

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

VANDA MARIA DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS
DECORRENTES DE ATOS JUDICIAIS**

Monografia de conclusão de curso
apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio
Carlos/Juiz de Fora, como exigência para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

JUIZ DE FORA

2009

OLIVEIRA, Vanda Maria.

Responsabilidade Civil do Estado por danos decorrentes de atos judiciários / Vanda Maria de Oliveira; Orientador: Laura Vieira, Juiz de Fora, Minas Gerais: [s.n.], 2009. 65 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) –
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC.

1. Responsabilidade - 2. Civil do Estado 3. por danos decorrentes de atos judiciais.

CDD

FOLHA DE APROVAÇÃO

Vanda Maria de Oliveira

Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atos judiciais

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em 30/06/2009.

A você, Dindinha Luzia, por sua presença em toda a minha vida, compartilhado comigo as tristezas e alegrias; as dificuldades e conquistas.

Você, como eu quase não sabia sorrir, mas bastava ouvir seus passos para que o sol surgisse para aquecer meu mundo e juntas muitas vezes sorrímos entre lágrimas das histórias vividas. Foram tantas!

Pois você foi pai, mãe, filha, irmã, amiga, e companheira – unidas por mais que laços de família.

Mas... você se foi e segui meu caminho sem nunca me sentir só, bastava sua lembrança para me revigorar do cansaço.

A única forma de agradecê-la é realizar um sonho que foi mais que seu, pedindo a Deus que lhe oportunize estar perto de mim ao término desta longa jornada, resultando na vitória que lhe dedico.

AGRADECIMENTOS

É o momento de agradecer:

Primeiramente, a Você, Mestre, por mais uma oportunidade, não me deixar cair pelos tropeços impostos pela vida.

A Pámela, minha filha, por incentivar-me a perseguir de sonho, quando pensava em desisti em pelas noites de sono perdidas.

Aos mestres, com carinho especial aos professores Adriana e Leonardo, construtores do meu saber.

Aos funcionários, de coração a amiga Regina nada seria sem você.

Aos colegas de turma, com certeza, Unidos Venceremos.

Aos grandes amigos Diulva e Roberto, sem definição e grau, pois, são imensuráveis – são mais que especiais.

Mais uma vez, obrigado Mestre, abençoe a todos que colaboraram na construção de minha história.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
1.1 CONCEITO	14
1.1.1 Pressupostos	16
1.1.2 Ação e omissão	17
1.1.3 Dano	19
1.1.4 Nexo de causalidade.....	21
1.1.5 Culpa.....	22
1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA.....	22
1.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	26
1.4 EVOLUÇÃO DA TEORIA EXTRA CONTRATUAL	30
1.4.1 Teoria da irresponsabilidade	31
1.4.2 Teorias civilistas.....	32
1.4.2.1 Teoria civilistas da culpa	32
1.5 TEORIAS PUBLICISTAS	33
1.6 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	34
1.7 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO	37
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	39
2.1 SOBERANIA DO PODER ESTATAL.....	40
2.2 O ESTADO-JUIZ	42

2.3 FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	44
2.4 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA JURISDIÇÃO	46
2.4.1 Os princípios da eficiência e da celeridade.....	47
2.5 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES	48
2.5.1 Caso fortuito ou de força maior.....	48
2.5.2 Culpa exclusiva da vítima	49
2.5.3 Fato de terceiros.....	50
3 DANOS DECORRENTES DE ATOS JUDICIAIS	52
3.1 A FABILIDADE CONTIGENCIAL DOS JUÍZES.....	52
3.2 O RISCO DO SERVIÇO ASSUMIDO PELOS JURISDICIONADOS	52
3.3 A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO.....	53
3.4 AS ATIVIDADES JUDICIÁRIAS DANOSAS	54
3.4.1 O erro judiciário	54
3.4.2 O serviço público defeituoso	55
3.4.3 A denegação de justiça	56
3.4.4 O dolo ou a culpa do juiz.....	56
3.5 A PRISÃO ILEGAL.....	57
3.6 AS OUTRAS MODALIDADES	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

MP – Ministério Público

STF – Supremo Tribunal Federal

CPC – Código do Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional

RESUMO

O presente trabalho procura sustentar que o Estado pode ser responsabilizado patrimonialmente por danos decorrentes da atividade do poder judiciário. O estado responderá de forma objetiva diante de seus agentes, baseado na teoria do risco administrativo, com força da nova constituição no seu artigo 37, §6º. Neste mesmo sentido, cabe dizer que o Estado responderá mesmo não comprovada a culpa, bastando o nexo causal entre a ação e o resultado. Mas, porém, caberá ao Estado, questões em que excluam ou atenuam a responsabilidade do Estado por atos judiciais, com a responsabilidade de regresso.

Palavras-chave

Estado, Poder Judiciário, Responsabilidade Civil Objetiva.

INTRODUÇÃO

Este trabalho almeja acrescentar os principais aspectos concernentes à responsabilidade civil do Estado por ato judicial. O tema desperta interesses por correlacionar questões de direito público e privado, constando-se mais uma vez que se pode analisar qualquer questão jurídica, atendendo somente um ramo do direito.

Diante da crescente importância da responsabilidade civil do Estado, numerosas obras dedicaram ao debate do assunto. Mais recentemente, aventuraram-se os doutrinadores no que seria o último reduto da irresponsabilidade civil do Estado, a atividade judiciária.

A pretensão de monopólio por parte do Estado na produção de normas jurídicas não condiz com a tese da irresponsabilidade do estado no âmbito do poder judiciário se pretende produzir e, conseqüentemente, aplicar as normas, é preciso que haja alguma forma de assegurar ao particular o ressarcimento do dano causado por atuação lesiva do poder público no desempenho de suas atividades judiciárias.

Na primeira parte iremos estudar o que seria a responsabilidade civil em geral, analisar onde seria cabível a obrigação de indenizar de um sujeito, ou até que ponto caberia as conseqüências em que levaria alguém o dever de reparar.

Desta forma quando formos analisar o conceito de responsabilidade civil, seria necessário que estejam um dos requisitos, que seriam ação ou omissão, dano e nexa causal, e culpa.

Sendo estes obrigatórios, para figurar a obrigação de indenizar, mas também serão estudado as causas excludentes de responsabilidade que são: culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, estado de necessidade cláusula de não incidência, legítima defesa e exercício regular de um direito.

Nesta mesma parte, iremos ver que a responsabilidade pode ser dividida em objetiva e subjetiva, sendo que iremos perceber que a responsabilidade objetiva responderá mesmo que não tenha culpa, tendo apenas o nexo causal, e na subjetiva é necessário que esteja presente este pressuposto denominado "culpa", para que seja configurado.

Da mesma forma que a responsabilidade pode ser dividida em objetiva e subjetiva, ela poderá ser configurada em contratual e extracontratual a qual nos interessa, porque não existirá um contrato, mas que terá sido violado um dever legal.

Quanto à responsabilidade civil do estado percebemos grandes mudanças, como o desaparecimento da teoria da irresponsabilidade e o surgimento de outras como: a teoria da culpa administrativa, onde o estado responderá por falta de serviço, respondendo com culpa. A teoria do risco administrativo, em que não seria necessário a culpa, apenas o nexo causal, e por último a teoria do risco integral (objetiva), onde o estado deverá responder por tudo independentemente de culpa ou nexo causal.

E também com o surgimento da nova constituição de 1988, em seu parágrafo 6º do art. 37, vamos perceber que foi adotada a teoria do risco administrativo como fundamento da teoria objetiva, em que o Estado irá responder de forma objetiva para com seus agentes.

Deste modo o Estado responderá em nome próprio, em razão das concessionárias e permissionárias, pois caberá ao Estado fiscalizar o serviço prestado por elas.

A responsabilidade civil é aquela que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais, morais e estéticos, e se extingue com a reparação. Seria ainda a obrigação de prestar uma reparação pecuniária que o lesado possa voltar à situação anterior ou tente compensar sofrimento íntimo.

Na segunda parte, iremos à evolução do Estado como a complexa forma de organização da sociedade, um dos maiores feitos do homo sapiens e por derivação da vontade dos próprios integrantes da sociedade (criadores), exerce o Estado (criatura) um poder enorme

sobre seus menores. Tal poder, de natureza política, se materializa através de suas funções essenciais: a administrativa, legislativa e jurisdicional.

Sendo a participação da sociedade o escopo da função jurisdicional, quando ela falha, violando princípios processuais, ocorre uma grave ruptura na segurança jurídica. Aqui o interesse são os erros judiciários.

As conseqüências de tais erros poderá acarretar maiores prejuízos aos jurisdicionados, que tem direito em cobrar do Estado adequado funcionamento da justiça como direito fundamental dos jurisdicionados, já que estes abdicaram da justiça de mão própria ante a promessa de que os conflitos em que se envolverem serão adequadamente dirimidos pelo Estado-Juiz, que deve dizer, em prazo razoável, sem falhas, quem está com a razão.

Daí, a importância dos estudos feitos sobre o tema proposto, enfatizando a jurisdição como promessa estatal, alguns aspectos que envolvem as falhas jurisdicional e suas conseqüências no termo da responsabilidade civil.

A terceira parte, iremos estudar os danos decorrentes de atos judiciais, que faremos uma explanação da falibilidade contingencial dos juizes, por serem seres humanos também erram.

Dos riscos do serviço assumidos pelos jurisdicionados, então, o Estado não responderia pelos danos causados pela máquina judiciária, então os jurisdicionados teria que suportar os prejuízos.

O magistrado e sua independência funcional com intérprete e aplicador da lei contemplando a realidade social.

Quanto às atividades judiciárias danosas, serão abordadas as que estão consagradas em texto legal, que implicam responsabilidade civil do Estado.

Serão abordados a culpa, o dolo e a fraude do juiz como conseqüências danosas para o jurisdicionados.

Vale lembrar que o método utilizado foram estudos bibliográficos das doutrinas das jurisprudências e legislações. Devido à amplitude de seu campo de atuação dificulta a análise de determinados aspectos, portanto, se faz necessário que os agentes, além da legislação, utilizem a lógica razoável para o equilíbrio da sociedade.

1 RESPONSABILIDADE

1.1 CONCEITO

A responsabilidade civil conquistou seu espaço na moderna sociedade brasileira a partir da Constituição Federal de 1988, quando tornou-se objetiva, este fato conferiu maiores benefícios ao cidadão.

Paralelamente, também lançou um desafio ao Estado ao lançar a objetividade, pois, sua responsabilidade maior é manter o equilíbrio de ordem moral ou patrimonial e garantir a integridade do indivíduo.

Inicialmente, pretendemos trazer o conceito do termo responsabilidade civil, e em seguida, a classificação de seus pressupostos.

O termo “responsabilidade” é utilizado para designar várias situações no campo jurídico, contudo, é importante enfocá-lo no sentido de dever jurídico atribuído a uma pessoa física ou jurídica, pela ocorrência de um fato ou ato punível, em virtude da violação de direito, acarretando reflexos tendentes à reparação do dano.

Segundo Cavalieri Filho (2003, p. 24), podemos salientar que, o emprego dos substantivos “obrigação” e “responsabilidade” como se fossem sinônimos. Ao passo que obrigação invariavelmente representa um dever jurídico originário, a responsabilidade por sua vez, é um reflexo da violação da “obrigação”.

No presente estudo, buscar-se-á empregar o termo “responsabilidade dentro de sua própria dimensão, partindo do pressuposto de que houve a violação de um dever jurídico originário. Em seu sentido amplo, a responsabilidade é a obrigação em virtude da qual é

atribuído a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de um comportamento.

A doutrina tem vários conceitos de responsabilidade civil. Para Savatier (apud RODRIGUES, 2002, p. 6) “[...] é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisa que dela dependam [...]”.

Podemos dizer que na responsabilidade civil deve ser analisada a conduta do agente que através de um fato que praticou gerou obrigação de indenizar, em conformidade como artigo 972 do código civil, que trata:

aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade, normalmente desenvolvida pela autor do dano implica, por natureza, risco para o direito do homem. (SARAIVA, 2006, p. 226).

Conforme este artigo, o agente que cometeu algum ato tem obrigação de reparar o dano, agindo pessoalmente, ou seja, quando se diz respeito ao próprio causador do dano.

Para Stoco (1997, p. 52):

É necessário que um ato ilícito que necessita de um ato de vontade, e que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente, que através da prática do ato ilícito decorre a responsabilidade que envolve antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou descompensação patrimonial.

Com acerto, Diniz (2003, p. 36) diz que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa a quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Para Pereira (1996, p. 11) “a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica a que se forma”.

Ao seu turno, Cavalieri Filho (2003, p. 25), sustenta que: “[...] responsabilidade civil é um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Por sua vez, Batista (2003, p. 59) conceitua responsabilidade civil “[...] como a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever o agente causador ou o terceiro a quem a norma imputa obrigação”.

Podemos notar que os conceitos de responsabilidade civil citados, uns apenas vinculando um sujeito passivo ao dever de reparar um dano produzido e outros há uma preocupação em identificar os sujeitos da relação jurídica formada em razão do evento danoso. Mas podemos perceber que todos trazem em seu contexto, a eventual causa, que aquele que causar prejuízo a outrem deve indenizá-lo, porém assim não sendo viável afirmar que um seja melhor que o outro.

O que é coerente afirmarmos é que a responsabilidade civil consiste no dever jurídico imposto a um sujeito de reparar um dano causado a outro sujeito, quer por ação ou omissão do próprio imputado ou de terceiro.

1.1.1 Pressupostos

Diante das definições de responsabilidade civil, verifica-se que nelas estão presentes os pressupostos para a configuração do dever de indenizar como: ação ou omissão, dano e nexos de causalidade e a culpa.

Os pressupostos da responsabilidade civil não encontram uma enumeração da doutrina. Por vezes, para cada autor vem enumerada de formas diferenciadas dando para perceber que vem com o mesmo sentido referindo-se a um mesmo pressuposto.

Então cada um desses pressupostos será analisado separadamente, visando melhor compreendê-los.

1.1.2 Ação e Omissão

A responsabilidade civil admite a reparação do dano nos casos em que causar prejuízo a outrem, como o dever de satisfazer o direito lesado experimentado por alguém, obrigatoriamente possui origem em sua conduta humana, que pode ser consubstanciada por meio de ação ou omissão, violadora de um dever legal ou contratual. Aliás, este é o teor do artigo 186 do código civil, o qual se refere expressamente à “Ação ou Omissão” causadora do dano que traz: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, cometer ato ilícito”. (SARAIVA, 2006, p. 177).

Stoco (1997, p. 55) salienta que: “a omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma”.

De fato, assim como nem toda ação comissiva provoca um dano, igualmente, não é qualquer omissão que possui o caso de deixar de agir e causar um dano. Faz-se necessário à presença da relevância jurídica da ação.

Se por ventura, surgir um dano da ação comissiva ou omissiva causada pelo agente, surge o dever de promover a sua reparação, de modo a reequilibrar o patrimônio desfalcado da vítima, em razão da ofensa.

Porém, nem sempre a pessoa que pratica a ação comissiva ou omissiva, provocando o dano, será responsável pela sua reparação. A responsabilidade pode derivar, na verdade, de conduta do próprio imputado, por comportamento de terceiro ou, ainda, do fato de coisas que dependem do imputado, por comportamento de terceiro ou, ainda, do fato de coisas que dependam do imputado.

Para Diniz (2003, p. 39) ação vem a ser: “o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de indenizar os direitos lesados”.

Este ato involuntário, praticado pelo agente, não significa que houve a intenção de projeção da vontade do resultado, ou seja, o agente não teve a intenção de provocar o prejuízo a outrem.

Porém, Pereira (apud STOCO, 1997, p. 54) traz em sua lição, o seguinte entendimento: “cumpre, todavia assinalar que se não insire, no contexto de “voluntariedade” o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo”.

Na conduta do próprio agente que, por ação ou omissão, causou diretamente o dano é quem deve repará-lo. Neste caso, o agente responderá pessoalmente, com seus bens, para a reparação do dano, conforme a previsão contida no artigo, 942, caput, do código civil. Tem-se, neste caso. A conjugação da causa imediata e mediata do dano na mesma pessoa do imputado.

E quando o ato acontece por comportamento de terceiro, encontra-se esta hipótese no código civil no artigo 932, quando há o dever de uma pessoa física ou jurídica, de reparar um dano causado por outrem, que com ela mantenha algum vínculo estabelecido em lei ou contrato. Nota-se que, nessa hipótese, a pessoa do imputado é o autor imediato do dano.

Assim cabe a pessoa lesada, postular indenização contra todas as pessoas que podem considerar como responsáveis pelo prejuízo. Como traz o artigo 942, do Código Civil: “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem fica sujeito à reparação do causado, e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. (SARAIVA, 2006, p. 227).

1.1.3 Dano

Para que haja o direito de responsabilidade, de se ter um prejuízo e para que se encontre este prejuízo tem que ter um dano, ou seja, sem o prejuízo não há que se falar em dano.

Segundo Dias (apud STOCO, 1997, p. 61),

o que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir um dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendia a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação de seu montante.

Contudo, é correto afirmar que a vítima, ou seja, o autor que entrou com a ação é ele que cumpre provar que houve um prejuízo.

Conforme preleciona Alvim (apud GONÇALVES, 2003, p. 529):

o termo dano engloba: em sentido amplo, vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e o patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida pelo patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se a indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

Em se tratando de dano em sentido estrito na responsabilidade civil, o pressuposto do ‘dano’ como o dano patrimonial, em que se divide o dano de emergência que é a perda imediata causada pela lesão e o outro que é do lucro cessante o que ele deixou de ganhar por

causa do prejuízo. Pode ser entendido como um todo, toda e qualquer lesão injusta, experimentada por alguém, imposta por outrem, importando na diminuição de seu patrimônio experimentada por alguém, imposta por outrem, importando na diminuição de seu patrimônio (dano emergente e lucro cessante) ser avaliado economicamente para que seja necessário a indenização, lembrando que seja necessário a indenização, lembrando que deva ocorrer um verdadeiro prejuízo.

Vale ressaltar que, modernamente, doutrina e a jurisprudência, além do dano patrimonial apresenta ainda os danos morais ou extrapatrimonial e o estético.

O dano moral ou extrapatrimonial, segundo Gomes (apud, ORLANDO, 2002, p. 271): “é o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem”.

Assim conceitua Bittar (1999):

Danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados matérias, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado.

Colhe-se, ainda, a lição de Santos (1999, p. 77), “quando, ao contrário, a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor, etc; diz-se que o dano moral”.

Também como propriedade conceituam Nunes e Caldeira (1999, p. 1): “[...] o dano moral é aquele que afeta a paz interior de uma pessoa atingindo-lhe o sentimento, o decoro, o ego, a honra, enfim tudo o que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo”

1.1.4 Nexo de Causalidade

Para que a responsabilidade em seus pressupostos nexos de causalidade, mostra que não basta o agente ter cometido um erro de conduta, não basta que a vítima tenha sofrido um dano, é necessária que exista uma relação entre a ação e o mal causado. Como explica Vinev (apud STOCO, 1997, p. 63), “cabe ao jurista verificar se entre os dois fatos conhecidos (fato danoso e o próprio dano) existem um vínculo de causalidade suficientemente caracterizado”.

Pois no caso de haver caso fortuito ou força maior onde o fato for distinto e sem participação do agente, em que a responsabilidade do agente desaparece, a conduta por ele praticada inexistente a relação da causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado do danoso, o caso seria inevitável por força da natureza.

No nexos de causalidade é obrigatório que exista uma relação entre a conduta e o resultado, para que se possa cogitar em reparação do prejuízo causado.

Nesse sentido, Stoco (2004, p. 146) pontifica que:

No tocante à determinação do nexos causal, duas questões se antepõem: a primeira pertence à dificuldade de sua prova; a segunda situa-se na identificação do dano, máxime quando ocorra ‘a causalidade múltipla’, pois, nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa eficiente.

Pontifique, neste ponto encontra-se um grande grau de dificuldade para identificar a prova em que comprove o nexos causal da relação à prova em que comprove o nexos causal da relação do fato em constituir a real causa do dano. Pois, em muitos casos encontra-se a causalidade múltipla, ou seja, onde são várias causas dificultando para que possa identificar a relação entre o fato e a causa do dano.

Se apontar o fato danoso, e através deste não desaparecer a causa, pois, o nexos causal é o vínculo existente entre a ação e o dano, por meio do qual se conclui que foi o agente.

1.1.5 A Culpa

Este é o último pressuposto, aliás, devemos dizer que a responsabilidade for de forma objetiva, a culpa não terá grande relevância, mas no caso de subjetiva ela terá um valor imprescindível para a configuração da responsabilidade civil.

Pois, é necessário para configurar a culpa que tenha a voluntariedade, e esta conduta implica ofensa ao direito alheio, onde a atitude é tomada por uma ação própria ou de terceiro, respondendo de forma direta ou indireta.

Destarte a definição de Planiol (apud STOCO, 1997, p. 55), anuncia que:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observar, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.

Complementando STOCO (1997, p. 59), culpa: “[...] tanto pode ser a expressão e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado e diligência em razão de aqodamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem a intenção de prejudicar”.

Várias são as definições fornecidas por diversos autores, mas todas encaminhadas por um mesmo sentido, ou seja, na idéia em que a culpa decorre de ato do agente seja este ato comissivo ou omissivo, e também praticado por terceiro, e através deste gerar dano a outrem, um prejuízo que desfalque o patrimônio alheio.

1.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Para a responsabilidade objetiva não é necessário que o agente tenha agido com culpa ou sem culpa, pois, ele responderá pelo risco causado à vítima.

Pois, não é necessário provar a culpa esima situação de risco que o agente provocou, ou seja, o nexo causal entre o dano e a ação, independentemente da culpa.

Sendo assim aquele que causou prejuízo sem caracterizar sua verdadeira culpa, mas que de uma forma concorreu para um risco, e este causou prejuízo a outrem, havendo um nexo de causalidade, deverá o agente ressarcir os prejuízos causados a vítima.

Contudo a doutrina de Gonçalves (1993, p. 18):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas em determinadas situações, a reparação de um dano sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade legal ou objetiva, porque precede da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade.

Esta teoria dita objetiva, ou do risco tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade de por quem a ele se liga por nexo de causalidade independente de culpa.

Desta forma, o prejuízo que causou a vítima, o agente tem a obrigação indenizatória, ou seja, mesmo agindo sem culpa, havendo o nexo causal terá a obrigação de pagar.

Assim, como regra, a responsabilidade objetiva leva em conta o dano e o nexo causal, não dando tanta relevância a culpa pela o qual ocorreu, pois, surge à teoria de risco que assegura a responsabilidade objetiva.

Para Rodrigues (2002, p. 11):

a teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo esta teoria aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiro deve ser obrigado a repará-lo. Ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa.

[...]

examina-se a situação, e se for verificada, a objetivamente a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e do dano experimentado pela vítima, esta tem o direito de ser indenizada por aquele.

Assim deduzimos que a partir do momento em que há uma vítima e esta sofre prejuízo, e o que provocou o mesmo agindo com culpa ou sem culpa tem que responsabilizar.

A título de exemplo podemos citar uma pessoa que pega um ônibus e paga por este serviço, assim exista uma relação contratual presumida que a prestadora irá levar a um

determinado lugar. E no decorrer deste trajeto ocorre algum prejuízo de viajante, a prestadora de serviço deverá indenizá-lo, mesmo se não ocorreu com culpa, basta a existência do nexo causal.

O responsável terá obrigação de indenizar pelo simples fato de ter ocorrido um prejuízo, não sendo necessário a comprovação da culpa. Pois o nexo de causalidade basta, em que consiste no fato de que o dano surgiu de um fato ou de uma omissão proporcionada pelo agente, para que ocorresse o prejuízo a outrem.

Assim para Venosa (2003, p. 15), “a responsabilidade objetiva, ou sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize. Portanto, na ausência da lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral do direito”.

Diniz (2003, p. 579), assegura que o código civil, no artigo 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por natureza, risco para os direitos de outrem”.

Como vimos à responsabilidade objetiva não tem relevância em ser essencial à presença da culpa e já a responsabilidade subjetiva inspira na presença da culpa, sendo indispensável, para dar efeito indenizatório.

A responsabilidade subjetiva para Gonçalves (2003, p. 21):

Diz-se, pois, ser subjetiva, a responsabilidade quando se estréia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dono indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Sendo assim, para configurar a obrigação de indenizar, aludimos que o sujeito tem que ter agido com culpa, seja ela culposa ou dolosa, agindo dessa forma é mais fácil identificar quem foi o verdadeiro responsável pelo prejuízo, e este deverá indenizar a vítima.

Mas é a vítima quem deverá demonstrar o prejuízo sofrido e se o agente agiu com dolo ou culpa, é necessário que prove a culpa do agente para que se caracterize o dever de indenizar.

A responsabilidade subjetiva é adotada pelo código civil brasileiro em regra no artigo 227: “aquele que por ato lícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (SARAIVA, 2006, p. 226).

Friza dizer quem cometer um ato ilícito previstos nos artigos 186 e 187 do Código Civil, ficará obrigado a indenização.

Art. 186. “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito de outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (SARAIVA, 2006, p. 177).

Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela fé ou bons costumes”. (SARAIVA, 2006, p. 177).

Entretanto, a responsabilidade subjetiva, necessariamente tem que existir a culpa ou dolo para que possa surgir a obrigação de indenizar, pois só se configura com a presença de um destes pressupostos.

De acordo, Oliveira (2000, p. 49):

A culpa para a teoria da responsabilidade subjetiva é o elemento fundamental para determinar o dever do ofensor de reparar o dano. Assim, para que determinada pessoa seja obrigada indenizar o prejuízo causado a outrem, por sua atitude, é necessário que este tenha emanado de sua consciência, ou seja, que tenha sido intencional, caracterizando o dolo, ou ainda, que esta pessoa tenha descumprido seu dever de bom pater familiar, agindo, com negligência, imprudência ou imperícia (culpa).

Contudo podemos entender que a responsabilidade subjetiva para surgir a obrigação de indenizar é essencial a presença do dolo ou da culpa, já que na responsabilidade objetiva

não é necessário provar a culpa, mas, a existência de um risco que cause prejuízo a outrem, este deve estar ligado a um nexo causal.

Marmitt (1998, p. 18) comenta:

Na teoria subjetiva [...] a conduta somente obrigará a ressarcir se tiver sido infringido alguma norma legal. Somente se reconhece a responsabilidade se a ação determinadora do prejuízo tiver sido contrária do direito. O dever e preparar o dano só existe se presente o dolo ou a culpa, no ato causador do prejuízo [...] já a teoria objetiva dispensa a indagação sobre a existência do elemento culpa. O dever de indenizar tem seu embasamento no simples risco, bastando a relação de causalidade entre a ação do agente e o dano por ele praticado.

Por fim, não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim de maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. (RODRIGUES, 2002, p. 14)

Ambas com aspectos diferentes, mas com a mesma obrigação de reparar prejuízos, pois, no nosso direito, não é justo uma vítima sofrer prejuízo, ou seja, um desfalque moral ou patrimonial e não ter este prejuízo ressarcido.

Assim agindo o agente com culpa ou mesmo sem culpa, mas proporcionando um risco, deve as duas hipóteses o dever de responsabilidade.

1.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Ao analisarmos a responsabilidade contratual e extra contratual, verificamos que ambas surgem ao dever de indenizar. Pois seja, um descumprimento de um contrato ou mesmo quando cometer um ato ilícito sem ter uma ligação contratual, mas que do mesmo modo causar prejuízo, ou seja, aquele fora de um contrato.

Para Gonçalves (2002, p. 27), “se a responsabilidade, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lê: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior”.

Desta forma se existir um vínculo de obrigação entre as partes, e este for descumprido surge a obrigação indenizatória, mas se este contrato não for cumprido por força maior ou caso fortuito, ou culpa exclusiva da vítima, na há aqui em se falar em indenização.

Na há como evitar um caso fortuito, geralmente decorrentes de fato alheio à vontade das partes. Já os de força maior que são advindos da natureza, em que na há possibilidade de evitar o impedir que tal prejuízo ocorra, e também há casos em que se a vítima provocou com exclusiva culpa, não há como ressarcir-la.

É o caso de uma companhia de seguro com o contrato com uma vítima que bate seu carro com culpa exclusiva por estar em estado de embriaguez, constando no laudo à prova, o seguro não será responsável.

Na responsabilidade contratual é necessário provar o ônus da prova.

O ônus da prova é de quem alega, ou seja, do autor. Cabe a ele alegar os efeitos jurídicos que pretende. Porém quando o autor não esclarece o fato que poderia prejudicá-lo, é o caso em que se inverte o ônus da prova.

Verificamos em seguida, que na responsabilidade extracontratual que é a ocorrência de um ato ilícito previsto na lei nos artigos 186 e 187 do Código Civil, independentemente de existir um contrato estabelecido entre os envolvidos, surge do mesmo modo o dever de reparar o prejuízo.

Para Diniz (2003, p. 459):

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquilina decorre da violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um direito ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre o lesado e o lesante. Resulta, portanto, a

observância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou personalidade, ou melhor, de violação negativa de não prejudicar ninguém.

Assim, quando decorrer de uma responsabilidade extracontratual ocorre um ilícito, ou seja, uma violação do dever legal. Nesta violação infringiu uma norma jurídica, para que exista esta responsabilidade, não é necessário que exista um liame jurídico, entre a vítima e o causador do dano, o que se faz necessário é que a vítima demonstre através de provas que houve o ilícito (prejuízo que sofreu).

Em face, Gonçalves (2002, p. 26):

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e na contratual, descumpe o avençado e, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo existe entre a vítima o causador do dano, quando este pratica o dano ilícito.

Podemos dizer então que se existe um contrato que deve ser cumprido dentre das normas estabelecidas, cabe a cada um arcar com as conseqüências, responsabilidades e obrigações que dele derivem, é a Responsabilidade Contratual.

Já na responsabilidade extracontratual, na qual não existe o contrato, se o agente cometer um ilícito, infringir um dever legal, nasce a obrigação indenizatória.

Daí, podemos concluir que todos têm direitos e deveres, submetidos a lei, e cometendo um ilícito devem seguir a norma jurídica de ressarcir a vítima.

Como se vê, o dano moral ocorre na esfera da subjetividade, ou no plano dos valores da pessoa enquanto ser social, e deveria de práticas atentatórias à personalidade, traduzindo-se em sentimentos de pesar íntimo do ofendido, capaz de gerar alterações psíquicas ou prejuízos ao aspecto afetivo ou social do seu patrimônio moral.

Assim, tem-se que os prejuízos experimentados pelas pessoas, físicas ou jurídicas, que ao constituam dano material, ou de cunho eminentemente econômicos, podem caracterizar o

dano moral. Poder-se-ia, então, afirmar de maneira ampla, que o dano moral é aquele que se manifesta na ofensa do patrimônio (lato sensu) ideal da pessoa.

Atualmente foi reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência o dano estético, podemos afirmar que a indenização ora apresenta como de natureza ressarcitória patrimonial, obra de extrapatrimonial.

O avanço tecnológico alcançado pelo homem, principalmente na medicina, praticamente todas as lesões podem ser, de alguma forma, reparadas. Vê-se a discussão acerca da clonagem do ser humano como forma de se reabilitar órgãos outrora deficientes.

Por este e por outros fatos, ressaltando-se as exceções, praticamente todas as lesões causadoras de afeamento podem ser reparadas através de cirurgia-plástica e sendo possível a total reparação do dano causador do afeamento, restabelecendo-se o status quo ante, temos que a indenização do dano estético, neste caso, apresentar-se-á como de natureza ressarcitória patrimonial, confundindo-se com a indenização do dano material.

Por outro lado, se o afeamento for tal, tornando impossível a reparação que vis estabelecer o status quo ante, temos que a indenização do dano estético se apresentará como de natureza ressarcitória extrapatrimonial, confundindo-se com a indenização do dano moral. Salienta-se a obrigação do devedor (causador do dano) de custear as despesas para o tratamento do credor (vítima).

Em relação ao dano moral, especificamente, tem-se que “qualquer sofrimento humano que não é causado por perda pecuniária, e abrange atentado a reputação da vítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio, estético, à integralidade de sua inteligência”. (PEREIRA, 1989).

Percebe-se então, que o dano moral aflora do atentado à estética. O dano estético é uma espécie do gênero dano moral, inexistindo, portanto indenização específica pro dano

estético, de forma isolada ao dano moral, pois, aquele subsume-se a este, como pleiteia a autora. A ocorrência do atentado à estética enseja os danos morais.

Ementa – Responsabilidade Civil. Dano Moral

“O dano estético subsume-se no dano moral”

Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 4ªT RESP. nº 56.101-9-RJ. Em 25.04.91, REL. MIN. Fontes de Alencar, V.M. RSTJ 77/246-249.

Não vou adentrar mais porque o meu trabalho objetiva os danos causados por erros judiciais.

1.4 EVOLUÇÃO DA TEORIA EXTRA CONTRATUAL

As teorias que tratam da responsabilidade extracontratual do Estado são estruturadas, quanto a termino contratual do Estado são estruturadas, quanto à terminologia, de maneira diversa pelos doutrinadores. No entanto, embora haja tratamento diverso da matéria em alguns aspectos, a idéia principal que se pode extrair da doutrina é a existência de uma evolução da teoria da irresponsabilidade para as teorias civilistas e, posteriormente, para as teorias publicistas.

Segundo (DI PIETRO, 2002, p. 523), costuma subdividir as teorias sobre responsabilidade do seguinte modo: teoria da irresponsabilidade, teoria civilista, teoria dos atos de império e de gestão, teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, teorias publicistas, teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; e teoria do risco integral ou teoria da responsabilidade objetiva.

1.4.1 Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade predominou nas Monarquias Absolutistas, pois, o Estado exercia plenamente a sua autoridade, não havendo por parte dos súditos a possibilidade de contestação. A essência do estado absolutista é a “soberania”, ou seja, a autoridade suprema que não está submetida a mais ninguém.

O Estado absolutista, sendo soberano, instituía e tutelava o direito. Assim, não havia por parte do Estado a possibilidade de violar a lei, pois em última análise todos os atos por ele praticados seriam em princípio legais. O princípio “The king can do no wrong” e o equivalente em francês “Le roi ne peut mal faire” (o rei não pode errar), bem como a máxima “quod principi placuit habet legis vigorem” (aquilo que agrada o príncipio tem fora de lei), refletem esta concepção de Estado. Mello expõe de maneira clara neste sentido.

Com efeito, é demasiadamente conhecida a frase de Laferrère: “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”; bem como as fórmulas regalias que sistematizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: “le roi ne peut mal faire”, como se afirmava na França, ou the king can do no wrong”, que é a evidente versão inglesa.

Em consequência, não se admitia que ao estado absolutista fosse atribuída qualquer responsabilidade, sob risco de ofender a sua soberania.

Com o surgimento do Estado de Direito, não fazia mais sentido isentar o Estado de responsabilidade, pois, o Estado passa a submeter-se ao império da lei, sendo sujeito de direito, ou seja, titular de direitos e obrigações.

Desse modo, a teoria da irresponsabilidade, que nunca foi admitida no Brasil, foi superada e deixou de ser definitivamente adotada.

1.4.2 Teorias Civilistas

1.4.2.1 Teoria Civilista da culpa

Distinção entre atos de império (atos praticados pela Estado em sua posição de supremacia – Prerrogativas, privilégios, autoridade, vez que o cidadão comum jamais poderia exercer essas atividades).

Atos de gestão (praticados pela administração em pé de igualdade com o cidadão comum)

A responsabilidade passou a ser admitida, então mas apenas com relação aos atos de gestão. Foi evidente a distinção entre o rei (que praticava atos de império) e o estado (que praticava os atos de gestão).

A oposição à teoria fundamentou-se em dois pontos sendo eles, a impossibilidade de se dividir a personalidade do Estado e a extrema dificuldade de enquadrar como atos de gestão “todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços”.

Embora abandonada a teoria dos atos de império e de gestão continuou a apegar-se à teoria civilista passando-se a equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão pelos atos dos empregados. Foi chamada teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

Na teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa civil, o Estado seria responsável pelos atos de seus agentes, desde que houvesse a demonstração da culpa.

No entanto, a partir da orientação da Jurisprudência Francesa no famoso arrêt Blanco, em que o Estado Francês foi responsabilizado pelos danos causados à família Blanco, pelo fato da menina Agnes Blanco ter sido colhida por uma composição ferroviária da Companhia Nacional manufactureira do fumo do Estado Francês, foi decidido que a responsabilidade do Estado não poderia ser regida por princípios do Direito Civil, sendo o primeiro passo para estabelecer a responsabilidade do Estado baseada em princípios de Direito Público.

É importante destacar que a maior parte da doutrina entende que a teoria da responsabilidade subjetiva inspirou o art. 15 do Código Civil Brasileiro de 1916.

1.5 TEORIAS PUBLICISTAS

Com o conflito de competência entre os órgãos julgadores, ocorrido no caso Blanco, em que se entendeu que o Tribunal Administrativo deveria ser o adequado, por se tratar de responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público.

O Direito Civil não seria o adequado a reger as relações que envolvessem o Estado, dado que as relações de correntes da prestação de serviços são muito mais complexas que aquelas que envolvem cidadãos comuns, vez que o Estado deve conciliar os interesses públicos com os privados.

Dá surgiram teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria do culpa do serviço (ou culpa administrativa) e a teoria do risco (esta última subdividindo-se em do “risco administrativo” e do “risco integral”).

Teoria do risco administrativo ou teorias da culpa do serviço.

A mesma desvincula a responsabilidade do Estado da culpa subjetiva do agente público, substituindo a apreciação da culpa do agente pela verificação dos requisitos de funcionalidade de serviço público, ou seja, estabelecendo a culpa anônima do serviço público. Assim, quando o serviço prestado não funcionar, funcionar mal ou funcionar tardiamente, caberia ao terceiro prejudicado comprovar somente a culpa do serviço, sem entrar no mérito da culpa do agente público.

Por outro lado, a teoria do risco é baseada no princípio de igualdade dos ônus e encargos sociais, ou seja, os benefícios ou prejuízos devem ser repartidos igualmente entre os membros da sociedade. Nesta teoria, a apreciação da culpa é afastada, diversamente do que

ocorria na teoria da responsabilidade subjetiva e na teoria da culpa do serviço. Conforme Hely Lopes Meirelles.

Aqui não cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder público.

A teoria do risco subdivide-se em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Em regra, ambas as teorias prescindem da apreciação da culpa, seja a culpa do agente ou a do serviço. Desta forma, basta ao administrativo demonstrar que houve um comportamento comissivo ou omissivo e o fato danoso, bem como o nexo de causalidade. A diferença principal entre as duas subteorias é que a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da teoria do risco pois, não admite nenhuma causa excludente da responsabilidade, obrigando, o Estado a indenizar mesmo que o dano será resultante da culpa ou pólo da vítima ou de força maior. Por outro lado, na teoria do risco administrativo a responsabilidade do Estado é afastada nos casos em que há culpa exclusiva da vítima ou força maior, sendo que nos casos em que há culpa concorrente da vítima o Estado indenizaria na proporção inversa do grau de culpa da vítima, ou seja, quanto maior a culpa da vítima menor será o valor devido pelo Estado a título de indenização.

1.6 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Desde a Constituição Federal de 1946, o ordenamento jurídico brasileiro optou pela responsabilidade extracontratual do Estado pela via objetiva.

A Constituição de 1946, sensível a situação de desigualdade, o constituinte resolveu dar a colhida à responsabilidade civil estatal se perquirição acerca do elemento culpa. Prescreveu no art. 194 desde diploma que “as pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a

terceiros”, o que resultou na não-recepção do mencionado disposição da lei substancial civil de antanho, como observa a moderna doutrina de Cavalieri Filho:

Se comparado esse texto com o art. 15 do Código Civil, não será difícil observar que foram retirados da norma os pressupostos da conduta contrária ao direito e da inobservância de dever legal, exatamente aqueles que denunciavam a adoção da responsabilidade subjetiva, ou com culpa, resulta da alteração da norma que o direito pátrio, através da regra constitucional, passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual não era exigida a perquirição do fator culpa. Interpretação comparativa leva a concluir-se que o art. 15 do Código Civil sofreu derrogação pelo advento do art. 194 da constituição de 1946.

Daí em diante, no sistema jurídico brasileiro não mais foi retirada a responsabilidade civil do Estado. Como disserta, pontualmente, o citado Cavalieri Filho, “a partir da constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado Brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita culpa, mas tão-somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário, ou, mesmo, de falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração opor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos público”.

Substanciando a consagrada responsabilidade estatal objetiva, veio a teoria do risco Administrativo. Como toda atividade estatal é exercida, direta ou indiretamente, no benefício de todos, prega aquela teoria, também no caso de ando, o Estado, que representa todos, deve suportar o ônus de sua atividade, sem que se cogite sua culpa de seus agentes. Donde se pode concluir, juntamente com Gonçalves, para o dever estatal de indenizar “não se exige, pois, comportamento culposo do agente. Basta que haja o dano, causado por agente público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar”.

A constituição de 1988, pontificou no art. 37, §6º que 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”. Pelo que se pode notar com Meirelles, que a constituição “seguiu a linha traçada nas constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

De acordo com o art. 3º do CDC, o Estado é considerado fornecedor, podendo, pois, figurar no pólo passivo de relação os consumo. E nesta qualidade deve fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, no que toca aos essenciais.

Logo, se o Estado pode ser parte de relação desta natureza, bastando, para tanto, que descumpra aqueles deveres, pode ser compelido a reparar os danos que venha a causar, “na forma prevista do CDC”. Saraiva, pelo que se pode concluir que no campo da reparação de danos desta natureza, o código do consumidor atua com toda a sua força, não se requerendo do consumidor – que é a parte vulnerável da relação de consumo de serviço público, conforme art. 4º, I – qualquer prova sobre a conduta culposa do Estado. A responsabilidade será sempre objetiva, conforme art. 14, desse diploma.

1.7 TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Esta teoria tem como fundamento a possibilidade de a atividade pública acarretar danos aos membros da sociedade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais, ainda que estes danos tenham decorrido de uma atividade lícita.

Para compensar esta desigualdade originada pelo próprio Estado, os demais componentes desta sociedade devem concorrer para a reparação do dano.

Para Stoco (1997), “base de sustentação do direito constitucional e, sem dúvida, a sujeição de todos à ordem jurídica instituída, de modo que a lesão a bens jurídicos alheios impõe ao causador do dano a obrigação de repará-lo”.

Pela teoria do risco administrativo a obrigação de indenizar surge do ato lesivo causado à vítima pela Administração, não se exigindo qualquer falta do serviço público, nem culpa dos seus agentes, basta à lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo, apenas o desempenho de serviço. Naquela, a culpa presumida pertine à falta administrativa; nesta, é a do fato lesivo da Administração.

Mello (1999), adverte que:

o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do poder público, que indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-se em sua correspondente expressão patrimonial”, do que é exemplo a desapropriação.

O constituinte de 1988 determinou em nosso ordenamento jurídico, através do art. 37, § 6º, que obriga as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos a responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Se de uma atividade estatal resultar prejuízo para o administrado, recai-lhe o dever de reparação, devendo-se apenas ressaltar que esta sua responsabilidade é governada por princípios próprios, compatíveis com sua posição jurídica, diferenciando-se aí da responsabilidade privada.

As pessoas responsáveis elencadas no art. 37 § 6º da constituição, sustentou Meirelles que muito bem caminhou o constituinte, pois:

não é justo e jurídico que a só transferência de execução de um obra ou serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o poder público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.

Portanto, pode-se concluir com segurança que o constituinte pátrio de 1988 patenteou, de forma explícita, a responsabilidade civil objetiva do Estado, na moralidade de risco administrativo, impondo a este o dever de responder pelo prejuízo que causar ao particular sem dele exigir o ônus de demonstrar a existência de culpa do ente estatal, mas, simplesmente, do dano sofrido e do nexo de causalidade com a atividade pública.

Foi através da teoria do risco administrativo que firmou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Como exemplo de ato lícito que acarreta o dever de indenizar para o poder público, Gasparini apresenta a construção de um calçadão que interessa à coletividade, contudo impede a utilização de um prédio construído e normalmente utilizado como garagem.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Após vários textos estudados observamos que a responsabilidade civil extracontratual nasce do descumprimento da lei. E a lei, tido como vontade do estado é a fonte primária das obrigações.

A responsabilidade civil é a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, de ressarcir ou repara danos, exprimindo sempre a obrigação de responder por alguma coisa. Portanto, a responsabilidade é o dever contraído pelo causador da ameaça de dano (dano consubstanciado), de assumir perante a esfera pública, seja judicial ou extrajudicialmente, o prejuízo decorrente de seus atos, ou melhor, é a obrigação de compor o prejuízo ou dano, originado por ato do próprio agente (direta) ou ato ou fato sob o qual tutelava (indireta), e ainda que sua obrigação deve ser assumida perante o judiciário.

Portanto a responsabilidade civil extracontratual pressupõe o descumprimento da lei pelo próprio Estado, e que este fato cause um dano injusto ao particular. Mas especificamente, na discussão que envolve a jurisdição, decorre tal responsabilidade da infringência pelo estado de um dever social, este que, implícita ou explicitamente encontra-se no art. 37 § 6º, da CFE, no mesmo sentido, CC, art. 43: as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros; ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

É comum que os deveres sociais do Estado não sejam enunciados na legislação de forma clara, mas através de princípios, com elastério suficiente para que se permitam interpretações de que não se tratam de obrigações, mas de ideais. Então, sua não observância não se constituiria em violação de um dever legal e, de tal forma, seria inexistente a

responsabilidade civil estatal, ainda que evidentes os danos ao cidadão pela negação de seu direito. São situações comuns entre nós exatamente porque vivemos uma paranóia ligiferante. Legislamos sobre tudo, cristalizando na lei uma imensidão de supostos direitos para o atendimento dos quais não estamos aparelhados enquanto nação.

O conceito de “Estado” vem sendo estudado desde a antiguidade com Platão e Aristóteles e mais difundido por Maquiavel através de sua obra “O Príncipe” chegando até nós com “nova roupagem”.

2.1 SOBERANIA DO PODER ESTATAL

A Soberania é um elemento essencial constitutivo do Estado proclamado pelas ciências políticas e sobre ela se tem dito: “a soberania corresponde ao exercício efetivo de todos os poderes inerentes à personalidade jurídica do Estado e ao exercício da autoridade, impondo seu ordenamento jurídico sobre todo o território”.(CENEVIVA, 1989, p. 31).

E, após, acrescenta o mesmo autor que a soberania se manifesta objetivamente pelo processo legislativo e pela aplicação da lei sem interferência de outro Estado, “com independência de decidir, tanto ao nível da administração quanto ao do judiciário”.(MIRANDA, 1997, p. 74).

A soberania é exercida através, lembra Miranda, de órgãos supremo do Estado, “como poder próprio e originário do Estado”. Os órgãos da soberania exercem poderes do Estado e “produziriam actos típicos das suas funções (Actos Legislativos, Políticos, Administrativos, Jurisdicionais)”.(MIRANDA, 1997, p. 74).

O referido constitucionalista português dá ênfase à afirmativa de que “os órgãos ditos da soberania vêm a ser aqueles que se ligam, necessária e primariamente, à soberania como

poder próprio e originário do Estado”, após assinalar que a função jurisdicional é uma das expressões da soberania. (MIRANDA, 1997, p.74).

E por focar a soberania e o Estado dentro dessa perspectiva é que Silva proclama:

O estado, como grupo social máximo e total, tem o seu poder que é político ou poder estatal. A sociedade estatal, chamada também sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que o Estado cumpre realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina... Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado... Que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes interiores à mesma sociedade estatal (soberania interna). (1995, p. 108)

Segundo Dallart, “afirmado o poder soberano, Isto significa que, dentro dos limites do território do Estado, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado”. (2003, p. 77).

Por outro lado, Jelliner, faz alusão ao fato de que a nota distinta entre o poder do Estado e os demais poderes é a “dominação” (IMPERIUM), ou seja, não só impõe sua vontade, como dispõe de força para obrigar com seus próprios meios a execução de suas ordens. Por fim, arremata Dallart, que uma das características do poder dominante é a irresistibilidade:

O poder do Estado é irresistível, por ser um poder dominante. Dominar significa mandar de forma incondicional e poder exercer a coação para que se cumpram as ordens dadas. Além desse aspecto, a irresistibilidade se revela na impossibilidade em que se acha o submetido de se subtrair a poder dominante. (2003, p. 77).

Por essa soberania é que o Estado tem o dever de reparar os danos causados aos seus jurisdicionados.

2.2 O ESTADO-JUIZ

O poder político especificamente é a força, que se aninha a clássica tripartição formulada por Montesquieu, mas nunca ele empregou em sua obra política as expressões “separação de poderes” ou “divisão de poderes”, referiu-se unicamente à necessidade do equilíbrio entre os poderes, do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de checks and balances, que é o nosso meio de freios e contrapesos, em que um poder limita o outro [...] (MEIRELLES, 1991, p. 83). Assim, se triparte o poder político em Executivo, Legislativo e Judiciário, estes que são poderes iminentes e estruturais do Estado. (MEIRELLES, 1991, p. 51).

Não há Estado dissociado da idéia de poder uma vez mais se acentua quando se leva em conta que comumente nos referimos a estes três poderes como Estado-Administração, Estado-Legislator e Estado-Juiz.

Na modernidade a teoria dos três poderes do Estado derivou a teoria das funções do Estado. E suas três funções básicas são a Administrativa, a Legislativa e a Jurisdicional que, em nossa Constituição Federal, mantém a clássica denominação baseada na teoria dos três poderes, sendo atribuídas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Entre diversas funções do Estado encontra-se a que nos interessa em especial, que é a função jurisdicional, que na clássica definição de Chiovenda, é o poder de aplicar a lei aos casos concretos.

Liebman alinhado com Chiovenda, destaca a atuação concreta da função jurisdicional:

A legislação consiste na produção das normas que vêm a compor o ordenamento jurídico e seus atos têm (de regra) um conteúdo abstrato e geral, porque destinados a regular um número indefinido de casos e fatos futuros. A jurisdição expressa-se, ao contrário, através de atos que têm um conteúdo concreto, referindo-se, a determinado fato ou caso que então vem a ser julgado e sancionado mediante a aplicação das regras do direito vigente. Por isso, a jurisdição é em certo sentido, uma atividade que se coloca como continuação específica da legislação; e a norma

jurídica, que é o produto da legislação, torna-se critério de julgamento para jurisdição. (LIEBMAN, 1984, p. 5).

A função jurisdicional, como expressão do poder político do Estado, é exercida exclusivamente por este, porque detém o monopólio da força e, exatamente deixa de ser apenas poder, transformando em poder-dever e, como tal, precisa ser exercido de acordo com o ordenamento jurídico, dando a cada um o que é seu, em tempo e modo satisfatório:

Enfim, a função jurisdicional do Estado é serviço público dependente de provocação dos interessados, consiste em cumprir e fazer cumprir de normas do Direito Positivo, realizando o ordenamento jurídico, atividade estatal monopolizada somente exercida pela garantia do processo constitucionalizado, por meio de um procedimento legalmente estruturado e informado pelos os princípios ao contraditório e da ampla defesa.

Ao cabo das considerações até aqui alinhavadas, há de se destacar que a função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas poder-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governante e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional. (DIAS, 2004, p. 93).

Devemos observar, que embora a função jurisdicional seja exercida exclusivamente pelo Estado-Juiz, não é exclusivo deste a responsabilidade pela sua deficiência, já que numa ponta está o próprio Juiz e seus auxiliares, e na outra estão os poderes Executivo e Legislativo, que de forma direta ou indireta provêm ou não o Poder Judiciário dos recursos materiais e legais necessários ao seu adequado funcionamento, sendo o legislativo que determinam as fontes de financiamento do judiciário, mas também o direito material e processual que será utilizado para a consecução de sua atividade fim, que é verdadeira entrega da prestação jurisdicional.

Então, a responsabilidade do Estado existe e situações que envolvem deficiência na função jurisdicional – especialmente a inatividade que vem impedindo ou dificultando a

entrega da prestação, que é a discussão aqui empreendida – são casos problemáticos, na medida em que o Estado. Envolve-se como Trindade, ao contrário da maioria de outras situações de responsabilidade civil extracontratual do Estado, que geralmente envolvem somente o Estado-Administração, como por exemplo, quando o particular sofre dano em razão de um atendimento deficiente num hospital público, ou de ausência de manutenção de uma rodoviária.

A responsabilidade civil extracontratual pela sua deficiência na função jurisdicional, a ser debatida, é o Estado Democrático de Direito, que supõe a sujeição de si mesmo a lei:

Como preconiza Canotilho, tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entidade senão na perspectiva do Estado do direito, ou seja, tal como só existe Estado de direito democrático, também só existe um Estado democrático de direito, isto é, sujeito a regras jurídicas. (DIAS, 2004, p. 102)

2.3 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

O Estado ao exercer sua soberania, exerce três funções fundamentais que são: administrativa, legislativa e jurisdicional. A função jurisdicional, ou a simples jurisdicional, é um instituto fundamental da ciência do processo, a qual podemos afirmar que a mesma ocupa uma posição central do Direito Processual, a circular em torno dela todos os demais institutos desta ciência. (CÂMARA, 2005, p. 65).

A jurisdição resulta de uma divisão do poder do Estado, uma vez que este é uno. É constatado que, a jurisdição é, essencialmente, uma manifestação do poder do Estado, assim, como a administração e a legislação e, por isso mesmo, “pode ser vista como uma das faces do poder Estatal, nunca como poder do Estado”. (MARIONI, 1993, p. 113-114).

Batista, bem resume a importância da jurisdição:

As idéias de direito, no Estado moderno, suscita, desde logo, a idéia de jurisdição. O pensamento do jurista contemporâneo, tende, irresistivelmente, a equiparar o direito à norma jurídica editada pelo Estado, cuja inobservância dá lugar a uma sanção. Na verdade, o crescimento avassalador do Estado Moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito. (SILVA, 2002, p. 60).

O processo é instrumento da jurisdição (MARIONI, 2005), de realização do direito material, a invocação daquele ocorre através da ação, exercitada contra o Estado-Juiz, que detém o monopólio de administração da justiça, ou, em outros termos, o poder – dever de dizer o direito, é notável a importância do adequado funcionamento da função jurisdicional na vida do cidadão.

A jurisdição é o escopo fundamental da pacificação da sociedade, sendo a primeira razão de sua existência. Daí porque, como frisa Dinamarco, a jurisdição é uma promessa que o Estado faz ao cidadão, e este, por seu turno, espera seu adequado cumprimento.

Segundo Dinamarco (2004, p. 109):

Conscientes da necessidade da tutela jurisdicional institucionalizada como fator de paz da sociedade, os povos obtêm do Estado solenes promessas de dispensá-la e pautar o exercício da jurisdição por certas linhas capazes de assegurar a boa qualidade dos resultados. Como em outros países, no Brasil figura em sede constitucional essa fundamental promessa, aqui formalizada na proibição de excluir da apreciação judiciária as queixas por lesão ou ameaça a direitos (art. 5º, inc. XXXV).

Tal é a fórmula tradicionalmente apresentada como garantia constitucional da ação e, em tempos mais recentes, como garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Ao não cumprir a promessa (o que se materializa na má prestação da função jurisdicional), se resultar algum dano injusto, não pode haver outra consequência ao promitente (o Estado) senão o dever de ressarcir os prejuízos do promissário (o Jurisdicionado).

2.4 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA JURISDIÇÃO

Quando a jurisdição falha há uma violação de princípios fundamentais, e lhe são inerentes, e uma grave ruptura na segurança jurídica a qual o Estado se obrigou, podendo resultar em dano para o jurisdicionado.

Com o monopólio da justiça o Estado convence os cidadãos de abdicar da justiça de mão-própria, como isso o Estado usa da força para resolver os conflitos, tendo o dever de fazer de forma adequada e satisfatória, de modo a que lhes seja propiciada uma vida satisfeita.

Continuaremos com Dinamarco (2004, p. 109-110):

Para satisfatório cumprimento dessas promessas, também na Constituição reside uma série de garantias, que ingressam no sistema como promessas instrumentais. Trata-se das garantias do contraditório, da ampla defesa, motivação das decisões judiciais, juiz natural, etc. – Todas destinadas a dar efetividade à promessa – síntese, que é a de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV) e àquelas outras que lhe estão ao redor (promessas complementares). Toda a tutela constitucional do processo converge ao aprimoramento do sistema processual como meio capaz de oferecer decisões justas e efetivas a quem tenha necessidade delas. Fala-se em devido processo legal (due process of law) para designar o conjunto de garantias destinadas a produzir um processo equo, cujo resultado prático realize a justiça.

Entre as garantias ligadas à jurisdição, estão incluída aquelas mencionadas exemplificadas por Dinamarco, que estão contidas na constituição, quais são contraditório e da ampla defesa; da motivação das decisões judiciais e; do juízo natural.

Essas garantias são basilares no ordenamento jurídico democrático, são verdadeiros princípios, uma vez que, como bem disse Dinamarco (2004, p. 109), visam “dar efetividade à promessa-síntese, que é a de acesso á justiça (CF, art. 5º inc. XXXV)”.

2.4.1 Os princípios da eficiência e da celeridade

Nos princípios já mencionados é curial que se acrescente o princípio da eficiência, que tem caráter geral, abraçando todas as atividades estatais, conforme estabelece o caput do art. 37 da Constituição Federal.

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.

Todos os princípios mencionados no caput do art. 37 da Constituição interessa-nos, mais vamos acrescentar o princípio da celeridade, que não deixa de estar inserido no princípio da eficiência, mas que foi incorporado na carta magna, ganhando autonomia, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, com o seguinte conteúdo:

Art. 5º, [...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tais princípios permeiam as normas infraconstitucionais, como, por exemplo, na Lei nº 9099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Lei nº 10.259/2001 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais); mais recentemente, na Lei nº 11.419/2006 (Informatização do Processo Judicial).

Houve, também, uma série de alterações legislativas, especialmente no Código do Processo Civil, sendo uma das preocupações a celeridade do processo, mas não esta sendo suficiente para atender a demanda judicial, porque os recursos humanos são insuficientes.

2.5 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES

Já vimos que o Estado ou entidades prestadoras de serviços, respondem de forma objetiva diante do prejuízo causado por seus agentes que representam o Estado ou as entidades prestadoras de serviços, mesmo que não concorram culpa nem dolo, bastando o nexo causal, para assegurar o direito de indenização a vítima.

Não é necessário que a vítima prove a culpa ou dolo do agente ou até mesmo a falha do serviço, pois cabe ao Estado provar as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade.

2.5.1 Caso Fortuito ou de força maior

Em relação ao caso fortuito e de força maior, eles estão previstos no artigo 393, parágrafo único, do código civil, sem distinção, são mencionados de forma iguais do Estado, pois, com efeito, rompem a relação de nexo de causalidade entre a ação e o resultado.

Analisando separadamente o caso fortuito é o que geralmente decorre do fato alheio à vontade do homem, que gera um dano, muitas das vezes por causa desconhecida. E a força maior, é um acontecimento natural independentemente da vontade do homem, ou seja, um ato externo.

Alguns doutrinadores, fazem a distinção entre caso fortuito interno, que é aquele que está ligado à pessoa ou interno a atividade, e já o caso fortuito externo, seria a força maior, pois estaria com caráter exterior, ou seja, fora da força humana, sendo inevitável a sua ocorrência.

Diante deste entendimento, surgem à divergência em excluir a responsabilidade somente no caso fortuito externo, ou seja, força maior, pois seria uma atividade ligada à natureza, não havendo forma alguma de interferência do ser humano, para o eventual

ocorrido. E no interna que está ligado à pessoa ou a causa desconhecida da vontade alheia, neste caso acreditam que estaria fundada na teoria do risco, em que se encontra um causador que poderia agir e não agir, para que evitasse o fato e desta forma não exclui a responsabilidade, pois houve um risco no serviço ou na execução.

2.5.2 Culpa exclusiva da vítima

Em algumas situações o acidente causado, só há um responsável, que é a própria vítima, que agiu com exclusiva culpa, por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, o Estado e as prestadoras de serviços não tem obrigação nenhuma de reparar o dano, pois com culpa exclusiva da vítima rompe o nexo de causalidade.

Há casos que existe a culpa concorrente, ou seja, a vítima concorre com culpa junto com o outro responsável.

Ambos respondem pelo dano, mas cada qual com sua proporção, em que concorreu pelo acidente ocorrida, é o que está previsto no artigo 945 no Código Civil: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com o autor do dano”.

Silva (apud GONÇALVES, 2003, p. 717-718) comenta a propósito:

Modernamente, não obstante a existência de alguns códigos que determine o partilhamento dos danos entre seus co-autores, o princípio vitorioso, mais generalizadamente aceito e que tende a se tornar uniforme, é aquele de acordo com o qual o partilhamento dos danos deve ser levado a efeito na proporção da gravidade da culpa de cada agente.

Em face, poderá responder em conjunto, mas cada qual com sua proporção de responsabilidade, em conjunto, ou seja, dividir a culpa.

Stoco (1997, p. 74): assim emerge importante apurar-se a responsabilidade considerar-se a parte com que a vítima contribui para o evento, de modo que na liquidação do dano

calcular-se à proporcionalmente a participação de cada um, reduzindo, em conseqüências, o valor da indenização.

Se na proporção de indenização, cada qual concorrer igualmente poderá anular a indenização, de forma que nenhum tomará prejuízo, pois ambos concorreram com o mesmo dano punitivo.

2.5.3 Fato de terceiros

Segundo alguns entendimentos, o fato de terceiros, seria quando o responsável do dano não foi quem praticou.

Mas de qualquer forma, não exclui a responsabilidade do causador do dano, mas terá direito de entrar com ação de regresso contra o terceiro, ou seja, depois que já tiver sido julgado a ação, o causador do dano terá direito de propor outra ação contra o terceiro.

Desta forma provada a culpa exclusiva do terceiro, exclui a culpa do causador do dano, pois acaba o vínculo entre ele, o dano e a vítima, não existe mais o nexo causal.

Segundo Gonçalves (2003, p. 722):

a exclusão da responsabilidade se dará por que o fato de terceiro se reveste de características semelhantes do caso fortuito, senão imprevisível e irreparável. Melhor dizendo, somente quando o terceiro se revestir dessas características e, portanto, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, é que poderá ser excluída a responsabilidade do causador do dano.

Somente exclui a responsabilidade do causador do dano, se caracterizar a culpa do terceiro, pois seria imprevisível ao causador do dano evitar a prática do fato danoso, pois não concorreu com nenhuma vontade e não teve como evitar, sendo a culpa exclusiva do terceiro, restando ao causador a única alternativa causar o prejuízo, agindo com necessidade e imprevisibilidade.

Temos ainda como excludência do dano o artigo 23 do código penal que são:

- Estado de necessidade;
- Legítima defesa;
- Estricto cumprimento de dever leal ou no exercício regular de direito.

Mas se o agente em qualquer uma das hipóteses acima poderá responder pelo excesso doloso ou culposo, então, conseqüentemente responderá pelo dano causado.

3 DANOS DECORRENTE DE ATOS JUDICIAIS

3.1 A FABILIDADE CONTINGENCIAL DOS JUIZES

Por força desta teoria o Estado estaria isento de ressarcir os danos causados por atos lesivos dos juizes, praticados no exercício da função jurisdicional. Considera-se a possibilidade razoável de que o juiz, em decorrência de sua fabilidade, venha a cometer erro no exercício de sua função.

Não se nega que o juiz-humano, como qualquer semelhante se, possa cometer erros. Porém, isto não pode ter o condão de tornar o Estado irresponsável pelos danos decorrentes da atividade jurisdicional. Souza mostra que:

a racionar-se, pois, como querem os partidários dessa tese, os jurisdicionados estariam totalmente à mercê de decisões ilegais, injustas, venais, prevaricadoras etc., protegidas sob o pálio da pretensa fabilidade contingencial dos juizes. Na realidade, essa fabilidade pode dar origem, como se verá depois, ao erro judiciário. (1990, p. 124)

Di Pietro é categórica: “com efeito, o fato de o juiz ser falível, como todos os seres humanos, não pode servir de causa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, pelas mesmas razões que não serve de escudo a qualquer pessoa, na vida pública ou privada”. (1995, p. 89).

3.2 O RISCO DO SERVIÇO ASSUMIDO PELOS JURISDICIONADOS

O Estado não responderia pelos danos causados pela máquina judiciária, pois os jurisdicionados, ao deduzirem em juízo um pedido, estariam automaticamente assumindo os

riscos inerentes ao serviço público. Se sofrerem alguma lesão decorrente da atividade jurisdicional, deveriam suportar os prejuízos.

Essa tese contraria princípios de direito público, como o da igualdade, por força do qual os prejuízos causados pelo poder público devem ser suportados pelos membros da sociedade. Souza, diz que a tese não prospera, pois seria a inversão da teoria do risco. Sendo o Estado ou, pelo menos, devendo ser instrumental, cabe-lhe assumir os riscos perante os administrados, pelas atividades que desenvolve, os cidadãos, pelo fato de se beneficiarem dessas atividades, não podem ser confrontados com a compensação que lhes seja jogada dos ombros contrariando todos os postulados de direito público relativos à concepção do Estado contemporâneo. (1990, p. 124).

3.3 A INDEPENDÊNCIA DO MAGISTRADO

O Magistrado deve ser fiel ao Direito e à sua consciência. Deve ser intérprete, aplicar a lei, contemplando a realidade social dentro da qual ele mesmo está inserido. Para isso, precisa ter independência. O ideal por uma boa justiça exige que assim seja. Ao juiz a Constituição Federal em seu artigo 85, prevê algumas garantias que são: vitaliciedade; inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

A doutrina têm-se apegado à idéia de independência do juiz para sustentar a tese da irresponsabilidade estatal. Compelir o Estado a indenizar por danos decorrentes da atividade jurisdicional seria colocar em choque o princípio da independência do juiz.

Segundo Tupinambá

o juiz tem independência intelectual e investigatória para interpretar a prova e a lei e proferir o julgamento pertinente ao conflito de interesses emergente no processo. Esta independência, que é atributo que jamais pode faltar ao juiz, não se reduz ou desaparece pelo fato de suas decisões interlocutórias ou terminativas do feito estarem sujeitas a recursos e a alterações. O juiz convive com a recorribilidade de

suas decisões e com o provimento dos recursos interpostos. E continua independente. Deste modo, não se compreende por que haveria diminuição de sua independência no fato de existir, posteriormente, a responsabilidade estatal. (1995, p. 31).

3.4 ATIVIDADES JUDICIÁRIAS DANOSAS

Há varias espécies de atividades judiciárias que podem acarretar a responsabilidade do Estado. Algumas expressamente consagradas em texto legal que serão abaixo comentadas:

3.4.1 O erro judiciário

A Constituição de 1988 estabelece no artigo 5º, inciso LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. O legislador constituinte previu que o Estado deverá indenizar a vítima de dano decorrente da atividade judiciária em duas hipóteses: quando houver erro judiciário e quando a prisão exceder ao tempo fixado na sentença.

O erro judiciário, tradicionalmente consagrado no direito pátrio, é tema extremamente grave. Talvez por isso Calandrei tenha formulado a angustiante indagação: “qual o juiz que pode dormir na véspera de uma condenação à morte?” (p. 192). Nenhum, certamente.

Segundo Souza:

Afirma que o erro judiciário é a mais conhecida das atividades judiciárias danosas, a que mais gravemente lesiona e ofende os direitos individuais. Em regra, ocorre na justiça criminal e consiste na aplicação, a uma pessoa posteriormente reconhecida inocente, de gravame de grandes proporções a ponto de atingir a vida, os bens, a honra e a família do lesado. (1990, p. 130).

No erro judiciário, assim chamado porque a decisão jurisdicional configura um “error in iudicando”, entendo cabível a ação regressiva contra o prolator daquela decisão, salvo a comprovação de erro invencível, plenamente justificado pelas circunstâncias.

O erro judiciário pode ocorrer também na esfera cível, caso em que é pressuposto da responsabilidade do dano a Ação Rescisória para desconstituição da sentença e, comprovação do erro.

3.4.2 Serviço Público Defeituoso

Se o Estado responde, independentemente de culpa de seus agentes, com maior razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover-lhe, eficazmente, no serviço da justiça, segundo às necessidades dos jurisdicionados, que lhe pagam impostos e taxas judiciárias para serem atendidos. Ocorrendo, por exemplo, demora na tramitação de um processo, sem culpa do juiz, mas causada, por falhas e deficiências do aparato judiciário, representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço, o Estado é integralmente responsável por tal acidente administrativo.

Ensina Degint (1994, p. 196) que cabe ao Estado zelar por um certo grau de perfeição na prestação do serviço judiciário, de modo que seu funcionamento tardio gera, como consequência lógica, seu dever de responder pelos danos que eventualmente causar. Segundo ele, a demora no andamento dos processos sucede em virtude de mau aparelhamento do serviço judiciário ou por desídia do juiz e, às vezes, pela conjugação de ambos os fatores. Mas, o defeito do serviço judiciário pode estar, também, localizado na inércia do Estado em remover obstáculos à pontual prestação jurisdicional. Conclui afirmando que o Estado é integralmente responsável pelo "acidente administrativo" se a causa foi a má distribuição dos juízes, servidores e processos.

3.4.3 Denegação de justiça

É uma espécie de atividade danosa que fere o direito do jurisdicionado. A déni de justice pode se verificar quando o juiz nega a aplicação do direito ou a execução da sentença ou ainda a negligência o andamento do processo.

A Professora Di Pietro (1995, p. 94) lembra que a denegação da justiça é uma das mais graves atividades danosas praticadas pelo juiz, pois deixa sem contrapartidas o direito constitucionalmente previsto de o jurisdicionado obter, pela via da ação judicial, a proteção aos direitos lesados ou ameaçados de lesão.

3.4.4 Dolo ou culpa do juiz

O Estado deve ressarcir os danos sofridos pelo jurisdicionado quando o juiz tiver atuado com dolo ou culpa. Trata-se de previsão expressa inserida no Código de Processo Civil:

artigo 133 – Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – Recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo Único. Reputar-se-ão verificada as hipóteses previstas no número II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10(dez) dias.

Disciplina semelhante encontra-se no artigo 49 da LOMN.

Ocorre, no entanto, que estes dispositivos são de duvidosa validade, pois, a nosso ver, foram revogados pela norma inserta no art. 37, inciso XXI, parágrafo 6º da Constituição Federal. Desse modo, o juiz não responde pessoalmente perante o lesado. Nem este precisa provar a existência de dolo ou culpa. O juiz não responde pessoalmente, quem responde é o Estado e a responsabilidade é objetiva.

É lapidar, nesse sentido, a lição de Júnior, trazida por Souza:

[...] pessoalmente o juiz na é responsável. Não pode ser. Responsável é o Estado. Juiz é órgão do Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano. (1990, p. 131).

Hoje, todavia, já existe jurisprudência no sentido de que é facultado ao lesado optar entre acionar a administração pública causador do dano.

3.5 A PRISÃO ILEGAL

O Estado responderá por ato judicial previsto em lei. O Código de Processo Penal, em seu artigo 630, por exemplo, reconhece a responsabilidade estatal por erro judiciário (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LXXV, primeira parte); por prisão preventiva injusta ou por prisão além do tempo fixado na sentença (Constituição Federal de 1988, art. 5º LXXV, Segunda Parte); por sentença de mérito, transitada em julgado, rescindida por estar eivada de vício previsto no Código de Processo Civil (art. 485, I, II, IV, V, VI, VIII e IX).

Dispõe o art. 630 do Código de Processo Penal. “O tribunal, se o interessado requerer poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

- Por essa indenização, que será liquidada no juízo Civil, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do distrito federal do território ou o estado, se tiver sido pela respectiva justiça.

- A indenização não será devida:

- se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou fala imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seus poder;
- se a acusação houver sido meramente privada.

A Constituição Federal de 1988 alçou o direito à indenização por erro judiciário à condição de garantia fundamental do cidadão, no artigo 5º, inciso LXXV, ao dispor que o

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

3.6 OUTRAS MODALIDADES

Pode se acrescentar que, se da hostilidade ou parcialidade de corrente de um particular estado de ânimo do juiz em relação ao patrono da parte, a responsabilidade ainda existirá porque, é essa animosidade, dirigida ao procurador do litigante, que vai causar a este os mencionados prejuízos.

Essas deficiências ao mesmo tempo em que tornam a ação do órgão de controle ineficaz, abalam ainda mais o restante do prestígio do derradeiro protetor do cidadão, desgastando não só sua imagem como estremecendo um dos próprios fundamentos do Estado, tornado-o completamente inseguro.

Parte da doutrina enquadra a imparcialidade do juiz na categoria dos pressupostos processuais de validade, inclusive negando valor aos atos praticados por autoridade judiciárias reconhecidamente parcial, isto é, suspeita ou impedida. Mas esse entendimento não é imune a críticas, sendo fundamental uma tomada de posição a respeito do tema, pois, são sérias as conseqüências que derivam da atuação parcial da autoridade judiciária.

Há diversas correntes e tendências doutrinárias que são suficientes para constatar da existência de fundadas dúvidas envolvendo não apenas a qualificação jurídica dos pressupostos processuais, como, também, da pertinência ou não da inserção da insuspeição do juiz nessa categoria. Mas quer se enquadre a imparcialidade no rol dos pressupostos processuais de validade do processo, que se entenda que ela representa um requisito específico e necessário para o válido julgamento do pedido formulado pela parte, o fato que a lei impõe a presença de uma autoridade judiciária isenta, distanciada dos interesses

particulares em conflito, assegurando assim não só a probidade da atividade jurisdicional, mas, sobretudo, a segurança dos provimentos através dela obtidos.

A lei preocupa-se não apenas em assegurar, no plano jurídico, a independência funcional do juiz, como também a sua independência a influência de fato, o sistema legal impõe-lhe a obrigação de abster-se de julgar quando existam determinadas circunstâncias, taxativamente previstas, sob pena de, não o fazendo, poder ser recusado por qualquer das partes. E essa imparcialidade pode ser empanada ou desaparecer totalmente em virtudes de situações relacionadas ao processo e envolvendo a pessoa do juiz, incompatibilizando-o para a presidência do feito, pois, não basta ao juiz ser competente para julgar no caso concreto. Deve ele ser compatível com a causa. A compatibilidade do juiz é decorrência de sua condição de terceiro desinteressado, atuando super partes, em caráter substituído e subsidiário.

Se caso for resguarda a imparcialidade do juiz, sem a qual o processo pode transformar-se em instrumento de iniquidades, com a distribuição de favores aos amigos ou poderosos e a imposição de danos e prejuízos aos inimigos ou desvalidos, tudo sob o manto protetor do poder estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, como regra geral, se for verificado que o Estado deixou de prestar de forma adequada e satisfatória a jurisdição, deve responder pelos danos provocados ao jurisdicionados.

Configurados os pressupostos (erros, dano e nexos causal entre eles), o Estado já é potencialmente responsável, ainda que, num segundo momento, possa verificar-se que tal responsabilidade deve ser limitada (hipótese de culpa concorrente da vítima), ou que não responderá, desde que todas as causas do dano sejam exclusivamente imputáveis a terceiros ou a própria vítima ou, ainda, se constate situações de caso fortuito, força maior, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou cláusulas de não incidência.

Espera-se que estas reflexões não sirvam apenas aos operadores do direito, mas funcionamento do aparelho judiciário brasileiro, a fim de que persigam a efetiva responsabilização do Estado. Assim o fazendo, não estarão buscando apenas o ressarcimento dos danos sofridos, mas, principalmente, estarão contribuindo para que o essencial serviço jurisdicional sofra uma melhora qualitativa e quantitativa, que há muito vem sendo exigida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Santos Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. In: MARCATO, Antônio de Carlos. **Imparcialidade do juiz e a validade do processo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. único, 1980.
- BATISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano**: de acordo com o novo código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Danos Morais**: Critérios para a fixação. Boletim IDB nº 15/93. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199.
- CALANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. 7. ed. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Livraria Clássica.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DALLART, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

DIAS, Jose de Aguiar. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. **Pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. Revista Direito Adm. Rio de Janeiro: v. 198, 1995.

_____. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Alexandre Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual do Direito Processual Civil**. Rio Janeiro: Forense, v. I, 1984.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil: O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1993.

MARMITT, Arnaldo. **A Reparação dos Acidentes de Automóvel**. 2. ed. São Paulo: Aide, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, José. **Manual de Direito Constitucional**. T.V. Coimbra, 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato; CALDEIRA, Mirella D'Ángelo. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, José Alfre Barach O de. Teoria Geral da Cidadania. In: **A responsabilidade objetiva do Estado por seus atos omissivos: Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 49-50.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. **Responsabilidade Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Conexão por prejudicialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

_____. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, José Guilherme. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária**. Revista Jurídica. Porto Alegre: v. 164, 1990.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: **Responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 4, 2003.

VADE MECUM: Constituição, Código Civil, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Líveia Cépedes. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/tópicos/342667/lei-organ-mgistrtur-nacional>>. Acesso em: 19 de julho 2009.