



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de ciências jurídicas e sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

GABRIELA ALVES SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DO JUDICIÁRIO

BRASÍLIA
2020

GABRIELA ALVES SILVA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DO JUDICIÁRIO

Projeto de pesquisa apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Ricardo Victor Ferreira Bastos.

BRASÍLIA

2020

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de responsabilizar o Estado por atos do Poder Judiciário, em contraposição ao entendimento contrário dos tribunais atualmente. A Constituição Federal assegura a responsabilidade civil de agentes que causarem danos a outrem, incluso os agentes públicos. Mas por outro lado, a jurisprudência dominante tem impedido a responsabilização dos magistrados com fundamento em seu caráter diferenciado da prestação judiciária. Alegando, assim, que esta possibilidade geraria perda na independência dos magistrados em exercer a prestação jurisdicional devida, e por isso fica vedada a responsabilização destes, exceto em casos definidos pela lei, qual sejam, erro judiciário e por dolo ou fraude. Ademais, analisando a evolução histórica e conceitual empreendida até os dias atuais entende-se esse posicionamento como contrário a tendência geral de maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Portanto, defende-se a necessidade de garantir a reparação de danos causados pela indevida prestação jurisdicional., sendo essa fundamentada pela norma constitucional, de forma a adaptar o entendimento com as peculiaridades intrínsecas da atuação do poder judiciário.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do Estado. Atos jurisdicionais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	4
2	CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	6
2.1	Contextualização histórica	6
2.2	Elementos da responsabilidade civil	8
2.2.1	<i>Conduta</i>	8
2.2.2	<i>Dano</i>	9
2.2.3	<i>Nexo de causalidade</i>	11
2.2.4	<i>Dolo e Culpa</i>	13
2.3	Espécies de responsabilidade	14
2.3.1	<i>Contratual e Extracontratual</i>	14
2.3.2	<i>Objetiva e Subjetiva</i>	14
3	DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	16
3.1	Conceito e aspectos históricos da responsabilidade do estado	16
3.2	Regramento jurídico – teorias	17
3.3	Responsabilidade por ação e omissão	20
3.4	Excludentes de responsabilidade	22
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO DO PODER JUDICIÁRIO	24
4.1	Noções sobre atos administrativos	24
4.2	Elementos do ato administrativos	25
4.3	Atos típicos e atípicos: atos do poder judiciário	28
4.4	Caracterização doutrinária e jurisprudencial na possibilidade de responsabilização	30
5	CONCLUSÃO	35
	REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do estado é tema discutido há muito pelos legisladores e doutrinadores. Sua evolução é intrínseca a formação do Estado democrático de direito, no qual o Estado é responsável por direitos dos jurisdicionados, bem como também se torna sujeito de direitos.

É evidente que conforme as relações sociais comuns evoluem mesmo pequenos atos podem ter grandes consequências jurídicas, e como resultado a necessidade de reparação de danos. E intrínsecos a esses danos, a responsabilidade civil compreende, a priori, a obrigação de reparar o dano patrimonial advinda de atos ilícitos e lícitos, por meio de prestação pecuniária.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de responsabilização do Estado frente a ocorrência de danos a sociedade, em especial por atos do poder judiciário. Nesse contexto, o tema será analisado de forma a esclarecer a responsabilidade civil preconizada nos termos da legislação Civil e seus reflexos nas relações jurídicas.

Mormente, trata-se de classificações acerca do instituto, a responsabilidade decorrente do descumprimento do contrato e na decorrente das relações sem contrato, a extracontratual. Será analisado, ainda, as espécies doutrinárias de responsabilidade distinguindo entre responsabilidade civil de natureza subjetiva e objetiva

Conforme a legislação há requisitos mínimos necessários para se configurar a responsabilidade civil estatal. É necessária a presença, em regra, de três elementos: Conduta, Nexo de causalidade e Dano. Tais que compõem a natureza jurídica da responsabilidade civil sem culpa e exige um detalhamento maior, razão pela qual far-se-á um estudo pormermorizado ilustrando as teorias pertinentes.

Apesar de na maioria de seus pontos o instituto ter legislação clara, nem sempre foi desta forma. A evolução da legislação determinou a adoção pela constituição federal a responsabilidade objetiva do estado pelos atos dos seus agentes. Notório fato que como representante do povo o Estado não pode se eximir de responder pelos atos danosos de seus representantes. Seus agentes são os

braços estatais e suas ações tem força de ação do próprio Estado, razão pela qual o Estado responde em regra de forma objetiva pelos atos de seus agentes.

Para melhor compreensão da atual conjuntura é necessário entender o percurso empreendido. Por conseguinte, as três fases que explicam o tema serão expostas, respectivamente, a teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas (teoria dos atos de impérios e de gestão; teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva) e teorias publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva).

Apesar da regra há algumas ocasiões em que esta não é aplicada, como nos atos do poder judiciário. E nesse sentido esta monografia apresenta estudo acerca da possibilidade de responsabilização do estado por atos judiciais típicos com amparo no atual contexto fático jurídico brasileiro em contraposição ao entendimento hoje majoritário.

2 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil ganha importância no ordenamento à medida que sua capacidade de gerar consequências fáticas e jurídicas aumenta ao acompanhar o grau de complexidade das relações sociais. E para melhor entender os fundamentos deste instituto é necessária uma análise de sua evolução histórica, tal qual de seus elementos formadores.

2.1 Conceito e contextualização histórica

A origem do instituto da responsabilidade civil é tão antiga quanto as relações sociais, surge na concepção de vingança privada, como reação pessoal contra o mal sofrido. Já no direito romano havia a previsão de reparação quando se infringia a cláusula geral de não prejudicar, não havia necessidade de relação obrigacional preexistente, daí o desenvolvimento da responsabilidade fora de contratos firmados, como explica Gagliano (2015).

Causar dano a outrem por si só, independente de contrato entre as partes, é causa de reparação civil. A palavra responsabilidade vem do latim “*respondere*”, que traz ideia de resposta. O que denota seu conceito primordial, significa que o responsável deverá responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato.

Trazendo esse conceito de ressarcimento do dano para o âmbito do Direito Privado, diz-se que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas, conforme explicação de Gagliano (2015).

A responsabilidade civil, portanto, é expressão da evolução do direito de ressarcir por danos causados a outrem por ato ilícito. No Brasil, por muito tempo, era de pouca relevância a instrumentalização da responsabilidade civil, dispunha de apenas um artigo para tratar do assunto no código de 1916, e a única forma possível era a responsabilidade subjetiva, ou seja, se comprovada a culpa ou dolo do causador do dano, o que de certa forma limitava a atuação do instituto.

A partir da segunda metade do século XX houve grande evolução na legislação, quando a sociedade passou a exigir maior intervenção Estatal, e por consequência, fez-se necessária mudança na normatização do tema. Essa cobrança social veio do crescimento da indústria, com expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes mostraram o quanto a sociedade estava exposta a insegurança jurídica, e deixou evidente a necessidade de se alterar a legislação até então vigente. (GAGLIANO, 2015)

Sendo assim, conforme a evolução das relações houve a necessidade de maior normatização acerca dos danos que surgiam razão pela qual, a legislação foi desenvolvida, e especificou-se certos pontos, resultando na multidisciplinariedade das normas atuais sobre o tema. O início da concepção atual se deu com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, com previsão expressa de casos de indenização.

Ademais, cita-se leis especiais que tratam do assunto tais como a de reparação civil em casos de condenação penal, e por fim o Código Civil de 2002, que expande o já estabelecido no código civil de 1916. Ao encaixar o artigo 927 e seguintes sob o título IX, “Da Responsabilidade Civil”, prevê o dever de indenizar, o caracterizando como obrigação daquele que causa dano a outrem por ato ilícito.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Conforme o explicitado no Código Civil a regra geral para a responsabilidade civil é de caráter subjetivo, tem-se a necessidade de comprovação de culpa. Mas em alguns casos devido à complexidade da comprovação de culpa é estabelecida em lei a responsabilidade será objetiva.

Como explica Silva (2017, p. 507):

[...] a regra geral, que deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o

autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.

As mudanças no entendimento mostram o quanto a norma se adaptou à nova realidade das relações jurídicas sociais vigentes. A possibilidade de reparação de danos morais, bem como na possibilidade de em alguns casos ser dispensada a comprovação de culpa ou dolo trazem maior segurança jurídica para os que de alguma forma foram lesionados, já que a dificuldade em se comprovar culpa ou dolo em algumas situações práticas acaba por limitar o direito dos jurisdicionados frente a excessos do próprio Estado.

2.2 Elementos da responsabilidade civil

Analisando a legislação do código civil é evidente que para ser caracterizada a responsabilidade subjetiva devem estar presentes, em regra, três ou quatro elementos essenciais: a conduta, resultado danoso e o nexo de causalidade e o dolo e a culpa. Conforme o artigo 186 do Código Civil determina que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

2.2.1 Conduta

O primeiro elemento é a conduta, é capaz de gerar a responsabilidade apenas quando humana e voluntária. A conduta devendo ser praticada por homem não se restringe a pessoa física em si, também pode ser manifestação de vontade de pessoa jurídica. E neste caso a pessoa jurídica por si responderá civilmente, podendo os responsáveis serem chamados ao processo posteriormente.

Já a voluntariedade aqui se falada não se traduz em vontade específica de realizar a ação, mas sim na consciência do que está se fazendo. Ademais, sua ação não precisa ser especificamente dirigida ao dano, mas deve ser feita de forma consciente pelo agente.

Conforme explica Gagliano (2015, p. 27):

Nesse contexto, fica fácil entender que a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo.

A conduta pode ser diferenciada conforme a atuação do agente, devendo ser classificada em ativa ou omissiva. Na ativa sua ação é direcionada ao dano, já na omissiva ocorre falta de ação quando tinha o dever de agir, e foi essa falta de ação que gerou o dano.

2.2.2 *Dano*

Outro elemento essencial para se caracterizar a responsabilidade é o resultado danoso que desencadeia o ressarcimento. Fato é que inexistente responsabilidade civil sem dano anterior. Mesmo em suas diferentes formas, o dano é o fato gerador do ressarcimento. Apesar de não ser o único requisito, pode se dizer que o elemento em questão é o fato gerador da indenização e intrínseco ao instituto.

Segundo Gonçalves (2019, p. 55):

Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de reparação, aliás sem objeto. Ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

A legislação brasileira não estabelece circunstâncias específicas para a ocorrência do dano, apenas a previsão genérica de reparação do ato ilícito, presentes no artigo 186 e 927 do Código Civil. Tratam-se apenas de cláusulas gerais de normas descritivas de valores, não impõem comportamentos, nem tampouco estipulam consequências jurídicas determinadas. Desta forma, cada caso é analisado conforme suas peculiaridades.

O sistema de conceituação é aberto, e a bibliografia acerca do tema define dano como lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela, patrimonial ou extrapatrimonial. Não basta por si só o terceiro se sentir lesado, deve haver parâmetro objetivo para definir o dano, não bastando, assim, o mero dessorço para ensejar a

reparação. Ao deixar aberta a capacidade de conceituação de dano, o instituto passa a ter como limite a criatividade do operador jurídico e a flexibilidade da jurisprudência.

A capacidade de se indenizar também os danos subjetivos tornam a análise dessa lacuna na conceituação do dano de extrema importância. Ademais, não basta apenas ser comprovado o dano deve se constatar até mesmo a extensão dele, de forma que se majore o valor reparatório devido.

Na ocorrência do dano material é mais simples a constatação da ocorrência e também da extensão, já no dano moral a tarefa se torna um pouco mais complexa. Esse ocorre com a diminuição dos bens da vítima, ou até mesmo quando impede o crescimento, e de forma objetiva é possível majorá-lo.

A possibilidade de responsabilização por danos morais foi consagrada pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.” Os danos morais ocorrem quando o ato atenta contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade, mas a subjetividade em tais direitos impede a sua majoração e constatação de forma clara.

Ademais, o dano moral dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade, há no caso, como forma de assegurar à vítima a prestação jurisdicional justa, uma presunção absoluta de dano. Segundo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis. Deve haver sempre busca da reparação e não motivo e enriquecimento sem causa. O arbitramento deve ser feito de forma moderada, buscando se adequar de forma proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico das partes.

Apesar da diferença na constatação e majoração, as duas formas de indenização são passíveis de cumulação. Com reiteradas decisões cristalizou-se o entendimento da possibilidade de se cumular na mesma ação o dano material e o moral, conforme a súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Sendo assim, conforme o previsto no Código Civil de 2002, para se gerar a responsabilidade civil é necessário a conduta analisada violar o direito também causar dano a outrem. Por conseguinte, é necessário o dano ainda que somente moral. Desta forma, o dano constitui elemento do tipo não havendo o que se falara em responsabilidade sem qualquer forma de dano. (CARRÁ, 2014)

2.2.3 *Nexo de causalidade*

Definido o dano, há a necessidade de relacioná-lo com a conduta para que se possa falar em responsabilidade. Essa conexão é o liame necessário entre o dano gerado e a conduta do agente, sem a qual a responsabilidade não se configura. Ademais tem dupla função, primeiro demonstra quem é o autor do dano e quem deverá ser responsabilizado, e depois como parâmetro de quantum indenizatório.

O nexo de causalidade, portanto, é indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Define Cavalieri Filho (2012. p. 67) como “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.”

O nexo de causalidade é essencial para a responsabilidade, seja por dolo ou culpa, há necessidade desse elemento. Conforme o artigo 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.” Quando o fato ilícito necessita cumulativamente violar o direito e causar dano a outrem deixa evidente que o dano deve ser comprovadamente uma consequência da conduta violadora de direito.

Como regra geral, deve ser provado o nexo por quem busca a reparação. Mas é possível em alguns casos específicos que esse nexo seja presumido, como forma de amenizar discrepâncias processuais entre as partes. Como ocorre na responsabilidade civil por atuação do Estado, o liame necessário é presumido, e cabe ao Estado, portanto, comprovar possível excludente ou atenuante, com vistas a se eximir ou diminuir sua responsabilidade.

A consequência danosa do ato determina não apenas a possibilidade de responsabilidade como também a extensão da reparação a ser paga, o quantum

indenizatório. Em possíveis casos de culpa concorrente haverá a diminuição da responsabilidade, e portanto, a redução da indenização devida.

Nos casos em que a culpa for exclusivamente de terceiro, força maior ou caso fortuito, ou culpa exclusivamente da vítima há o rompimento do nexo e por conseguinte o agente estará isento de qualquer responsabilidade, e conseqüentemente não há dever de indenizar.

É possível que no caso concreto surjam concausas, que dificultam saber qual das causas relacionadas deve ser escolhida como a responsável pelos danos, e se definir os limites do nexo causal na ordem jurídica. Como busca para dirimir tais dúvidas desenvolveram teorias que podem ser aplicadas nos casos concretos, entre elas três se destacam: Teoria da equivalência das condições, Teoria da causalidade adequada e a Teoria do dano direto e imediato.

A teoria da equivalência das condições considera todas as causas com a mesma importância. Por isso se diz “equivalência de condições”: todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado. (GAGLIANO, 2019)

Já a Teoria da causalidade adequada em crítica a teoria anterior define que o nexo de causalidade segundo um juízo de probabilidade, seria apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Não há regra teórica, nenhuma fórmula hipotética para resolver o problema, de sorte que a solução terá que ser encontrada em cada caso, atentando-se para a realidade fática, como bom-senso e ponderação. (CAVALIERI FILHO, 2010)

A terceira teoria desenvolvida, menos radical que as demais determina que causa seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019)

Há posicionamentos contrários na doutrina, autores de grande peso, dentre os quais Cavalieri Filho, tendem a acolher a teoria da causalidade adequada como a mais satisfatória para a responsabilidade civil. Já outros, como Pablo Stolze, adotam como a que melhor satisfaz o direito a teoria da causalidade direta ou imediata. As teorias buscam a melhor aplicação da norma em cada contexto fático, e cada magistrado tem a liberdade para utilizando-se dos instrumentos normativos e limitadores de sua

atuação decidir sobre a causa mesmo o código civil prevendo expressamente a teoria do dano direto e imediato.

Mesmo o Código Civil brasileiro definindo expressamente a utilização da Teoria do dano direto e imediato, em seu artigo 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” Observa-se que não há critério que prevaleça tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois, cada caso é analisado conforme suas peculiaridades, valendo-se da equidade para se julgar.

2.2.4 *Dolo e Culpa*

A conduta analisada no âmbito da responsabilidade civil é estritamente importante para se determinar a responsabilidade do agente. Quando essa conduta advém de voluntariedade em busca de causar o dano a conduta é entendida como dolosa, já quando age com imperícia, imprudência ou negligência, diz-se que age com culpa *strictu sensu*, e nesses dois casos há a possibilidade de ser responsabilizado pelo dano causado. Como explica Nader (2016, p. 105):

Em sentido amplo, culpa é o elemento subjetivo da conduta, compreensivo tanto da culpa *stricto sensu* quanto da ação ou omissão dolosa. Na responsabilidade civil, diz-se que a conduta é dolosa ou voluntária, quando o agente pratica o fato determinadamente, visando a causar dano a alguém.

Desta forma, a pessoa se sujeita à obrigação de reparar os danos, tenha atuado dolosa ou culposamente. Acerca dessa possibilidade há duas teorias que predominam na doutrina brasileira: A teoria subjetiva, em que há necessidade de se comprovar a culpa, e a teoria objetiva, em que apenas é necessária a conduta do agente, indiferente da presença de dolo ou culpa. O código civil adota como regra a responsabilidade civil subjetiva, e em casos excepcionais a responsabilidade objetiva. (NADER, 2016)

2.3 **Espécies de responsabilidade**

Em suma a ideia central do conceito da responsabilidade civil é sempre a mesma, qual seja a reparação do injusto sofrido. Conforme as relações se modificam e se tornam mais complexas torna-se necessário diferencia-las quanto a origem da reparação. O que difere cada classificação é o contexto em que é gerada, podendo ser classificada em: Contratual e extracontratual; objetiva e subjetiva. (GONÇALVES, 2019)

2.3.1 *Contratual e extracontratual*

A responsabilidade de reparação do dano pressupõe a violação de um dever preexistente, e é diferenciada quanto as espécies de responsabilidade. Podendo ser tanto contratual quanto extracontratual. Há para tanto a violação do direito de terceiro, direito que surge mediante prévio acordo entre as partes ou legalmente, por norma geral de não causar danos.

A diferença essencial entre as duas está na sede dessa responsabilidade, já que na contratual o dever jurídico violado está previsto em contrato. Visto isso, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana pressupõe todos os elementos presentes na contratual, mas não tem base em um contrato, apenas necessita de previsão legislativa, e da infração de um preceito geral de não prejudicar. Portanto, se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual.

Conforme explica Varela (1982, p. 10):

[...] a responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de prestar alimentos). E a responsabilidade extracontratual compreende, por seu turno, a violação dos deveres gerais de abstenção ou omissão, como os que correspondem aos direitos reais, aos direitos da personalidade ou aos direitos de autor (à chamada propriedade literária, científica ou artística, aos direitos de patente ou de invenções e às marcas).

2.3.1 *Objetiva e subjetiva*

Os requisitos gerais para configurar a responsabilidade civil como já estudado são a conduta, o dano e o nexa causal, mas tem-se a possibilidade de ser acrescido

a necessidade de se comprovar dolo ou culpa do agente causador do dano. A necessidade desse requisito é o que diferencia a responsabilidade subjetiva da objetiva.

Inicialmente a única forma de se buscar a reparação do dano era mediante a comprovação da culpa ou dolo do agente em causar o dano. À medida que as relações sociais se intensificaram, a possibilidade de se comprovar culpa ficou mais complexa, o que gerava em muitos casos a impossibilidade da parte lesada em buscar seus direitos. Mediante essa situação apenas a ideia de responsabilidade subjetiva se tornou insuficiente, como forma de aumentar a segurança jurídica e a proteção da vítima em casos de dano passou a se adotar em alguns casos a responsabilidade objetiva.

Como explica Saad (1994, p. 35):

A crítica fundou-se na dificuldade de comprovação da culpa, por se tratar de elemento subjetivo ligado à consciência do indivíduo, que praticou o ato, impondo-se um difícil ônus probatório ao lesado, para se chegar à procedência da ação.

Assim, acompanhando esta nova realidade, bem como para atender os anseios da sociedade moderna desenvolveu-se a teoria do risco integral que, para determinadas situações tornou a comprovação da culpa do agressor prescindível para a reparação civil do dano causado.

Desta forma surge a responsabilidade civil objetiva que se encontra retratada no vigente Código Civil brasileiro (art. 927, parágrafo único) como sistema subsidiário, segundo a qual deve o ofensor reparar, restituindo ou restaurando o ofendido independentemente de culpa.

A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é a responsabilidade civil subjetiva. Em alguns casos, expressamente estabelecidos, como forma de dar maior segurança jurídica às relações jurídicas, casos em que há certa vulnerabilidade de alguma das partes, e como consequência maior dificuldade de se comprovar a culpa, é adotada a responsabilidade objetiva.

3 DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A atual organização estatal e conceito de administração pública advém do Estado de direito, e garantem segurança jurídica aos administrados, possibilitando reparação civil em caso de dano gerado por esse. Entretanto, essa nem sempre foi a realidade, e para compreensão da atual conjuntura deve se analisar a evolução histórica empreendida. É oportuno, portanto, fazer considerações acerca da evolução conceitual do instituto e as teorias doutrinárias acerca do tema.

3.1 Conceito e aspectos históricos da responsabilidade do Estado

A organização em sociedade é inerente a condição humana, e com o desenvolvimento dessa se faz necessário a implantação de um Estado organizador ou organizado. A atuação do Estado será sempre em busca de seu principal objetivo, o bem-estar da sociedade, e a boa gestão de seus recursos.

Trata-se, assim, de pessoa criada pelo direito, não possuindo vontade própria nem mesmo ação, ou seja, o querer e o agir do ente estatal ocorre com a iniciativa dos agentes públicos, que são as pessoas responsáveis pela prestação de serviços e executoras das atividades da Administração Pública. (GASPARINI, 2007)

A administração deve obedecer a algumas regras gerais, para manutenção da ordem jurídica e segurança de seus administrados, e como pedra de toque de sua atuação há a Supremacia do Interesse Público e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração, o que denota a superioridade do Estado na relação com o particular.

À medida que o Estado se relaciona com os seus agentes públicos e bem como com os particulares, adquire direitos e obrigações que devem ser observados a luz das normas constitucionais vigentes. Qualquer pessoa juridicamente capaz de integrar relações de direitos e obrigações fica responsável por suas ações, e bem como por eventuais danos causados.

E com o Estado não é diferente, mediante as obrigações que adquire também se sujeita a responsabilidade civil em decorrência de possíveis danos causados a terceiros no exercício de seu poder de agir. Mesmo com princípios que

garantem em regra, sua supremacia, não significa estar imune ao ressarcimento de danos causados por seus agentes.

Conforme entendimento de Leite (2002, p. 47):

A atribuição de responsabilidade ao estado teve como pressuposto necessário o reconhecimento de sua personalidade jurídica, ou seja, da admissão do Estado como sujeito de direito no mundo jurídico, capaz de emitir uma vontade e de submeter às consequências daí resultantes.

Como em qualquer outra disciplina, as alterações fáticas históricas e socioeconômicas podem influenciar na alteração das normas vigentes, o direito administrativo também segue a regra. É possível observar o aumento na intervenção estatal nas relações no decorrer da história, principalmente com as mudanças dos sistemas econômicos vigentes, e como consequência, alteração da possibilidade e intensidade da responsabilização, até a teoria vigente hoje.

Sendo assim para melhor compreensão da atual conjuntura é necessário entender o percurso empreendido. É preciso compreender bem as três fases existentes, sendo estas respectivamente, a teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas (teoria dos atos de impérios e de gestão; teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva) e teorias publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva). (COSTA, 2012)

3.2 Regramento jurídico - teorias

Inicialmente, nos estados absolutistas, acreditava-se que o Estado agia no exercício de sua soberania e não poderia cometer erros, e nem tão pouco ser responsabilizado. Não havia qualquer possibilidade de responsabilizar o estado, seguindo como princípio basilar a ideia “the king can do no wrong” (o rei não erra), e qualquer atribuição de dano causado pelo estado seria um desrespeito à sua soberania, e estaria colocando-o no mesmo patamar de seus súditos. (DI PIETRO, 2011)

O desenvolvimento da sociedade e o aumento das prestações estatais tornaram essa prática de irresponsabilidade defasada. Com o aumento da atuação

estatal, ficou clara a possibilidade de erros estatais, e prejuízo a terceiros por meio de suas ações, além do surgimento do Estado de direito que o tornava sujeito de direito e também deveres. Apesar de forte influência no direito internacional, a teoria da irresponsabilidade não foi acolhida pelo direito brasileiro, em nenhum momento no Brasil o Estado foi totalmente irresponsável por sua atuação.

No século XIX, a teoria da irresponsabilidade foi então superada, e com o desenvolvimento do Estado de direito surge a possibilidade de responsabilização do Estado. A falta de direito próprio para tratar da nova possibilidade fez do direito civil seu embasamento, bem como a necessidade de comprovação de culpa. Surgindo então a teoria civilista da culpa. A referida teoria distinguia os atos de gestão, passíveis de responsabilização, dos atos de império, que não poderiam ser responsabilizados. (DI PIETRO, 2011)

Os atos de império seriam praticados pelo estado em razão da sua soberania, impostos coercitivamente aos governados, e sem o crivo do poder judiciário. Desta forma, não poderiam ser responsabilizados por suposto dano causado. Já os atos de gestão são passíveis de responsabilização, já que nestes o estado se equipara aos particulares. Conforme explica Di Pietro (2011, p. 564):

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – *the king can do no wrong*), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

Essa teoria foi bastante criticada pela dificuldade em distinguir os atos de gestão dos de império. A doutrina passou a buscar outra forma de classificar os atos, mas boa parte dela continuou a utilizar a doutrina civilista. Além de que por vezes a dificuldade de comprovar a culpa por parte dos que tiveram seus direitos prejudicados impossibilitava a reparação do dano. E assim, a teoria foi aos poucos perdendo seu espaço. (DI PIETRO, 2011)

Posteriormente, sob a influência da jurisprudência francesa formou-se a teoria da falta do serviço, falte du servisse, ocorrendo a responsabilidade do estado quando houver falta da prestação do serviço. Basta, portanto, a falha ou o mau funcionamento do serviço público para que se configure a sua responsabilidade. Não há distinção

entre a atuação do agente ou do serviço público em si, portanto não há necessidade de identificar quem gerou o dano.

Também sob forte influência da jurisprudência francesa chegou-se a teoria do risco administrativo, a última fase dessa evolução, a qual se retira a necessidade de comprovação de culpa do agente ou Estado. A responsabilidade é comprovada apenas pela presença de dano e nexos de causalidade, havendo a possibilidade de se excluir esse nexos em alguns casos específicos. O ônus de comprovar a excludente cabe à Administração, é possível caso comprovada a participação do particular para a ocorrência do dano, se atenuar a responsabilidade do estado. (DI PIETRO, 2011)

O que distingue a teoria do risco, a teoria da responsabilidade subjetiva e da teoria da culpa do serviço, é que a apreciação da culpa é afastada, pois não se cogita a culpa da Administração, ou ainda, dos seus agentes, bastando que a vítima demonstre que o fato danoso e injusto tenha sido ocasionado por ação ou omissão do poder público, conforme ensina Meirelles (1996).

A teoria do risco administrativo supre a maior dificuldade da vítima do dano em comprovar a culpa, mas há casos em que não cabe a sua exclusão e nem mesmo atenuação. Em vista desses casos desenvolveu-se a teoria do risco integral. Segundo esta teoria, para a comprovação e exigência de reparação basta demonstração de dano e nexos de causalidade. Desta forma explica Mello (1981, p. 866):

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Desde 1946 as normas vigentes no Brasil adotam a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, atualmente está prevista no artigo 37, 6º da Constituição Federal. Essa responsabilidade decorre de atos comissivos ou omissivos dos agentes estatais dos três poderes, independente da identificação do agente causador do dano. Entretanto, é possível ação de regresso contra este, quando comprovado o dano por dolo ou culpa, com prazo decadencial de 5 anos nos casos de culpa e imprescritíveis quando por dolo.

A conduta lícita ou ilícita deve ser praticada por um agente público, atuando nessa qualidade. O dano, deve ser causado a um bem protegido pelo nosso ordenamento jurídico, ainda que seja exclusivamente moral. E, por fim, o nexo de causalidade, a demonstração de que a conduta do agente foi preponderante e determinante para a ocorrência do evento danoso ensejador da responsabilidade civil objetiva, como explica Carvalho (2019).

3.3 Responsabilidade por ação e omissão

Mesmo valendo-se de superioridade na relação o direito administrativo resguarda a possibilidade de responsabilização estatal. Essa possibilidade vem da necessidade de reparação de danos causados aos particulares por sua atuação, por meio de seu braço atuante, os agentes públicos. É de entendimento Constitucional a atuação de agentes em nome do Estado, o conceito de agente público capaz de dar origem ao fato gerador da responsabilização tem sentido amplo, abrangendo pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Da mesma forma que na responsabilidade civil de agente particular que gera dano é necessário o preenchimento de alguns requisitos. Quando causada pelo estado deve-se atentar da mesma forma para os requisitos básicos exigidos pela lei.

O primeiro elemento necessário para configurar a responsabilidade civil do Estado é a conduta de agente representante do poder público. A forma de responsabilidade estatal se altera conforme sua conduta positiva ou negativa para com os administrados. (CARVALHO, 2019)

Quando sua conduta é positiva, em regra, há preponderância do risco administrativo. O entendimento é de que como o Estado assume o risco da prestação do serviço é responsabilizado de forma objetiva, razão pela qual não há necessidade de se comprovar culpa.

Por outro lado, na omissão, quando é dotada relevância jurídica, o omitente podia e devia agir, ocorrendo o resultado danoso o Estado fica responsabilizado por não ter agido. É entendido nesses casos que não agir é permitir que a causa opere. Nesses casos, há a preponderância da culpa subjetiva, e portanto, deve-se comprovar a culpa ou dolo do agente para a responsabilização.

Como explica Gonçalves (2019, p. 70):

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de agir pode ser imposto por lei ou resultar de convenção e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Para a doutrina e a jurisprudência construída é evidente que a responsabilidade do Estado no direito brasileiro é ampla, e não é qualquer prejuízo patrimonial relacionável com ações ou omissões do Estado que define obrigação de indenizar.

O Estado, assim responde por atos ilícitos, nos casos em que devendo e podendo agir não o fez. Seguindo o raciocínio não há que se falar em responsabilidade do Estado nos casos de fatos da natureza como enchentes, raios, e também não responde por atos de terceiros ou de multidões, como passeatas e tumultos organizados, desde que tenha tomado as devidas medidas cabíveis para se evitar os danos.

Como sustenta Di Pietro (2011, p. 655):

[...] para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano... A culpa está incutida na ideia da omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.

Para melhor se esclarecer a ideia observa-se os danos causados por atos de multidões, sendo comprovado que o Estado deixou de prestar a devida segurança ao local, sua culpa resta comprovada. Mas se mesmo tomando as devidas providencias, mesmo assim ocorreu danos, a culpa e a responsabilidade restam afastadas. (DI PIETRO, 2011)

Outra forma passível do estado se esquivar da responsabilidade é baseado na reserva do possível. A prestação de serviço pelo estado conta com recursos limitados, que podem e muitas vezes falham, mas se for realizada dentro de um padrão normal esperado não pode ser responsabilizado por eventuais faltas. Neste caso, deve se comprovar se seria possível ao ente responsável evitar o dano, caso fosse a responsabilidade não poderá ser afastada. (DI PIETRO, 2011)

Comprovado o dano a terceiro, e a efetiva responsabilidade do Estado, este tem o dever de ressarcir o terceiro. Ademais, há a possibilidade de trazer o agente público causador do dano ao processo, garantindo ao lesionado o recebimento da indenização do estado, e ao Estado o ressarcimento pelo prejuízo gerado por seu agente. Conforme estabelecido pelo artigo 37, § 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.”

Essa possibilidade de ação de regresso determina que quando comprovado dolo ou culpa do agente em causar o dano este deverá ressarcir o erário. Nos casos de culpa a ação tem prazo prescricional de 5 anos, quando por dolo, será imprescritível.

Ademais, sendo o Estado também sujeito de direitos, também pode requerer reparação de eventuais danos causados por seus servidores. Nos casos de atos de improbidade dolosos causadores de dano ao erário o estado tem a possibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Para esses casos é de entendimento doutrinário e também do STF que a ação será imprescritível, desde que configurada o dolo. Desta forma, quando ausente a comprovação de dolo, a imprescritibilidade é afastada. (CARVALHO, 2019)

3.4 Excludentes de responsabilidade

Há casos em que embora comprovado o dano, tem-se a possibilidade de atenuar ou excluir a responsabilidade do estado. No caso de exclusão da responsabilidade Estatal o dano deve ser causado por fatores específicos: Por fato de terceiro, da própria vítima e caso fortuito e força maior. Quando qualquer desses fatos ocorrem há o rompimento do nexo de causalidade, e o Estado não pode ser responsabilizado pelo dano. (CARVALHO, 2019)

A doutrina aponta o caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima como capazes de excluir a responsabilidade do Estado. O primeiro a ser analisado é o dano causado por culpa exclusiva da vítima, quando terceiro que sofreu o dano concorreu

para gera-lo há sua atenuação, mas quando por sua culpa exclusiva o dano foi gerado, o Estado fica totalmente isento de qualquer responsabilidade.

Já o fato de terceiro ocorre quando o dano é ocasionado não em razão da conduta do Estado ou da vítima, mas da conduta de um terceiro, isentando o agente da responsabilidade. Da mesma forma que age no dano em função culpa da vítima há possibilidade de atenuar a responsabilidade e também de excluí-la totalmente.

No caso de culpa concorrente do terceiro e do agente causador direto do dano, não há extinção da responsabilidade estatal, mas passa a existir a solidariedade quanto à responsabilidade. A vítima pode acionar qualquer um deles pela totalidade do prejuízo, conforme artigo 942 do Código Civil:

Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.
Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

A última hipótese para possível exclusão da responsabilidade do Estado ocorre nos casos de caso fortuito ou força maior. A alegação do Poder Público para a devida exclusão deve ser acompanhada de prova dessa alegação.

Para se comprovar o instituto deve haver três características intrínsecas, por si só o ocorrido deve ser suficiente em causar o dano, deve ser inevitável, e por último impossível de se prever o fato.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO DO PODER JUDICIÁRIO

Tratado o percurso até o entendimento atual sobre a possibilidade de responsabilização do Estado causado pela atuação de seus agentes, é possível tratar das minúcias sobre essa possibilidade no poder judiciário. Para tanto é necessário compreender as características dos atos administrativos.

4.1 Noções sobre atos administrativos

Os atos administrativos são as formas de manifestação de vontade da administração pública, a exteriorização dos poderes conferidos ao Estado. Conforme explicação de Di Pietro (2019, p. 233):

Ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Atualmente há vasta jurisprudência e normas acerca dos atos administrativos, que impõe direitos e limites à atuação estatal. Grandes foram as mudanças ocorridas ao longo da história para se alcançar essa estrutura.

Visto a grande influência que os eventos históricos têm na formação das normas e princípios gerais, é necessário entendimento acerca dos episódios de grande repercussão na história para se compreender o direito. Como já mencionado allures, com influência da revolução francesa, no século XVIII, houve grande limitação na atuação estatal, com o crescimento do liberalismo. Grande era a valorização da soberania popular, e como consequência o estado perdeu força de atuação, como resultado iniciou-se o processo de separação dos poderes.

O processo foi lento e gradativo até alcançar o nível de organização atual, com atuação da burguesia, buscava-se afastar a intervenção estatal. Nesse período, pouca era a capacidade de apreciação por parte do judiciário dos atos administrativos, somente era possível em casos expressos na norma. (DI PIETRO, 2019)

A partir do fim da primeira guerra mundial houve mudança nessa visão, e buscou-se uma maior intervenção estatal para a garantia de direitos sociais. Da mesma forma que o poder legislativo tomou maior forma no período anterior, neste o

poder executivo prevaleceu sobre os demais, já que maior era intervenção estatal, atuando até mesmo na economia. (DI PIETRO, 2019)

A Ampla discricionariedade que havia no período anterior foi substituída pelo controle legislativo, haja vista a constitucionalização crescente das normas de direito administrativo. A ampliação do estado democrático de direito que se funda na participação popular consagrada pela Constituição, estabelece normas e princípios que devem ser seguidos pelos representantes no poder.

A atuação estatal é regida pelo princípio da legalidade, de modo que a Administração deverá pautar toda sua atuação na lei, uma vez que para o Administrador público somente lhe é permitido o que é expresso na lei, e não o que a lei não veda, como nas relações privadas. Deve, pois, observar os ditames legais ao praticar atos vinculados ou discricionários observando, respectivamente, o que a lei determine ou autorize.

Sendo praticados quaisquer dos referidos atos administrativos é possível o controle interno, pelo próprio órgão, e também externo, realizada pela via judicial. O controle é realizado com relação a legalidade do ato e o poder judiciário deve ser estimulado para agir.

Entretanto, há atos que são elaborados conforme a discricionariedade e oportunidade da administração, e quanto ao mérito dos atos discricionários em regra não é cabível o controle por parte do judiciário, pois são praticados tendo por fundamento o juízo de conveniência e oportunidade da administração pública.

O judiciário com embasamento constitucional atua tanto na ação positiva do Estado quanto na negativa, buscando suprimir a inércia dos outros poderes. É notável a expansão da jurisdição constitucional bem como a força normativa e limitadora da Constituição Federal. (BARROSO, 2005)

Há, portanto, uma crescente ampliação da atuação jurisdicional no controle dos atos administrativos. Desde que instigado, o judiciário pode intervir nos atos administrativos vinculados e bem como nos discricionários, mesmo que nestes apenas quanto a legalidade.

4.2 Elementos do ato administrativos

Para a formação dos atos administrativos é necessário observar alguns elementos presentes, que justificam sua existência e validade, na doutrina há divergência quanto a nomenclatura, e alguns o reconhecem como requisitos, não havendo qualquer alteração na prática. Com base na Lei de ação popular, Lei n. 4.717/65, artigo 2º, são cinco elementos presentes no ato administrativo: Competência, Finalidade, Forma, Motivo e Objeto.

O primeiro a ser analisado é a competência, a doutrina o define como um poder-dever conferido ao Estado. Não é mera faculdade do servidor estatal, mas sim imposição de atuação. conforme explica Di Pietro, pode-se definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.

Em regra, havendo os pressupostos legais para sua atuação, o agente competente deve agir, mas caso não atue, ou não ocorra os pressupostos, sua competência é mantida, não é passível de prescrição. Como consequência direta da indisponibilidade do interesse público, a competência é irrenunciável, não podendo o agente se eximir de seu poder-dever.

A competência é definida por lei ou atos administrativos gerais, não podendo ser alterados por simples vontade da administração. Como regra, este elemento é consequência direta de lei, ou de disposição constitucional. Entretanto, em alguns casos admite-se a fixação de competência por meio de ato administrativo geral.

A competência não dá ao administrador margem de escolha, é sempre definida por lei. Ao contrário do que ocorre na competência jurisdicional, não há possibilidade de sua prorrogação. Caso o agente público pratique ato de forma incompetente, mesmo sem oposição de interessado continua incompetente. Por outro lado, é possível ao agente em alguns casos atuar temporariamente com competência que originalmente não era sua, nos casos de delegação ou avocação. (DI PIETRO, 2019)

Nos casos de delegação ocorre a extensão de competência, de forma temporária, para um outro agente de hierarquia igual ou inferior, de forma temporária. Há a imposição de limites ao agente delegado, o ato de delegação deve definir de forma específica o tempo e o objeto a ser delegado. A regra é a possibilidade de

delegação, mas não pode ser feita em alguns casos, como no caso de competência exclusiva, definida em lei; decisão de recurso hierárquico; edição de atos normativos. (DI PIETRO, 2019)

Já a avocação ocorre quando o agente público chama para si competência de outro agente, mas somente quando quem avoca é hierarquicamente superior ao outro. Há também as mesmas restrições previstas para a delegação. (DI PIETRO, 2019)

O segundo elemento a ser estudado é a finalidade, definido como aquilo que se busca proteger com a prática do ato. Para todo ato há duas finalidades, uma genérica, qual seja o atendimento ao interesse público, e a específica, que é definida em lei e estabelece qual a finalidade de cada ato especificamente. Conforme explica Di Pietro (2019, p. 246):

Em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública;

Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

O ato fica restrito às suas finalidades, caso se desvirtua ocorre abuso de poder da Administração por desvio do poder, devendo o ato ser anulado. Há no caso a preponderância da finalidade específica, se for violada, mesmo na busca do interesse público há o desvio de finalidade. A finalidade, portanto, é elemento vinculado a lei, não há margem de discricionariedade de escolha para o agente.

O terceiro elemento é a forma, definida como a exteriorização do ato, determinada por lei. É elemento essencial do ato, sua ausência importa na inexistência do ato. Em contrário ao que prevalece no direito privado, onde não há forma específica para os atos, podendo os particulares dispor livremente, salvo quando expressamente exigida forma específica, no direito público como garantia do interesse público e dos direitos dos cidadãos há a atuação do princípio da solenidade. (DI PIETRO, 2019)

Assim, os atos administrativos devem ser realizados por escrito, ainda que sem norma expressa para tanto. A forma é essencial para sua existência, como seu instrumento necessário para que a conduta administrativa alcance seus objetivos.

Como é instrumento para o ato, ocorrendo vício na forma o ato será passível de anulação, tanto pela autotutela do estado quanto pela análise judicial. Entretanto quando este não gerar qualquer prejuízo ao interesse público nem a terceiros e mantido a sua finalidade, não há qualquer necessidade em se anula-lo. Com o objetivo de se manter os benefícios gerados pelo ato, deve-se manter o ato viciado, desde que sanável, convalidando-se sua forma.

O quarto elemento é o motivo, constituindo a razão pela qual o ato é praticado, a situação fática que determina a atuação estatal os termos efetuados. Para haver validade dos motivos a situação fática apresentada deve ser correspondente à situação disposta em lei como justificadora do ato administrativo. (DI PIETRO, 2019)

O motivo é elemento discricionário, não há determinação legal para sua exposição. Ademais quando exposto o ato fica vinculado a ele, se o que foi alegado como ensejador do ato for falso, o ato se torna inválido. Assim os motivos expostos devem sempre corresponder a realidade dos fatos, sob pena de nulidade do ato. (DI PIETRO, 2019)

Essa forma de vinculação compreende à teoria dos motivos determinantes, a doutrina a define que os motivos apresentados, mesmo que a lei não obrigue a sua motivação, como justificadores da prática do ato administrativo vinculam o ato, e caso os motivos sejam viciados, o ato também será.

O último elemento a ser analisado é o objeto, definido como aquilo que o ato dispõe, o efeito causado no mundo jurídico. A partir da prática de um ato administrativo ocorre a criação de direitos e obrigações para os sujeitos envolvidos no ato, limitados às disposições normativas. Da mesma forma que o motivo, o objeto é um elemento discricionário, ficando a cargo do administrador mediante a sua conveniência e oportunidade. (DI PIETRO, 2019)

4.3 Atos típicos e atípicos: atos do poder judiciário

No Estado democrático de direito como forma de tornar efetivo os direitos e garantias proclamados pela constituição federal postulou-se a divisão dos três poderes. É uma forma de combater a concentração de poder e preservar a liberdade individual, por um sistema conhecido como freios e contrapesos.

Os três poderes atuam de forma independente e harmônica entre si, e possuem em seu exercício a possibilidade de desenvolver duas funções, as típicas e atípicas. O Poder legislativo tem como função típica legislar, e de forma atípica as funções de natureza executiva e jurisdicional. Já o poder executivo em sua função típica pratica os atos de chefia do estado, governo e atos da administração, e na atípica, atos de natureza legislativa, e jurisdicional.

E por fim, o Poder judiciário, que em sua função típica exerce função jurisdicional, e conseqüentemente, como atípica, atos de natureza legislativa e executiva. Para o exercício deste poder o Estado deve ser provocado, se valendo do princípio da inércia, apenas soluciona os conflitos jurídicos quando é acionado pelas partes.

A atuação Estatal gera efeitos tanto jurídicos quanto fáticos, e pode também gerar danos à terceiros. Então, surge a possibilidade de responsabilização do agente causador, quando presente os demais requisitos. Como já estudado, o agente público é quem atua em nome do Estado, ainda que de forma temporária ou sem remuneração. Desta forma, é evidente que o magistrado em sua atuação é um agente público e se torna o responsável por dizer o direito em nome do Estado. (CARVALHO, 2019)

No âmbito do poder judiciário, quando atua de forma atípica não há dúvidas quanto a possibilidade de responsabilização objetiva do Estado, adotando-se a regra geral. Mas quando se refere a atos típicos do poder judiciário, em seu poder de dizer o direito fundamenta-se na soberania do poder judiciário e a teoria que prevalece é a da irresponsabilidade estatal.

Há a possibilidade de responsabilização em casos específicos previstos no artigo 630 do CPP e, agora, no artigo 5º, LXXV, da Constituição: “o Estado indenizará o condenado por erros judiciários, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A regra predominante, é que para a configuração da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional é imprescindível a existência de dolo ou fraude por parte

do magistrado. Entende-se que sendo o poder judiciário soberano, o juiz deve agir com independência no exercício das funções.

4.4 Caracterização doutrinária e jurisprudencial na possibilidade de responsabilização

O ordenamento jurídico ao se determinar o artigo 37, § 6º estabeleceu como regra a responsabilidade civil objetiva do Estado, reconhecendo a desigualdade jurídica que existe entre um particular e o Estado. Visa, então, tutelar o interesse coletivo, assegurando a prevalência jurídica deste interesse ante aos do particular, afirmando o princípio da supremacia do interesse público.

Como explica Cavalieri Filho (2011), com relação ao Estado, a regra é a responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo. Quando o dano for causado por agente público nessa qualidade, sempre que houver relação de causa e efeito entre a atuação administrativa e o dano haverá possibilidade de reparar o dano gerado.

Entende-se que é injusto que um administrado que sofre danos patrimoniais ou morais decorrentes das atividades da administração, precise comprovar a existência de culpa desta, para que lhe seja assegurado o seu direito à reparação. (ALEXANDRINO, 2014)

Como afirma Cavalieri Filho (2011, p. 10):

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. A expressão seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo.

Como regra geral para os atos da administração pública vigora a responsabilidade objetiva, já para atos legislativos e judiciais o entendimento é diferente. O dever de indenizar ainda encontra obstáculos, apesar de grande evolução

no âmbito da responsabilidade estatal por atividade executiva, pouco houve mudanças nessa área. (CARVALHO, 2019)

Ademais para os atos do poder legislativo o entendimento majoritário é de irresponsabilidade, enquanto para o poder judiciário dependerá dos atos em si. Já para suas funções atípicas, não há dúvida quanto à possibilidade de reparação de danos. Contudo com relação aos atos judiciais propriamente ditos ainda há discussão sobre a possibilidade de serem responsabilizados com eventuais danos causados. (CARVALHO, 2019)

É importante ressaltar que há normas com o objetivo de evitar danos por imposição de direito sem a devida atuação do poder judiciário. Como o disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É uma garantia constitucional ampla, que confere a todo indivíduo, o direito fundamental a um processo justo e devido.

Sendo este o direito fundamental do devido processo legal, é responsável por nortear todo o processo legal. E a constituição estabelece também as únicas hipóteses em que atos jurisdicionais serão passíveis de responsabilização. Quais sejam por erro do judiciário, e indenizar por pessoa presa além do tempo fixado na sentença. Conforme art. 5º, LXXV, que “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Diante do exposto, é visto que predomina na jurisprudência a irresponsabilidade do Estado por atos dos Juízes, salvo quando o dever de indenizar estivesse expressamente previsto em lei. Este entendimento encontra fundamento em teses que defendem a liberdade e a independência dos julgadores e o ato jurisdicional como exercício da soberania do poder judiciário pela autoridade judiciária. (CARVALHO, 2019)

Mas é evidente que mesmo com as devidas cautelas tomadas pelo legislador para garantir a devida atuação judicial, a justiça por muitas vezes falha, não só com o processo em si, mas com o direito a ser dito. Os danos gerados por essas falhas por vezes vão além das questões materiais, e acabam por atingir a pessoa do ofendido subjetivamente, moralmente.

Como explica Di Pietro (2011, p. 424):

Já no erro civil, os valores atingidos, na maior parte dos casos, são de natureza patrimonial, além do fato de que a função jurisdicional é provocada pelas partes e não pela sociedade. Mas tal circunstância não pode servir e fundamento para a tese da irresponsabilidade do Estado em decorrência de ato jurisdicional, principalmente em determinados casos em que o dano decorre de erro grave, dolo ou culpa do magistrado. Tratar-se-ia, se assim fosse, de imunidade não reconhecida em qualquer outro setor da sociedade. E não teria sentido que as pessoas, procurando o Judiciário, porque querem justiça, viessem a ser prejudicadas por decisão errada do magistrado.

Alguns doutrinadores divergem do entendimento jurisprudencial majoritário, defendem que tendo em vista a forma de atuação do poder judiciário, a mesma responsabilidade que incide sobre o Estado, de reparar os danos causados em razão da prestação de outros serviços, deveria existir em relação à atuação do magistrado. Sendo a atividade jurisdicional exteriorização do exercício do poder do Estado através dos magistrados, seus agentes públicos, deveria sujeitar-se às mesmas obrigações e responsabilidades atribuídas às demais atividades, em eventual dano causado por seus agentes. (CARVALHO, 2019)

Ao mesmo tempo que uma pessoa lesada por erro judicial penal recebe amparo judicial, com previsão de responsabilidade objetiva, uma pessoa que sofreu os danos causados no âmbito cível tem como regra a irresponsabilidade do Estado. Essa forma de tratamento diferenciado não corresponde com o entendimento lógico e juridicamente seguro buscado no estado democrático de direito.

É claro o entendimento de que magistrados são servidores públicos, visto que se enquadram ao conceito amplo de agente público, sendo aquele que atua em nome do Estado, ainda que o faça temporariamente ou sem remuneração, a qualquer título, além de que em sua atuação fora de sua função típica suas ações são possíveis de responsabilização.

Como visto, a possibilidade de responsabilização do estado é pautada em requisitos como a conduta do agente público, o dano gerado a terceiro e o nexo de causalidade. Tanto no âmbito cível quanto no penal os requisitos estariam preenchidos o que não justifica o tratamento desigual. É de fácil percepção que o dano causado ao terceiro quando erro priva liberdade do indivíduo tem uma maior repercussão do que erros no âmbito civil.

Mas de toda sorte, não justifica sua irresponsabilidade, devendo apenas a gradação do dano ser considerado apenas para majoração da indenização. As várias instancias presentes no judiciário é a segurança de que as partes possam recorrer contra decisões que julguem contrárias ao direito. É o exercício do princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais, no qual a parte que se julga prejudicada pode se valer de mecanismos em busca da alteração da sentença. (CARVALHO, 2019)

Entretanto, apesar de o estado proporcionar os mecanismos buscando evitar danos, na prática não é o que ocorre. A demora na prestação jurisdicional torna difícil o acesso às decisões de primeira instancia, e é ainda pior os julgamentos dos recursos, nos casos em que é necessário. A morosidade e entrega deficiente na jurisdição frustra direitos e gera falta de confiabilidade no sistema, o que por certo não justifica se adotar a irresponsabilidade estatal. Mesmo indo de encontro com evolução normativa até aqui estabelecida o entendimento jurisprudencial segue um mesmo raciocínio. Como é demonstrado em julgados analisados:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL. REFORMA DE SENTENÇA PELO ÓRGÃO COLEGIADO COMPETENTE. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA ERRO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO NEGADA. 1. A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que, à exceção dos "casos previstos no art. 5º, LXXV, da Magna Carta - erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença -, e daqueles expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos jurisdicionais" (RE 765139 AgR, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 20-11-2017 PUBLIC 21-11-2017). 2. Partindo-se de tal premissa, a reforma, pelo órgão colegiado competente, de sentença proferida por autoridade investida de jurisdição, não configura, obviamente, prisão além do tempo fixado na sentença, tampouco erro judiciário. Isso porque é inerente à estrutura do Poder Judiciário sua divisão em órgãos e instâncias superiores incumbidas, dentre outras atividades, de revisar decisões prévias, no intuito de garantir a excelência da prestação jurisdicional, inclusive como forma de prestígio ao devido processo legal. 3. Assim, eventual mudança de decisão, monocrática ou colegiada, por instância competente para tanto não implica dizer que ocorreu, na origem, erro passível de indenização, notadamente quando o objeto da revisão foi proferido com esteio no convencimento racional do magistrado e em conformidade com permissivos legais. 4. Uma vez não praticado qualquer ato ilícito, sequer imputada conduta dolosa ou de má-fé do órgão judicial atuante, não está configurado o dever de indenizar. 5. Recurso improvido. (BRASIL, 2019)

No julgado exposto o condenado busca indenização por ter tido sua sentença reformada por tribunal superior, seu recurso resta improvido com fundamentação na falta de erro do judiciário, e ausência de dolo do juiz em causar dano. Não foi praticado qualquer ato ilícito, dolosa ou de má-fé do órgão judicial atuante, não está configurado o dever de indenizar.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATO DO PODER JUDICIÁRIO. ERRO JUDICIÁRIO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA 279/STF. Para dissentir da solução conferida pelo Tribunal de origem à controvérsia, relativa à ocorrência, ou não, de erro judiciário, faz-se necessária uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos (incidência da Súmula 279/STF). O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a responsabilidade civil objetiva do Estado não alcança os atos judiciais praticados de forma regular, salvo nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014)

Como visto, o entendimento jurisprudencial segue o posicionamento de que o Estado, em regra, não é responsabilizado por ato do poder judiciário. Mesmo que seja possível a ocorrência de danos em circunstâncias diversa da estabelecida na constituição.

A norma em que constitui as condutas passíveis de responsabilização estatal tem rol escasso e de pouca abrangência, o que a torna desatualizada em comparação com a complexidade das atuais relações judiciais, mesmo assim os tribunais seguem o raciocínio de não responsabilizar o Estado.

5 CONCLUSÃO

Mormente, foi estudado a origem histórica da reparação civil, tão antiga quanto as relações sociais. Da forma simples como era feita antes da evolução da normatização, os particulares eram responsáveis pelo ressarcimento do dano causado entre si, e até hoje na jurisdição a ideia principal da responsabilidade civil ainda é de resposta ao dano sofrido.

Grande foi a evolução do conceito e de seus efeitos, mesmo sendo mantida a ideia principal de reparação. A norma se adaptou à nova realidade das relações sociais e trouxe maior segurança jurídica com a regra de aplicação da responsabilidade objetiva aos atos praticados pelo Estado. Bastando para tanto apenas comprovar os requisitos essenciais, como foi estudado allures: A conduta, o dano e nexos de causalidade.

O entendimento é embasado pela constituição federal em seu artigo 37, § 6º, como regra no âmbito da atuação estatal. Entretanto, quando se trata da responsabilidade por atos do legislativo e do judiciário não é visto dessa forma. E o que prevalece é a irresponsabilidade do Estado.

Para entendimento do que ocorre nos atos do judiciário deve haver diferenciação quanto aos atos típicos e atípicos. Nos atos atípicos, não há dúvida quanto a reparação civil em caso de dano, já nos atos propriamente jurisdicionais que ainda não comporta a possibilidade de responsabilidade estatal como regra.

Conforme se viu ao longo da presente pesquisa, a responsabilidade civil do Estado por atos judiciários danosos, ainda que esteja defendida majoritariamente pela doutrina nacional, encontra-se ainda com forte resistência na jurisprudência, que entende, em regra, pela irresponsabilidade do Estado. São apontados diversos argumentos que visam justificar tal posicionamento, tais como a soberania do Poder Judiciário, a independência do juiz, a falibilidade humana e a inexistência de lei específica.

Sendo, o estado democrático de direito uma forma de limitação ao poder estatal, deve-se considerar os efeitos dessa mitigação na possibilidade de

responsabilização causada aos usuários do poder judiciário, e não apenas as consequências negativas ao Estado. Evidente que é necessário levar em conta o caráter diferenciado deste poder, mas por outro lado os jurisdicionados estão sujeitos aos efeitos de possíveis injustiças causadas, e a segurança jurídica deve prevalecer.

Ademais, a constituição Federal em conjunto com o conceito moderno de direito administrativo deixa clara a possibilidade de responsabilização do agente público, sendo este todo aquele que atua em nome do Estado. Em análise estrita da legislação o magistrado se encaixaria no conceito de agente público, e acrescenta-se o fato de não haver qualquer limitação expressa na lei quanto a essa possibilidade.

Portanto, conclui-se que mesmo não sendo a vontade expressa pelo legislador o entendimento jurisprudencial defende a tese de irresponsabilidade Estatal por atos jurisdicionais típicos. Mesmo não havendo fundamentação capaz de justificar esse entendimento, e por conseguinte não deveria ser a tese predominante, já que não há na legislação hipótese de exclusão dos magistrados como agentes públicos, nem tão pouco nega-se a possibilidade de responsabiliza-los.

Como a atuação do Estado será sempre em busca de seu principal objetivo, o bem-estar da sociedade, se sua conduta gerar dano para seus cidadãos deve ser responsabilizado a reparar o mau gerado. Portanto, mesmo tendo em vista o caráter diferenciado do Estado frente às relações jurídicas com os administrados, não deve ser isento de indenizá-los caso gere algum dano.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. (1 Turma). Agravo regimental. **AI 759880 RS**. Agravo regimental em agravo de instrumento. Responsabilidade civil objetiva do estado por ato do poder judiciário. Erro judiciário não configurado. Súmula 279/stf. Agravante: Claudio Garcia Rodrigues. Agravado: Estado do rio grande do sul. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 5 de Agosto de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25253457/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-759880-rs-stf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de justiça. (1 Turma). Recurso Extraordinário. **RE 765139 AgR**. Administrativo. Responsabilidade civil do estado por ato jurisdicional. Reforma de sentença pelo órgão colegiado competente. Hipótese que não configura erro judiciário. Indenização negada. Recorrente: Somaria Stevan Fatel Recorrido: União. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, de 2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/813685749/recurso-civel-50040528420194047001-pr-5004052-8420194047001?ref=serp>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do estado. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul./set. 2011.

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

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA, Elisson Pereira da. **Direito administrativo: organização da administração, responsabilidade civil do estado, agentes públicos e controle da administração.** São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

MELLO, Celso Antonio de. **Ato administrativo e direito dos administrados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Responsabilidade civil do Estado.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 10, n. 851, p. 3, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 01 abr. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais.** São Paulo: LTR, 2003.

SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado: doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VARELA, Antunes. **A responsabilidade no direito.** 4. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados, 1982.