado, nesse caso, apontado motivo circunstancial relevante para justificar a diligência, qual seja evitar possíveis tumultos como o havido recentemente perante o Fórum Criminal de Barra Funda, em São Paulo, quando houve confronto entre manifestantes políticos favoráveis e desfavoráveis ao ex-Presidente e que reclamou a intervenção da Polícia Militar.

Colhendo o depoimento mediante condução coercitiva, são menores as probabilidades de que algo semelhante ocorra, já que essas manifestações não aparentam ser totalmente espontâneas.

Com a medida, sem embargo do direito de manifestação política, previnem-se incidentes que podem envolver lesão a inocentes.

Por outro lado, cumpre esclarecer que a tomada do depoimento, mesmo sob condução coercitiva, não envolve qualquer juízo de antecipação de responsabilidade criminal, nem tem por objetivo cercear direitos do ex-Presidente ou colocá-lo em situação vexatória.

Prestar depoimento em investigação policial é algo a que qualquer pessoa, como investigado ou testemunha, está sujeita e serve

unicamente para esclarecer fatos ou propiciar oportunidade para esclarecimento de fatos.

Com essas observações, usualmente desnecessárias, mas aqui relevantes, defiro parcialmente o requerido pelo MPF para a expedição de mandado de condução coercitiva para colheita do depoimento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Evidentemente, a utilização do mandado só será necessária caso o ex-Presidente convidado a acompanhar a autoridade policial para prestar depoimento na data das buscas e apreensões, não aceite o convite.

Expeça-se quanto a ele mandado de condução coercitiva, consignando o número deste feito, a qualificação e o respectivo endereço extraído da representação.

Consigne-se no mandado que NÃO deve ser utilizada algema e NÃO deve, em hipótese alguma, ser filmado ou, tanto quanto possível, permitida a filmagem do deslocamento do ex-Presidente para a colheita do depoimento.

Na colheita do depoimento, deve ser, desnecessário dizer, garantido o direito ao silêncio e a presença do respectivo defensor.

O mandado SÓ DEVE SER UTILIZADO E CUMPRIDO, caso o ex-Presidente, convidado a acompanhar a autoridade policial para depoimento, recuse-se a fazê-lo. (Anexo)

Quanto ao pedido de condução coercitiva da Sra. Marisa Leticia Lula da Silva, o Juiz, entendeu por não ser necessário.

4.2.1 FUNDAMENTO DA CONDUÇÃO COERCITIVA

A condução coercitiva a título de medida assecuratória para se colher interrogatório de acusado, está exposto no art. 260¹⁶⁹, do Código de Processo Penal. Trata-se de uma espécie de prisão processual, em que somente o Juiz está autorizado a decretar de forma fundamentada, sendo necessário para seus efeitos, que haja antes, regular intimação do acusado.¹⁷⁰

Ao fundamentar sua decisão, o Juiz Sérgio Moro, começa explicando que a referida medida, para o caso em questão, tem medida simplesmente

¹⁶⁹ BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 03 abr. 2017. Inteiro teor do art. 260 do CPP: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.6Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável. ”

¹⁷⁰ NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado, 16ª edição*. Rio de Janeiro. Forense, 2017. p. 689.

investigatória, ademais, que como a medida é para tomada de depoimento, esta não configuraria cerceamento da liberdade de locomoção do acusado.

Prosseguindo, menciona que a colheita do depoimento sob a condução coercitiva é medida mais segura para o caso, tendo em vista que outrora, no Fórum Criminal de Barra Funda, em São Paulo, houve confronto entre manifestantes que eram favoráveis e desfavoráveis ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Dessa forma, tal medida, teria caráter de prevenir eventuais manifestações e confrontos.

Fundamentar a condução coercitiva de um acusado, ainda mais, de uma pessoa que é notoriamente conhecida, sob o argumento de preservar eventuais manifestações, e, por conseguinte, que pessoas venham a se lesionar em decorrência desta, é uma interpretação que foge ao prescrito na norma. Conforme aduz o artigo, a condução coercitiva é válida, quando para se fazer o reconhecimento do acusado ou por outro ato, que sem ele, não possa ser realizado.

Quanto à qualificação do acusado, não se sustenta a medida, tendo em vista se tratar de pessoa conhecida nacionalmente e internacionalmente. Ademais, não se pode afirmar com certeza, que a colheita do depoimento não poderia ser realizada por outro meio, que se não pela condução coercitiva.

Em relação ao não cerceamento de locomoção e a autoincriminação, Guilherme de Souza Nucci, citando Roberto Delmanto Junior, entendem que não havendo qualquer dúvida quanto à identificação do acusado, a medida é se não, um ato que gera constrangimento ilegal e de forma abusiva:¹⁷¹

“Tampouco existe embasamento legal, a nosso ver, para a sua condução coercitiva com fins de interrogatório, prevista no art. 260 do CPP, já que de nada adianta o acusado ser apresentado sob vara e, depois de todo esse desgaste, silenciar. Se ele não atende ao chamamento judicial, é porque deseja, ao menos no início do processo, calar. Ademais, a condução coercitiva ‘para interrogatório’, daquele que deseja silenciar, consistiria inadmissível coação, ainda que indireta” (Inatividade no processo penal brasileiro, p. 192-193)

¹⁷¹ DALMANTO JUNIOR, Roberto, apud NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 16ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2017. p. 689.

Embora o juízo tenha manifestado que a medida tinha como objetivo prevenir eventuais manifestações, tratando-se de pessoa popularmente conhecida, e que detém um grande número de adeptos que apoiam seus posicionamentos e também quem é de posição contrária, é, inteligível pensar que uma medida considerada constrangedora para qualquer pessoa, que prive sua liberdade de locomoção, não iria se quer causar tumulto e possíveis manifestações de movimentos favoráveis e contra.

Não obstante, em parágrafo seguinte ao da autorização da medida, o Juiz Sérgio Moro, ao não embargar novas manifestações política, e não poderia ser diferente, pois do contrário estaria cerceando o direito à liberdade de expressão, reconhece que mesmo com a medida da condução coercitiva, há possibilidade de manifestações.

A incoerência da decisão,¹⁷² surge quando, ao se referir a fatos ocorridos no passado, qual seja, o tumulto realizado no Fórum Criminal de São Paulo, sustentar que a medida da condução coercitiva será deferida para prevenir futuras manifestações e possíveis lesões dos manifestantes iguais ocorridos anteriormente, e, logo em seguida em ato contínuo, ele reconhece que não tem como prevenir novas manifestações.

Nesse sentido, é possível verificar que houve um excesso no ato jurisdicional, a pergunta que aqui caberia, é se, realmente era necessário e imprescindível a concessão da condução coercitiva e não outra menos constrangedora e que não houvesse coação do direito de locomoção.

4.2.2 DA PUBLICIDADE DO ATO

¹⁷² FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, jul./set. 2007. p. 49-51.

Via de regra, todos os atos da administração, e aqui incluindo o poder judiciário, tem de ser públicos, é uma garantia constitucional que está exposto no art. 5º, LX¹⁷³ e art.93, IX.¹⁷⁴

A publicidade dos atos processuais garante sobretudo na área criminal, que o demandado do ato, tenha por assegurado a plenitude de sua defesa. Assim, a publicidade dos atos processuais quando violada, pode gerar nulidade quanto aos seus efeitos.¹⁷⁵

Característica importante da publicidade dos atos, conforme pondera Roberto Freitas Filho, é que “a apreciação pública dos motivos constantes das decisões jurídicas é uma das formas mais eficazes de interação entre os juízes e a sociedade”¹⁷⁶. Nesse viés, a interação com a sociedade dos atos publicados, é também uma ferramenta para se apurar a imparcialidade do juiz¹⁷⁷

Não obstante ser essa a regra, a lei prevê que em casos específicos, poderá o juiz optar pelo sigilo dos atos processuais. É o que prevê o art. 5º, LX, da Constituição Federal¹⁷⁸, no qual, autoriza o judiciário a restringir a publicidade dos atos, quando a defesa da intimidade ou interesse social exigirem.¹⁷⁹

¹⁷³ BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 03 abr. 2017. Inteiro teor do art.: “ LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”

¹⁷⁴ BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 03 abr. 2017. Inteiro teor do art.: 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”

¹⁷⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 182-183.

¹⁷⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, jul./set. 2007. p. 42.

¹⁷⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.183.

¹⁷⁸ BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 03 abr. 2017.

¹⁷⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 189.

Além dessas razões acima, elencadas no preceito constitucional, o Código de Processo Penal em seu art. 792, parágrafo primeiro, orienta que, se “do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem” poderá o juiz, a requerimentos das partes, decretar o sigilo da publicidade.

180

Na decisão do dia 24 de fevereiro de 2016, no processo de busca e apreensão criminal nº 5006617-29.2016.4.04.7000, o Juiz Sérgio Moro, assim decidiu quanto a publicidade dos atos:

Decreto o sigilo sobre esta decisão e sobre os autos dos processos até a efetivação da prisão e das buscas e apreensões. Efetivadas as medidas, não sendo mais ele necessário para preservar as investigações, fica levantado o sigilo. Entendo que, considerando a natureza e magnitude dos crimes aqui investigados, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos (artigo 5º, LX, CF) impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça criminal

Nota-se, que na primeira parte, tendo consciência do quão grave e da repercussão/consequências negativa que a publicidade do ato pode ter, o Juiz, decreta o sigilo da referida decisão. Todavia, no mesmo parágrafo, sob o argumento do interesse público e da previsão constitucional, o magistrado diz que não pode decretar o sigilo dos autos.

A incoerência dessa decisão, encontra-se, quando da tomada de decisão, o magistrado decreta o sigilo da decisão e logo em seguida, sob o argumento do interesse público e da força constitucional, ele não poderia impedir que o ato se tornasse público.

Ademais, sustenta o magistrado, que as circunstâncias e a natureza envolvendo o caso, são elementos que o impedem de agir de forma contrária, tendo em vista a prestação de conta que para qual o judiciário deve prestar à sociedade. O que se extrai desse trecho, é que o Juiz Sérgio Moro, utilizou-se do argumento do clamor social, para justificar a publicidade dos atos.

¹⁸⁰ BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

Nesse aspecto, o Ministro Marco Aurélio, no HC nº 139.612, sustentou que o clamor social surge como elemento neutro, insuficiente a respaldar a preventiva.¹⁸¹ Veja, se o clamor social é elemento insuficiente para decretar prisão preventiva, quiçá, para autorizar a publicidade de atos que, como já vimos, poderá gerar um constrangimento ilegal, perigoso para os demandados, bem como para a ordem pública, no qual é o interesse sustentado pelo Juiz Sérgio Moro, na autorização da publicação.

A incoerência da decisão de Sérgio Moro, pode ser encontrada mais uma vez, quando da análise da petição que autorizou a condução coercitiva do ex-Presidente, o magistrado proibiu que fosse utilizado qualquer meio de filmagem de sua condução.

Sabendo da repercussão que envolve o caso, da pessoa no qual está sendo autorizada a condução coercitiva, da expectativa que se estava sendo gerada em torno do ex-Presidente, não é presunçoso entender que o Juiz Sérgio Moro, saberia das implicações que a publicidade de sua decisão iria causar, tanto no mundo jurídico, político, como na esfera individual do ex-Presidente. Doravante, não podendo se olvidar, que o referido magistrado poderia escolher por decretar o sigilo do ato, e assim de fato, prevenir quaisquer manifestações e constrangimento ilegal.

Por fim, o Juiz Sérgio Moro, determinou que a condução coercitiva, só ocorresse, caso o ex-Presidente se recusasse a acompanhar a Polícia Federal para depor. Aqui, temos uma decisão que encontrou fortes críticas no mundo jurídico. Isso porque, o art. 260, do Código de Processo Penal¹⁸², é cristalino ao dizer que somente será feita a condução coercitiva, caso o acusado, devidamente intimado, se recusar prestar depoimento.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 139.612, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Decisão Monocrática, julgado em: 21/02/2017, Processo Eletrônico- Dje- 038 DIVULG 24/02/2017 PUBLIC 01/03/2017.

¹⁸² BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 03 abr. 2017. Inteiro teor do art.: “ Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável”.

No caso, o ex-Presidente, não foi intimado para prestar qualquer depoimento, e, como a própria decisão prevê, ele foi convidado. Há uma diferença sutil, entre ser intimado e ser convidado para algo, no caso, prestar depoimento.

Dessa forma, pode-se verificar que a pretendida decisão, que versa sobre a condução coercitiva, aliada com o processo de busca e apreensão, carece de coerência lógica, bem como, ficou claramente demonstrado que o magistrado deixou de aplicar a norma em sua literalidade, não obstante, sabendo dos efeitos que sua decisão acarretaria, autorizou a publicidade do ato processual de forma livre e consciente, agindo assim, em desconforme com o que se espera a sociedade e a Constituição, qual seja, um Juiz imparcial, coerente e protetor das garantias constitucionais.

4.3 UMA ESPERANÇA PARA JUSTIÇA BRASILEIRA

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁸³. Nesse sentido, é uma garantia de todo e qualquer cidadão o acesso à justiça, sem que haja qualquer discriminação.¹⁸⁴

O presente tópico, tem por objetivo, recordar um recente caso que provavelmente irá mudar, paulatinamente, a forma como o Poder Judiciário e seus os órgãos administrativos irão fiscalizar os juízes. De certo, com o avanço da tecnologia e das redes sociais, a sociedade passou a ter mais acesso e conhecimento do sistema, de modo que atitudes antes realizadas e que passavam a despercebido, não mais são toleradas por aqueles a quem a justiça presta conta.

O caso em questão, aconteceu na 3ª Vara do Trabalho de Cascavel (PR), no qual, durante uma sessão de instrução, o juiz da Causa, Luiz de Azambuja

¹⁸³ BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 03 abr. 2017.

¹⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81-96.

Moreira, deixou de presidir a audiência e posteriormente a remarcando, tendo em vista que uma das partes calçava um par de chinelas.¹⁸⁵

No termo de audiência, do processo: 01468-2007-195-09-00-2, assim proferiu o magistrado: “O juízo deixa registrado que não irá realizar esta audiência, tendo em vista que o reclamante compareceu em juízo trajando chinelo de dedos, calçado incompatível com a dignidade do Poder Judiciário.”¹⁸⁶

Inconformado com a atitude do juiz, a parte que sofreu a repressão entrou com ação indenizatória contra a União. A ação, que correu na 2ª Vara Federal de Cascavel (PR), foi concedida pela Juíza Marize Cecília Winkler, doravante, a União teve que pagar o montante de R\$ 10.000, 00 (dez mil reais) a título de dano moral, pelo constrangimento pelo qual a parte que usava chinelo passou ao ter que se retirar da audiência,¹⁸⁷

Na fase de apelação, a União sustentou a tese que o pedido era juridicamente impossível, tendo em vista que a atitude do magistrado foi realizada em pleno exercício da função jurisdicional, na qual só deve ser responsabilizado nos casos previstos em lei. Tese que não foi acolhida pela juíza, e levou em consideração que nenhuma pessoa deve ter o direito ao acesso justiça censurado pela forma que se veste. Processo: 2009.70.05.002473-0.¹⁸⁸

Conforme a regra, após a condenação da União, a Advocacia-Geral da União, entrou com uma ação de regresso contra o Juiz Bento Luiz Moreira, para que esse ressarcir-se os cofres públicos. Ressalta a União, o disposto no art. 37,

¹⁸⁵ : MILÍCIO, Gláucia. Tiras Censuradas: *Juiz suspende audiência porque autor da ação calçava chinelos*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Jul. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-21/juiz_suspende_audiencia_porque_parte_usava_chinelos> Acesso em: 03 abr. 2017.

¹⁸⁶ MILÍCIO, Gláucia. Tiras Censuradas: *Juiz suspende audiência porque autor da ação calçava chinelos*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Jul. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-21/juiz_suspende_audiencia_porque_parte_usava_chinelos> Acesso em: 03 abr. 2017.

¹⁸⁷ PRECONCEITO SOCIAL: *Juiz que adiou audiência porque lavrador usava chinelos terá que pagar R\$ 12 mil*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-09/juiz-adiou-sessao-porque-lavrador-usava-chinelos-ressarcira-uniao>> Acesso em: 03 abr. 2017.

¹⁸⁸ PRECONCEITO SOCIAL: *Juiz que adiou audiência porque lavrador usava chinelos terá que pagar R\$ 12 mil*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-09/juiz-adiou-sessao-porque-lavrador-usava-chinelos-ressarcira-uniao>> Acesso em: 03 abr. 2017.

parágrafo 6º, da Constituição Federal, que o Estado tem o direito de entrar com ação regressiva contra seus agentes que causarem danos a terceiros, que é o caso em tela.¹⁸⁹

Vale destacar quanto à sentença da ação de regresso, a referida magistrada, reconheceu o caráter administrativo do ato, e não jurisdicional, bem como, condenou por ato culposo e imprudente, na forma do art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal.¹⁹⁰

Embora não tenha reconhecido o dolo ou fraude do agente, como causa determinante para a condenação, a magistrada da ação regressiva, equiparou o juiz do Trabalho aos demais agentes públicos, de forma a não precisar comprovar o dolo ou fraude do magistrado, mas tão somente se sua conduta gerou um dano a terceiro no exercício de sua função.

Nesse aspecto, podemos observar que apesar de ser grande a resistência em se condenar o Estado por ato de um juiz, o caso desse jurisdicionado mostra, que ainda sim é possível acreditar em uma justiça que é feita para todos sem qualquer tipo de discriminação, sobretudo, sem diferenciação de classe ou cargo, aplicando o direito de forma isonômica, da forma como deve ser.

¹⁸⁹ PRECONCEITO SOCIAL: *Juiz que adiou audiência porque lavrador usava chinelos terá que pagar R\$ 12 mil.* Revista Eletrônica Consultor Jurídico. mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-09/juiz-adiou-sessao-porque-lavrador-usava-chinelos-ressarcira-uniao>> Acesso em: 03 abr. 2017.

¹⁹⁰ BRASIL. (Constituição de 1988) *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 03 abr. 2017.

CONCLUSÃO

A reparação civil pelo Estado é devida, conforme o disposto no art. 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal. Para que fique configurada a sua responsabilização, é necessário que se observasse três fundamentais pressupostos, quais sejam: que haja um dano; o dano tem que ter ocorrido por algum funcionário público, no exercício de sua função, podendo ser pessoa jurídica de direito privado que esteja prestando serviço público; o que haja um nexo entre a atividade executada e o dano, de modo a se averiguar se o injusto sofrido foi em decorrência da atividade prestada pelo Estado.

A responsabilidade do Estado sofreu algumas mudanças em sua história e até nos tempos atuais há debates acerca do tema. Desde sua primeira constituição, o Estado, de alguma forma assumiu a responsabilidade por suas atividades, no começo, tinha-se a distinção dos atos de império e atos de gestão, no qual, aqueles não era imputado a responsabilidade reparatória, pois tinha-se a ideia que tais atos, era o próprio Rei quem estava executando, de tal forma que suas decisões sempre estavam corretas, e os atos de gestão, por sua vez, se confirmadas nessa qualidade, os agentes públicos que houvera cometido o dano, sofriam o encargo da reparação, aqui tínhamos a responsabilidade subjetiva do agente.

Com a evolução das épocas, e com o forte enfretamento doutrinário, o Estado evoluiu quanto ao instituto da responsabilização, e passou a adotar a responsabilidade objetiva, como fundamento para reparação. Nesse viés, não mais se busca comprovar a culpa ou dolo do agente, como critério avaliativo para se ter o direito a indenização. Passou-se a adotar, a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade. Nesse contexto, entende-se que a atividade do Estado, é uma atividade que gera risco para seus administrados, de forma que não é justo onerar o cidadão por um dano causado por um agente público no exercício de suas funções, assim, se toda a população se beneficia dos serviços públicos, toda a sociedade arca com o ônus da reparação.

Contudo, em que pese a Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, os tribunais encontram forte resistência. Não por outro, motivo, ainda hoje se sustentam algumas teorias para que não haja a responsabilização do Estado, tais como: a atividade jurisdicional é uma manifestação da soberania do Estado, e por

esse motivo não pode ser responsabilizado; o argumento da coisa julgada, no qual, os jurisdicionados inconformados com uma decisão devem utilizar-se dos mecanismos reparatórios, como os recursos, e não através de ações autônomas; independência do juiz, responsabilizar os juízes por danos ocorridos no exercício de suas atividades, afrontaria sua independência e livre convicção, de tal forma que não se deve ter “amedrontar” os juízes com ações temerárias; falibilidade dos humanos, os juízes, como todos os seres-humanos, estão fadados a errar, de tal maneira, que não é justo responsabilizar-lhes por eventuais danos.

Hoje, é inconcebível que o Judiciário adota tais teorias para afastar a responsabilidade do Estado. Os magistrados, com a Carta de 1988, estão equiparados aos demais funcionários públicos do art. 37, parágrafo sexto. Dessa forma, sabendo que suas atividades geram um risco para a população, nada mais justo, que eventuais prejuízos, que poderiam ser prevenidos com uma atuação séria, comprometida e ética, seja o Estado responsabilizado, ademais, a independência dos juízes está garantida, tendo em vista a ação de regresso, que garante aos magistrados, a possibilidade de se defender, assim, condenar um juiz pessoalmente, bem como responsabilizá-lo, continua sendo uma árdua tarefa.

No terceiro capítulo, vimos o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça. Um órgão administrativo que foi criado para fiscalizar a atuação dos juízes em âmbito nacional. Trata-se de um órgão que foi criado recentemente, e que ainda precisa amadurecer quanto órgão fiscalizador. Apesar de ter um órgão fiscalizador e com função de punir administrativamente, pouco se tem conhecimento de juízes que sofreram sanções por seus atos, jurisdicionais ou administrativos.

No quarto e último capítulo, tendo como objeto de estudo a petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000, verificou-se que a decisão/despacho que autorizou a condução coercitiva do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, carece de coerência, bem como deixa de aplicar o direito na como deve ser.

O juiz Sérgio Moro, agiu de forma imprudente, se não, dolosamente, ao publicar a referida decisão. No processo de busca e apreensão nº 5006617-29.2016.4.04.7000, o magistrado reconhece que pode conceder o sigilo da publicação, mas não o faz, sob alegação do princípio da publicidade dos atos públicos e do interesse coletivo. Na decisão da condução coercitiva, o magistrado, pede que

não haja gravação nem filmagem do momento em que o ex-Presidente fosse conduzido. Ocorre que o magistrado, ao dá publicidade de sua decisão, sabendo que o ex-Presidente é nacionalmente conhecido e popular, é presumível que ele teria a noção que aquele ato geraria e não seria possível proibir que filmassem a condução do ex-presidente.

O interesse público e clamor social, como fundamento para não decretar o sigilo da decisão, são insuficientes para o caso, tendo em vista que o magistrado deixou de avaliar os requisitos do art. 260, do Código de Processo Penal. Ademais, verificou-se que o magistrado infringiu o disposto no artigo da condução coercitiva, uma vez, que deixou de intimar o ex-Presidente para depor, e criou uma situação nova, nunca antes usada, a modalidade de convite para depor.

Por fim, trouxemos aqui, um caso novo e que servirá de base para novas ações que versem sobre Responsabilidade Civil do Estado por atos jurisdicionais.

Trata-se de um trabalhador rural que foi obrigado a deixar a sala de audiência, por estar calçando chinelos. O magistrado à época, entendeu que aquela atitude era um desrespeito com o poder judiciário.

O trabalhador entrou com ação indenizatória contra o a União, na qual se saiu vencedor, e posteriormente, houve a ação de regresso contra o magistrado, na qual a União se saiu vencedora.

Nesse mister, podemos concluir que não há mais espaço, hoje, para se adotar uma teoria da irresponsabilidade por parte do judiciário. A construção de um Estado Democrático de Direito, que é feito para promover a paz e bem-estar social, também necessita de um judiciário ético e responsável.

Temos hoje, uma doutrina consolidada no sentido de assumir a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Nos falta, porém, uma proatividade do judiciário em efetivar as leis vigentes.

O caso do trabalhador que foi obrigado a se retirar da sala de audiência, e ganhou a ação movida contra a União, é um marco para uma mudança de paradigmas e para novas ações que surgirem e, que já estejam em curso.

A conduta do juiz Sérgio Moro, na referida decisão, é passível de responsabilização do Estado, com eventual ação de regresso, sendo observados e comprovados o dano sofrido pelo ex-Presidente, e que o dano tem nexos com a atividade exercida pelo juiz Sérgio Moro, que poderia agir de outra forma que não aquela adotada, evitando assim, os constrangimentos e a condução ilegal sofrida pelo ex-Presidente.

REFERÊNCIAS

BADIN, Luiz Armando. *O conselho Nacional de Justiça: pedra angular da reforma constitucional do poder judiciário*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais- RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56996>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do estado*, 3ª. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. p.202-203.

BRASIL. (Constituição Federal) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 07 nov.2016.

BRASIL. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 24 mar. 2017

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 21 mar. 2014

BRASIL. Lei nº3.071, de 1º de janeiro, de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 24 de mar. 2017

BRASIL. Lei nº4.898, de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm> Acesso em: 24 mar. 2017

BRASIL. Lei Complementar Nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 13 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 2016

BRASIL. Projeto de lei, nº280, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>> Acesso em: 24 mar. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28OMISS%C3O+DO+ESTADO+E+RESPONSABILIDADE+E+OBJETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ntmxjhd>> Acesso em: 09 nov. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 139.612, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Decisão Monocrática, julgado em: 21/02/2017, Processo Eletrônico- Dje-038 DIVULG 24/02/2017 PUBLIC 01/03/2017

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe, 1980 apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DA CRIAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA*. Interesse Público IP Belo Horizonte, n. 30, ano 7 março/abril 2005 Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/pdi0006.aspx?pdicntd=50042>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

DANO QUALIFICADO: Dano causado por um agente público ou pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público.

DALMANTO JUNIOR, Roberto, apud NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 16ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

FLAIN, Valdirene Silveira. *Responsabilidade civil do estado pelos danos praticados por apenados fugitivos de estabelecimento prisional*. São Paaulo, 2015. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/DCP%20109_miolo.pdf> Acesso em: 31 out. 2016

Gomes da Cruz, José Raimundo. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional Interpretada*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 apud PELUSO, Vinicius de Toledo Piza, GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar 35/1979*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREDERICO, Alencar. *Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional*. Ambito jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1871> Acesso em: 24 mar. 2017.

FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, jul./set. 2007

_____. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009

GUERRA, Evandro Martins; MANSUR, Gislene Rodrigues. *A competência normativa do Conselho Nacional de Justiça*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, fev. 2013. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=85291>> Acesso em: 14 nov. 2016.

HARE, Michard Mervyn, 2004 apud FREITAS, Roberto Filho. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 200.

MELLO, Celso Antônio, 2005 apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MILÍCIO, Gláucia. Tiras Censuradas: *Juiz suspende audiência porque autor da ação calçava chinelos*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Jul. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-21/juiz_suspende_audiencia_porque_parte_usava_chinelos> Acesso em: 03 abr. 2017

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da Responsabilidade civil do estado*, 3ª. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 16ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

PARANÁ, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Petição nº 5007401-06.2016.4.04.7000*, Juiz Federal: SÉRGIO FERNANDO MORO, data da decisão: 26/02/2016, Publicado no DJE: 26/02/2016. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4>> Acesso em: 03 abr. 2017.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza, GONÇALVES, José Wilson. *Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional: Lei complementar 35/1979*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRECONCEITO SOCIAL: *Juiz que adiou audiência porque lavrador usava chinelos terá que pagar R\$ 12 mil*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-09/juiz-adiou-sessao-porque-lavrador-usava-chinelos-ressarcira-uniao>> Acesso em: 03 abr. 2017

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

SCHLESINGER, Patsy. *Responsabilidade civil do estado por ato do juiz*. Rio de Janeiro; Revista Forense. 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VARELA, Antunes, 8º ed. apud Filho, Cavalieri, Sergio, 2015.

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
13ª Vara Federal de Curitiba

Av. Anita Garibaldi, 888, 2º andar - Bairro: Ahu - CEP: 80540-400 - Fone: (41)3210-1681 - www.jfpr.jus.br -
Email: prctb13dir@jfpr.jus.br

PETIÇÃO Nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

REQUERIDO: MARISA LETICIA LULA DA SILVA

REQUERIDO: LUIZ INACIO LULA DA SILVA

DESPACHO/DECISÃO

Autorizei buscas e apreensões pela decisão de 24/02 (evento 4) no processo 5006617-29.2016.4.04.7000 a pedido do MPF.

As buscas estão associadas ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Pleiteia o MPF em separado a condução coercitiva do ex-Presidente e de sua esposa para prestarem depoimento à Polícia Federal na data das buscas.

Argumenta que a medida é necessária pois, em depoimentos anteriormente designados para sua oitiva, teria havido tumulto provocado por militantes políticos, como o ocorrido no dia 17/02/2016, no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo. No confronto entre polícia e manifestantes contrários ou favoráveis ao ex-Presidente, "pessoas ficaram feridas".

Receia que tumultos equivalentes se repitam, com o que a oitiva deles, na mesma data das buscas e apreensões, reduziriam, pela surpresa, as chances de ocorrência de eventos equivalentes.

Decido.

A condução coercitiva para tomada de depoimento é medida de cunho investigatório.

Medida da espécie não implica cerceamento real da liberdade de locomoção, visto que dirigida apenas a tomada de depoimento.

Mesmo ainda com a condução coercitiva, mantém-se o direito ao silêncio dos investigados.

Medida da espécie ainda encontra apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como destacado pelo MPF:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI.

III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos.

IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à polícia civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária.

(...)"

(HC 107644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma do STF - por maioria, j. 06/09/2011, DJe-200, de 18/10/2011).

Embora o ex-Presidente mereça todo o respeito, em virtude da dignidade do cargo que ocupou (sem prejuízo do respeito devido a qualquer pessoa), isso não significa que está imune à investigação, já que presentes justificativas para tanto, conforme exposto pelo MPF e conforme longamente fundamentado na decisão de 24/02/2016 (evento 4) no processo 5006617-29.2016.4.04.7000.

Por outro lado, nesse caso, apontado motivo circunstantial relevante para justificar a diligência, qual seja evitar possíveis tumultos como o havido recentemente perante o Fórum Criminal de Barra Funda, em São Paulo, quando houve confronto entre manifestantes políticos favoráveis e desfavoráveis ao ex-Presidente e que reclamou a intervenção da Polícia Militar.

Colhendo o depoimento mediante condução coercitiva, são menores as probabilidades de que algo semelhante ocorra, já que essas manifestações não aparentam ser totalmente espontâneas.

Com a medida, sem embargo do direito de manifestação política, previnem-se incidentes que podem envolver lesão a inocentes.

Por outro lado, cumpre esclarecer que a tomada do depoimento, mesmo sob condução coercitiva, não envolve qualquer juízo de antecipação de responsabilidade criminal, nem tem por objetivo cercear direitos do ex-Presidente ou colocá-lo em situação vexatória.

Prestar depoimento em investigação policial é algo a que qualquer pessoa, como investigado ou testemunha, está sujeita e serve unicamente para esclarecer fatos ou propiciar oportunidade para esclarecimento de fatos.

Com essas observações, usualmente desnecessárias, mas aqui relevantes, defiro parcialmente o requerido pelo MPF para a expedição de mandado de condução coercitiva para colheita do depoimento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Evidentemente, a utilização do mandado só será necessária caso o ex-Presidente convidado a acompanhar a autoridade policial para prestar depoimento na data das buscas e apreensões, não aceite o convite.

Expeça-se quanto a ele mandado de condução coercitiva, consignando o número deste feito, a qualificação e o respectivo endereço extraído da representação.

Consigne-se no mandado que NÃO deve ser utilizada algema e NÃO deve, em hipótese alguma, ser filmado ou, tanto quanto possível, permitida a filmagem do deslocamento do ex-Presidente para a colheita do depoimento.

Na colheita do depoimento, deve ser, desnecessário dizer, garantido o direito ao silêncio e a presença do respectivo defensor.

O mandado SÓ DEVE SER UTILIZADO E CUMPRIDO, caso o ex-Presidente, convidado a acompanhar a autoridade policial para depoimento, recuse-se a fazê-lo.

Em relação ao pedido de condução coercitiva de Marisa Letícia Lula da Silva, indefiro. Em relação a ela, viável o posterior agendamento do depoimento com a autoridade policial, sem que isto implique maior risco à ordem pública ou a terceiros.

Ciência ao MPF e à autoridade policial.

Curitiba, 29 de fevereiro de 2016.

Documento eletrônico assinado por **SÉRGIO FERNANDO MORO, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700001640821v9** e do código **CRC ad9ac441**.

Informações	adicionais	da	assinatura:	
Signatário	(a):	SÉRGIO	FERNANDO	MORO
Data e Hora:	29/02/2016 13:43:49			

5007401-06.2016.4.04.7000
700001640821 .V9 SFM© SFM